

LA DISPONIBILITÀ DEI DIRITTI NELLE CONTROVERSIE SOCIETARIE

Ilaria Capelli¹

SOMMARIO: 1. Premessa - 2.1. Ruolo e significato della disponibilità dei diritti. La disponibilità dei diritti nel sistema del d.lgs. 5/2003 - 2.2. Il significato della disponibilità dei diritti. Gli interessi tutelati - 2.3. Il significato della disponibilità dei diritti. Autonomia privata e autonomia statutaria - 3.1. La disponibilità dei diritti nella dialettica degli interessi. Il c.d. "criterio della titolarità degli interessi" - 3.2. La disponibilità delle posizioni soggettive: il diritto e il momento di esercizio - 3.3. I diritti individuali del socio - 4. La disponibilità dei diritti e l'autonomia statutaria - 5. I diritti disponibili nelle controversie sulla validità di delibere assembleari - 6. I diritti disponibili nell'impugnazione della deliberazione di approvazione del bilancio - 7. Conclusioni.

1. Premessa

L'art. 34, d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5², nel disciplinare l'arbitrato societario, espressamente consente la devoluzione ad arbitri, tramite una clausola compromissoria statutaria, "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". All'arbitrato che si instaura in virtù della predetta clausola compromissoria si applica una specifica disciplina, espressamente definita come "inderogabile" dalla stessa rubrica dell'art. 35, con riferimento al deposito della domanda di arbitrato, al procedimento arbitrale, all'intervento dei terzi e al ricorso alla tutela cautelare.

L'ambito di efficacia soggettiva e oggettiva della clausola compromissoria statutaria è tracciato dall'art. 34 e risulta essenzialmente determinato dalla natura di previsione di carattere generale e di norma programmatica propria della clausola statutaria. L'arbitrato societario disciplinato dal d.lgs. 5/2003, infatti, si distingue rispetto all'arbitrato di diritto comune non solo per il riferimento ad una specifica disciplina procedimentale, ma principalmente per la collocazione della clausola compromissoria in un contratto di società o, in termini più aderenti al dettato legislativo, in un atto costitutivo³.

¹ Ricercatore confermato di Diritto commerciale nella Facoltà di Economia dell'Università degli Studi dell'Insubria, ilaria.capelli@uninsubria.it

² Contenente "Definizione dei procedimenti in materia di diritto societario e di intermediazione finanziaria, nonché in materia bancaria e creditizia, in attuazione dell'art. 12, legge 3 ottobre 2001, n. 366". L'art. 54, quinto e sesto comma, legge 18 giugno 2009, n. 69 ha abrogato gli articoli da 1 a 33, 41, primo comma e 42, d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, cioè l'intera disciplina del processo societario introdotto nel 2003, mantenendo in vigore le sole disposizioni sull'arbitrato societario, l'arbitraggio e la conciliazione stragiudiziale; sul punto e per un'analisi delle ragioni dell'insuccesso del processo societario, rinvio a S. CERRATO, *Arbitrato societario e arbitraggio nelle società di persone*, in *Il nuovo diritto delle società*, 2010, 20.

³ In termini: F.P. LUISO, *Appunti sull'arbitrato societario*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, 705 ss.: la nuova normativa si applica unicamente all'ipotesi in cui l'atto costitutivo di una società contenga una clausola compromissoria e sono esclusi, pertanto,

Dal momento che la clausola arbitrale, così collocata nello statuto, entra nel novero delle regole organizzative della società e rimane soggetta alle regole dell'ordinamento di cui fa parte⁴, si pongono numerosi problemi interpretativi, caratterizzati dal coinvolgimento di principi e regole propri dell'ordinamento societario nella disciplina dell'arbitrato. Limitandomi ai profili sostanziali, e senza pretesa di completezza, posso accennare alla necessità di ricostruire l'ambito di operatività dell'arbitrato fondato su una clausola compromissoria statutaria, sia in relazione ai tipi e modelli societari coinvolti, sia con riferimento all'efficacia nei confronti di soci e di soggetti "estranei", quali gli amministratori, i liquidatori e i sindaci: costoro, infatti, così come i soci che entrano a far parte della compagine societaria in un momento successivo rispetto alla stipulazione del contratto di società, non hanno manifestato alcuna espressa e individuale adesione alla clausola compromissoria. Si pone, altresì, il problema relativo alla concreta individuazione delle controversie che abbiano ad oggetto diritti "relativi al rapporto sociale" e particolare attenzione va tributata alla prevista devoluzione ad arbitrato delle controversie inerenti alla contestazione della qualità di socio (art. 34, comma terzo).

Tra i vari argomenti di dibattito, qui indicati solo per sommi capi, si delinea l'indagine, oggetto di questo lavoro, sul significato del requisito della "disponibilità" dei "diritti relativi al rapporto sociale", espressamente richiesto nell'art. 34, primo comma, al fine di delineare l'ambito di operatività dell'arbitrato societario sotto il profilo oggettivo.

2.1. Ruolo e significato della disponibilità dei diritti. La disponibilità dei diritti nel sistema del d.lgs. 5/2003

Questione preliminare rispetto ad ogni approfondimento circa il significato della disponibilità dei diritti relativi al rapporto sociale è certamente la giuridica rilevanza di tale requisito in un sistema, quello dell'arbitrato societario, in cui è dato all'autonomia statutaria il potere di regolamentare la soluzione delle controversie tra soci. La corretta interpretazione e collocazione, nel procedimento valutativo, del requisito della disponibilità dei diritti, oltre ad avere indubbi risvolti sistematici,

dalla specifica disciplina tutti gli arbitrati che abbiano ad oggetto controversie societarie, ma che non trovino fondamento in una clausola compromissoria statutaria.

⁴ L'art. 34, terzo comma, collega all'avvenuto inserimento della pattuizione nel contratto sociale la soggezione della società e di tutti i soci all'arbitrato societario. Sul punto, e limitando la trattazione del tema ai soli profili sostanziali, l'arbitrato societario si differenzia con particolare intensità rispetto all'arbitrato di diritto comune e rispetto al compromesso: in tali ultimi casi l'arbitrabilità delle controversie è sempre il frutto di un atto di volontà individuale, ora manifestata nell'ambito di una pattuizione collocata all'interno di un più vasto assetto contrattuale, ora trasfusa in un apposito accordo volto a sottoporre la lite già sorta ad un giudizio privato. Mediante l'inserimento nell'atto costitutivo della società di una clausola compromissoria, invece, il sistema di giustizia arbitrale assume un valore organizzativo per la società e per i suoi partecipanti. In questo caso, dunque, la volontà cui fare riferimento non è più rappresentata dalla volontà contrattuale del singolo, ma da quella manifestata secondo le tipiche regole organizzative societarie. Si spiega anche così la fortuna della locuzione "arbitrato endosocietario" utilizzata da una parte della dottrina per indicare l'arbitrato previsto dagli articoli da 34 a 37, D.lgs. n. 5/2003: si veda P. L. NELA, *Oggetto ed effetti di clausole compromissorie statutarie*, in *Il nuovo processo societario*, diretto da S. CHIARLONI, Bologna, 2004, 926. Altra parte della dottrina, G. CABRAS, *Arbitrato societario, arbitraggio gestionale e conciliazione stragiudiziale*, in *Commentario al nuovo diritto delle società* diretto da F. D'ALESSANDRO, I, Padova, 2009, 233, mostra di preferire il ricorso alla semplice locuzione "arbitrato societario", perché in tal modo, condivisibilmente, si evidenziano con sufficiente chiarezza i caratteri dell'istituto sottolineando, in particolare, che si tratta di una forma di giustizia "per la società", per i rapporti che in essa si formano, e non "nella società", in quanto tutti gli arbitri debbono essere designati da un soggetto estraneo, in ottemperanza a quanto previsto dall'art. 34, secondo comma.

consente un apprezzabile margine di certezza nell'individuazione dell'ambito oggettivo di operatività dell'arbitrato societario.

Il legislatore, sin dalla legge delega per la riforma del diritto societario (l. n. 366 del 3 ottobre 2001), si è mostrato consapevole delle difficoltà relative all'individuazione dei diritti disponibili, tanto da consentire in origine – con una previsione che aveva attirato le critiche della dottrina⁵ - l'operatività delle clausole compromissorie contenute negli statuti relativamente a “questioni che non possono formare oggetto di transazione”, alla sola condizione che l'arbitrato si svolgesse secondo diritto e non secondo equità (l'art. 12, terzo comma, l. 366 del 2001).

Il pieno utilizzo dell'ampia delega concessa nel 2001 avrebbe forse consentito, quantomeno nelle intenzioni, di superare le difficoltà e i dubbi sull'ambito oggettivo di operatività della clausola compromissoria societaria, in conseguenza del previsto depotenziamento del ruolo della disponibilità dei diritti; tuttavia, con l'art. 34, d.lgs. 5/2003, il legislatore delegato non si è avvalso dell'ampia delega concessa⁶, ma ha definito l'ambito oggettivo di operatività delle clausole compromissorie statutarie limitandolo ai soli diritti disponibili (primo comma), con l'esclusione espressa delle controversie nelle quali la legge preveda l'intervento obbligatorio del pubblico ministero (5° comma).

Per poter adeguatamente valutare il “peso” del requisito della disponibilità dei diritti in ambito societario, si rivela utile prendere in esame lo specifico ruolo attribuito a tale qualità dal d.lgs. 5/2003;

⁵ Critico sull'ampliamento senza limiti della compromettibilità per arbitri da parte dell'art. 12, terzo comma, legge delega 3 ottobre 2001, n. 366 è G. VALCAVI, *A proposito dell'orientamento di alcune decisioni di merito che estendono i limiti di applicabilità delle clausole compromissorie per arbitro alle controversie societarie*, in *Dir. Fall.*, 2002, 1. Cfr. G. RUFFINI, *Arbitrato e disponibilità dei diritti nella legge delega per la riforma del diritto societario*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, 133 ss.; F. CRISCUOLO, *L'opzione arbitrale nella delega per la riforma delle società*, in *Riv. arb.*, 2002, 45 ss. Senza voler entrare nel dibattito in ordine alla natura dell'arbitrato e degli effetti del lodo rituale, tema che esulerebbe fortemente dai limiti del presente lavoro, parte della dottrina afferma che se si considera il lodo arbitrale come l'equivalente di un negozio, l'arbitrato non possa essere concepito se non a proposito di materie disponibili: E. F. RICCI, *Profili liberali della nuova disciplina dell'arbitrato*, in *Studi in onore di Carmine Punzi*, II, Torino, 2008, 614, ove si ipotizza l'incongruenza tra la possibilità di ottenere tramite un terzo come arbitro l'equivalente di un negozio che le parti non sono in grado di stipulare. Il principio secondo cui la disponibilità dell'oggetto controverso è necessario presupposto dell'arbitrato è espresso come regola generale dalle norme vigenti in moltissimi Paesi: gli artt. 2059 e 2060 del *Code civil* francese; l'art. 1676 del *Code judiciaire* belga; l'art. 2 del § 1 della *Ley de Arbitraje* spagnola; l'art. 1 della *Lei de Arbitragem* portoghese, l'art. 5 del *Concordat intercontonale* svizzero sull'arbitrato; l'art. 737 del *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina*; l'art. 1 della *Lei de Arbitragem brasileira*. Un modello diverso è offerto dall'ordinamento tedesco, ove il § 1030 ZPO, distinguendo tra controversie patrimoniali e controversie non patrimoniali, consente l'arbitrato in tutte le controversie patrimoniali ivi comprese quelle aventi ad oggetto diritti indisponibili: *Jeder vermögensrechtliche Anspruch kann Gegenstand einer Schiedsvereinbarung sein. Eine Schiedsvereinbarung über nichtvermögensrechtliche Ansprüche hat insoweit rechtliche Wirkung als die Partei berechtigt sind über den Gegenstand des Streites einen Vergleich zu schließen*. Sul punto, si veda: C. CONSOLO, *Sul “campo” dissodato della compromettibilità in arbitri*, in *Riv. arb.*, 2003, 243, ove si considera che il riconoscimento positivo della generale arbitrabilità dei diritti patrimoniali, anche non privatamente disponibili, costituisce una scelta di per sé “non eversiva di alcun principio irrinunciabile”; P. SCHLOSSER, *La nouvelle législation allemande sur l'arbitrage*, in *Rev. de l'arb.*, 1998, 292 ss e G. WALTER, *La nuova disciplina dell'arbitrato in Germania*, in *Riv. dir. proc.*, 1999, 670 ss.; V. SANGIOVANNI, *L'arbitrato societario nel diritto tedesco. Una comparazione con il diritto italiano*, in *Le Società*, 2006, 771.

⁶ L'intenzione del legislatore delegante, come emerge dalla relazione al disegno di legge n. 7123/XIII, che diede avvio all'iter parlamentare della legge delega era di superare le difficoltà e i dubbi sulla possibilità di ricorrere allo strumento arbitrale in materia societaria, in cui “non sempre è ben certo il confine tra l'area della disponibilità e quella dell'indisponibilità dei diritti dedotti in lite”, perché esistono “interessi di carattere generale (o comunque diffuso) spesso toccati dalle deliberazioni impugnate”; talché, “per agevolare il superamento di tali difficoltà, si sono previsti arbitrati che, pur vertendo su materie ritenute di per sé non disponibili, siano circoscritti, nella loro effettiva portata, alla sola posizione delle parti in lite e, quindi, non siano in grado di intaccare i profili reali degli atti oggetto di controversia”, ulteriori informazioni in G. RUFFINI, *op. cit.*, 133 ss.

in termini più concreti, ci si chiede se la norma che esige la disponibilità dei diritti vada intesa quale regola generale sempre applicabile, oppure come semplice disciplina di settore o, persino, come disposizione di carattere residuale, da applicarsi laddove non sia prevista un'apposita regolamentazione *ad hoc*.

Si potrebbe attribuire alla disponibilità dei diritti il rango di requisito esigibile solo in talune ipotesi residuali, ove si valorizzasse, probabilmente ben oltre il reale significato della norma, il disposto contenuto nel quarto comma dell'art. 34, nella parte in cui sono considerate compromettibili le controversie promosse da amministratori, liquidatori e sindaci ovvero nei loro confronti (art. 34, quarto comma): tale norma, infatti, non fa menzione alcuna del carattere disponibile dei diritti, inducendo così una parte della dottrina, a mente del già citato art. 12, terzo comma, a ritenere che il limite costituito dalla disponibilità dei diritti rilevi soltanto per le controversie tra soci e tra soci e società, regolate dall'art. 34, primo comma⁷. In termini analoghi si pone la questione relativa all'arbitrabilità dell'impugnazione di delibere assembleari, posto che il dettato dell'art. 36, primo comma, dispone l'impugnabilità del lodo quando gli arbitri "per decidere abbiano conosciuto di questioni non compromettibili", nonché (omettendo di richiamare il requisito della disponibilità dei diritti) quando "l'oggetto del giudizio sia costituito dalla validità di delibere assembleari": secondo una parte della dottrina, il legislatore avrebbe inteso, dunque, affermare l'assoluta compromettibilità delle controversie relative alla validità delle delibere assembleari, riducendo così al rango di norma residuale la regola contenuta nel primo comma dell'art. 34 in tema di disponibilità dei diritti oggetto di controversie tra soci e tra soci e società⁸.

