

IL POTERE CAUTELARE DEGLI ARBITRI NELL'ARBITRATO SOCIETARIO



Il potere cautelare degli arbitri era già accordato nell'arbitrato societario come unica eccezione normativa al divieto di legge dell'art. 818 c.p.c., nel testo oggi abrogato ad opera del **D.Lvo n. 149 del 10.10.2022 (c.d. riforma Cartabia)** e sostituito dal nuovo testo dell'art. 818 c.p.c. (in materia A. VILLA, *Arbitrato rituale e sospensione delle decisioni sociali*, Milano, 2007).

La legge delega 26 novembre 2021, n. 206, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale del 9 dicembre 2021, n. 292, ed entrata in vigore il 24 dicembre 2021, al fine evidente di conformare il potere cautelare degli arbitri societari a quello che sarebbe stato riconosciuto in via generale a tutti gli arbitri, ha avvertito invero la necessità di innesto del reclamo in un sistema che pur negli anni aveva dato buona prova di sé anche in assenza di ogni strumento di controllo.

Nonostante non esista nessuna incompatibilità ontologica tra arbitrato e tutela cautelare, il nostro legislatore si è sempre mostrato in materia nettamente conservativo.

Solo con l'art. 35 D.L.vo n. 5/2003 si è avuta una prima apertura in materia, con la previsione che *"... se la clausola compromissoria consente la devoluzione in arbitrato di controversie aventi ad oggetto la validità di delibere assembleari agli arbitri compete sempre il potere di disporre, con ordinanza non reclamabile, la sospensione dell'efficacia della delibera"*.

Da qui la successiva modifica dell'art. 818 c.p.c. che, pur confermando nel 2006 la linea di fondo di intransigenza restrittiva, ha dovuto riconoscere almeno l'eccezione della salvezza di *"diversa disposizione di legge"* già presente nel nostro ordinamento proprio nel corpo normativo del decreto societario.

L'articolo 35 D.L.vo n. 5/2003 ha quindi rappresentato fin da subito un primo e importante punto di rottura di un sistema rigidamente chiuso, strutturalmente già conformato secondo uno schema simile a quello oggi previsto dalla legge delega alla lettera c) dell'art. 1, comma 15.

Infatti, il legislatore delegato ha dovuto modellare il potere cautelare degli arbitri con il medesimo sistema già regolato dalla norma societaria, che riservava *"sempre"* agli arbitri il potere cautelare, attribuendo loro un potere esclusivo, con la sola eccezione dell'ipotesi in cui, pur ad arbitrato pendente, fosse necessario proporre la richiesta di sospensione della delibera impugnata e il collegio

arbitrale non fosse ancora costituito (A. VILLA, *Una poltrona per due: la sospensione delle delibere assembleari fra giudice privato e giudice statale*, in Riv. arb. 2009, 311 in nota a Trib. Milano 17 marzo 2009).

Per questo caso, infatti, una giurisprudenza ormai consolidata ammetteva la parte a rivolgersi al giudice ordinario, perché in mancanza di un organo precostituito questa soluzione era, pur in assenza di previsioni normative, quella maggiormente funzionale alle ragioni di urgenza sempre sottese alla misura cautelare.

La legge delega si è dunque ispirata al modello societario, prevedendo un potere cautelare esclusivo degli arbitri, ma indicando in modo espresso il permanere del potere cautelare in capo al giudice “*nei soli casi di domanda anteriore all'accettazione degli arbitri*” (lett. c) art. 1, comma 15, con ciò consentendo un'interpretazione autentica e ben avvalorata dalla prassi della norma societaria.

