

## **Lodo Arbitrale Torino, 13 febbraio 2015**

**(Smirne arbitro unico) – Tizio (avv. Marchiando) – Alfa s.r.l.  
(avv. Talarico)**

---

*Società – Società a responsabilità – Deliberazione assembleare – Approvazione del bilancio di esercizio – Mancanza assoluta di informazione – Arbitrato societario – Compromettibilità*

*(Artt. 2479-ter, 2434-bis, c.c.; 34, 36, d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5)*

*È compromettibile in arbitri l'impugnazione di una deliberazione (nella specie: di approvazione del bilancio di esercizio) presa in assenza assoluta di informazione. (1)*

*Società – Società a responsabilità – Deliberazione assembleare – Mancanza assoluta di informazione – Difetto di prova dell'effettivo svolgimento – Invalidità – Sussistenza*

*(Art. 2479-ter c.c.)*

*È invalida per assenza assoluta di informazione la deliberazione assembleare assunta in difetto di formale convocazione dei soci e comunque in assenza di prova di effettivo svolgimento della riunione in forma totalitaria. (2)*

---

[*Omissis*]

Preliminarmente occorre richiamare la ricostruzione dei fatti: – l'attore sosteneva che l'assemblea non si era tenuta né dal Ragioniere Commercialista né altrove; – il convenuto non contestava specificamente tale affermazione, limitandosi a sostenere che la bozza del Bilancio era stata fornita all'attore, che tale bozza gli veniva fornita ogni anno e che l'attore non aveva formulato alcuna opposizione a detta bozza di bilancio fornitagli. Circostanze queste, invece, tutte specificamente contestate dall'attore, il quale affermava e ribadiva di non essere stato presente all'assemblea e di non aver ricevuto alcuna bozza di bilancio.

### **MOTIVI DELLA DECISIONE**

I. Pacifico e non contestato (come emerge anche dalla memoria del convenuto) il fatto che non vi sia stata convocazione formale dell'assemblea.

II. Va, dunque, verificata l'effettuazione di una convocazione informale; tenendo ben presente che tale circostanza è stata espressamente contestata da parte attrice. L'onere della prova – trattandosi di controeccezione volta a ribattere all'allegazione attorea della propria mancata presenza all'assemblea – era a carico della convenuta società: e ciò tanto più, in quanto: – trattasi di fatto *positivo* e quindi come tale astrattamente suscettibile di prova; – tale convocazione informale, anche ove provata, sarebbe comunque stata derogatoria delle modalità previste dallo Statuto (il che genera un onere di prova rafforzato da parte di chi si voglia avvalere di una modalità irrituale e non prevista di convocazione). Invece, come già sopra osservato, alcun onere di prova è stato assolto, da questo punto di vista, ad opera della società convenuta. Nemmeno, preme sottolineare, sono stati forniti principi di prova, quali definiti da alcuna parte della Giurisprudenza che a tal fine ritiene sufficienti mere allegazioni, seppur non supportate da mezzi di prova, ove dette allegazioni siano molto specifiche. Ipotesi qui in verità non verificatasi, in quanto a specifica domanda dell'Arbitro, parte convenuta ha espressamente affermato di non essere neppure in grado di allegare alcun momento specifico di una seppur informale convocazione; limitandosi, invece, ad affermare che “la convocazione non poteva non essere stata fatta, vivendo i due soci, fratelli tra loro, sullo stesso pianerottolo e vedendosi essi quotidianamente” ed “essendosi sempre fatto così”. Affermazioni generiche che non sono idonee ai fini processuali a costituire quanto meno allegazioni specifiche. Affermazioni che, peraltro, sono state contestate nella loro veridicità da parte attrice. Conseguentemente, ai fini della verità processuale, non si ritiene provata in alcun modo nemmeno una convocazione informale dell'assemblea suddetta.