⁷ Cfr. E. FAZZALARI, *L'arbitrato nella riforma del diritto societario*, in *Riv. arb.*, 2002, 443 ss.; F.P. LUIO, *op. cit.*, 705 ss.; P. BIAVATI, *Il procedimento nell'arbitrato societario*, in *Riv. arb.*, 2003, 27 ss.; F. AULETTA, in *La riforma delle società. Il processo*, a cura di B. SASSANI, Torino, 2003, 327 ss.; F. CORSINI, *L'arbitrato nella riforma del diritto societario*, in *Giur.it.*, 2003, 1285 ss.; A. STESURI, *Gli arbitrati societari*, Torino, 2007, 176 e M. BOVE, *L'arbitrato nelle controversie societarie*, in *Giust. civ.*, 2003, 473.

⁸ Cfr. E. F. RICCI, *Profili liberali*, cit. 614; ID., *Il nuovo arbitrato societario*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 2003, 522 ss. ove si osserva che con l'art. 34, d.lgs. n. 5/2003 l'arbitrato farebbe "vistoso ingresso nel campo delle controversie in materia non disponibile", come prevedeva la legge delega, essendo assolutamente indisponibile la controversia avente ad oggetto la nullità delle delibere e solo parzialmente disponibile la controversia relativa all'annullamento delle medesime, giacché, in tale ultimo caso, il titolare del diritto di impugnativa può rinunciare al suo esercizio, ma non è possibile giungere all'annullamento mediante una composizione negoziale tra costui e la società; altra parte della dottrina dal collegamento, effettuato dall'art. 34, dell'arbitrabilità delle liti non più alla transigibilità ma alla semplice disponibilità del diritto e dal conseguente superamento del vecchio limite alla compromettibilità dato dall'illiceità dell'atto, ricava la conclusione per cui è necessario "ritenere che le impugnative delle delibere assembleari siano oggi tutte quante arbitrabili, senza più alcun limite: G. F. RICCI, *Dalla "transigibilità" alla "disponibilità" del diritto. I nuovi orizzonti dell'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 626. Per l'arbitrabilità in ogni caso delle delibere assembleari, cfr. anche F. P. LUIO, *op. cit.* Secondo P. BIAVATI, *Art. 35. Disciplina inderogabile del procedimento arbitrale*, in *Arbitrati speciali*, commentario diretto da F. CARPI, Bologna, 2008, 144, si tratterebbe della lettura che appare "(lievemente) preferibile", in quanto le cautele che circondano le impugnative di delibere assembleari (alle quali si deve aggiungere la previsione contenuta nel comma 5 dell'art. 35) varrebbero a suggerire che tutta la materia debba considerarsi attratta nella sfera dell'arbitrabilità. In giurisprudenza: Trib. Como, 29 settembre 2006, n. 1137, in *Le Società*, 2007, 1277, con nota di F. FANTI, *Impugnazione di bilancio e compromettibilità in arbitri della relativa controversia*. Il commentatore citato rivisita criticamente le motivazioni del tribunale lariano, osservando che, proprio attraverso un più attenta esegesi dell'art. 34, si debba necessariamente giungere a concludere che la *sedes materiae* ove collocare l'eventuale previsione della compromettibilità di controversie aventi ad oggetto diritti indisponibili doveva essere unicamente l'art. 34 e, per conseguenza, il discrimine fra le controversie arbitrabili e quelle escluse dall'arbitrabilità consiste nella disponibilità del diritto controverso.

La tendenza a svalutare il requisito della disponibilità dei diritti, compresa la posizione di chi giunge a negare ogni rilevanza allo stesso, discende probabilmente dall'esigenza di superare le incertezze che da sempre governano la materia; ritengo, tuttavia, che la norma contenuta nell'art 34, primo comma, per la sua stessa collocazione nel sistema dell'arbitrato societario, rappresenti una regola cui ci si deve attenere in ogni caso e, dunque, anche quando la controversia attenga ai doveri degli amministratori, dei liquidatori e dei sindaci, oppure all'impugnazione di una delibera assembleare; in particolare, le regole contenute negli artt. 35, quinto comma, e 36, primo comma, vanno a costruire una specifica disciplina inderogabile in un ambito che, per la frequenza delle controversie e per la loro complessità, richiede particolari cautele, senza per questo risultare estraneo alla generale regolazione dell'arbitrato societario.

Non contrasta con il ruolo di criterio generale della disponibilità dei diritti la norma, contenuta nell'art. 34, quinto comma, che esclude dall'operatività dell'arbitrato societario le controversie nelle quali sia obbligatorio l'intervento del pubblico ministero⁹. Si tratta di una mera esemplificazione che riguarda pochi casi: l'ipotesi maggiormente significativa, la denuncia al tribunale per gravi irregolarità nella gestione (art. 2409), vede l'intervento del pubblico ministero unicamente per le società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio (art. 2409, settimo comma), nei cui statuti, peraltro, a norma del comma primo dell'art. 34, non sono ammissibili clausole compromissorie¹⁰. Per vero, si tratta di ipotesi nelle quali il ricorso all'arbitrato si rivela inammissibile per la stessa struttura e le caratteristiche obiettive del giudizio. Dunque, il riferimento al pubblico ministero si atteggia come una specificazione della previsione contenuta nel primo comma, quale sicuro indice della necessità di provvedere alla risoluzione giurisdizionale della controversia¹¹.

Il ruolo di regola generale dell'art. 34, e la conseguente sempre necessaria presenza del requisito della disponibilità dei diritti ai fini dell'arbitrabilità, si desumono anche a mente della disciplina generale dettata per il procedimento arbitrale nel Codice di procedura civile, che si è allineato, con il d.lgs. n. 40 del 2006, alla regola già prevista per l'arbitrato societario, passando dalla necessaria transigibilità delle controversie al requisito della disponibilità dei diritti (art. 806 c.p.c.).

⁹ F. P. LUISO, *Appunti sull'arbitrato societario*, cit., 410; S. ROSIN, *op. cit.*, 525; cfr. Trib. Como, 4 maggio 2006; secondo parte della dottrina, invece, la norma ha inteso restringere ulteriormente il novero delle questioni arbitrabili: G. RUFFINI, *La riforma dell'arbitrato societario*, in *Corr. giur.*, 2003, 1524 ss., 1532; E. FAZZALARI, *L'arbitrato societario*, 44.

¹⁰ Come nota G. CABRAS, *op. cit.*, 294 s., il quale individua una coerenza sistematica nella norma contenuta nell'art. 34, quinto comma, in quanto la clausola compromissoria non è vincolante nei confronti del pubblico ministero. Altre ipotesi di intervento del pubblico ministero sono rappresentate dalle omologazioni modificative dello stato, quando il notaio ritenga non adempite le condizioni richieste dalla legge (art. 2436, quarto comma); dalla riduzione del capitale per perdite superiori al terzo del capitale, perché quando l'assemblea non vi provveda entro l'esercizio successivo (art. 2446, secondo comma), il provvedimento può essere emanato solo dopo aver sentito il pubblico ministero; dalla revoca del liquidatore (2487, quarto comma). Cfr. E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Art. 34. Oggetto ed effetti di clausole compromissorie statutarie*, in *Arbitrato societario*, a cura di F. CARPI, Bologna, 2004, 13.

¹¹ In termini di mera specificazione della previsione contenuta nel primo comma si esprime N. SOLDATI, *Clausola arbitrale societaria e nomina del liquidatore*, nota a Trib. Modena (decr.), 12 maggio 2004, in *Le Società*, 2004, 1270, giungendo, inoltre, alla conclusione secondo cui la previsione che nega l'arbitrabilità, ove vi sia la presenza obbligatoria del pubblico ministero metterebbe in discussione la relazione tra la non arbitrabilità della controversia e l'indisponibilità del diritto.

Se poi si volge lo sguardo agli altri modelli di *alternative dispute resolution*, si giunge a confermare che la disponibilità dei diritti ha il carattere di limite immanente nel sistema, essenziale per l'accesso ad un sistema di soluzione della controversie alternativo al ricorso all'autorità giudiziaria. Si pensi, ad esempio, all'art. 60 della legge delega n. 69 del 2009 che, unitamente all'art. 2 del d.lgs. n. 28 del 4 marzo 2010, in tema di conciliazione delle controversie civili e commerciali, esige la disponibilità dei diritti oggetto delle controversie per le quali si vuole accedere alla mediazione per la conciliazione¹².

La formulazione dell'art. 34, primo comma, nella parte in cui limita l'oggetto dell'arbitrato societario alle sole controversie relative a diritti disponibili, espunge ogni riferimento alla transigibilità delle controversie, requisito previsto invece, prima del d.lgs. n. 40 del 2006¹³, dalla disciplina generale dell'arbitrato. La portata dell'innovazione si apprezza individuando il rapporto tra il concetto di transigibilità delle controversie e quello di disponibilità del diritto¹⁴: si tratta, com'è evidente, di qualifiche che attengono ad oggetti differenti, in quanto il primo si riferisce alle controversie, che possono formare oggetto di transazione a norma dell'art. 1965; il secondo, di portata più ampia, attiene al diritto controverso, il quale può essere disponibile o meno.

Il motivo che ha spinto il legislatore a mutare il parametro di riferimento può essere ravvisato in una politica di favore nei confronti dell'arbitrato stesso¹⁵. Si è osservato, a tale proposito, che il riferimento alla transigibilità delle controversie poteva essere considerato incongruo, poiché l'arbitrato è finalizzato ad assicurare – esattamente come il processo ordinario – l'osservanza della norma inderogabile violata, mediante l'accertamento della violazione della stessa o dell'illiceità di un determinato atto e la conseguente pronuncia della relativa sanzione; diversamente, la transazione è diretta a risolvere la lite, “sanando” il vizio per mezzo delle reciproche concessioni¹⁶.

¹² A ciò si aggiunge che l'art. 1966 dispone la nullità della transazione se riguarda diritti per loro natura o per espressa disposizione di legge sottratti alla disciplina delle parti. In termini assolutamente generali, si può anche ricordare che l'art. 50 c.p. dispone che il consenso non può avere alcuna efficacia scriminante se avente ad oggetto un diritto di cui la persona non poteva disporre.

¹³ La riforma portata dal d.lgs. n. 40/2006 ha esteso all'arbitrato di diritto codicistico molte soluzioni nate per la materia societaria, riducendo significativamente le distanze tra i due modelli. Si pensi all'intervento dei terzi, alla decisione di questioni non compromettibili senza autorità di giudicato e all'impugnazione per revocazione di terzo del lodo internazionale: S. CERRATO, *La compromettibilità in arbitri dell'impugnativa di bilancio*, in *Riv. arb.*, 2008, 197.

¹⁴ S. CERRATO, *op. cit.*, 197; cfr. F. RICCI, *Dalla “transigibilità” alla “disponibilità” del diritto. I nuovi orizzonti dell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 2006, 275 s. Il riferimento alla transazione tradizionalmente troverebbe giustificazione nel fatto che non sarebbe ammesso nel nostro ordinamento conseguire, a mezzo del *dictum* degli arbitri, quell'effetto *contra legem* che è interdetto alle parti di ottenere direttamente con un atto di disposizione o con una transazione; così C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, I, Padova, 2000, 242 ss., ove ulteriori richiami.

¹⁵ L'impressione che ne ha ricavato la dottrina, cfr. A. STESURI, *op. cit.*, 6, è quella secondo cui il novellato art. 806 c.p.c. determini un ampliamento delle controversie compromettibili, individuate in quelle che abbiano ad oggetto diritti disponibili; cfr. F. GENNARI, *L'arbitrato societario*, in *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, vol. LI, Padova, 2009, 26, il quale afferma che l'eliminazione del riferimento alla transazione anche nell'arbitrato di diritto comune ha reso coerente la spinta innovativa e ha stemperato un possibile contrasto con l'arbitrato nelle materie diverse rispetto al contenzioso societario e ha contemporaneamente confermato il *favor arbitrati* già espresso nella riforma del diritto societario. Dalla previsione “salvo espresso divieto di legge” si ricava che non può essere vietato il ricorso allo strumento arbitrale per i diritti disponibili, a meno che un'espressa disposizione di legge non lo vieti, si veda in argomento: M. BOVE, *op. cit.*, 473.

¹⁶ La dottrina che critica l'utilizzo del concetto di transigibilità quale parametro su cui fondare la compromettibilità, lo ritiene insufficiente e fuorviante, soprattutto per le ontologiche differenze tra arbitrato e transazione. Sul punto si veda G. F. RICCI, *La convenzione di arbitrato e le materie compromettibili nella riforma*, in *Riv. Trim. dir. e proc. civ.*, 2007, 761; G. RUFFINI,

Sempre con riferimento al mancato richiamo alla transazione, osservo che il requisito della disponibilità dei diritti, richiamato dall'art. 34 nel contesto dell'autoregolamentazione delle controversie inerenti ad un rapporto societario, va ad acquistare un significato specifico, che il mero e tradizionale richiamo alla transigibilità delle controversie non avrebbe consentito di cogliere appieno. Mi riferisco all'ovvia considerazione che la transazione è un negozio giuridico connotato dai caratteri tipici di un contratto con prestazioni corrispettive, in considerazione della necessaria presenza di reciproche concessioni, alla luce della quale vanno individuati i diritti di cui le parti possono disporre¹⁷. La disponibilità dei diritti menzionata dall'art. 34, invece, si presenta sotto una luce diversa, in quanto il contesto non è più rappresentato da un contratto a prestazioni corrispettive, bensì da vicende societarie¹⁸. Di conseguenza, l'avvenuta rinuncia, da parte del legislatore, ad ogni riferimento alla transazione consente di apprezzare e valorizzare le specificità dei rapporti societari.

2.2. Il significato della disponibilità dei diritti. Gli interessi tutelati

L'indisponibilità dei diritti, quale limite al potere di autoregolamentazione della risoluzione delle controversie, può trovare giustificazione quale forma di tutela di interessi altrimenti difficilmente tutelabili; nell'individuazione di tali interessi si possono prendere in considerazione le esigenze di ordine pubblico di protezione, oggetto, negli ultimi decenni, di un'attenzione crescente in vista della necessaria tutela di soggetti e interessi caratterizzati da una relativa debolezza, ora rispetto ad una preponderante forza contrattuale, ora in vista di un'asimmetrica distribuzione delle informazioni necessarie e utili per l'adozione di decisioni consapevoli¹⁹.