Il legislatore delegato, in attuazione di tale direttiva e ricalcando l'esposto orientamento giurisprudenziale, ha quindi introdotto nell'art. 838 *ter*, comma 4, c.p.c., l'inciso “*Salvo quanto previsto dall'articolo 818 c.p.c.*”, derubricato “*Provvedimenti cautelari*”, nella sua nuova formulazione, ai sensi del quale “*Le parti, anche mediante rinvio a regolamenti arbitrali, possono attribuire agli arbitri il potere di concedere misure cautelari con la convenzione di arbitrato o con atto scritto anteriore all'instaurazione del giudizio arbitrale. La competenza cautelare attribuita agli arbitri è esclusiva.*”

Prima dell'accettazione dell'arbitro unico o della costituzione del collegio arbitrale, la domanda cautelare si propone al giudice competente ai sensi dell'articolo 669 quinquies.”.

Ha in tal modo attribuito agli arbitri societari i medesimi poteri cautelari attribuiti agli arbitri dal nuovo art. 818 c.p.c..



Il legislatore delegato, sempre all'**art. 838 *ter*, comma 4, c.p.c.**, ha recepito le previsioni deleganti altresì in materia di **reclamo ai sensi dell'art. 818 *bis* c.p.c. avverso l'ordinanza di sospensiva dell'efficacia delle delibere assembleari, emanata dagli arbitri societari nelle controversie aventi ad oggetto la validità delle stesse**, laddove era prima espressamente precluso, in quanto l'ordinanza

di sospensiva emanata dagli arbitri societari era nata ed è vissuta in tutti questi anni come espressamente “*non reclamabile*”.

Su questo punto all'uscita del decreto societario si era sviluppato un dibattito immediato, sostenendosi

da molti l'illegittimità costituzionale di un sistema che nega il reclamo alla sospensiva affidata agli arbitri, ma lo ammette quando lo stesso tema sia trattato dal giudice ordinario o perché non devoluto ad arbitri, o anche perché in presenza di convenzione di arbitrato il collegio non si sia ancora costituito.

La questione è stata però giustamente ritenuta infondata dalla prevalente giurisprudenza e vale in proposito la considerazione che l'assenza di un rimedio analogo al reclamo quando la pronuncia sia affidata ad arbitri trova piena giustificazione nel fatto che anche i meccanismi di controllo del lodo sono del tutto difformi e più limitati di quelli della sentenza (A. VILLA, *Arbitrato rituale e sospensione delle decisioni sociali*, cit., p. 195 testo e nota 415).

Nel sistema previgente, dunque, non vi era controllo sull'ordinanza cautelare emanata dagli arbitri societari, che potevano solo esercitare un potere di revoca o modifica dei propri provvedimenti senza alcuna interferenza del giudice.

Tuttavia, la previsione delegante non era sul punto del tutto chiara e lasciava quindi adito a dubbi.

Un primo quesito che si poneva è dato infatti dalla differenza di dettato in materia di reclamo tra le lettere c) e f) dell'art. 1, comma 15 della legge delega.

Nel primo caso la direttiva prescrive infatti di *"disciplinare il reclamo cautelare davanti al giudice ordinario per i motivi di cui all'art. 829, primo comma, del codice di procedura civile e per contrarietà all'ordine pubblico"*; nel secondo indica invece semplicemente di *"prevedere altresì la reclamabilità dell'ordinanza di cui all'art. 35, comma 5, del decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, che decide sulla richiesta di sospensione della delibera"*.

L'interpretazione preferibile è quella recepita dal legislatore delegato - proprio sulla base della direttiva circa il potere cautelare degli arbitri che è potere cautelare generale e non più limitato alle misure di carattere sospensivo dell'efficacia delle delibere impugnate - è quella meno dirompente di un sistema che è stato costruito sulla mancanza di ogni interferenza del giudice ordinario sull'arbitrato.

Il legislatore delegato, pertanto, diversamente da quanto avvenuto per altri aspetti, ha scelto di non di modellare le nuove norme generali sull'attuale disciplina dell'arbitrato societario, bensì di avvicinare quest'ultima a quella predisposta per l'arbitrato di diritto comune.