III. A questo punto, accertato che non vi fu né convocazione formale né convocazione informale, deve concludersi che l'assemblea non fu regolarmente tenuta in assenza di convocazione. In effetti:

A. Trattandosi di società di capitali e non di persone, il metodo assembleare è connaturato. Ne consegue la necessaria contestualità della presenza dei soci all'assemblea. Pertanto, un'eventuale generica approvazione da parte del socio Tizio fuori assemblea (peraltro, decisamente negata da parte attrice) non sarebbe comunque stata idonea ad approvare il bilancio. Si noti a tal fine che anche ove l'atto costitutivo, *ex art. 2479, comma 3, c.c.*, avesse previsto la possibilità di derogare al metodo assembleare, sarebbe comunque occorso il “consenso espresso *per iscritto*” o la “consultazione scritta”, proprio per documentare l'eccezionale deroga al metodo della contestualità assembleare; cosa qui pacificamente non accaduta e non provata. Dal che ulteriormente si ricava che un'eventuale approvazione orale extra assembleare, ventilata dal convenuto e peraltro contestata dall'attore, non avrebbe avuto rilevanza giuridica.

B. Men che meno, poi, tale approvazione avrebbe potuto avere rilevanza ove si consideri che dalla narrativa del convenuto, peraltro contestata sul punto dal-

l'attore, emerge comunque l'affermazione non che l'attore avrebbe espressamente approvato il bilancio (sia pur oralmente e fuori dall'assemblea), ma solo che lo stesso non avrebbe sollevato obiezioni rispetto alla bozza asseritamente fornitagli. In sostanza, un'approvazione implicita per *facta concludentia*. Nessuna norma, né di legge né di Statuto, prevede un meccanismo di tacita approvazione del bilancio della s.r.l. e men che meno prevede un onere di "disconoscimento" entro un certo termine (quale poi?) di eventuali bozze di bilancio asseritamente fornite.

C. Va poi respinta la ricostruzione normativa proposta da parte convenuta e riferita all'art. 22, penultimo ed ultimo comma, dello Statuto. 1) *art. 22, ultimo comma, Statuto: "l'assemblea si intende regolarmente costituita con la presenza di tanti soci che rappresentino almeno la metà del capitale sociale"*, con accento posto da parte convenuta sull'inciso "*almeno la metà del capitale sociale*", che sarebbe stato quindi presente in persona del signor Sempronio, socio titolare appunto del 50% del capitale sociale e sicuramente presente all'assemblea. Tale frase è riproduttiva dell'art. 2479 *bis*, comma 3, c.c., ed è riferita all'ipotesi di assemblea CONVOCATA, essendo invece l'unica ipotesi di assemblea non convocata, eccezionalmente valida, quella dell'assemblea totalitaria cui all'art. 2479 *bis*, comma 5, c.c. (che norma ipotesi diversa e non a caso è posta in sede normativa separata, al fondo – comma 5 – dell'articolo di legge citato). Il comma 3 in questione, invece, parla dei *quorum* costitutivi e deliberativi delle assemblee *regolarmente convocate* e quindi è inapplicabile al caso di specie. 2) *art. 22, penultimo comma, Statuto: "in assenza di formale convocazione, l'assemblea si reputa regolarmente costituita con la partecipazione dell'intero capitale sociale, qualora tutti gli amministratori e i sindaci (se nominati) siano presenti o informati ..."*. Detto comma affronta il caso dell'assemblea totalitaria, riproducendo la sostanza dell'art. 2479 *bis*, comma 5, c.c. (rafforzandone la linea garantista nel senso di prevedere anche un obbligo di dichiarazione scritta per amministratori e sindaci assenti). Anche in tal caso va assolutamente respinta la tesi di parte convenuta, tesi a dire il vero abbozzata solo oralmente nell'udienza di trattazione orale, in virtù della quale l'espressione "*con la partecipazione dell'intero capitale*" sarebbe riferita all'espressione "*si reputa*": nel senso che si reputerebbe, per *fictio iuris*, che vi sia l'intero capitale in assemblea, purché amministratori e sindaci siano presenti o informati. Tale tesi è infondata, oltre che a livello logico, in quanto: 1. la totalitaria, come dice il nome, richiede la presenza di *tutti* i soci (unica ipotesi che può sopperire all'assenza di convocazione); 2. questo risulta testualmente dall'art. 2479 *bis*, ultimo comma, c.c.; 3. per Giurisprudenza e dottrina il contenuto dell'art. 2479 *bis*, ultimo comma, c.c., è inderogabile ad opera dello Statuto e quindi qualunque formulazione adottata dal Notaio Rogante (o qualsivoglia interpretazione data alle parole da esso usate) non può aver cambiato quello che la legge dispone (si veda in tal senso la massima 15 del Comitato Notarile della Regione Campania e la Massima I.B.4 del Comitato Notarile del Triveneto);