Tuttavia, in ambito societario un siffatto significato della disponibilità dei diritti, intesa quale limite fondato sulla necessità di tutelare interessi "deboli", dei quali risultino portatori, ad esempio, gli azionisti di minoranza di una società aperta, risulta difficilmente sostenibile. Il riferimento ai diritti disponibili contenuto nell'art. 34 non risulta, in realtà, rivolto alla tutela di distinte individualità portatrici di interessi deboli o di istanze non supportate da adeguata informazione tecnica, né è dato

Il nuovo arbitrato per le controversie societarie, in *Riv. trim. dir. proc.*, 2004, 417, 506 e Trib. Milano, 25 giugno 2005, in *Le Società*, 2006, 6, 751, richiamata da F. GENNARI, *op. cit.*, 25, nt. 75.

¹⁷ La giurisprudenza precisa che le reciproche concessioni devono essere tali rispetto alle posizioni assunte nella lite, posizioni che sono, per definizione antitetico; cfr., fra le altre, Cass. civ., 7 settembre 2005, n. 17817 e Cass. civ., 11 novembre 2003, n. 16932: "Le reciproche concessioni che, a norma dell'articolo 1965 del c.c. caratterizzano la transazione, vanno intese con riferimento alla posizione assunta dalle parti non solo nella lite in atto ma anche in vista di una controversia che possa sorgere tra loro e che esse intendano prevenire, collegando tali posizioni alle reciproche pretese e contestazioni. Diversamente, nell'ambito dei rapporti societari non si registra una contrapposizione di questo genere, tra diritti individuali ed "esclusivi" delle parti di un contratto sinallagmatico, quanto piuttosto una sovrapposizione di piani, all'interno della quale non si escludono comunque contrasti, nel senso che i diritti che sorgono dal rapporto sociale, come si evidenzierà nel testo acquistano nella maggioranza dei casi un carattere metaindividuale che non può essere ignorato nel procedere alla risoluzione dei problemi.

¹⁸ Non è estraneo a ciò il fatto che le statuizioni del lodo divengano vincolanti per la società, su queste basi diviene quindi possibile una lettura della disponibilità del diritto in chiave collettiva, estendendola a tutti gli interessi dei quali la stessa società è chiamata a disporre. Si aggiunge che la disponibilità va valutata non sul piano dell'agire individuale, ma su quello corporativo, per cui ciò che è socialmente decidibile è anche arbitrabile: A. ZOPPINI, *I "diritti disponibili relativi al rapporto sociale" nel nuovo arbitrato societario*, in *Riv. soc.*, 2004, 1173, 1181.

¹⁹ Mi riferisco, tra l'altro, al Codice del consumo, d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206.

individuare uno specifico portatore degli interessi tutelati, poiché la norma fa solo un riferimento, molto generico, alla “disponibilità dei diritti relativi al rapporto sociale”. E il nesso con il rapporto sociale palesa un’area di intervento molto ampia, poiché comporta il coinvolgimento, nell’ambito di efficacia della clausola compromissoria, di tutte le controversie che possano sorgere tra soci o tra i soci e la società, sia in merito ad un determinato contratto di società, sia con riferimento ad un diritto nato dal rapporto sociale²⁰. La stessa ampiezza del riferimento contenuto nell’art. 34, dunque, vale ad escludere che alla necessaria disponibilità dei diritti possa essere assegnato il significato specifico della tutela del contraente debole: il limite rappresentato dalla disponibilità dei diritti vale anche per i diritti del socio “imprenditore” di società chiuse, assolutamente non inquadrabile nel novero dei soggetti privi di peso contrattuale o carenti delle necessarie informazioni per contrarre.

A conferma dell’estraneità della disponibilità dei diritti rispetto alla tutela dei sopraindicati interessi si pone l’espressa esclusione, dall’ambito di applicabilità dell’intera disciplina dell’arbitrato societario, delle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio a norma dell’articolo 2325-*bis*, dunque proprio di quell’ambito in cui risulterebbe agevole individuare i portatori di interessi diversi rispetto a quelli riferibili alla figura del socio imprenditore, quali appunto gli azionisti meri risparmiatori, non interessati né altrimenti coinvolti nelle scelte della società.

Dall’esclusione delle società aperte dalla disciplina dell’arbitrato societario si ricava, dunque, l’ulteriore conferma dell’estraneità del riferimento alla disponibilità dei diritti relativi al rapporto sociale alla tutela del contraente debole. Esiste, dunque, uno spazio di indisponibilità non dettato da esigenze di ordine pubblico di protezione, le quali vanno, invece, a fondare l’esigenza, soddisfatta dal primo comma, primo periodo dell’art. 34, di escludere senz’altro dall’arbitrato societario, assicurando la tutela ordinaria da parte dell’Autorità Giudiziaria, chi acquista o mantiene lo *status* di azionista di una società quotata o di una società per azioni aperta.

2.3. Il significato della disponibilità dei diritti. Autonomia privata e autonomia statutaria

La ricostruzione del significato della disponibilità dei diritti, in generale e nell’ambito societario, parte dalla riflessione sui limiti dell’autonomia privata, rispetto ai quali non sono certamente estranei condizionamenti di carattere storico e politico: nel diritto civile, infatti, la regola è rappresentata dalla disponibilità giuridica e la limitazione degli spazi lasciati all’azione, o in altri termini, alla “disposizione” del singolo, può consentire la tutela di determinati interessi, oppure rappresentare uno strumento di indirizzo dell’ordinamento sull’attività dei privati.

²⁰ L’estensione riguarda sia diritti che danno luogo ad una tutela reale, sia diritti che danno luogo ad una tutela risarcitoria: F. CARPI, *Profili dell’arbitrato in materia di società*, in *Riv. Arb.*, 2003, 416. Deve trattarsi di controversie relative “al rapporto sociale”, attinenti dunque alla società nel cui statuto è posta la clausola compromissoria; pertanto non è possibile ricorrere all’arbitrato societario per le controversie infragruppo, suscettibili di coinvolgere rapporti sociali attinenti a società diverse: G. CABRAS, *op. cit.*, 286. La norma sembra riprodurre la medesima tecnica legislativa utilizzata nella redazione dell’art. 409 c.p.c.: una controversia può essere relativa ad un rapporto, ora in quanto la controversia abbia ad oggetto direttamente il rapporto in questione; ora in quanto attenga ad un diritto nascente da quel rapporto: l’osservazione è di F. P. LUISO, *Appunti sull’arbitrato societario*, *cit.*, 706.

Come noto, l'indisponibilità di un diritto determina, per il titolare del medesimo, l'impossibilità di compiere liberamente atti volitivi di alienazione, modificazione o soppressione del diritto stesso. Dunque, nel diritto civile vigente, pur dominato dalle categorie dogmatiche dell'autonomia privata, della volontà negoziale e del diritto soggettivo, la libertà contrattuale non è assoluta, essendo invece condizionata sia dai limiti imposti dalla legge (art. 1322), sia dal rispetto dei principi generali dell'ordinamento²¹, i quali si ricavano dalle disposizioni della Carta Costituzionale e dalle norme di legge. L'insussistenza di un inventario normativo dei valori indisponibili consegna all'interprete una grande responsabilità²², ma appare come un dato ineluttabile. *Omnis definitio in iuri civili periculosa est*²³.

In prima battuta, il carattere indisponibile può essere agevolmente rinvenuto in quelle posizioni giuridiche soggettive che occupano un posto di primaria importanza, come i diritti fondamentali dell'uomo, ai quali si è accordata una protezione internazionale attraverso le Dichiarazioni dei Diritti Umani che si sono succedute nell'età moderna e contemporanea²⁴, nonché i diritti tutelati dalla prima parte della nostra Carta Costituzionale, che offre una rassegna dei diritti fondamentali allo scopo di sancire l'intangibilità della persona e della dignità umana²⁵.

L'indisponibilità di alcuni diritti è, tuttavia, ricavabile anche dalla legislazione codicista²⁶. Un riferimento testuale utile al fine di individuare, dal punto di vista sostanziale, una frazione dell'area

²¹ Ciò comporta, appunto in quanto non ci si rivolge ad una disciplina legislativa esplicita, l'inevitabile influenza dell'evoluzione socioculturale dei valori, che mutano storicamente prospettiva; il principio non coincide con la regola, ma consiste nel "cominciamento di una formazione o di tutte le formazioni e criteri in un Paese in un momento storico" e appunto per questo sta "sopra" e "fuori" dell'ordinamento; i principi sono, al tempo stesso, fonte esterna e interna dell'ordinamento: cfr. E. BETTI, *Sui principi generali del nuovo ordine giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 1940, I, 217 ss e G. ALPA, *I principi generali*, in *Trattato di diritto privato* a cura di G. IUDICA e P. ZATTI, Milano, 1993, 3 ss.

²² Tuttavia si rivelerebbe del tutto illusorio l'auspicio di una determinazione precisa dei diritti disponibili in una regolamentazione precostituita. Il carattere della disponibilità o dell'indisponibilità deve desumersi dai principi l'ordinamento giuridico, come del resto è dimostrato dall'art. 5 del Codice Civile, che riconosce la liceità degli atti di disposizione del proprio corpo, quando non cagionino una diminuzione permanente dell'integrità fisica (o non siano altrimenti contrari alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume): F. NEGRO, *I diritti disponibili nel sistema dell'ordinamento giuridico*, in *Foro It.*, IV, 1956, c. 209; per esempio, pur non essendo previsto esplicitamente dalla prima parte della Costituzione, il diritto alla vita viene considerato generalmente indisponibile e, sia nella dottrina che nella giurisprudenza, appare costantemente compreso nel novero dei diritti inviolabili indicati dall'art. 2 Cost.; altro esempio riguarda l'obbligo di assistenza familiare, come correlativo ad un diritto indisponibile, dal quale si ricava l'indisponibilità del diritto agli alimenti: P. MORO, *I diritti indisponibili. Presupposti moderni e fondamento classico nella legislazione e nella giurisprudenza*, Torino, 2004, 185.

²³ *...parvum est enim, ut non subverti posset*: GIAVOLENO, in D. 50,17, 202.

²⁴ Nel preambolo alla Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, approvata il 10 dicembre 1948 dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, si afferma che "ai membri della famiglia umana" spettano diritti uguali e "inalienabili". Questa previsione risulta ripetuta nel Preambolo al Patto Internazionale sui diritti civili e politici, stipulato il 10 dicembre 1966 ed entrato in vigore in Italia il 15 settembre 1978.

²⁵ Si veda, *inter alia*, V. CRISAFULLI, L. PALADIN, *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 1990, 11.

²⁶ Posto che l'indisponibilità deve essere rilevata tramite criteri ermeneutici, senza il determinante aiuto di norme a ciò dedicate, un indirizzo di lavoro potrebbe consistere nell'esame della disciplina dei diritti indisponibili. Si tratta di norme che, di frequente, non attengono all'aspetto sostanziale, ma a questioni di carattere processuale, con cui l'ordinamento esclude espressamente, sul piano della legge positiva, che determinati atti di natura processuale abbiano rilievo nella soluzione di controversie in cui si fanno valere diritti indisponibili. Hanno rilievo, a tale proposito, le norme che riguardano la prova dei fatti giuridicamente rilevanti, che nel giudizio civile è soggetta al generale principio di disponibilità a norma dell'art. 2697: l'art. 2698 sancisce la nullità dei patti di modificazione o inversione dell'*onus probandi* "quando si tratti di diritti di cui le parti non possono disporre"; a sua volta, l'art. 2733 attribuisce alla confessione valore di piena prova contro colui che l'ha posta in essere "purché non verta su fatti relativi a diritti non disponibili". La giurisprudenza, a tale proposito, individua un nesso tra la confessione e l'eventuale soluzione convenzionale della controversia, in quanto l'utilizzabilità della confessione ai fini probatori va ammessa tutte le volte che appaia ravvisabile la possibilità, per il soggetto che la rende, di realizzare negozialmente la composizione degli interessi con riguardo ai quali la confessione interviene: cfr. Cass. 15 marzo 1995, n.

della disponibilità dei diritti è rappresentato dalla norma contenuta nell'art. 5 cod. civ., che disciplina i limiti delle violazioni consensuali al diritto all'integrità fisica: gli atti dispositivi del proprio corpo sono vietati qualora cagionino una permanente diminuzione dell'integrità fisica, oppure quando siano altrimenti contrari alla legge, all'ordine pubblico e al buon costume. Da ciò deriva, dunque, la parziale disponibilità di una posizione soggettiva²⁷, considerata di regola indisponibile, al pari del diritto alla vita²⁸, e conseguentemente si conferma la strutturale impossibilità, per il diritto positivo, di dar luogo ad un elenco omogeneo di diritti indisponibili²⁹.

Maggiormente affine al tema in esame, anche in ragione del nesso normativo che tradizionalmente ha legato l'arbitrabilità della controversia alla transigibilità, è il richiamo all'art. 1966 che, nel delineare l'ambito di operatività della transazione, menziona espressamente, quale necessaria caratteristica dei diritti che possono essere coinvolti nella pattuizione *inter partes*, la disponibilità degli stessi. La norma ora citata, nel delineare l'ambito oggettivo di operatività della transazione, classifica i diritti indisponibili, dividendoli in diritti indisponibili per loro natura e diritti sottratti alla disponibilità delle parti per espressa disposizione di legge. Tale distinzione richiama quella ricorrente, che si snoda tra diritti indisponibili, da considerarsi come tali in virtù di norme positive, e situazioni giuridiche che sono sottratte alla disponibilità delle parti in ottemperanza ai principi dell'ordinamento generale e civilistico, per questo definibili come autenticamente indisponibili³⁰.

L'area delle posizioni soggettive disponibili nell'ambito civilistico è considerata tradizionalmente molto vasta, in virtù del principio dell'autonomia privata, che consente ai singoli di

3037, in *Giust. civ., Mass.*, 1995, 613. Questioni analoghe si pongono per il giuramento, in quanto l'art. 2739 stabilisce che il giuramento non può essere deferito o riferito per la decisione di "cause relative a diritti di cui le parti non possono disporre". Altre disposizioni contenute nel Codice civile concernono le eccezioni di merito che, rilevabili in giudizio solo ad istanza della parte interessata, consentono di paralizzare la domanda in ragione dell'effettivo decorso di un determinato periodo di tempo e che corrispondono all'indifferenza rispetto all'esercizio del diritto (la prescrizione) o all'adempimento di un onere (la decadenza). L'art. 2934 esclude dalla soggezione alla prescrizione "i diritti indisponibili e gli altri diritti indicati dalla legge" e l'art. 2968 dispone l'immodificabilità della disciplina legale della decadenza e l'irrinunciabilità a far valere la medesima "se questa è stabilita dalla legge in materia sottratta alla disponibilità delle parti". Si deve a tale proposito precisare che, in definitiva, il riferimento alla prescrizione non aiuta, in quanto non vi è stretta corrispondenza tra diritti imprescrittibili e diritti indisponibili: ad esempio, l'azione di rivendicazione, pur essendo disponibile, non si prescrive, ma d'altra parte è inconfutabile che il diritto di proprietà sia il diritto disponibile per eccellenza. Tuttavia, mentre il secondo comma dell'art. 2934 esclude i diritti indisponibili dalla prescrizione, la dottrina più risalente applica la norma ai soli diritti indisponibili per loro natura (ad esempio i diritti della personalità) e non a quelli indisponibili per disposizione di legge: F. NEGRO, *op. cit.*, 212. Si deve, dunque, concludere che nemmeno l'analisi della disciplina applicabile soccorra nel fornire criteri certi per l'individuazione dei diritti disponibili.

