

Ferruccio Auletta

**LE DECISIONI CAUTELARI
E DI MERITO DEGLI ARBITRI
NELL'ARBITRATO
SOCIETARIO ITALIANO
(PER UN RIPENSAMENTO
DEL POTERE DI SOSPENSIONE
DELL'EFFICACIA DELLA DELIBERA
IMPUGNATA: ART. 35, C. 5.
D.LGS. N. 5/2003)**

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

Le decisioni cautelari e di merito degli arbitri nell'arbitrato societario italiano (per un ripensamento del potere di sospensione dell'efficacia della delibera impugnata: art. 35, c. 5, d.lgs. n. 5/2003)

FERRUCCIO AULETTA (*)

1. Arbitrato societario vs “*risoluzione di contrasti sulla gestione di società*”. — 2. Decisioni cautelari e di merito. — 2.1. Decisioni di rito o di merito. — 2.2. Decisioni cautelari e non. — 3. Carattere non necessariamente cautelare del potere di cui all'art. 35, comma 5, d.lgs. n. 5/2003. — 4. Una ricostruzione alternativa. — 5. Conseguenze e conclusioni.

1. Prima di tutto conviene perimetrare il campo dell'indagine per escludere da questa l'istituto della “*risoluzione di contrasti sulla gestione di società*” di cui all'art. 37 d.lgs. n. 5/2003: pregiudiziale ragione di tanto sta nel diverso ambito oggettivo dell'arbitrato, e di quello societario in particolare (artt. 806 c.p.c. e 34 d.lgs. n. 5/2003), e nella natura di solo *atto* e non anche di *procedimento* che la determinazione del terzo, quando agente da risolutore di “*contrastis sulla gestione*”, rivela ⁽¹⁾.

In breve: unico oggetto di questa analisi sopra l'*arbitrato societario italiano* è il fenomeno regolato in via principale (sebbene non esclusiva) dagli artt. 34-36 d.lgs. n. 5/2003 ⁽²⁾.

2. Per procedere oltre soccorre immediatamente il bisogno di una definizione delle unità elementari della ricerca, e perciò è necessario

(*) Professore ordinario nella Università di Napoli “Federico II”.

(1) Rinvio, se consentito, alle ragioni che ho illustrato altrove: *La risoluzione di contrasti sulla gestione di srl (ovvero l'amministrazione de consilio)*, in *Riv. dir. comm.*, 2013, I, 371.

(2) Ho affrontato già i temi posti da queste norme in alcuni lavori precedenti, nei quali si trovano anticipazioni di alcune delle tesi difese ancora qui: *Dell'arbitrato*, in SASSANI (a cura di), *La riforma delle società. Il processo*, Torino, 2003, 327 ss.; con A. ZOPPINI, *Niente riserve esclusive tra rito civile e arbitrato*, in *Sole 24 ore*, 8 settembre 2005, 29.

rispondere all'interrogativo che già dal titolo deriva: quando di una *decisione* degli arbitri è predicabile la natura *cautelare* o *di merito*?

Nel discorso seguente i due temi rimarranno intrecciati ripetutamente, né essi risultano veramente separabili, ma per evitare la loro confusione occorre muovere da definizioni — possibilmente condivise — di ciascuno degli elementi nella sua identità minima ed essenziale.

2.1. Non paiono ricorrenti ragioni di specialità dell'arbitrato societario italiano per ricusare al suo riguardo le affermazioni valide in diritto processuale comune sulla coppia rito-merito, tanto meno quelle più recenti e autorevoli: *“l'iscrizione al rito o al merito di una questione non dipende da un'immutabile natura delle cose [...], bensì dalle diverse funzioni che la questione può assumere anche in ciascuna fase di uno stesso giudizio. Infatti nella prospettiva del giudizio la stessa distinzione tra norma sostanziale e norma processuale è solo relativa: norma sostanziale essendo quella che funge da criterio di giudizio, da regola di inferenza esibita a garanzia dell'argomentazione che ascrive determinate conseguenze giuridiche a un fatto; norma processuale quella che regola l'attività del giudice e delle parti nel processo. Sicché una stessa norma giuridica può venire in discussione ora come regola di un'attività processuale, ora come criterio di giudizio”* ⁽³⁾.

Sulla base di tale assunto le S.U. hanno potuto sciogliere i seguenti nodi: a) se il lodo sia immediatamente impugnabile anche quando decida questioni pregiudiziali o preliminari ovvero soltanto quando decida nel merito di una domanda; b) se la questione di validità della convenzione arbitrale, che fonda il potere decisorio degli arbitri, sia di merito, benché *“sol mediatamente incidente sul bene della vita rivendicato dalla domanda”*, o sia — invece — di rito.