4. tale argomento proverebbe addirittura troppo, in quanto se fosse vero che è sufficiente aver informato amministratori e sindaci (quindi a loro volta non necessariamente presenti) senza che occorra la presenza di alcun socio, se ne ricaverebbe la possibile validità di un'assemblea priva di soci, priva di amministratori e priva di sindaci (purché questi ultimi due siano stati almeno informati), il che assurdo in quanto non vi sarebbe nessuno a deliberare.

IV. Provato che non vi fu convocazione formale né informale, e che detta assenza di convocazione non era conforme a legge o Statuto, deve anche affermarsi che nemmeno vi fu un'assemblea totalitaria (ovverosia l'unica ipotesi che avrebbe sanato l'assenza di convocazione di cui ai precedenti 3 punti in numeri romani). Innanzitutto il disposto dell'art. 2702 c.c., in tema di scritture private, lascia intendere che il verbale prodotto non costituisce elemento di prova, specialmente in quanto non riconosciuto dall'attore sul punto. In secondo luogo, la prova della positiva partecipazione da parte dell'attore doveva essere fornita dal convenuto, trattandosi per l'attore di fatto negativo non suscettibile di prova. Inoltre, ai sensi dell'art. 115 c.p.c. nuova formulazione, la specifica affermazione dell'attore del non essere stato egli presente all'assemblea non è stata oggetto di contestazione alcuna, come risulta sia dalle difese (incentrate sulla convocazione) sia dai verbali di udienza, pertanto va assunta da questo Arbitro quale elemento della propria decisione. Inoltre a livello presuntivo, da fatto noto – come sopra ricostruito – dell'assenza di convocazione deve dedursi il fatto ignoto, o comunque non pienamente provato, dell'assenza all'assemblea stessa, essendo nella logica probabilistica delle cose che non sapendo di un evento non si possa ad esso partecipare. Infine, va osservato che solo una specifica convocazione, con una data ed un luogo, avrebbe potuto consentire, e far presumere, una partecipazione.

V. Quindi, risultando nella verità processuale che l'assemblea non è stata convocata formalmente, che non vi è stata convocazione informale, che non vi è stata assemblea totalitaria, non si può ravvisare la mera ipotesi di convocazione validamente fatta seppur contrariamente allo Statuto (art. 2479 *ter*, comma 1, c.c.), ricorrendo invece la più grave ipotesi dell'assoluta assenza di informazione (art. 2479 *ter*, comma 3, c.c.). Infatti, a norma dell'art. 22, comma 4, dello Statuto, la convocazione va effettuata con mezzi idonei a garantire la prova dell'avvenuto ricevimento: quindi la mera violazione dello Statuto sarebbe avvenuta con una convocazione sì effettuata, ma con mezzi non idonei a provare l'avvenuto ricevimento (quale ad esempio una convocazione orale). Ipotesi come sopra vista non provata in alcun modo e anzi specificamente contestata dall'attore, con il ricorrere quindi dell'assoluta assenza di informazione. Nel caso di specie, pertanto, non risulta che l'attore fosse a conoscenza dell'assemblea né formalmente né informalmente, né assume alcun rilievo la generica affermazione che l'assemblea si era tenuta negli anni precedenti in analogo periodo, in quanto il periodo di svolgimento dell'assemblea può oscillare di mesi ed il luogo di svolgimento può esse-