²⁷ L'art. 5 va a dimostrare che i diritti sul proprio corpo sono, in taluni casi, negoziabili: cfr. R. SACCO, *La nozione di contratto*, in *Trattato di Diritto Privato* diretto da P. RESCIGNO, Torino, 1982, 10.

²⁸ Sul carattere assolutamente indisponibile del diritto alla vita e all'integrità fisica, cfr. Cass. 26 febbraio 1981, in *Cass. pen.*, 1983, 281.

²⁹ Cfr. P. MORO, *op. cit.*, 52 ss. In ordine alle incertezze che coinvolgono il diritto indisponibile paradigmatico, qual è il diritto all'incolumità personale, cfr. R. ROMBOLI, *I limiti alla libertà di disporre del proprio corpo nel suo aspetto "attivo" e in quello "passivo"*, in *Foro, it.*, 1991, I, 15 ss.

³⁰ Infatti, per le situazioni giuridiche sottratte alla disponibilità delle parti da norme positive, quali ad esempio le controversie in materia di lavoro, la dottrina preferisce far riferimento a casi di "inidoneità relativa" a formare oggetto di transazione: F. CARRESI, *Transazione* (diritto vigente), in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, 1973, 493. Si fanno tradizionalmente rientrare nei diritti indisponibili per natura ex art. 1966, secondo comma, i diritti della personalità e i diritti di stato: cfr. F. NEGRO, *op. cit.*, 211; secondo questa parte della dottrina (Id., *op. cit.*, 214 – 218), inoltre, il concetto di indisponibilità in senso tecnico è proprio dei soli diritti patrimoniali; gli altri, in realtà, sarebbero da qualificarsi come diritti inseparabili dal soggetto o inalienabili per via dell'inerenza o della connessione con uno *status* o con una qualità del soggetto, basata sull'*intuitus personae*, o della ricorrenza di un interesse pubblico.

determinarsi e realizzare al meglio i propri scopi, con l'espresso vincolo della meritevolezza di tutela dell'interesse secondo l'ordinamento giuridico³¹.

In ordine ai diritti patrimoniali di cui siano titolari i singoli, il paradigma è per certo il diritto di proprietà, in merito al quale l'art. 832 afferma esplicitamente in capo al proprietario il potere di "disporre delle cose in modo pieno ed esclusivo", definendo così l'area entro la quale il soggetto può esplicare la libertà di gestire ed amministrare i propri beni³². Parimenti, in tema di proprietà azionaria, costituisce esplicitazione del potere di disposizione del proprio patrimonio l'atto di rinuncia al diritto di prelazione statutariamente previsto, manifestato dopo la dovuta comunicazione della proposta³³.

Attiene a materia disponibile, in quanto espressione della libertà di scelta e di svolgimento delle attività economiche riconosciuta al soggetto privato in quanto tale³⁴, la norma contenuta nell'art. 2596 che, nel porre limiti alla libertà di iniziativa economica sotto il profilo della disciplina della autolimitazione negoziale della concorrenza, non deroga al principio di libertà di iniziativa economica privata, garantita dall'art. 41, primo comma, Cost.³⁵. In termini analoghi, si è ritenuto che il consenso degli altri soci all'attività concorrenziale del singolo socio, ai sensi dell'art. 2301, integri una rinuncia ad un diritto disponibile³⁶.

Vi possono essere, dunque, delle evidenti affinità, in termini di disponibilità dei diritti, tra posizioni soggettive sorgenti da contratti sinallagmatici e quelle che presuppongano un rapporto sociale, specialmente nel caso in cui queste ultime vertano su diritti che il socio possa vantare *uti singulus*. In tali casi è certamente utile fare riferimento, al fine di determinare l'estensione ed i limiti dell'area della disponibilità, all'ambito di esplicazione dell'autonomia privata e più specificamente del contratto, area che si ipotizza, per le ragioni già esposte, particolarmente vasta.

Il problema, però, si complica con riferimento a posizioni soggettive sorte presupponendo (o in virtù di) un rapporto sociale e di carattere non esclusivo. Si tratta, come avrò modo di evidenziare in

³¹ Si tratta di un'area vasta ed eterogenea, dato che il profilo di indisponibilità riferibile ai diritti patrimoniali può anche riguardare il divieto di disporre dei medesimi mediante la modificazione dei loro contenuti. Si pensi alla formula dell'inderogabilità *in peius* presente sia nel codice civile, sia nelle leggi speciali: mi riferisco all'art. 1932, comma secondo, e all'art. 2113, in materia rispettivamente di contratti di assicurazione e rinunzie e transazioni aventi ad oggetto diritti dei lavoratori; all'art. 127, comma secondo, d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385, che disciplina, con disposizioni derogabili solo in senso più favorevole al cliente, la trasparenza delle condizioni contrattuali relative ad operazioni e servizi bancari e finanziari; nonché alle norme di analogo tenore poste a tutela del consumatore (oggi confluite nel "Codice del consumo", d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206) e fra esse, ad esempio, all'ultimo comma dell'art. 65, dedicato allo *ius se poenitendi*. La complessità della categoria si misura, altresì, sul piano delle conseguenze sanzionatorie, nell'eventualità di un atto di disposizione di questi diritti: si va dalla nullità assoluta dell'atto, appropriata per tutti i diritti fondamentali ed inviolabili, alle invalidità "di protezione" fiorite nella legislazione consumeristica negli anni recenti.

³² Coerentemente, secondo la giurisprudenza, non è nemmeno concepibile l'acquisto della proprietà di un bene disgiunto dal potere di disposizione che della proprietà costituisce il primo e fondamentale attributo, cfr. Cass. 6 luglio 1984, n. 3967, in *Riv. giur. edilizia*, 1984, I, 836.

³³ Cfr. Cass. 15 novembre 1993, n. 11278, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, I, 873.

³⁴ Cass. 21 agosto 1996, n. 7733, in *Giust. civ.*, 1997, I, 1373, in *Riv. dir. ind.*, 1997, II, 147 e in *Danno e resp.*, 1997, 340.

³⁵ Limitabile, comunque, a tutela di interessi individuali e della collettività a norma dell'art. 42, comma secondo e terzo, Cost.

³⁶ E quindi tale consenso resta fermo, nonostante possibili ripensamenti successivi: Cass. 21 febbraio 1990, n. 1301, in *Giust. civ. Mass.*, 1990, fasc. 2. Nello stesso senso, la giurisprudenza ritiene che il contratto di *franchising* attenga a materia disponibile, in quanto espressione della libertà di scelta nello svolgimento di attività economica riconosciuta al soggetto privato in quanto tale, con la conseguenza che le controversie nascenti dal contratto di *franchising* o di affiliazione commerciale tra due società, in quanto espressione del principio di libertà di iniziativa economica privata garantito dall'art. 1322 e dall'art. 41 Cost., sono compromettibili in arbitrato: Cass. 20 giugno 2000, n. 8376, in *Giust. civ.*, 2001, I, 1327.

seguito, di un'ampia e eterogenea casistica, che il mero riferimento ai limiti dell'autonomia contrattuale non consente di apprezzare.

La questione evoca temi generali, quale quello dei tratti distintivi dell'autonomia privata nei rapporti societari. La libertà negoziale nel contesto societario, anche nel quadro attuale caratterizzato dal particolare ruolo assegnato alle regole legislative, ruolo essenzialmente di supplenza e di ausilio alla contrattazione³⁷, presenta talune caratteristiche specifiche che sono fatte discendere dalla capacità dell'organizzazione di assumere una propria oggettività ed autonomia rispetto al momento in cui il rapporto sociale è programmato con il contratto³⁸, mentre, al contempo, è attribuita rilevanza a valori ed interessi ulteriori, rispetto a quelli presenti nel momento contrattuale, come tipicamente avviene anche in ambiti diversi, come quello del diritto del lavoro. Un esempio è rappresentato dal tema della responsabilità, sottratto alle scelte negoziali dell'imprenditore (individuale o collettivo) e direttamente riferito alla specifica connotazione dell'organizzazione (numero chiuso dei modelli societari), essendo irrilevante la volontà e, entro certi limiti, il comportamento del singolo. Nei tipi capitalistici vi è, dunque, un ambito nel quale è possibile negoziare e un ambito precluso da negoziazioni, rappresentato da diritti che non possono essere concretamente negoziati, né rinunziati in un atto programmatico quale lo statuto di una società.

Con la previsione delle cause legali di recesso, o del diritto di controllo individuale del socio di una società a responsabilità limitata, l'ordinamento consente al socio facoltà che altrimenti gli sarebbero precluse dalle logiche di gruppo: una tutela nei confronti di determinate decisioni della maggioranza (recesso legale); il potere di controllo come potestà minima del socio di società a responsabilità limitata nei confronti dei poteri degli amministratori. Per contro, l'assenza del limite alla autonomia statutaria comporterebbe la probabile compressione assoluta dello spazio di negoziazione, con l'attribuzione di tutto il potere decisionale, compresa la sorte dell'investimento del

³⁷ Si veda, anche per i riferimenti alla dottrina straniera: C. ANGELICI, *Le basi contrattuali della società per azioni*, in *Trattato delle s.p.a.* diretto da Colombo e Portale, I*, Torino, 2004, 109.

³⁸ Nelle società aperte, e in particolare nelle società quotate, si realizza un assetto di interessi caratterizzato, rispetto alle altre società, e in particolare rispetto alle società per azioni chiuse, da una progressiva accentuazione della separazione tra la funzione di *manager* e quella di capitalista, nonché per una ancor più marcata *reificazione* o oggettivizzazione delle partecipazioni sociali, che è il risultato di una perfetta estraneazione rispetto alla situazione personale dei soci, tanto che si rende opportuna una forte standardizzazione delle partecipazioni: C. ANGELICI, *Note minime su "libertà contrattuale e i rapporti sociali"*, intervento al Convegno su "La libertà contrattuale", Roma, 2008, 23 ss, in <http://ssrn.com/abstract=1394845>. Tale situazione vale a giustificare i diversi limiti posti all'autonomia privata nel congegnare gli assetti organizzativi della società, limiti che trovano collocazione sia nel Codice Civile, sia nella disciplina posta a protezione del mercato finanziario di cui al TUF ex d.lgs. 58/98. Nella disciplina dettata per le società quotate, il socio risulta protetto da una serie di norme dai connotati fortemente imperativi ed è oggetto di una specifica protezione: si pensi al sistema delle nullità relative di cui agli artt. 23 e 24 TUF e alla tutela delle minoranze di cui agli artt. 126 ss TUF; cfr. Cass. 13 settembre 2007, n. 19160, in *Giur. comm.*, 2009, I, 54, ove si legge che "in tema di nomina del collegio sindacale nelle società per azioni, è illegittima la modifica statutaria che attribuisca al consiglio di amministrazione il diritto di presentare una propria lista di candidati, con possibile integrale copertura dei posti disponibili, ciò implicando la violazione del diritto dei soci di minoranza, ai sensi dell'art. 148, comma 2, d.lgs. n. 58 del 1998, di ottenere l'elezione di un loro candidato quale componente effettivo". La stessa dottrina, *Id.*, *op. cit.*, 2 ss. ricorda che nel più antico sistema della concessione, il patto sociale si poneva come il frutto di un accordo cui necessariamente partecipavano pubblici poteri; diversamente, nel vigente sistema normativo si realizza una predeterminazione del contenuto contrattuale, i tipi sociali, che dà luogo ad un inevitabile restringimento della libertà negoziale. Tra queste limitazioni all'autonomia statutaria, progressivamente estese mano a mano che la società cresce in termini di apertura al mercato, si pone l'inammissibilità della clausola compromissoria statutaria nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio.

socio dissenziente, alle decisioni che la maggioranza potrebbe imporre senza alcuna forma di dialettica interna.

In tali casi il limite non tutela solo un determinato interesse individuale, ma apre uno specifico e irrinunciabile spazio di negoziazione, con la conseguenza, per certi aspetti paradossale ma concretamente riscontrabile, che l'indisponibilità di un diritto si pone in funzione della tutela della libertà negoziale nell'ambito di un'attività programmata o, in altri termini, nel dinamismo delle relazioni d'impresa.

3.1 La disponibilità dei diritti nella dialettica degli interessi. Il c.d. criterio "della titolarità degli interessi"

Dall'analisi fin qui svolta in merito al ruolo e al significato della disponibilità dei diritti si perviene ad una prima parziale conclusione: il requisito in parola costituisce un limite all'autonomia privata che non risulta dettato da esigenze di ordine pubblico di protezione e che deve essere ricavato per via interpretativa, in assenza di una chiara indicazione legislativa.

Allo scopo di ricostruire l'ambito di disponibilità dei diritti, la giurisprudenza segue un risalente insegnamento della Corte di legittimità che fa capo al c.d. "criterio della titolarità degli interessi", o "criterio degli interessi"³⁹: la disponibilità dei diritti (e la conseguente arbitrabilità della controversia) discende dalla valutazione degli interessi coinvolti, con la conseguenza che l'area della disponibilità include, secondo tale orientamento, per certo i diritti individuali dei soci; mentre le controversie coinvolgenti interessi della società, dei soci o dei terzi attengono a diritti indisponibili e devono essere sottoposte al giudizio del tribunale.

L'ambito della disponibilità dei diritti comprende, a mente di questo criterio di giudizio, il diritto all'utile⁴⁰ e alla liquidazione della quota sociale⁴¹, il recesso⁴² e le vicende in materia di

³⁹ Cass. 10 ottobre 1962, n. 2910, in *Giust. civ.*, 1963, I, 2962 ss.: la deferibilità al giudizio degli arbitri delle impugnazioni delle deliberazioni assembleari non conformi alla legge o all'atto costitutivo è un problema che va risolto con riferimento all'oggetto delle singole deliberazioni: possono essere deferite alla cognizione di arbitri le controversie che involgono un interesse personale dei soci, come quelle relative alla loro esclusione dalla società; non possono invece essere deferite ad arbitri quelle in materia sottratte alla disponibilità delle parti, nelle quali è in gioco l'interesse della società, come quelle relative allo scioglimento della società e alla nomina dei liquidatori, all'approvazione del bilancio, all'autorizzazione agli amministratori ad assumere la veste di soci illimitatamente responsabili di altra società concorrente; cfr. Cass. 24 maggio 1965, n. 999, in *Giust. civ.*, 1965, I, 1575; Cass. 18 febbraio 1988, n. 1739, in *Foro It.*, 1988, I, 3349 ss., in *Giust. civ.*, 1988, I, 1502 ss. e in *Dir. fall.*, 1988, II, 383; Cass. 6 luglio 2000, n. 9022, in *Dir. Prat. Soc.*, 2000, fasc. 21, 77 ss. e in *Rep. Giur. it.*, voce *Arbitrato*, n. 106; Cass. 19 febbraio 2000, n. 2412, in *Giust. civ.*, 2001, I, 405, con nota di G. VIDIRI, *Compromesso (e clausola compromissoria) e controversie in materia societaria*. In merito agli orientamenti giurisprudenziali sul tema, si veda il vasto panorama offerto da N. SOLDATI, *Le clausole compromissorie nelle società commerciali*, Milano, 2005, 117 ss. e da F. CORSINI, *L'arbitrato nella riforma del diritto societario*, cit., 1287.