Le questioni hanno trovato risoluzione — rispettivamente — nel senso che: aa) *“Lodo che decide parzialmente il merito della controversia, immediatamente impugnabile a norma dell'art. 827 c.p.c., comma 3, è sia quello di condanna generica ex art. 278 c.p.c. sia quello che decide una o alcune delle domande proposte senza definire l'intero giudizio, non essendo immediatamente impugnabili i lodi che decidono questioni pregiudiziali o preliminari”*; bb) *“Non v'è dubbio pertanto che nel giudizio arbitrale è una questione pregiudiziale di rito (anche) quella concernente l'esistenza o la validità della convenzione giustificativa della potestas iudicandi degli arbitri”*. *“Nel giudizio arbitrale la questione dell'invalidità, come dell'inesistenza, della clausola compromissoria è funzionale all'accertamento di un error in procedendo che vizia una decisione giurisdizionale, qual è il lodo”*.

⁽³⁾ Sez. un. 18 novembre 2016, n. 23463 (Pres. Rordorf, est. Nappi; PM Salvato - concl. diff).

Sembra, dunque, poter muovere di qui alla volta della qualificazione di una decisione come di rito o di merito, e indirizzarsi poi verso la parimenti necessaria verifica in ordine alla possibilità di predicare o meno di una decisione il carattere cautelare.

2.2. La capacità di decisione nel merito si presenta regolarmente *scindibile* dalla capacità di decisione cautelare, massimamente quando la prima è riservata agli arbitri (artt. 669-*quinquies*, 818 c.p.c.) ⁽⁴⁾: pur con le eccezioni riferite a singoli plessi giurisdizionali alcune delle cui prassi più risalenti hanno guidato la rispettiva codificazione processuale in termini reattivi (i riferimenti corrono agli artt.15 CPA ⁽⁵⁾ e 20 CGC ⁽⁶⁾), quello di scindibilità può ben assurgere al rango di principio regolatore quando non anche informatore della materia. Basti al riguardo considerarne le applicazioni che la giurisdizione ordinaria ne fa al massimo grado della scala dell'ordine pubblico processuale, cioè nel processo penale ⁽⁷⁾ o nel processo per la dichiarazione di fallimento ⁽⁸⁾; applicazione, del resto, riprodotta espressamente nel sistema di diritto internazionale privato.

La legge n. 218/95, art. 10, prescrive infatti che “*in materia cautelare, la giurisdizione italiana sussiste quando il provvedimento deve essere eseguito in Italia o quando il giudice italiano ha giurisdizione nel merito*”. E il Reg. UE n. 1215/2012, art. 35, conferma che “*i provvedimenti provvisori o cautelari previsti dalla legge di uno Stato membro possono essere richiesti al giudice di detto Stato anche se, in forza del presente*

⁽⁴⁾ Osserva VERDE, *Diritto processuale civile*⁴, 3, Bologna, 2015, 220, che “il giudice investito del merito è competente a decidere sulla istanza cautelare proposta in corso di causa (ex art. 669 *quater*) anche quando sia eccepita la sua incompetenza sul merito o comunque ne dubiti”; contra SASSANI, *Lineamenti del processo civile italiano*⁵, Milano, 2015, 655.

⁽⁵⁾ “2. In ogni caso il giudice decide sulla competenza prima di provvedere sulla domanda cautelare e, se non riconosce la propria competenza ai sensi degli articoli 13 e 14, non decide sulla stessa”.

⁽⁶⁾ “2. Il giudice decide sulla competenza prima di provvedere sulla eventuale richiesta di misure cautelari”.

⁽⁷⁾ “Art. 291. (*Procedimento applicativo*) 1. Le misure sono disposte su richiesta del pubblico ministero, che presenta al giudice competente gli elementi su cui la richiesta si fonda. 2. Se riconosce la propria incompetenza per qualsiasi causa, il giudice, quando ne ricorrono le condizioni e sussiste l'urgenza di soddisfare taluna delle esigenze cautelari previste dall'articolo 274, dispone la misura richiesta con lo stesso provvedimento con il quale dichiara la propria incompetenza. Si applicano in tal caso le disposizioni dell'articolo 27”.

⁽⁸⁾ “Art. 9-*bis*. (*Disposizioni in materia di incompetenza*). Il provvedimento che dichiara l'incompetenza è trasmesso in copia al tribunale dichiarato incompetente, il quale dispone con decreto l'immediata trasmissione degli atti a quello competente. Allo stesso modo provvede il tribunale che dichiara la propria incompetenza. Il tribunale dichiarato competente, entro venti giorni dal ricevimento degli atti, se non richiede d'ufficio il regolamento di competenza ai sensi dell'articolo 45 del codice di procedura civile, dispone la prosecuzione della procedura fallimentare, provvedendo alla nomina del giudice delegato e del curatore. Restano salvi gli effetti degli atti precedentemente compiuti”. Sulle origini di questa norma sia consentito rinviare al mio studio: *Appunti sul “fallimento dichiarato da tribunale incompetente” nel disegno di legge n. 1243 presentato al senato della repubblica dal ministro della giustizia*, in *Riv. esecuzione forzata*, 2003, 117.

regolamento, la competenza a conoscere nel merito è riconosciuta al giudice di un altro Stato membro".