re ovunque in Italia (art. 22 dello Statuto), né alcuno è tenuto a conoscere il comportamento dell'altro socio ed i suoi spostamenti in ogni momento di quei mesi, né la legge a tal proposito attribuisce al socio alcun onere di attivarsi, neppure nelle società familiari; essendo anzi dovere di legge e Statuto (art. 22 comma 2) dell'organo amministrativo convocare almeno un'assemblea all'anno per approvare il bilancio. Conseguentemente, discende la nullità della delibera *ex artt. 2479 ter e 2434 bis c.c.* (non essendo ancora stato approvato il bilancio dell'anno 2014) con termine di tre anni per farla valere e quindi ad oggi tutt'ora in corso.

[*Omissis*]

---

## **<sup>(1-2)</sup> La storia infinita prosegue: ancora sulla compromettibilità dell'impugnativa di bilancio (per vizi del procedimento) \***

### **<sup>(1-2)</sup> A new chapter in the never-ending story of arbitrability: the case of the shareholders' resolution on financial statement**

Stefano A. Cerrato

---

#### *Abstract*

Non si arresta il filone di pronunce sulla compromettibilità dell'impugnazione di deliberazioni sociali. In questo caso, l'Arbitro Unico è chiamato a pronunciarsi su un caso di deliberazione di approvazione del bilancio verbalizzata ma mai convocata né effettivamente svolta.

**Parole chiave:** Deliberazioni assembleari, Bilancio d'esercizio, Arbitrato societario, Compromettibilità, D.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5

*New developments for the never-ending story of arbitration in company law matters. In this case, the general meeting of the company was not called nor really took place.*

**Keywords:** Company resolutions, Balance sheet, Company arbitration, Arbitrability, Decree 17 January 2003, n. 5

**Sommario:** 1. Il caso. – 2. Esiste ancora l'“inesistenza delle delibere”? – 3. Invalidità delle delibere e compromettibilità; il caso della s.r.l. – 4. Uno sguardo al domani.

---

\* Il contribuente ha ricevuto il giudizio positivo di un *referee* anonimo.

## 1. Il caso

Il lodo qui pubblicato si pronuncia su un caso, tutto sommato non infrequente nelle piccole società ove impera la “deformalizzazione” dei rapporti interni, di impugnazione di una deliberazione di approvazione del bilancio di s.r.l. che si asserisce presa senza che sia mai stata convocata né si sia mai svolta assemblea alcuna.

L’arbitro segue un percorso argomentativo logico ancorché in alcuni punti opinabile. Osserva, innanzitutto, che non vi è prova che sia stata formalmente convocata l’assemblea. Rileva, poi, che neppure è stata offerta prova di una convocazione informale, peraltro non prevista dallo statuto; qui l’arbitro afferma che il ricorso a modalità di convocazione irrituali richiederebbe una prova rafforzata, ma l’affermazione non è perspicua: invero, più in generale, se la convocazione non avviene nelle forme di legge o statuto si determina un vizio procedurale grave, “sanato” solo ove l’assemblea abbia carattere totalitario<sup>1</sup>; di per sé, dunque, la prova di una eventuale convocazione informale non avrebbe comunque potuto sanare il vizio.