⁴⁰ Trib. Napoli 24 gennaio 1989, in *Dir. fall.*, 1989, II, 1169; secondo Cass. 6 luglio 2000, n. 9022, *cit.*, è arbitrabile la controversia con il quale il socio accomandante lamenta, nei confronti dell'accomandatario, la mancata corresponsione della quota di competenza degli utili, in quanto tale controversia non inciderebbe su interessi della società e non sarebbe idonea a violare norme poste a tutela dell'interesse collettivo, dei soci e dei terzi.

⁴¹ Trib. Pavia, 17 dicembre 1987, in *Le Società*, 1998, 270.

⁴² In particolare, per quanto attiene ai criteri di determinazione della quota sociale in caso di recesso, trattandosi di un diritto di natura patrimoniale del socio, la giurisprudenza afferma la disponibilità del diritto stesso e la compromettibilità della controversia: Trib. Modena 11 novembre 2005; nel caso del recesso, tuttavia (e sempre argomentando a partire dal c.d. criterio degli interessi), sembra discutibile l'affermazione dell'esclusiva titolarità dell'interesse in gioco in capo al singolo socio, in quanto il procedimento di liquidazione della partecipazione può condurre alla messa in liquidazione della società,

conferimenti⁴³. Le controversie relative all'esclusione di un socio, sempre secondo tale orientamento, sono da considerarsi arbitrabili a condizione che lo scioglimento del rapporto sociale limitatamente al socio non determini lo scioglimento della società⁴⁴.

L'individuazione dei diritti disponibili con riferimento ai soli diritti individuali dei soci, o in altri termini e in concreto, con riferimento a quelle vicende che coinvolgano la sola posizione soggettiva del singolo senza riflessi sui terzi, la società o gli altri soci, trova fondamento in una concezione della disponibilità dei diritti strettamente legata alle tradizionali categorie dell'autonomia privata e, più specificamente, dell'autonomia contrattuale; concezione che, come accennavo in precedenza, trovava giustificazione normativa nel tradizionale rinvio – ora venuto meno sia nell'art. 34, sia nell'art. 806 c.p.c. – alla transigibilità della controversia.

Nelle vicende societarie, tuttavia, si assiste fisiologicamente alla sovrapposizione o compresenza degli interessi individuali e di quelli collettivi, di altri soci e dei terzi⁴⁵: i soci compiono atti di disposizione che, in quanto predisposti nelle forme e alle condizioni previste dal diritto societario, vanno fatalmente ad incidere su interessi dei terzi o, quanto meno, degli altri soci⁴⁶: si pensi al diritto all'utile, in relazione al quale si contrappongono l'interesse personale del socio ad ottenere la remunerazione del proprio investimento e l'interesse della società - e dei suoi creditori - al reinvestimento a fini di consolidamento del patrimonio sociale; si pensi, altresì, alle questioni, abbastanza frequenti nella pratica, relative alla misura della remunerazione dei soci che siano anche amministratori di una società a responsabilità limitata, ove si confrontano con l'interesse della società gli interessi di costoro alla massimizzazione del valore della propria prestazione⁴⁷.

3.2. La disponibilità delle posizioni soggettive: il diritto e il momento di esercizio

Come evidenziavo, l'individuazione dei diritti disponibili nei soli diritti individuali dei soci non risulta conciliabile con il fisiologico coinvolgimento di interessi diversi: l'interesse dei terzi, della

andando così ad incidere, senza dubbio, sui concorrenti interessi dei creditori e sulla sopravvivenza stessa della società: F. GENNARI, *op. cit.*, 34.

⁴³ Sono, inoltre, controversie che attengono ad interessi esclusivi della società quelle relative all'iscrizione nel libro soci o alla richiesta ai soci del versamento dei centesimi: V. SALAFIA, *La clausola compromissoria negli statuti sociali*, in *Le Società*, 2001, 1042.

⁴⁴ Cass. 3 agosto 1988, n. 4814, in *Le Società*, 1988, 1135.

⁴⁵ Anche secondo la dottrina prevalente tale criterio è fumoso e di difficile e incerta applicazione: cfr. G. DE FERRA, *Clausole arbitrali nel diritto delle società*, in *Riv. arb.*, 1995, 187 ss.; C. PUNZI, *op. cit.*, 257; R. TETI, *L'arbitrato nelle società*, in *Riv. arb.*, 1993, 301 ss. Sulla scarsa affidabilità di tale criterio discrezionale: A. MERONE, *La compromettibilità in arbitri delle delibere assembleari*, nota a Trib. Lucca, 11 gennaio 2005, in *Giur. merito*, 2005, 2667.

⁴⁶ Come afferma la stessa giurisprudenza, "non vi è controversia societaria che coinvolga soltanto interessi individuali dei singoli soci": Trib. Pescara 10 marzo 2008; Trib. Napoli 25 ottobre 2006, in *Giur. it.*, 2007, 1445.

⁴⁷ Per quanto riguarda la giurisprudenza di merito, sempre in ordine all'applicazione del criterio della titolarità degli interessi con riferimento sia all'interesse della generalità dei soci, sia all'interesse della società, si segnala la peculiare argomentazione di Trib. Biella 15 gennaio 2005: si motiva la non arbitrabilità della domanda di annullamento della delibera assembleare con la quale i soci di maggioranza dispongono un aumento dei compensi degli amministratori, non giustificato e non coerente con la situazione economica della società, facendo riferimento al fatto che la vicenda coinvolge interessi superindividuali della società (contenimento delle spese) e della generalità dei soci (distribuzione degli utili). La finalità indiretta di ridurre gli utili sociali pur garantendo entrate ai soci di maggioranza, componenti del consiglio di amministrazione, mediante l'aumento propositato dei compensi, sempre secondo il citato provvedimento, rientra nella figura dell'eccesso di potere.

società e degli altri soci che, giusta la regola posta dall'art. 35, quarto comma, subiscono quantomeno indirettamente gli effetti del lodo.

In ordine alla disponibilità dei diritti individuali è necessario fare alcune precisazioni. Le posizioni soggettive cui fa riferimento la giurisprudenza che lega la disponibilità al c.d. criterio degli interessi attengono a diritti che, a seguito di fisiologiche vicende societarie, si sono "individualizzati"⁴⁸. Mi riferisco a quelle posizioni soggettive che, pur trovando la loro matrice nel contratto sociale, hanno ormai acquisito una loro consistenza autonoma alla stregua dei diritti che competono ad un terzo estraneo alla compagine sociale: è il caso del diritto al dividendo, cioè alla quota di utili di cui l'assemblea ha deliberato la distribuzione; o del diritto alla quota di liquidazione, quale diritto di credito che il socio vanta a seguito del deposito del bilancio finale di liquidazione; ovvero, ancora, del diritto di opzione maturato a seguito della deliberazione di aumento del capitale sociale.

L'equiparazione tra diritti disponibili e diritti "individualizzati", tuttavia, non manifesta alcuna utilità in ordine alla determinazione dell'area di disponibilità dei diritti societari: è certo che il socio possa disporre del diritto "individualizzato", così come è pacifica la disponibilità del diritto di proprietà o di prelazione. Chi si accontentasse di una siffatta ricostruzione, sarebbe necessariamente indotto a ritenere che il requisito della disponibilità debba rilevarsi unicamente nel caso in cui il diritto risulti esclusivo appannaggio di un determinato soggetto; ne deriverebbe la sostanziale perdita di significato del requisito della disponibilità dei diritti, almeno con riferimento alle controversie societarie, con conseguente sottrazione all'area di operatività dell'arbitrato societario della generalità della controversie inerenti al rapporto sociale.

3.3. *Diritti disponibili e diritti individuali*

Sul versante opposto dei diritti "individualizzati", per definizione disponibili secondo le regole dell'autonomia contrattuale, si pone la tradizionale categoria dei diritti individuali dell'azionista, la cui essenza è stata teorizzata mediante la ricostruzione di una componente attiva dello *status* di socio indisponibile da parte della maggioranza⁴⁹: il socio conserva delle aree assolute di autonomia, tutelate dal riconoscimento di posizioni incompressibili, in ordine alle quali la maggioranza non può intervenire in termini modificativi, o comunque peggiorativi; il modo in cui il diritto individuale è

⁴⁸ Si rinvia alla distinzione tradizionale tra diritto astratto e diritto concreto: A. CERRAI, A. MAZZONI, *La tutela del socio e delle minoranze*, in *Riv. soc.*, 1993, 1, ivi 45, nt. 73; ovvero, secondo la locuzione ascarelliana, fra diritto e momento dell'esercizio: T. ASCARELLI, *Sui poteri della maggioranza nelle società per azioni ed alcuni dei loro limiti*, in T. ASCARELLI, *Studi in tema di società*, Milano, 1952, 106.

⁴⁹ A. CERRAI, A. MAZZONI, *op. cit.*, 30 s.

esercitato è insindacabile nel merito, come tipicamente accade per gli atti di esercizio dell'autonomia privata che non ledono i diritti soggettivi altrui⁵⁰.

L'individuazione dell'area di indisponibilità per il tramite della valorizzazione dei diritti individuali non convince. Nella prospettiva appena delineata, infatti, la stretta correlazione tra diritti indisponibili e diritti incomprimibili (o individuali) condurrebbe fatalmente ad una perdita di significato della norma in tema di arbitrabilità delle controversie societarie. I diritti individuali, così come appena delineati, si atteggiavano quale limite "esterno" rispetto alla normale operatività di tutte le clausole statutarie, tra le quali figura la clausola compromissoria statutaria. Una simile ricostruzione, dunque, non farebbe altro che attribuire alla clausola compromissoria statutaria i medesimi limiti delle altre parti dello statuto, comportando un'interpretazione che, in sostanza, giunge a privare di ogni reale significato il requisito della disponibilità dei diritti, nonostante la riconosciuta rilevanza dello stesso, sia nel sistema dell'arbitrato in generale, sia nel disegno della disciplina dell'arbitrato societario⁵¹.

Nella dialettica degli interessi in gioco, un contrastante orientamento si concentra, anziché sull'esistenza di posizioni soggettive incomprimibili del socio, sull'analisi delle finalità e del modo di operare della maggioranza, ricostruendo il voto come *droit fonction*, sensibile alle influenze del diritto amministrativo e dell'istituzionalismo⁵². Anche tale impostazione non consente un'adeguata valorizzazione del requisito della disponibilità dei diritti in ambito societario, in quanto, ogni qualvolta la controversia dovesse coinvolgere interessi della società – e ciò accade regolarmente, anche a mente dell'efficacia *ultra partes* del lodo sancita dall'art. 35, quarto comma – l'unico soggetto legittimato a disporre delle posizioni soggettive in discussione dovrebbe essere la società medesima, con l'effetto di un'inevitabile compressione del novero dei diritti disponibili e in ultima analisi - e curiosamente – la conseguenza della medesima sostanziale privazione di reale rilevanza e significato che si è *supra*

⁵⁰ Nella disciplina sulle s.p.a. i diritti individuali possono legittimare il socio all'impugnazione della delibera del consiglio di amministrazione (art. 2388, quarto comma), o determinare l'inefficacia delle delibere che li colpiscono in quanto appartenenti ad una categoria di azionisti (art. 2376). Si tratta in questi casi, tuttavia, di semplici limiti posti al dispiegarsi dell'autonomia statutaria, i quali da soli non valgono a fondare l'esistenza di posizioni soggettive attinenti allo *status* di socio trascendenti le vicende societarie. L'art. 2482 *quater* in materia di riduzione del capitale per perdite nelle s.r.l. sembrerebbe richiamare i diritti individuali del socio, almeno in termini di parità di trattamento; secondo la dottrina, l'art. 2482 *quater*, unitamente alle norme in tema di aumento reale e nominale del capitale sociale (artt. 2481 *bis*, comma 1, e art. 2481 *ter*), esprime il principio secondo il quale nella società a responsabilità limitata, "laddove si tratti di incidere sulla pretesa di ciascun socio al mantenimento dell'assetto originario dei rapporti fra i propri e i diritti altrui, fra la propria e le altrui partecipazioni, tale incidenza non può che prodursi con il consenso di tutti i soci, o quantomeno di quelli da essa pregiudicati, dovendosi solamente discutere se e con quali conseguenze tale regola possa essere derogata dall'atto costitutivo": G. ZANARONE, *Della società a responsabilità limitata*, II, in *Il Codice civile commentato*, fondato da P. SCHLESINGER e diretto da F.P. BUSNELLI, Milano, 2010, 1761; da ciò si desume che, per la valutazione in ordine alla disponibilità dei diritti, il connotato individuale del diritto non risulta determinante, in quanto occorre in ogni caso fare riferimento ai limiti, più o meno ampi (anche a seconda del tipo societario coinvolto) imposti all'autonomia privata.

⁵¹ Sul punto faccio rinvio al paragrafo 2.

⁵² *Droit fonction* come potere vincolato al rispetto del fine per cui sono stati conferiti, con conseguente affermazione dell'illiceità di un esercizio per ragioni ed obiettivi diversi dal perseguimento di quel fine: R. DAVID, *La protection des minorités dans les sociétés par actions*, LGDJ, Paris, 1929; l'orientamento notoriamente predominante nella nostra dottrina è quello che, invece, difende la natura contrattuale e privatistica dell'interesse della società, valorizzando l'interesse economico astrattamente comune a tutti i soci in base alla causa lucrativa del contratto, alla stregua del quale valutare di volta in volta la liceità o l'illiceità dell'operato della maggioranza: cfr., *inter alia*, A. MIGNOLI, *L'interesse sociale*, in *Riv. soc.*, 1958, 725; P.G. JAEGER, *L'interesse sociale*, Milano, 1963, A. GAMBINO, *Il principio di correttezza nell'ordinamento delle società per azioni (abuso di potere nel procedimento assembleare)*, Milano, 1987; D. PREITE, *Il conflitto di interesse del socio tra codice e disciplina del mercato mobiliare*, in *Riv. soc.*, 1988, 361.

registrata all'esito della messa alla prova dell'interpretazione che si concentra sui diritti individuali dei soci.