Scindibilità dal giudizio di merito a parte, è poi anche un altro il tratto riconoscibile nella potestà cautelare, che si ricava soprattutto (ma non soltanto, come provverebbe già il criterio di radicamento *sub art.* 10 l. n. 218/95, cit.) dall'art. 669 *duodecies* c.p.c., nonché — in genere — dalla normativa propria di attuazione, esecuzione od ottemperanza dei provvedimenti cautelari. In sintesi, l'*attitudine alla coercibilità* si presenta come un *essenziale* del provvedimento cautelare ⁽⁹⁾.

In prima approssimazione, allora, né la materia cautelare può darsi come "sempre" immanente alla giurisdizione di merito né risolversi in enunciati meramente dichiarativi e in quanto tali autosatisfattivi: su queste basi conviene, allora, promuovere la transizione della ricerca verso la tesi di approdo.

3. È pressoché indiscussa l'interpretazione dell'art. 818 c.p.c. — "*Gli arbitri non possono concedere sequestri, né altri provvedimenti cautelari, salva diversa disposizione di legge*" — per cui sarebbe l'art. 35, comma 5, d.lgs. n. 5/2003 proprio una (quando non l'unica) disposizione di legge a importare deroga al generale divieto di provvedimenti cautelari concedibili dagli arbitri ⁽¹⁰⁾. Come noto, infatti, "*La devoluzione in arbitrato, anche non rituale, di una controversia non preclude il ricorso alla tutela cautelare a norma dell'articolo 669-quinquies del codice di procedura civile*", "*ma se la clausola compromissoria consente la devoluzione in arbitrato di controversie aventi ad oggetto la validità di delibere assembleari agli arbitri compete sempre il potere di disporre, con ordinanza non reclamabile, la sospensione dell'efficacia della delibera*".

Senonché, alla luce delle interlocutorie conclusioni di cui sopra, appare legittimo interrogarsi sulla irrefutabilità dell'affermazione che fa dell'art. 35, comma 5, cit. e dell'arbitrato societario ivi governato il luogo di eccezionale ammissibilità del potere cautelare degli arbitri ⁽¹¹⁾.

⁽⁹⁾ Sulla "impossibilità di scindere il processo di cognizione da quello di esecuzione" in ambito cautelare cfr. DELLE DONNE, *L'attuazione delle misure cautelari*, Roma, 2012, 22 ss.; SASSANI, *op. cit.*, 672, scrive però che "se la necessità di attuazione è di norma riscontrabile nella tutela cautelare, non si può essere d'accordo però con chi vede in tale necessità un carattere ineliminabile del concetto stesso di cautela". Il riferimento, tra gli altri, va a LUISO, *Diritto processuale civile*⁸, IV, Milano, 2015, 240, secondo cui "l'attuabilità del provvedimento cautelare è quindi intrinseca alla tutela cautelare [...] perché [...] il provvedimento cautelare non può modificare il diritto sostanziale".

⁽¹⁰⁾ Per tutti, v. DALMOTTO, *L'arbitrato nelle società*, Bologna, 2013, 261 ss.

⁽¹¹⁾ In effetti, la sola previsione certamente annessa alla materia cautelare sta lì dove è sancita l'inalienabilità della protezione cautelare in presenza di arbitrato eventualmente irrituale, *pro tempore* rimanendo ancora dubbio che la convenzione per arbitrato soltanto contrattuale potesse tollerare l'ingresso dell'A.G. nella vicenda contenziosa per assicurarne la prevenzione da *pericula in mora*: sul punto, v. DALMOTTO, *op. cit.*, 262 s.

Ora, se è vero che l'autore di una decisione cautelare (fors'anche in ragione dell'effettività propria della giurisdizione cautelare) deve poter essere (anche) altro da quello della decisione di merito, e che soltanto per le decisioni di merito l'accertamento dichiarativo può divenirne contenuto (necessario e) sufficiente (arg. ex art. 2909 c.c.), appare più esposta al dubbio l'ipotesi che a proposito del “*potere di disporre, con ordinanza non reclamabile, la sospensione dell'efficacia della delibera*” — cioè di un atto meramente dichiarativo, peculiare ad arbitri privati e inerente *sempre* e comunque alla “*devoluzione in arbitrato di controversie aventi ad oggetto la validità di delibere assembleari*” — possa dirsi come di un provvedimento invariabilmente cautelare.

Può rimanere, in altri termini, anche estranea alla materia stessa del divieto dell'art. 818 c.p.c., “*provvedimenti cautelari*”, una misura che, senza alcuna possibilità di replicarne esattamente la disciplina presso l'ordine giudiziario (dove invero il provvedimento di sospensione dell'efficacia della delibera impugnata che pure fosse adottato ex art. 700 c.p.c. incontrerebbe uno statuto differente già per la pluralità di gradi accessibili), risulti così tanto connessa al- (e dichiaratamente inscindibile dal-) la capacità di decisione nel merito della controversia sopra l'oggetto devoluto ai giudici privati, oltre che intimamente priva di ogni attitudine alla coercibilità.