Anche la lettera f) va quindi letta con le medesime restrizioni che la legge delega impone in via generale al reclamo.

Proprio nell'unica materia - l'arbitrato societario - in cui il potere cautelare degli arbitri era già conosciuto, sarebbe stato infatti davvero discutibile pensare che il giudice ordinario in sede di reclamo potesse entrare nel merito della decisione arbitrale, con evidenti interferenze e ricadute sul corso successivo dell'arbitrato.

Anche in questa materia il reclamo è stato quindi costruito come mezzo di controllo per violazioni particolari e riservato ai soli casi di cui all'art. 829, comma 1, c.p.c. e alla violazione dell'ordine pubblico – in virtù del richiamo che l'art. 838 *ter*, comma 4, c.p.c. fa all'art. 818 *bis* c.p.c. -, a situazioni quindi la cui particolare gravità consente una casistica limitata di possibile interferenza del giudice nell'ambito del procedimento cautelare.

Ci si è chiesti se la circostanza che l'art. 818 c.p.c. nella sua nuova formulazione, in recepimento di quanto espresso nella legge delega sul punto, richieda che i poteri cautelari degli arbitri siano espressamente conferiti dalle parti con espressione di volontà in tal senso contenuta nella convenzione di arbitrato o in atto scritto separato, possa avere qualche ricaduta anche sul potere di sospensiva dell'efficacia della delibera da parte degli arbitri societari.

Qualora infatti si avesse voluto richiedere una espressa manifestazione di volontà delle parti, per mantenere agli arbitri i poteri oggi loro riconosciuti sarebbe necessario intervenire, modificandola, sulla clausola compromissoria statutaria.

Cosa che dovrebbe avvenire con la maggioranza qualificata dei due terzi del capitale sociale prevista dall'art. 838 *bis* c.p.c., e salva comunque la facoltà di recesso dalla società dei soci assenti e dissenzienti.

Questo però sarebbe significato consentire a una minoranza di poco più di un terzo del capitale sociale, di bloccare ogni altrui iniziativa volta a conservare l'originario potere di sospendere le delibere assembleari.

Né, per giunta, i soci ai quali fosse impedito di adeguare lo statuto avrebbero potuto recedere dalla società, rimanendo così prigionieri di una clausola compromissoria di contenuto parzialmente diverso da quello prima immaginabile.

Uno scenario ancora peggiore, poi, si sarebbe determinato se avesse trovato credito la tesi della prevalenza, rispetto al principio *tempus regit actum* caratteristico della materia processuale, del principio volontaristico.

In tale ipotesi, il potere degli arbitri di sospendere le delibere impugnate, precedentemente insito nell'adozione della clausola compromissoria statutaria, non sarebbe venuto meno nonostante la sopravvenienza legislativa.

Tuttavia, oltre a dover fastidiosamente distinguere tra clausole compromissorie statutarie formate prima della riforma o dopo, è probabile che, seguendo l'impostazione descritta, si sarebbe aperto, con conseguenze disastrose, un periodo di lunga incertezza sulle regole da applicare.

Ecco perché il legislatore delegato ha confermato che **il potere di sospendere le delibere impugnate deve continuare, nell'arbitrato societario, a derivare direttamente dalla legge**, senza necessità di un espresso conferimento da parte dei soci, la cui richiesta costituirebbe un arretramento rispetto al

sistema attuale.

Va ancora detto che incide sull'arbitrato societario la norma contenuta nell'art. 1, comma 17, lett. q) della legge delega, recepita dal nuovo art. 669 *octies*, comma 8, c.p.c., laddove prescrive che il provvedimento cautelare di sospensione dell'esecuzione delle deliberazioni assunte da qualsiasi organo di associazioni, fondazioni o società non perda efficacia in caso di estinzione del giudizio di merito.

Questa disposizione rende ragione alla necessità di stabilità delle misure cautelari sospensive, messa in discussione dalla giurisprudenza di legittimità che ha attribuito natura conservativa alle misure stesse (da ultimo Cass., 26 aprile 2021, n. 10986).