4. La disponibilità dei diritti e l'autonomia statutaria

Dalla ricostruzione tentata nel corso di queste righe, a partire dalla critica al tradizionale orientamento giurisprudenziale che focalizza l'attenzione sulla natura degli interessi coinvolti, il c.d. criterio della titolarità degli interessi⁵³, si ricava l'impressione che un procedimento interpretativo rispettoso del ruolo e del significato del requisito della disponibilità dei diritti debba preliminarmente riconoscere che ogni diritto "relativo al rapporto sociale" può coinvolgere – anzi normalmente coinvolge - altri interessi coesistenti, senza che ciò comporti l'esclusione della relativa disponibilità.

In tale direzione costituisce un efficace esempio della pressoché inevitabile sovrapposizione del piano societario con l'assetto degli interessi dei singoli la questione relativa all'arbitrabilità delle delibere di scioglimento della società: le liti sullo scioglimento del rapporto sociale del singolo socio, come le controversie relative all'esclusione del socio e alla liquidazione della quota, sono compromettibili a mente del c.d. criterio degli interessi, in quanto l'interesse coinvolto è quello individuale del socio a restare nel gruppo⁵⁴; ciò vale però, sempre seguendo la logica del criterio ora citato, a condizione che la complessiva vicenda non vada a determinare lo scioglimento della società, perché in tal caso coinvolgerebbe interessi diversi⁵⁵.

La soluzione qui prospettata, rispettosa del c.d. criterio degli interessi, non tiene peraltro in debita considerazione il fatto che, in tema di controversie relative al verificarsi di una causa di scioglimento, l'autonomia statutaria consente ai soci, nel rispetto delle regole sul funzionamento delle società, di sciogliere la società quando lo ritengano opportuno⁵⁶. Si può, quindi, ritenere che i diritti

⁵³ Si rinvia al sottoparagrafo 3.1.

⁵⁴ Cass. 30 marzo 1984, n. 2084 in *Foro it.*, 1985, I, 2984; Cass. 20 aprile 1988, n. 4814, in *Le Società*, 1988, 1135; Cass. 7 marzo 1995, n. 2657 in *Le Società*, 1995, 1285; Trib. Roma 26 marzo 1994, in *Riv. arb.*, 457; diverso, però, è il caso di una società composta da due soli soci, ipotesi nella quale la compromettibilità sarebbe esclusa in quanto l'esclusione stessa comporterebbe lo scioglimento della società, considerata materia indisponibile. Ma a tale opinione è possibile obiettare che, al venir meno della pluralità dei soci, non segue affatto lo scioglimento della società, né nelle società di capitali, essendo prevista e disciplinata la società a responsabilità limitata e la società per azioni unipersonali, né nelle società di persone, in quanto alla riduzione della società personale ad un unico socio non segue automaticamente lo scioglimento della società, avendo il socio superstite il termine di sei mesi per ricostituire la pluralità dei soci; in argomento: App. Trento 20 marzo 1999, in *Le Società*, 1999, 957, con nota di A. STESURI, *Deferibilità in arbitri dell'esclusione del socio di s.n.c. con due soli soci*. A ciò si aggiunge che lo scioglimento della società non è, in generale, materia indisponibile, in quanto i soci possono deliberare lo scioglimento anticipato della società.

⁵⁵ Siffatte vicende, dunque, riguarderebbero interessi della società, trascendenti quelli particolari dei soci, tra cui "l'interesse correlato alla realtà giuridica della permanente sussistenza o meno della società, risalente alla costituzione della società stessa attuata con l'unanime manifestazione di volontà collettiva espressa nel contratto sociale e sottratto all'incidenza del principio maggioritario": Trib. Salerno 12 aprile 2007, in *Giur. comm.*, 2008, II, 869, con nota di F. CORSINI, *Società di persone, clausola compromissoria statutaria ed arbitrabilità delle controversie in materia di scioglimento del rapporto sociale*; negli stessi termini, Trib. Salerno 10 aprile 2007, in *Le Società*, 2008, 214, con nota di E. SENINI; si veda anche Trib. Ravenna 3 febbraio 2006, in *Giur. it.*, 2006, 1875, con nota di S. CERRATO e in *Le Società*, 2007, 607, con nota di L. MORELLINI, *Le controversie deferibili agli arbitri e la decisiva volontà delle parti*; Trib. Milano 6 marzo 2003, in *Giur. it.*, 2003, 1411; Cass. 19 settembre 2000, n. 12412, *cit.*; Trib. Modena 12 maggio 2004, *cit.*; in ordine alla pretesa sussistenza di un diritto della società "ad esistere", si vedano le fondate critiche di F. RESTANO, *Impossibilità di funzionamento dell'assemblea*, *cit.*, 1088.

⁵⁶ L'assemblea può modificare lo statuto, ritenere esistente la causa di scioglimento e dar inizio alla liquidazione, ovvero decidere lo scioglimento anticipato con l'iscrizione della relativa delibera, oppure eliminare la causa di scioglimento, purché non si tratti di scioglimento conseguente alla pronunzia giudiziale a seguito dell'azione dei creditori. Lo statuto sociale può

che attengono allo scioglimento della società siano statutariamente disponibili, in quanto le relative vicende sono condizionate dalle regole e dalle iniziative del gruppo.

La specificità dell'autonomia statutaria, come evidenziato in precedenza, impone di valutare la disponibilità dei diritti sociali avendo come parametro di riferimento non la rinuncia o la cessione di diritti individuali, avvenuta per mezzo di atti individuali, bensì quelle manifestazioni di volontà che adottano i soci in sede assembleare e i componenti degli altri organi sociali nelle rispettive sedi.

Alle osservazioni testé condotte si può aggiungere, infine, che la stessa collocazione, nell'atto costitutivo, della clausola compromissoria dovrebbe dare conto del rilievo metaindividuale e organizzativo dell'assetto di interessi realizzato⁵⁷. Nell'ambito societario, infatti, la clausola arbitrale entra far parte della disciplina del gruppo e le statuizioni del lodo sono, comunque, vincolanti per la società: ciò impone una lettura in chiave collettiva della disponibilità⁵⁸, estendendola a tutti gli interessi dei quali la società stessa è abilitata a disporre⁵⁹.

Al tema, di per sé molto vasto, non si mostrano estranei i principi generali cui è ispirata la Riforma e, particolarmente, i costanti riferimenti all'autonomia statutaria contenuti negli artt. 2 ss., legge 3 ottobre 2001, n. 366⁶⁰, i quali dovrebbero far propendere l'interprete per un'estesa riduzione nel diritto societario (ma soprattutto in materia di società a responsabilità limitata) degli ambiti ove sia possibile riconoscere posizioni soggettive indisponibili. Si pone, dunque, all'interprete il problema della relazione tra la prevista e realizzata espansione dell'area della disponibilità dei diritti relativi al rapporto sociale⁶¹ e alcuni nuovi limiti, posti dalla Riforma, all'autonomia statutaria per la salvaguardia degli spazi di negoziazione minimi: esempi di un nuovo modo di regolare i rapporti tra i soci sono le cause di recesso previste dall'art. 2437, primo comma⁶², e il diritto di controllo individuale del socio di società a responsabilità limitata.

Nonostante l'indiscutibile ampliamento dell'autonomia statutaria, con la Riforma si registrano ambiti esclusi dall'area della disponibilità. In particolare, il diritto previsto e disciplinato dall'art.

prevedere nuove cause di scioglimento ed anche le modalità attraverso le quali tali cause debbano essere accertate o decise (art. 2484, ultimo comma).

⁵⁷ Sul tema del rilievo "reale" delle regole organizzative societarie connesso alla loro portata metaindividuale, si veda C. ANGELICI, *Le basi contrattuali della società per azioni*, cit., 146 s.

⁵⁸ Si esprime in questi termini F. GENNARI, *op. cit.*, 26.

⁵⁹ La disponibilità va valutata non più sul piano individuale, ma sul piano corporativo, per cui – come efficacemente rileva una parte della dottrina: A. ZOPPINI, *op. cit.*, 1181- è arbitrabile ciò che è anche socialmente decidibile.

⁶⁰ L'art. 2, comma 1, lett. d), l. 3 ottobre 2001, n. 366, espressamente prevede, tra i principi generali, l'ampliamento dell'autonomia statutaria "tenendo conto delle esigenze di tutela dei diversi interessi coinvolti"; l'art. 3, lett. b), e), f) prevede, per la società a responsabilità limitata, un'ampia autonomia statutaria, in particolare per quanto riguarda le strutture organizzative, i procedimenti decisionali della società, gli strumenti di tutela degli interessi dei soci, le azioni di responsabilità e il contenuto e il trasferimento della partecipazione sociale.

⁶¹ Sull'ampio spazio che la Riforma del 2003 riserva all'autonomia statutaria nella determinazione dell'organizzazione della società a responsabilità limitata in particolare, *inter alia*, si veda: V. SALAFIA, *La nuova s.r.l. tra autonomia statutaria e norme imperative*, in *Le Società* 2009, 437 ss.; C. IBBA, *In tema di autonomia statutaria e norme inderogabili*, in *I quaderni della Riv. Dir. civ., Le grandi opzioni della riforma del diritto e del processo societario*, a cura di CIAN, Padova, 2004, 146 e F. D'ALESSANDRO, *La provincia del diritto societario inderogabile (ri)determinata. Ovvero: esiste ancora il diritto societario?*, in *Riv. soc.*, 2003, 38.

⁶² L'art. 2437, ultimo comma, sancisce l'indisponibilità di tali diritti, disponendo la nullità di qualsiasi patto volto ad escludere o a rendere più gravoso l'esercizio del diritto di recesso nelle ipotesi previste dal primo comma della stessa norma.

2476, secondo comma, non è comprimibile, né eliminabile mediante una clausola statutaria⁶³, ma risultano disponibili le concrete modalità attuative del diritto medesimo: è valida la clausola che, senza sostanzialmente comprimerlo, regoli l'esercizio del diritto di informazione e controllo e, parimenti, è disponibile e arbitrabile quella controversia che, fermo restando il riconoscimento del diritto di controllo ex art. 2476, secondo comma, abbia ad oggetto il concreto esercizio del diritto stesso⁶⁴.

5. I diritti disponibili nelle controversie sulla validità di delibere assembleari

La centralità della questione relativa all'impugnazione delle delibere assembleari discende da due ordini di considerazioni. In primo luogo, è fuori di dubbio che le più frequenti problematiche coinvolgenti il funzionamento degli organi sociali, il bilancio di esercizio, ovvero lo scioglimento e la liquidazione della società, divengono oggetto, per la maggior parte, di delibere dell'assemblea dei soci. Proprio in quest'ambito si concentra, infatti, la maggior parte delle controversie societarie, delle quali va valutata la compromettibilità sulla base del requisito della disponibilità dei diritti. In secondo luogo, il tema dell'arbitrato su delibere assembleari è stato oggetto di particolari attenzioni da parte dello stesso legislatore, che vi dedica gli artt. 35, quinto comma, e 36, primo comma, con riferimento alla competenza arbitrale a disporre, con ordinanza, la sospensione degli effetti della delibera e all'obbligo di decisione secondo diritto.

Alla luce del ruolo di regola generale ricoperto dall'art. 34, primo comma, e della conseguente esigenza di dare adeguato peso alla disponibilità dei diritti che divengono oggetto di controversia, si rende necessario individuare le liti su deliberazioni assembleari che afferiscano a diritti disponibili e siano, per questo motivo, possibile oggetto di un arbitrato societario.

Richiamando il c.d. criterio degli interessi, approfondito in termini critici nelle precedenti pagine, si dovrebbe coerentemente concludere per l'indisponibilità dei diritti, ogniquale volta, come accade di regola in tema di delibere assembleari, siano coinvolti interessi diversi rispetto alla posizione individuale del socio⁶⁵. Ciò spiega come mai la compromettibilità delle controversie societarie relative a impugnative di delibere assembleari, indipendentemente dal loro oggetto, sia stata pressoché

⁶³ E' nulla ogni clausola che lo escluda o ne subordini l'esercizio a particolari condizioni: P. BENAZZO, *Competenze di soci e amministratori nelle s.r.l.: dall'assemblea fantasma all'anarchia?*, in *Le Società*, 2004, 814; O. CAGNASSO, *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. COTTINO, V, Padova, 2007, 253.

⁶⁴ Sul punto, Arb. Unico, 17 settembre 2004 (Lucca), *cit.*: oggetto della controversia devoluta in arbitrato è il diritto del socio ad ottenere precise ed esaurienti informazioni sulla gestione della società, in particolare con riferimento alla gestione da parte di questa di un ristorante. Secondo la dottrina, possono essere stipulate pattuizioni parasociali dirette a regolamentare in termini restrittivi l'esercizio del diritto di controllo: N. ABRIANI, *Controllo individuale del socio e autonomia contrattuale nella società a responsabilità limitata*, in *Giur. Comm.*, 2005, 2, 155; cfr. G. ZANARONE, *Della società a responsabilità limitata*, *cit.*, 1116 ss., ove si ritiene che al secondo comma dell'art. 2476 si possa statutariamente derogare nei limiti in cui non si vada a ledere quel *minimum* inderogabile di controllo di gestione che l'ordinamento riconosce all'interessato in materia di impresa, come nel caso di associazione in partecipazione o di accomandita semplice.

⁶⁵ Secondo la tesi più risalente, maturata nella vigenza dell'abrogato codice di commercio, l'impugnativa delle delibere assembleari è di per sé sottratta alla disponibilità delle parti, in quanto coinvolgerebbe sempre interessi superindividuali e di terzi estranei alla società; l'opinione è stata ripresa anche di recente: Cass. 23 ottobre 1998, n. 10530, in *Foro it.*, 1998, I, 3125; Trib. Monza 17 aprile 2000, in *Giur. milanese* 2000, 378; la carenza di un requisito procedimentale - la convocazione di tutti i soci - è stata ritenuta quale violazione di un diritto indisponibile da Cass. 23 gennaio 2004, n. 1148, in *Le Società*, 2004, 453; in dottrina, cfr. L. GROPPOLI, *L'incidenza dell'interesse "sociale" sull'arbitrabilità*, in *Riv. arb.*, 2006, 297 e F. CORSINI, *L'arbitrato nella riforma*, *cit.*, 1288.

costantemente negata a far tempo dagli anni Quaranta del secolo scorso⁶⁶, sul fondamento che il diritto all'impugnativa coinvolga, di regola, non solo il personale interesse del socio, ma anche quello della società e dei consoci. Non sono mancate, però, significative aperture, in particolare da parte di quella giurisprudenza che afferma l'arbitrabilità delle controversie relative all'impugnazione di delibere assembleari qualora i vizi contestati attengano al solo mancato raggiungimento del *quorum* deliberativo, sulla scorta dell'opinione secondo cui, in tali casi, i diritti oggetto della vertenza non afferiscano né all'interesse collettivo dei soci, né tantomeno all'interesse di terzi⁶⁷.