Insomma, l'art. 35, comma 5, d.lgs. n. 5/2003, non è per forza quella “*disposizione di legge*” la cui “*salv[ezz]a*” è ammessa dallo stesso art. 818 c.p.c., ma il potere che vi si esprime sembra piuttosto, per opzione legislativa non oltremodo disponibile, contenuto come il *meno nel più* della corrispondente capacità di decisione di merito, e si manifesta normalmente in forma di giudizio interinale: una manifestazione di capacità indissolubilmente *inerente* ⁽¹²⁾ al giudizio di merito (e fino a quando quest'ultimo penda ⁽¹³⁾).

⁽¹²⁾ CASTAGNA, *On the inherent and implied powers of international commercial arbitral tribunals*, Tesi di laurea per l'a.a. 2014-2015 dell'Università commerciale L. Bocconi, il cui autore è stato insignito — nel corso del medesimo convegno in cui è stata svolta la presente relazione — del premio Luigi Minoli. A pag. 24 vi si legge: “We can finally infer that in international commercial arbitration, the inherent power of arbitrators is one that is a permanent attribute or quality, a characteristic or essential element of it and belonging to the intrinsic nature of the same, deriving from their office, position or status as arbitrators defined by the fundamental basis for the regulatory framework of the arbitral process. This implies that inherent powers in general are not necessarily the same in nature, extension and quality in every jurisdiction. It also shows that there might be a number of different sources of inherent powers, and that parties can grant inherent powers expressly, impliedly, or in any other way the mandatory provisions of the arbitration law provide for. Inherent powers can also be granted depending on the criteria by which the mandatory provisions of the arbitration law at the seat have to be interpreted by the competent courts. It also follows that each level of the hierarchy can only limit inherent powers if this possibility has been granted by the “superior level”. In fact, it follows that the *lex arbitri* may grant the arbitral tribunal procedural discretion that the parties cannot deny to the arbitrators. We could conclude at this stage that inherent powers can be a

Il potere cautelare, di contro, presenta più spesso l'aspetto di un *mezzo al fine* nei riguardi del potere di decisione nel merito, di regola rappresenta — cioè — altro, pur nella sua costante e inalienabile essenzialità alla complessiva funzione di tutela che il sistema giustiziale deve apprestare; ed è proprio in quanto *altro* — e non già inerente al *medesimo* potere di decisione di merito — che tale potere ulteriore rimane bisognoso di espressa *attribuzione* legislativa. E l'alterità della materia cautelare sta pure a rendere autonomo e potenzialmente autosufficiente (com'è evidente soprattutto nei casi di strumentalità attenuata del provvedimento cautelare rispetto alle compiute forme della giurisdizione di merito) l'esercizio del potere che vi si implica, il quale — in circostanze siffatte — non riuscirebbe comunque a presentarsi quale *meno nel più* dell'unico potere *olim* confidato allo stesso giudice per esaurirsi con la decisione di merito.

4. Si impone, adesso, il tentativo, da operare in guisa di prova contraria per la tenuta della conclusione appena rassegnata, di riqualificare in una plausibile maniera alternativa (relativamente a quanto unanimemente ritenuto sin qui) il “*potere di disporre, con ordinanza non reclamabile, la sospensione dell'efficacia della delibera*” dedotta come oggetto di arbitrato.

Conviene premettere allo sviluppo dell'argomento alcune notazioni sull'art. 816-bis, ult. comma, c.p.c.: “*Su tutte le questioni che si presentano nel corso del procedimento gli arbitri, se non ritengono di provvedere con lodo non definitivo, provvedono con ordinanza revocabile non soggetta a deposito*”. In particolare, deve osservarsi come, in arbitrato, la natura delle “*questioni che si presentano nel corso del procedimento*” risulti senz'altro diversa da quella delle questioni sulle quali, davanti al giudice ordinario, è data possibilità di sentenza non definitiva *ex art. 187, 2° e 3° comma, c.p.c.*: soluzione invero riservata non per ogni questione ma “*solo quando la decisione di essa può definire il giudizio*”. Al contrario, dunque, in arbitrato, “*tutte le questioni*” ammettono l'alternativa, con sequela di effetti propri di ciascuna definizione, tra “*lodo non definitivo*” e “*ordinanza revocabile*”.

Si tratta, in fondo, dell'ammissibilità in via di principio di una cognizione allo stato degli atti, come si desume dalla costante fungibilità dell'ordinanza revocabile col lodo non definitivo, e sembra quasi evocata

type of implied power, or something else other than implied depending on the national law and practices of the seat of arbitration”.

⁽¹³⁾ Seguo qui la definizione che di interinale trovo, per es., in VERDE, *Diritto processuale civile*⁴, 2, cit., 52, 338.

una delle molteplici fattispecie di sentenze interlocutorie del c.p.c. del 1865 ⁽¹⁴⁾.