I provvedimenti di sospensione delle delibere impugnate assunti dagli arbitri rimangono pertanto in vita sia nell'ipotesi di estinzione del giudizio di merito che in quella della sua mancata istaurazione, con vantaggio evidente per l'attore, che, dopo avere ottenuto nell'ambito del giudizio di merito il provvedimento cautelare con il quale è stata disposta la sospensione dell'esecuzione della deliberazione, non intenda perseguire la decisione di merito, rispetto alla quale ha ormai interesse solo ai fini della stabilità della misura cautelare.



Va altresì evidenziato che il legislatore delegato si è occupato delle sole delibere assembleari, a cui si riferiva già testualmente l'art. 35, comma 5, D.L.vo n. 5/2003, non menzionando nel nuovo art. 838 *ter*, comma 4, c.p.c. né le deliberazioni del consiglio di amministrazione né le decisioni dei soci di società di persone.

In merito, l'orientamento della giurisprudenza non è perfettamente definito.

Per la piena equiparazione tra le deliberazioni assembleari e quelle del consiglio di amministrazione, si veda Cass. Civ. 3 gennaio 2013, n. 28, in *Giur. it.*, 2013, 1096, espressasi tuttavia sul diverso tema dell'applicazione dell'art. 36, comma 1, D.L.vo n. 5/2003.

Quanto poi all'estensibilità dell'art. 35, comma 5, D. L.vo. n. 5/2003, alle decisioni dei soci di società di persone, si veda tra gli altri, in senso favorevole, Trib. Napoli 10 novembre 2014, in *Giur. it.*, 2015, 1960, e tuttavia in senso contrario, Trib. Trento 11-14 febbraio 2004, in *Giur. mer.*, 2004, 1699, in *Riv. arb.*, 2004, 738, e in *Giur. comm.*, 2006, II, 497.

Qualora si propendesse per un'interpretazione meramente letterale della norma in vigore, gli atti non sospensibili secondo la disciplina dell'arbitrato societario dovrebbero comunque poter venire sospesi in base alla normativa ordinaria, con le distorsioni, difficilmente giustificabili, derivanti dall'operare, per fenomeni simili, di disposizioni di legge differenti.

Quanto alla competenza *ante arbitros* del giudice statale, la legge delega non ha esercitato una particolare influenza sulla previgente disciplina della sospensione delle delibere assembleari impugnate.

Il legislatore ha infatti disposto, all'art. 1, comma 15, lett. c), seconda parte, L. n. 206/2021, che, in caso di attribuzione al giudice privato di potestà cautelare, corrispondenti poteri sono mantenuti al giudice statale "*nei soli casi di domanda anteriore all'accettazione degli arbitri*".

Previsione recepita dal legislatore delegato con l'inserimento dell'ultimo comma del nuovo art. 818 c.p.c.

In tal modo, viene in sostanza recepita la giurisprudenza formatasi in materia societaria, secondo cui il ricorso al giudice è possibile finché gli arbitri non abbiano accettato l'incarico o comunque non siano in condizione di provvedere. (si vedano *ex multibus*, Trib. Roma 22 aprile 2018, in www.ilcaso.it, e in Rivista Le Società, 2018, 991; Trib. Milano 7-12 marzo 2018, *ibidem*, 996; Trib. Milano 14 settembre 2016, in Rivista Le Società, 2017, 554; Trib. Milano 22 dicembre 2015, in Rivista Le Società, 2016, 504).

Nulla è dunque cambiato rispetto all'interpretazione dell'art. 35, comma 5, D.L.vo n. 5/2003.

Merita un cenno poi la questione relativa alla coercibilità dell'inibitoria.

Non si può dimenticare che la sospensione della delibera assembleare impugnata è efficace *ex se* e non necessita, a stretto rigore, di essere attuata modificando la realtà materiale.