Si rileva, tuttavia, nelle argomentazioni dei giudici, un costante nesso tra la disponibilità dei diritti oggetto della controversia e la titolarità dell'interesse sotteso⁶⁸, relazione che comporta l'esclusione dell'arbitrabilità della controversia ogni volta che sia ravvisabile la natura sociale o collettiva del medesimo interesse. Tuttavia, siffatta natura comporta unicamente la sottrazione del diritto rispetto all'autonomia contrattuale dei soci, i quali non potranno disporre di posizioni soggettive altrui, ma non implica necessariamente che eguale conseguenza si determini anche rispetto alla volontà "collettiva" espressa dalla società, formata secondo le regole dell'organizzazione⁶⁹. In altri termini, con riferimento all'autonomia statutaria, la disponibilità dei diritti inerenti al rapporto sociale non svanisce in presenza di un altrui interesse (riconducibile ora ad altri soci individualmente considerati, ora alla società, ora il gruppo dei soci), ponendosi i diversi interessi coinvolti sullo stesso piano: descrittivamente si tratta di interessi che "si sommano" a quelli toccati dalla controversia e la prevedibile compresenza non va necessariamente ad impedire la disponibilità dei diritti sociali; diversamente ragionando, si tornerebbe a ricostruire le posizioni soggettive relative al rapporto sociale

⁶⁶ Cfr. Trib. Genova 24 novembre 1939, *Rep. Foro it.*, 1940, voce *Società*, n. 238. Il c.d. criterio degli interessi comporta l'inarbitrabilità anche di quelle controversie in cui il coinvolgimento degli interessi "esterni" sia solo indiretto, come nel caso in cui si tratti della revoca di un amministratore determinata dalla violazione delle disposizioni in tema di precisione e chiarezza del bilancio: Trib. Bari 28 dicembre 2007, in *Il merito*, 2008, 3, 42; dello stesso orientamento: Cass. 18 febbraio 1988, n. 1739, *cit.*

⁶⁷ Secondo l'orientamento evocato nel testo, le disposizioni attinenti alla regolare formazione della volontà sociale non appaiono ispirate e giustificate da esigenze di tutela di un principio di ordine pubblico, tanto più che la legge (l'art. 2377) prevede per i soci solo una mera facoltà di impugnazione: Trib. Torino 27 settembre 2004. Questa opinione, si osserva, resta ancorata ad una concezione della disponibilità legata ai principi dell'autonomia contrattuale e, quindi, attenta ad individuare nel singolo la titolarità dell'interesse di cui si dispone; cfr. Cass. 23 gennaio 2004, 1148, in *Le Società*, 2004, 453; Cass. 10 ottobre 1962, n. 2910, *cit.* e Cass. 24 maggio 1965, n. 999, *cit.*, ove si afferma che "perché possa essere deciso se le controversie che sorgono tra società e soci possano formare oggetto di giudizio arbitrale, occorre esaminare, in relazione ai singoli casi concreti, e con riferimento sia all'oggetto della lite che alle ragioni dell'impugnazione della delibera assembleare, se le questioni che vengono sollevate concernono interessi individuali dei soci oppure interessi delle società, tutelati dalla legge come tali e, mentre per le prime deve riconoscersi la deferibilità della controversia al giudizio degli arbitri, per le seconde tale compromettibilità ad arbitri deve essere negata". Il criterio della titolarità degli interessi è ben sintetizzato nella sentenza Cass. 23 febbraio 2005, n. 3772, in *Le Società*, 2006, 637: "Le controversie in materia societaria possono, in linea generale, formare oggetto di compromesso, con esclusione di quelle che hanno ad oggetto interessi della società o che concernono la violazione di norme poste a tutela dell'interesse collettivo dei soci o dei terzi".

⁶⁸ Cfr., oltre alle sentenze già indicate, Cass. 19 settembre 2000, n. 12412, *cit.*; Cass. 30 marzo 1998, n. 3322, *cit.*; App. Firenze 31 gennaio 2001, in *Riv. arbitrato* 2002, 315; Trib. Napoli 2 maggio 2003, in *Giur. merito* 2004, 349; Trib. Napoli 29 marzo 2003, in *Le Società* 2003, 1251; Trib. Milano 7 febbraio 2002, in *Giur.it.* 2002, 1014. Con riferimento ad una particolarissima e criticabile estensione dell'area dell'indisponibilità, P. BENAZZO, *Questioni di arbitrabilità delle controversie societarie*, ined., dattiloscritto messo gentilmente a disposizione dall'Autore, segnala l'orientamento di Trib. Lucca 11 gennaio 2005, *cit.*, ove si esclude la compromettibilità in arbitri di una deliberazione avente ad oggetto l'approvazione di un nuovo statuto, considerata - curiosamente - materia sottratta alla disponibilità delle parti, "siccome riflettente interessi della società".

⁶⁹ Si veda Cass. 23 febbraio 2005, n. 3772, *cit.*: l'area dell'indisponibilità si rivela, dunque, più ristretta di quella degli interessi genericamente "superindividuali".

secondo il paradigma del *droit fonction*, predicando la necessità che i diritti sociali, che coinvolgono interessi altrui, siano da esercitare nell'interesse di altri soggetti.

Il superamento del c.d. criterio degli interessi si rende necessario in un contesto normativo che, come evidenziato nel corso di questo lavoro, fa specifico riferimento ai canoni propri dell'autonomia statutaria: non potrebbero trovare altra e diversa giustificazione, ad esempio, le regole in tema di efficacia soggettiva della clausola compromissoria, la quale – anche in virtù della disciplina dell'art. 34 – si attegga quale regola organizzativa di gruppo, in un ambiente in cui è l'autonomia statutaria, e non la volontà del singolo, a determinare i contenuti e l'ambito di estensione delle posizioni soggettive. Si pensi, ad esempio, alla disciplina dedicata proprio a quei casi in cui, tradizionalmente, si profilava l'esistenza di diritti soggettivi individuali, per assunto sottratti alla disponibilità della sola maggioranza: alla sanabilità del contratto di società nullo mediante una modificazione dell'atto costitutivo deliberata a maggioranza (art. 2332) e alla revoca dello stato di liquidazione, che l'art. 2487-ter consente con deliberazione dell'assemblea⁷⁰.

In ordine all'individuazione concreta delle controversie relative a diritti disponibili, la giurisprudenza ha focalizzato l'attenzione sulla natura della sanzione, ammettendo il giudizio arbitrale solo nel caso in cui la controversia attenga all'annullabilità della delibera⁷¹: le deliberazioni nulle non potrebbero essere oggetto di arbitrato, perché in genere riguardanti materie indisponibili, mentre quelle annullabili coinvolgono interessi esclusivi dei soci e dunque possono essere sottoposte al vaglio del giudice privato⁷².

L'orientamento in parola valorizza certamente la natura degli interessi sottesi alle controversie che sfociano nell'impugnativa di delibere assembleari: interessi generali in ordine alle delibere nulle e interessi individuali, o appartenenti occasionalmente a singoli gruppi, per l'ipotesi di annullabilità⁷³.

⁷⁰ L'osservazione è di P. BENAZZO, *Questioni*, cit.

⁷¹ In termini: Trib. Prato 19 marzo 2009, in Riv. arb., 2009, 391, ove si afferma che la norma di cui all'art. 2377 è posta a tutela di diritti disponibili e che soltanto la nullità sfugge alla cognizione arbitrale, lasciando intuire che trattasi di sanzione posta a presidio di diritti indisponibili; Trib. Roma 23 luglio 1984, in *Le Società*, 1985, 492, con nota di R. RORDORF, *Deferibilità ad arbitri di controversie relative a deliberazioni assembleari*; Cass. 18 febbraio, 1988, n. 1739, cit.; Cass. 26 ottobre 1995, n. 11151, in *Giur. comm.*, 1996, II, 329; Trib. Milano 19 novembre 2001, in *Giur. it.*, 2001, 1438 e Trib. Napoli, 25 ottobre 2006, in *Giur. it.*, 2007, 1445.

⁷² Cfr. Trib. Novara 20 aprile 2010, in *Le Società*, 2010, 909, con nota di A. STABILINI, *Arbitrabilità delle controversie in materia di invalidità di delibera assembleare*: in tale recente pronuncia si pongono sullo stesso piano natura della sanzione e disponibilità (o indisponibilità) dei diritti, in quanto il Tribunale ritiene arbitrabili solo le impugnative nelle quali si deducono vizi di annullabilità che riguardano normalmente violazioni di norme che incidono su interessi individuali del socio o comunque di natura privatistica, mentre non sono compromettibili le controversie nel quali il vizio dedotto attenga a cause di nullità come conseguenza della violazione di norma imperative previste a tutela di interessi generali; cfr, altresì, Trib. Roma, 23 luglio 1984, in *Le Società*, 1985, 492.

⁷³ E' considerata nulla, per illiceità dell'oggetto, la deliberazione "contraria a norme dettate a tutela dell'interesse generale, che trascende quello dei singoli soci, e che siano dirette ad impedire una deviazione dallo scopo essenziale economico pratico del contratto e del rapporto di società". Cass. 22 gennaio 2003, n. 928, in *Dir. e prat. soc.*, 2003, 8, 56 ss.; Cass. 9 aprile 1999, n. 3457, in *Foro it.* 1999, I, 2250. La formula riportata dalle sentenze è ormai decisamente consolidata e risalente a Cass. 20 aprile 1961, n. 883, in *Foro it.*, 1961, I, 1711 e in *Dir. Fall.* 1961, II, 783, riportata da G. ZANARONE, *L'invalidità delle deliberazioni assembleari*, in *Trattato delle società per azioni* diretto da Colombo e Portale, Torino, 1993, vol. 3, t. II, 420, nota 13: "non la violazione di qualsiasi norma cogente determina la nullità delle deliberazioni assembleari a norma dell'art. 2379, ma solo il contrasto con le norme o dettate a tutela di un interesse generale che trascenda l'interesse del singolo socio, o dirette ad impedire una deviazione da quello che è lo scopo economico pratico del contratto di società. Si è fuori del concetto di illiceità, di cui all'art. 2379, allorché l'oggetto della deliberazione sia in contrasto con norme cogenti ispirate esclusivamente alla tutela di singoli soci o di gruppi di soci e dell'interesse immediato e diretto di costoro, perché in tali casi si

Tale orientamento dovrebbe, però, approfondire la relazione tra il potere di disposizione, espressione di autonomia statutaria, e gli interessi in vario modo coinvolti, in termini ora di semplice coesistenza, ora di reale subordinazione. Se, infatti, si dovesse giungere a ritenere che la presenza di qualsiasi interesse di natura non strettamente privatistica determini la non arbitrabilità della controversia per l'indisponibilità dei diritti, il criterio che si fonda sulla natura della sanzione comminata si rivelerebbe quale mera variante del criterio degli interessi coinvolti⁷⁴, con l'ulteriore inconveniente rappresentato da una valutazione della compromettibilità della controversia che, focalizzando l'attenzione sulla sola nullità o annullabilità della controversia, mette in secondo piano e non valorizza adeguatamente il requisito, previsto dalla legge anche per le controversie aventi ad oggetto delibere assembleari, della disponibilità dei diritti sottesi.

L'aspetto relativo alla specifica sanzione comminata, dunque, non si pone al centro del problema, anche se va riconosciuto che la nullità è sintomo dell'imperatività della disciplina a tutela di situazioni non suscettibili di atti di disposizione da parte dell'autonomia statutaria, così come accade, ad esempio, in merito ai casi di recesso di cui al primo comma dell'art. 2437. In ordine a tali ipotesi, infatti, è prevista la nullità di ogni patto volto a rendere più gravoso o ad escludere l'esercizio del diritto stesso (art. 2437, sesto comma), con la conseguente indisponibilità di tali diritti da parte dell'autonomia statutaria.

7. I diritti disponibili nell'impugnazione della deliberazione di approvazione del bilancio

Profili di grande incertezza si riscontrano in tema di disponibilità dei diritti e conseguente arbitrabilità delle controversie sulla validità delle deliberazioni di approvazione del bilancio. Contraria è quella giurisprudenza che ritiene inconciliabile il coinvolgimento di diritti ultraindividuali con la disponibilità dei diritti⁷⁵: dal momento che la definizione di tali controversie può incidere su diritti ed interessi patrimoniali di terzi - estranei sia alla controversia, sia alla clausola compromissoria - quali i

versa nelle ipotesi di annullabilità contemplate dall'art. 2377". Sulla distinzione, con riguardo agli interessi presidiati, tra delibere nulle e delibere annullabili, si veda Cass. 26 ottobre 1995, n. 11151, *cit.*; Trib. Milano 19 novembre 2001, in *Giur.it.*, 2001, 1438 e Trib. Piacenza 25 maggio 1992, in *Le Società*, 1992, 1115. Sono, viceversa, annullabili quelle deliberazioni il cui contenuto violi unicamente i diritti dei soci o di gruppi di soci purché, naturalmente, non legati ad un interesse di carattere generale. Ciò comporta, inevitabilmente, la necessità di distinguere tra norma imperativa e norma imperativa, cioè tra quelle norme la cui violazione determina la nullità della deliberazione e le norme, parimenti imperative, la cui violazione comporta la semplice annullabilità della deliberazione ex art. 2377. L'area delle norme volte alla tutela di un interesse generale sembra, almeno in astratto, abbastanza individuabile; diversamente, l'identificazione di quelle regole che siano volte "ad impedire una deviazione dallo scopo economico - pratico della società" impone l'evidente difficoltà di ricercare quelle norme che descrivano i requisiti essenziali della società per azioni, distinguendola rispetto ad altre fattispecie: cfr. G. ZANARONE, *L'invalidità*, *cit.*, 434.

⁷⁴ Così come osservano R. RORDORF, *Deferibilità ad arbitri*, *cit.*, 492 e, recentemente, A. MERONE, *op. cit.*, 2667.