In astratto, volendosi applicare alla figura di specie — vale a dire alla sospensione dell'efficacia della delibera nel corso del giudizio (e fin quando in corso) — l'opzione per la pronuncia di lodo interlocutorio, gli arbitri finirebbero soltanto per privare sé stessi del potere ulteriore di revoca del provvedimento: potere che invece deve continuare a risiedere in loro per la univoca scelta legislativa in favore dell'“*ordinanza non reclamabile*”. Tuttavia, quanto alla prima, virtuale opzione (che sarebbe possibile unicamente in difetto della cogente disciplina *ad hoc*), si tratterebbe di un modello di provvedimento interinale tutt'altro che sconosciuto al sistema di tutela dei diritti, come prova, per es., l'art. 423, 3° comma, c.p.c., secondo cui l'ordinanza provvisoria di condanna del datore di lavoro rimane sì revocabile, ma non prima che lo stesso giudice abbia anche pronunciato “*la sentenza che decide la causa*”, così realizzando la fattispecie autenticamente interinale del provvedimento destinato a stabilità *ad diem*.

Se ne può inferire che, quanto al potere di cui è in atto qui l'esame, stante la forma assegnata al provvedimento che “*dispo[n]e, con ordinanza non reclamabile, la sospensione dell'efficacia della delibera*” e l'insopprimibile inerenza alla capacità dei medesimi arbitri di decidere la causa nel merito, un'unica specialità — rispetto al diritto comune dell'arbitrato — residua nella previsione dell'art. 35, comma 5, d.lgs. n. 5/2003: quella di escludere il lodo non definitivo altrimenti ammissibile *ex art. 816-bis*, ult. comma, sulla specifica questione, vale a dire di escludere al riguardo la tipologia di provvedimenti cui appartiene “*il lodo che risolve alcune delle*

⁽¹⁴⁾ In particolare, si vedano: PESCATORE, *Sposizione compendiosa della procedura civile e criminale*, I, Torino, 1864, 69 ss., il quale differenzia le sentenze che decidono una questione in definitive o interlocutorie secondo che definiscano o meno il giudizio. In particolare, poi, con riferimento alle sentenze interlocutorie, opera una suddivisione in tre specie: “Alcune, se non sciolgono definitivamente la questione di merito, la toccano però in qualche modo: e queste diciamo interlocutorie in specie (*stricto sensu*); altre non toccano in nessun punto la questione di merito e decidono un semplice punto di procedura, e furono dette sentenze preparatorie; altre infine statuiscano sopra una questione che ha un interesse reale (non un interesse di semplice procedura) senza toccare tuttavia la questione di merito, e queste sentenze si possono chiamare incidenti”. Infine, divide ulteriormente le sentenze interlocutorie (*stricto sensu*) in tre: quelle che “statuiscano sopra domande di provvedimenti interinali”; quelle che “statuiscano sull'ammissibilità od inammissibilità delle prove offerte”; “quelle che mandano a procedersi più ampiamente in causa secondo determinate considerazioni”. Invece, MATTIROLO, *Trattato di diritto giudiziario civile*⁵, IV, Torino, 1902, 16 ss. suddivide le sentenze interlocutorie in quattro specie: interlocutorie *stricto sensu*, provvisoriale, preparatorie, incidentali. E definisce: interlocutorie *stricto sensu* “quelle, che, sebbene non risolvano definitivamente la questione di merito, pure la toccano direttamente in qualche punto, e perciò possono pregiudicarla”, e provvisoriale quelle che “statuiscano sopra domande incidentali di provvedimenti interinali o conservatori, chiesti da una parte e contrastati dall'altra”. Anche CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, rist. 1965, 802 ss., definisce provvisoriale, quelle che “provvedono su domande di misure cautelari o provvisorie”.

questioni insorte senza definire il giudizio arbitrale” (e perciò “*impugnabile solo unitamente al lodo definitivo*”: art. 827, 2° comma).

Questa forma di tutela *verbis*, non bisognosa di alcuna attuazione *re* ma che va ben oltre il pur “*enorme valore sociale della prognosi favorevole all'accoglimento*” ⁽¹⁵⁾, la sua riconducibilità alla categoria di “*questioni che si presentano nel corso del procedimento*” *ex* art. 816-bis, ult. comma, e l'inerenza deliberata dalla legge al medesimo potere dato agli arbitri per la decisione di merito rimandano all'art. 17 Legge modello Uncitral (*Power of arbitral tribunal to order interim measures* “(1) *Unless otherwise agreed by the parties, the arbitral tribunal may, at the request of a party, grant interim measures. (2) An interim measure is any temporary measure, whether in the form of an award or in another form, by which, at any time prior to the issuance of the award by which the dispute is finally decided, the arbitral tribunal orders a party to: (a) Maintain or restore the status quo pending determination of the dispute; (b) Take action that would prevent, or refrain from taking action that is likely to cause, current or imminent harm or prejudice to the arbitral process itself; (c) Provide a means of preserving assets out of which a subsequent award may be satisfied; or (d) Preserve evidence that may be relevant and material to the resolution of the dispute*”).