Le conseguenze *ante* riforma Cartabia di una condotta contraria alla sospensione dichiarata dagli arbitri, come ad esempio la responsabilità degli amministratori, non sempre sembravano costituire un deterrente efficace, quale avrebbe potuto invece essere un meccanismo di coercizione indiretta che preveda la condanna della società al pagamento di una somma di denaro per ogni violazione o inosservanza dell'inibitoria.

È stato pertanto positivo che, nel quadro del complessivo intervento riformatore di cui alla legge delega, venisse meno la principale obiezione a consentire l'operatività delle misure di coercizione indiretta di cui all'art. 614 *bis* c.p.c. a supporto delle misure cautelari pronunciate dagli arbitri e quindi anche del provvedimento di sospensione della delibera societaria impugnata.

L'impossibilità per gli arbitri di corredare i propri provvedimenti con misure *ex art. 614 bis* c.p.c. dipenderebbe infatti, secondo gli odierni orientamenti, soprattutto dalla carenza in questi ultimi del cosiddetto *ius imperii*, vale a dire del potere autoritativo di ottenere la realizzazione dei propri comandi attraverso l'eventuale ricorso all'esecuzione forzata.

Né tale ostacolo potrebbe essere superato ricorrendo all'*exequatur* del giudice statale, che è contemplato dall'art. 825 c.p.c. ai fini dell'esecutività al lodo, ma non in relazione alla tutela cautelare e ai suoi accessori.

L'*impasse* – su cui il legislatore delegato non prende posizione, salvo modificare il contenuto dell'art. 614 *bis* c.p.c. – sembrerebbe comunque risolvibile, osservando che, nel sistema delineato dalla legge delega, non è previsto nessun *exequatur* del giudice statale per dare attuazione alle misure cautelari pronunciate dagli arbitri e quindi, a maggior ragione, non dovrebbe essere necessario, per ottenere l'esecuzione forzata delle obbligazioni di pagamento eventualmente previste per l'inosservanza di quanto stabilito in via cautelare, passare attraverso il riconoscimento da parte del giudice di quanto stabilito *ex art. 614 bis* c.p.c..

Questa conclusione non pare del resto troppo audace, se si considera che una forma di controllo da parte del giudice statale sulla misura di coercizione indiretta stabilita dagli arbitri in sede cautelare ad ogni modo residuerebbe, consistendo nella possibilità del reclamo ai sensi dell'art. 818 *bis* c.p.c. per i vizi di cui all'art. 829, comma 1, c.p.c., in quanto compatibili e per la contrarietà del provvedimento all'ordine pubblico, senz'altro da riconoscere in caso di misure non rispondenti ai parametri di cui all'art. 614 *bis* c.p.c..

Comunque, anche a negare che gli arbitri possano disporre misure di coercizione indiretta, il nuovo art. 614 *bis* c.p.c. prevede l'attribuzione del relativo potere, oltre che al giudice del provvedimento principale, anche al giudice dell'esecuzione.

L'applicabilità dell'art. 614 *bis* c.p.c. ai provvedimenti cautelari degli arbitri non potrebbe quindi essere impedita tutte le volte in cui, non essendosi ottenuto lo spontaneo adeguamento alla pronuncia, occorra dare avvio alla fase dell'attuazione, che, ai sensi dell'art. 818 *ter* c.p.c. (che richiama l'art. 669 *duodecies* c.p.c.), deve essere attribuita al giudice statale, al quale è certamente consentito emanare misure di coercizione indiretta accessorie a provvedimenti cautelari (si veda tra le tante, per la concedibilità di una misura di coercizione indiretta accessoria ad un provvedimento cautelare, Trib. Reggio Emilia 15 aprile 2015, in *Giur. it.*, 2015, 2382, con nota di G. Frus; Trib. Palermo 27 marzo 2014, in www.ilcaso.it).

Avv. Barbara Mamprin