⁷⁵ Si tratta di un orientamento giurisprudenziale con origini risalenti: Cass. 10 ottobre 1962, n. 2910, *cit.*; relativamente ad una controversia riguardante la nullità di un bilancio, ritenuto falso per violazione degli specifici criteri sanciti dall'art. 2423, si veda: Trib. Bari 21 giugno 2007, in *Le Società*, 2008, 235, con nota di C. GIRARDI e A. MENGOZZI, *I Limiti dell'arbitrato nelle controversie societarie*: nel caso di specie la censura atteneva alla posta di bilancio denominata "altre riserve", posta che, nei bilanci precedenti, era indicata come "debito verso altri", comportando così il mutamento da debiti della società verso i soci finanziatori in apporti di capitale di rischio da parte degli stessi; cfr. Cass. 22 gennaio 2003, 929, in *Rep. Foro. it.*, 2003, voce *Società*; Trib. Milano 30 aprile 2008, in *Giur. it.*, 2009, 1446.

creditori (e senza dimenticare gli interessi pubblici, come quelli del fisco⁷⁶), l'arbitrabilità deve essere esclusa⁷⁷. E' stata anche operata una distinzione tra delibere di approvazione del bilancio di esercizio per le quali si affermi l'invalidità per la violazione di vizi procedimentali⁷⁸ e delibere affette da vizi di contenuto. A tale proposito sono state ritenute arbitrabili le controversie concernenti l'impugnazione di deliberazioni assembleari per vizi attinenti alla regolarità del procedimento di approvazione del bilancio, quali ad esempio il mancato raggiungimento dei *quorum* deliberativi statutariamente previsti⁷⁹, salva l'ipotesi in cui la carenza di un requisito procedimentale – la convocazione di tutti i soci – si riveli indispensabile per la formazione stessa dell'assemblea e della deliberazione assembleare⁸⁰.

L'analisi della disponibilità dei diritti in ordine alla formazione del bilancio di esercizio o ai profili di legittimità della delibera di approvazione si scontra con aspetti di portata più vasta rispetto ad una visione puramente individualistica delle posizioni soggettive. Mi riferisco alla circostanza secondo cui l'interesse al rispetto delle regole e dei principi che governano la redazione del bilancio non risulta strettamente "individualizzabile" e all'idea, che acquista particolare efficacia in tale settore, secondo

⁷⁶ P.G. JAEGER, *Appunti sull'arbitrato e la società commerciali*, in *Giur. comm.*, 1990, I, 222.

⁷⁷ Le norme concernenti le modalità di redazione del bilancio e quelle relative all'obbligo di consentire ai soci il controllo della gestione sociale sono preordinate alla tutela di interessi generali: L. COLANTUONI, *Art. 34. Oggetto ed effetti di clausole compromissorie statutarie*, in AA. VV., *La riforma del diritto societario* (a cura di G. LO CASCIO). *I procedimenti* (d.lgs. 17 gennaio 2003 n. 5), Milano, 2006, 687. In giurisprudenza, si veda Trib. Milano 15 ottobre 2001, in *Le Società*, 2002, 737, con nota di F. PLATANIA. Dalla motivazione di Cass. 22 gennaio 2003, n. 928 in *Rep. Giur. it.*, 2003, voce *Società*, n. 581 si ricava la tesi secondo cui la delibera assembleare di società di capitali sarebbe nulla per illiceità dell'oggetto, a norma dell'art. 2379, quando contraria a norme poste a tutela di un interesse generale che trascenda quello dei singoli soci e che siano dirette ad impedire una deviazione dallo scopo essenziale del contratto e del rapporto di società. Per conseguenza, le violazioni del principio di chiarezza e precisione del bilancio, se idonee a ingenerare incertezze o erronee convinzioni circa la situazione patrimoniale della società capaci, a loro volta, di tradursi in un pregiudizio per la società, per i terzi e per i creditori in particolare, si tradurrebbero per necessità in casi di nullità per illiceità dell'oggetto.

⁷⁸ Sul punto: Arbitro Unico di Siracusa, Lodo 31 marzo 2007, in *Le Società*, 2007, 1417, con nota (critica) di V. SCOGNAMIGLIO, *Arbitrato societario e impugnazione di delibera assembleare di approvazione del bilancio*; secondo tale pronuncia, la distinzione rileva anche se i vizi in questione siano tali da comportare la nullità o addirittura l'inesistenza della delibera, come nel caso in cui non sia stata sollevata alcuna censura in ordine al rispetto delle norme inderogabili che devono essere osservate nella redazione dei bilanci, ovvero in ordine ai criteri di trasparenza e di correttezza contabile del bilancio, ma siano state commesse irregolarità nella formazione della delibera assembleare (in termini di mancanza della convocazione, non regolare costituzione dell'assemblea e mancata verbalizzazione) tali comportare la dichiarazione di nullità o inesistenza della delibera.

⁷⁹ Conclusione che può trarsi da Trib. Bologna 7 gennaio 1995, in *Le Società*, 1995, 1316; cfr. Trib. Milano 10 gennaio 2000, in *Giur. it.*, 2000, 1239: in tale decisione si ritiene che la controversia tra soci e società, attinente alla regolarità del procedimento di approvazione del bilancio, interferisca sui rapporti patrimoniali aventi ad oggetto posizioni soggettive disponibili dalle parti e, perciò, possa essere oggetto di compromesso e di clausola compromissoria; si veda anche Trib. Milano 29 gennaio 1998, in *Giur. it.*, 1998, 1196, con nota di A. MURATORE, ove si afferma che l'impugnazione di delibere assembleari di società di capitali costituisce materia compromettibile, ancorché regolata da norme di interesse generale, e Trib. Milano, 18 maggio 1995, in *Le Società*, 1985, 1609, con nota di R. AMBROSINI, *Clausola compromissoria e invalidità delle delibere assembleari*: in questo commento si evidenzia che le disposizioni relative alla volontà sociale non sono ispirate e giustificate da esigenze di tutela di un principio di ordine pubblico, per giungere alla conclusione secondo cui la soluzione alla questione deve focalizzarsi sulla distinzione tra controversie relative alla nullità e controversie relative all'annullabilità della deliberazione, ritenendo compromettibili con certezza le seconde; cfr. R. TETI, *op. cit.*, 309.

⁸⁰ Secondo un orientamento, si tratta di un diritto indisponibile, in quanto attiene non al diritto di partecipare all'assemblea, diritto di cui il socio può naturalmente disporre, bensì al diritto di essere debitamente convocati: Cass. 23 gennaio 2004, n. 1148, in *Le Società*, 2004, 713, con nota di M. P. FERRARI, *Impugnazione di delibera assembleare e compromesso arbitrale*. In tale caso, era stata sottoposta ad impugnazione una delibera caratterizzata dalla carenza di un requisito del procedimento di formazione delle deliberazioni assembleari, come tale ritenuta inesistente dai giudici di merito e, dunque, è stato confermato il costante orientamento secondo cui la mancanza di un elemento costitutivo della fattispecie procedimentale, che conduce all'adozione di una delibera assembleare, determina l'inesistenza della deliberazione "per inadeguatezza strutturale e funzionale rispetto alla "fattispecie normativa": cfr. Cass. 22 agosto 2001, n. 11186, in *Giur. it.*, 2002, 550; Cass. 24 gennaio 1995, n. 835, in *Mass. Giur. it.*, 1995; Cass. 14 gennaio 1993, n. 403, in *Le Società*, 1993, 481.

⁸⁰ V. SALAFIA, *La clausola compromissoria*, *cit.*, 1042.

cui nel diritto societario, come in genere accade nei contratti associativi, non si possa propriamente parlare di diritti soggettivi nell'accezione tradizionale del termine⁸¹ e, comunque, non sussisterebbero a rigore veri e propri diritti individuali – in senso lato - degli azionisti, ma solo protezioni indirette e riflesse delle posizioni dei singoli, derivanti e dipendenti da norme che sarebbero tutte concettualmente riconducibili al diritto oggettivo dell'organizzazione⁸².

In tale scenario, la disponibilità dei diritti in termini di autonomia privata, ovvero con riferimento a quei diritti che il singolo vanta in modo esclusivo, sembra davvero incongrua; utilizzando la lente dell'autonomia privata, il singolo azionista vanta una serie di situazioni giuridiche attive che possono essere qualificate come interessi legittimi⁸³, in quanto non tutelabili in sé, ma solo in quanto la loro tutela coincida con il rispetto delle superiori norme di organizzazione.

Nella diversa prospettiva dell'autonomia statutaria, la disponibilità dei diritti in ordine al bilancio di esercizio può, invece, assumere un concreto significato. L'autonomia statutaria non può spingersi fino ad autorizzare preventivamente la violazione dei principi di verità e correttezza, svuotando così l'atto dei propri contenuti necessari; correlativamente, si può prospettare l'indisponibilità, in termini di autonomia statutaria, dei diritti connessi all'informazione di tutti gli interessati, soci e terzi, sulla situazione patrimoniale e sull'andamento economico della società⁸⁴.

Se invece l'assetto in concreto realizzato risulta astrattamente perseguibile perché - pur sussistendo vizi procedimentali o anche di contenuto - fruibile dall'autonomia statutaria in termini o di assetto statutario o di deliberazione assembleare, si rimane nell'ambito dei diritti disponibili e la controversia è arbitrabile⁸⁵, poiché agli arbitri risulta affidato, nella sostanza, il compito di sostituire la mancante o inefficace manifestazione di volontà sociale con altra, eventualmente conforme al contenuto della delibera assunta.

Trattandosi di questioni relative alla validità di delibere assembleari, è prescritto l'arbitrato secondo diritto (art. 36), con conseguente applicazione della disciplina in materia. In ogni caso, la presenza della clausola statutaria non preclude l'impugnazione da parte del terzo estraneo avanti all'autorità giudiziaria⁸⁶.

⁸¹ P. FERRO – LUZZI, *I contratti associativi*, Milano, 1971, 238 ss.

⁸² V. BUONOCORE, *Le situazioni soggettive dell'azionista*, Napoli, 1960, 104 ss. e 132 ss.; secondo altri, ridurre tutto lo statuto della partecipazione individuale del socio ad un insieme di effetti indiretti promananti dalla normativa oggettiva sull'organizzazione è una forzatura non imposta da esigenze di rigore ricostruttivo che certe norme siano dettate primariamente a tutela dell'organizzazione dell'insieme o primariamente il singolo ponendo condizionamenti insuperabili all'organizzazione collettiva è questione di preferenza prospettiva: A. CERRAI, A. MAZZONE, *op. cit.*

⁸³ L. BIGLIAZZI GERI, *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Milano, 299 ss.

⁸⁴ Si sostiene che debbono ritenersi non arbitrabili almeno le delibere di approvazione del bilancio ove sia dedotta la violazione del principio di verità e correttezza del bilancio in grado di pregiudicare l'interesse pubblico alla verità del documento contabile: F. DE SANTIS, *Inderogabilità della norma, cit.*, 2254.

⁸⁵ Si pensi alla controversia avente ad oggetto la denominazione di una posta di bilancio come "altre riserve", mentre nei bilanci precedenti era indicata come "debito verso altri", con l'effetto, in termini sostanziali, della trasformazione da debiti della società verso i soci finanziatori in apporti di capitale di rischio da parte degli stessi: Trib. Bari 21 giugno 2007; o all'irregolare destinazione a riserva oltre il limite minimo stabilito dalla legge, con conseguente mancata distribuzione di utili, quando la società può legittimamente deliberare la non distribuzione degli stessi: *contra* Cass. 30 marzo 1998, n. 3322.

⁸⁶ La considerazione è di G. E. COLOMBO, *Non transigibilità dell'impugnativa di bilancio?*, nota a App. Milano, 11 febbraio 1997, in *Le Società*, 1997, 1149, 1153.

8. Conclusioni

In questo lavoro ho analizzato il ruolo e il significato del requisito della disponibilità dei diritti in ambito societario, a partire dalla norma che pone la disponibilità dei diritti inerenti al rapporto sociale quale elemento valutativo per l'arbitrabilità delle controversie societarie. Sono partita dalla sensazione che fosse necessario valutare in termini oggettivi il requisito della disponibilità dei diritti nell'economia delle controversie societarie: una più o meno evidente svalutazione della disponibilità dei diritti renderebbe solo in apparenza un favore all'espansione dell'area di operatività dell'arbitrato, per la semplice ragione che non affronterebbe la questione, limitandosi ad aggirarla; d'altra parte, non vi è nessuna particolare ragione, considerate naturalmente anche le richiamate vicende in tema di formazione del decreto legislativo citato⁸⁷, per ritenere che il legislatore abbia voluto negare sostanziale rilevanza alla disponibilità dei diritti proprio nell'arbitrato societario, il cui esito ha efficacia *ultra partes* (*“le statuizioni del lodo sono vincolanti per la società”*, art. 35, quanto comma).

Nelle conseguenze, la posizione che svaluta la disponibilità dei diritti in campo societario risulta curiosamente affine a quella, solo apparentemente opposta, che esclude l'arbitrabilità della grande maggioranza delle controversie individuando, di volta in volta, interessi “superiori” o “estranei” che rendono per sé indisponibile il diritto: entrambi gli orientamenti conducono, infatti, ad un appiattimento nella valutazione delle singole posizioni soggettive, non consentendo di valorizzare l'effettiva disponibilità del diritto con riferimento alle specificità del rapporto sociale.

Proprio l'attenzione all'aspetto “societario” della questione implica il rilievo che, di regola, si tratta di diritti che direttamente o indirettamente vanno a coinvolgere interessi di altri soggetti (il gruppo dei soci, la società, altri soci, ecc.), interessi che si pongono sullo stesso piano, descrittivamente “si sommano” rispetto a quelli coinvolti nella controversia. La presenza di interessi altrui (quando, per esempio, possa essere ricostruito un interesse della società, o evidenziato un interesse di altri soggetti), non implica di per sé una relazione di subalternità rispetto a tale posizione soggettiva estranea alla controversia e non va per necessità a porre un limite alla disponibilità del diritto.

Dalle considerazioni sin qui svolte emerge, dunque, l'esigenza di ricostruire una nuova nozione di “diritti disponibili” nell'ambito societario, maggiormente coerente con la necessaria coesistenza o sommatoria di interessi diversi, paralleli (dei consoci) o semplicemente compresenti (del gruppo dei soci). La specificità dell'autonomia statutaria impone così di valutare la disponibilità dei diritti sociali avendo come parametro di riferimento non tanto la rinuncia o la cessione di diritti esclusivi per mezzo di atti individuali, quanto piuttosto quelle manifestazioni di volontà che adottano i soci in sede assembleare e i componenti degli altri organi sociali nelle rispettive sedi: si tratta di una lettura in

⁸⁷ Sul punto faccio rinvio al sottoparagrafo 2.1.

chiave collettiva della disponibilità del diritto che si estende a tutti gli interessi dei quali la società stessa è abilitata a disporre.

La soluzione proposta nel corso di questo lavoro vanta il merito di voler approfondire, con specifica attenzione all'ambito societario, il significato della disponibilità delle posizioni soggettive; riconosco, però, i limiti empirici delle argomentazioni e delle conclusioni cui sono giunta. Dunque, probabili futuri sviluppi possono essere fin d'ora indicati nell'analisi di specifici casi relativi alla disponibilità dei diritti oggetto delle controversie coinvolgenti organi sociali (quali la revoca degli amministratori e i profili di responsabilità) e nell'approfondimento del tema relativo alle impugnazioni di deliberazioni assembleari, in ordine alle quali il requisito della disponibilità dei diritti in gioco deve appunto confrontarsi con l'inevitabile afferenza all'interesse della collettività dei soci e, direttamente o indirettamente, di soggetti terzi.