La questione risolta dall'ordinanza revocabile quanto irrecclamabile, in sostanza, va limitata alla disciplina normativa da assicurare al rapporto litigioso pendente lite (arbitrale) e la relativa decisione dell'arbitro va tendenzialmente ascritta al tipo interinale e non necessariamente cautelare.

Né si può escludere per via della soluzione proposta che rimanga comunque inibito il vero e proprio potere cautelare del Giudice ordinario (pur coincidente *quoad effectuum*). La soluzione (che risulta accolta anche tra le proposte della Commissione di studio per l'elaborazione di ipotesi di organica disciplina e riforma degli strumenti di degiurisdizionalizzazione, con particolare riguardo alla mediazione, alla negoziazione assistita e all'arbitrato, presieduta da G. Alpa), infatti, milita logicamente — in quanto la reciproca alienità non consente pregiudiziali detrazioni di ambiti applicativi di uno verso l'altro — nel senso del concorso dei diversi poteri; sicché, ad ammettere la permanenza del potere cautelare del giudice (se non altro) in base al criterio della regolare (in sede arbitrale: art. 669-quinquies c.p.c.) scindibilità della giurisdizione di merito da quella cautelare, se ne deve poi consentire l'esercizio in presenza dei relativi presupposti: presupposti di cui, segnatamente, all'art. 700 c.p.c., onde si può pervenire all'omologo effetto di sospensione dell'efficacia della delibera

⁽¹⁵⁾ SASSANI, *op. cit.*, 672, nota 27.

impugnata in presenza della condizione di residualità anche soltanto processuale ⁽¹⁶⁾.

In sintesi, la materia autenticamente cautelare ha una componente dichiarativa e una componente coercitiva coesenziali e, allo stato, agli arbitri *può* essere data solo *per legge* la corrispondente capacità; viceversa, *non potrebbe* essere *mai* data loro la capacità di emettere ordini che riassumono nella sola coercizione tutto il loro valore (privi cioè di ogni componente dichiarativa, come ad esempio sarebbe quello dell'art. 816-ter, 3° comma) ⁽¹⁷⁾. Quando, però, si tratta dell'esercizio di poteri la cui componente è interamente dichiarativa, qual è appunto quello di risoluzione interinale di una questione che inerisce senza variazioni possibili all'oggetto del giudizio, allora non occorre alcuna previsione additiva della legge, tant'è che questa interviene nella specie al solo scopo di rendere indisponibile alle parti tale inerenza oltre che per escludere forme di esercizio consuntive del potere stesso, cioè non continuamente reversibili (quale sarebbe quella assicurata per la via del lodo non definitivo). Non c'è insomma altra materia né altro potere da eccitare che già non appartenga agli arbitri in vista della decisione di merito.

5. Le conseguenze ultime del così riconfigurato potere degli arbitri di sospensione della efficacia della delibera impugnata a norma dell'art. 35, comma 5, d.lgs. n. 5/2003 possono essere quindi tratte, sol che risulti precisato che:

a) il carattere interamente dichiarativo della pronuncia si riscontra *vuoi* in caso di annullabilità *vuoi* in caso di nullità della delibera dedotta in giudizio ⁽¹⁸⁾ (azioni comunque di impugnativa nego-

⁽¹⁶⁾ Cfr. DALMOTTO, *op.cit.*, 276. Naturalmente, l'inerenza del potere di sospensione alla dotazione inalienabile di *potestas iudicandi* degli arbitri fa sì che, nel corso effettivo del procedimento arbitrale, non si dia regolarmente occasione di surrogare l'eventuale inerzia degli arbitri da parte dell'A.G., per il cui intervento farebbe difetto la condizione di sussidiarietà del provvedimento d'urgenza. Si legga Trib. Napoli, 6 febbraio 2012, in *Società*, 2012, 563, con nota di Izzo, e in *Giur. merito*, 2012, 1320, con nota di D'AGOSTINO: "In una prospettiva costituzionalmente orientata, anche in presenza di clausola compromissoria statutaria, sussiste la competenza dell'autorità giudiziaria in ordine all'istanza di sospensione dell'efficacia della delibera assembleare fintanto che l'organo arbitrale, pur investito della controversia, non si sia costituito e non sia concretamente in grado di operare". E anche Trib. Napoli, 25 novembre 2014, in *Società*, 2016, 84, con nota di ZUCCONI GALLI FONSECA: "Poiché la competenza a decidere la causa di merito va attribuita all'arbitro previsto dallo statuto del consorzio, allo stesso è devoluto l'esame della richiesta cautelare di sospensione della delibera avversata".

⁽¹⁷⁾ Cfr. anche *Considerando* n. 25 Reg. UE n. 1215/2012, secondo cui "provvedimenti che non hanno natura cautelare [sono] quelli che ordinano l'audizione di un teste".

⁽¹⁸⁾ Sulla incompetenza degli arbitri al riguardo, secondo la giurisprudenza, si v. però Cass., sez. VI, 13 ottobre 2016, n. 20674: "Non è compromettibile in arbitri la controversia avente ad oggetto l'impugnazione della deliberazione di approvazione del bilancio di società per difetto dei requisiti di verità, chiarezza e precisione; invero, nonostante la previsione di termini di decadenza dall'impugnazione, con la conseguente sanatoria della nullità, le norme dirette a garantire tali principi non solo sono imperative, ma, essendo dettate, oltre che a tutela dell'interesse di ciascun socio ad essere informato dell'andamento della gestione societaria al

ziale ⁽¹⁹⁾): unico comportamento peculiarmente esigibile riguarderebbe in ogni caso il regime pubblicitario del *provvedimento* in quanto tale, segnatamente l'ordinanza (solo se) di accoglimento in base all'art. 35, c. 5-*bis* ⁽²⁰⁾; ma si tratta non già di un residuale effetto conformativo della misura inibitoria dell'efficacia della delibera da attuare *re*, quanto e soltanto di una prescrizione pubblicitaria (omologa ad altra stabilita per il lodo, anche se di rigetto, quindi di un atto incapace per contenuto di esigere qualsivoglia *adaequatio intellectus et rei*) totalmente aliena dagli effetti, interamente dichiarativi e tutti già prodottisi *verbis* senz'altro;

b) in realtà, si conferma mancante ogni effetto conformativo di sorta o *ammennicolo esecutivo* che dir si voglia ⁽²¹⁾: gli artt. 2377 ⁽²²⁾ e 2434-*bis* ⁽²³⁾ c.c., per esempio, rimandano all'"*annullamento della deliberazione*", peraltro sotto la responsabilità degli amministratori che — *uti singuli* — nemmeno sono parte in causa, l'adozione dei "*conseguenti provvedimenti*", e così — in particolare — soltanto "*il bilancio dell'esercizio nel corso del quale viene dichiarata l'invalidità [...] tiene conto delle ragioni di questa*";

c) in aggiunta, dovrebbe tendenzialmente escludersi anche il carattere anticipatorio proprio dei provvedimenti cautelari a strumentalità attenuata, *self-standing*: l'art. 1137 c.c. ⁽²⁴⁾, infatti, stabilisce oggi che il provvedimento per sospendere l'esecuzione della deliberazione assembleare nel condominio degli edifici (in un contesto caratterizzato, al pari di quello in analisi, dalla soggezione dell'azione a termini di decadenza) è diverso "[d]agli altri provvedimenti cautelari idonei ad anticipare gli effetti della sentenza di merito". Sicché, all'estremo della sintesi, può dirsi che, se la loro corrispondenza qualitativa è da escludere, per quella quantitativa può esservi al massimo rapporto di continenza tra sospensione dell'efficacia e altri provvedimenti idonei ad anticipare gli effetti della sentenza di merito: separando idealmente *impugnativa dell'atto e disciplina del rap-*

termine di ogni esercizio, anche dell'affidamento di tutti i soggetti che con la società entrano in rapporto, i quali hanno diritto a conoscere la situazione patrimoniale e finanziaria dell'ente, trascendono l'interesse del singolo ed attengono, pertanto, a diritti indisponibili".

⁽¹⁹⁾ Cfr. PAGNI, *Le azioni di impugnativa negoziale*, Milano, 1998.

⁽²⁰⁾ "I dispositivi dell'ordinanza di sospensione e del lodo che decide sull'impugnazione devono essere iscritti, a cura degli amministratori, nel registro delle imprese".

⁽²¹⁾ Cfr. IMPAGNATIELLO, *La provvisoria esecuzione e l'inibitoria nel processo civile*, Milano, 2010, 323 ss., che discorre anche di "generica attività attuativa".

⁽²²⁾ "L'annullamento della deliberazione ha effetto rispetto a tutti i soci ed obbliga gli amministratori, il consiglio di sorveglianza e il consiglio di gestione a prendere i conseguenti provvedimenti sotto la propria responsabilità".

⁽²³⁾ "Il bilancio dell'esercizio nel corso del quale viene dichiarata l'invalidità di cui al comma precedente tiene conto delle ragioni di questa".

⁽²⁴⁾ "L'istanza per ottenere la sospensione proposta prima dell'inizio della causa di merito non sospende né interrompe il termine per la proposizione dell'impugnazione della deliberazione. Per quanto non espressamente previsto, la sospensione è disciplinata dalle norme di cui al libro IV, titolo I, capo III, sezione I, con l'esclusione dell'articolo 669-*octies*, sesto comma, del codice di procedura civile".

porto (25), che costituiscono l'indissociabile oggetto dell'azione di merito, è come se la dichiarazione di sospensione si arrestasse sempre alla fase rescindente, di per sé mancando di ogni attitudine a governare la relazione societaria quando non più *sub iudice*, e dunque incapace di sopravvivere al procedimento orientato appunto a dettare proprio la regola finale di questa (26).

Allora, e in definitiva, ferma l'irreclamabilità, il regime dell'ordinanza di sospensione dell'efficacia della delibera non è mutuabile dall'art. 669-*decies* c.p.c. (che si riferisce ai soli provvedimenti cautelari) (27), né dall'art. 177 (che si riferisce alle sole questioni risolte con ordinanza del giudice istruttore, e però nel contesto peculiare all'ordinario processo civile che separa questione da questione e non presenta una disciplina comune a "tutte"), né dall'art. 423 c.p.c., per quanto detto *supra* (oltre che per l'intima connessione della misura con la protezione del solo lavoratore subordinato), ma dall'art. 816-*bis*, ult. comma: si tratta di ordinanza *revocabile* ma che origina dal medesimo potere confidato in via definitiva, dunque naturalmente disponibile dagli arbitri in ogni momento, inesauribile fino alla pronuncia del lodo ed esercitabile in ogni senso. L'esercizio del potere che vi si sostanzia non si presenta perciò condizionato necessariamente dall'applicazione della regola di giudizio imposta all'A.G. a norma dell'art. 2378, 4° c., c.c. (28), cioè "valutando comparativamente il pregiudizio che subirebbe il ricorrente dalla esecuzione e quello che subirebbe la società dalla sospensione dell'esecuzione della deliberazione", con o senza una "garanzia per l'eventuale risarcimento dei danni" a carico della sola parte promotrice dell'impugnazione.

La riconosciuta natura interinale e non per forza cautelare (29), oltre a escludere che la sospensione dell'efficacia della delibera abbia da rispondere sempre ed esclusivamente ai citati presupposti cautelari (che dunque si palesano quale nucleo duro e irriducibile ma attorno al quale possono addensarsi regole di giudizio ulteriori, anche di conio convenzionale privato), determina altresì che: non abbisognando di autorizzazione legislativa *ad hoc*, sarebbe stata praticabile *sub Julio* soltanto una privazione negoziale espressa nei confronti degli arbitri del relativo *inherent*

(25) È il titolo della monografia di SASSANI, il cui sottotitolo è *Contributo allo studio della tutela dichiarativa nel processo civile e amministrativo*, Padova, 1989.

(26) *Contra* DALMOTTO, *op. cit.*, 273, secondo cui "se dunque, dopo che sia stata emanata l'ordinanza inibitoria, tutte le parti rinunciano all'arbitrato, [...], il provvedimento sospensivo non perde la propria efficacia".

(27) *Contra* DALMOTTO, *op. cit.*, 272.

(28) *Contra* DALMOTTO, *op. cit.*, 270.

(29) L'infrazione al provvedimento non risulta punibile a norma dell'art. 388 c.p., ad avviso di chi scrive, per ragioni che prescindono dal carattere della misura, se cautelare o meno; invero, la comminazione penale appare ridotta comunque al solo "provvedimento del giudice civile", che per i principi del diritto punitivo non può tollerare integrazioni di senso tali da includere l'arbitro privato: *contra* DALMOTTO, *op. cit.*, 266 s.

power ⁽³⁰⁾ mentre questo è ora indisponibile dalle parti stante — oltre la rubrica normativa: “*Disciplina inderogabile del procedimento arbitrale*” — l’avverbio “*sempre*” che connota il relativo riconoscimento *ope legis*, ancorché il suo esercizio possa ancora condursi *by consent* (il tema della fissità del procedimento al quale appartiene il potere *de quo* nulla dice riguardo al contenuto del provvedimento nel quale il potere *sempre* spettante si attua). Invero, mai si tratterebbe — al riguardo della mera sospensione dell’efficacia della delibera impugnata — di venir disponendo dell’effetto proprio di invalidità che ai privati rimane certo inibito per via di autonomia negoziale diretta ⁽³¹⁾.

Infine, nemmeno sussiste disparità di trattamento per difetto di reclamabilità trattandosi di provvedimento *ex ante* non omologabile a quello cautelare pur quando, eventualmente, di corrispondente effetto, e ciò senza neppure necessità di impegnarsi a dirimere ancora la questione sopra la riserva (se monopolistica o meno) fatta agli arbitri del potere di sospensione dell’efficacia di cui trattasi.

⁽³⁰⁾ CASTAGNA, *op. cit.*, 55: “It is contention of Gary B. Born, that unless prohibited by parties in the arbitration agreement or mandatory laws, arbitrators have an inherent power to issue any interim measure deemed necessary, even outside the categories provided by the applicable law or the arbitral institution. This inherent power, in particular, must be presumed”.

⁽³¹⁾ RICCI, *Il nuovo arbitrato societario*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2003, 522: “È assolutamente indisponibile la controversia avente ad oggetto la nullità delle delibere; e solo parzialmente disponibile è la controversia relativa all’annullamento delle delibere medesime: giacché 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. La possibilità di dedurre in arbitrato controversie relative all’impugnativa di delibere assembleari, dunque, implica la possibilità di ottenere dagli arbitri quella dichiarazione di nullità e quell’annullamento, che non potrebbero essere ottenuti mediante un negozio stipulato tra le parti della lite”.