Dall’assenza di prova di una convocazione l’arbitro desume che l’assemblea non si sia svolta, ma anche tale affermazione è in parte discutibile, poiché – come detto – è ben possibile che una riunione di soci, ancorché mai convocati, assuma le vesti formali di una “assemblea sociale” ricorrendo le condizioni di cui all’ultimo comma dell’art. 2479-*bis*. Piuttosto, in questi casi occorre ricercare prova (che comunque nel caso concreto non sembra essere stata fornita) dello svolgimento della riunione: cosa che solitamente è data dal verbale, che fa piena prova anche se non redatto da un pubblico ufficiale<sup>2</sup>. Nel caso di specie risulta che sia stato prodotto in atti dal convenuto un documento denominato verbale; l’arbitro tuttavia lo giudica privo di efficacia probatoria per effetto del suo disconoscimento da parte dell’attore.

Riassunti per tali brevi cenni le vicende di fatto e l’iter logico del giudice, l’occasione è propizia per (ri)tornare a occuparsi, nuovamente, dell’annosa questione della compromettibilità delle deliberazioni societarie, tema sul quale continuano a registrarsi posizioni di estrema incertezza.

La vicenda però sollecita anche a svolgere qualche riflessione, ancorché sintetica, sul tema della ricostruzione delle categorie dei vizi delle delibere, con particolare riferimento alla nota figura della inesistenza.

---

<sup>1</sup> A ciò aggiungo che – giusta il rinvio all’art. 2379-*bis* – il socio che abbia dato assenso allo svolgimento dell’assemblea non totalitaria non può poi impugnare le deliberazioni per tale vizio.

<sup>2</sup> App. Potenza, 25 novembre 2003, in Banca dati Pluris.

## 2. Esiste ancora l'“inesistenza delle delibere”?

Come è noto, è da molti sostenuta l'opinione che la riforma societaria del 2003 avrebbe rimosso la fattispecie dell'inesistenza dal sistema delle invalidità degli atti societari sia attraverso una più puntigliosa ricostruzione delle figure dei vizi si da ricondurre quelli che tradizionalmente erano visti come causa di inesistenza al binomio nullità/annullabilità; sia degradando altre situazioni, parimenti sintomatiche, al livello di mera irregolarità.

Confesso che questa idea, seppure adombrata anche dal legislatore storico nella relazione illustrativa, non mi ha mai pienamente convinto. Le norme giuridiche assegnano a determinati fatti umani o naturali una certa qualifica e vi ricollegano determinati effetti; una riunione di persone può, a certe condizioni, essere “assemblea” e ciò che vi viene deciso “delibera”; e se nel processo decisionale o nel contenuto vi sono elementi anomali, ecco che ricorre un vizio, sia esso più o meno grave. Altro è, viceversa, il caso nel quale non esiste il fatto umano presupposto (la riunione) ma soltanto il suo “prodotto”, cioè la deliberazione. E così, parallelamente, mi pare corretto l'orientamento dottrinale e giurisprudenziale<sup>3</sup> che ritiene inesistente una delibera quando, in ragione delle anomalie dalle quali sia affetto, difettino gli indici minimi sufficienti per poter ricondurre un determinato accadimento del mondo reale ad una fattispecie legale data, sicché essa non sia in alcun modo identificabile come tale<sup>4</sup>.

Invero, è pacifico caposaldo del diritto civile che l'inesistenza di un negozio giuridico, qual certamente è la deliberazione sociale, sia una categoria “pregiuridica”, quasi “sociale”, che si pone su un piano differente – e necessariamente sovraordinato – rispetto alla figura dell'invalidità, perché soltanto un negozio giuridicamente esistente può essere valido o invalido.

L'intervento riformatore del 2003 – ampliando il catalogo dei vizi che importano l'invalidità delle deliberazioni, includendovi casi in precedenza reputati fonte di inesistenza – ha fortemente innovato (soltanto) sul terreno dell'identificazione di quegli elementi costitutivi minimi che permettono di ravvisare in un determinato accadimento la fattispecie “deliberazione”. Dunque, mentre in passato era prevalso un atteggiamento particolarmente benevolo (anzi, di vera e propria incontrollata proliferazione dell'inesistenza) favorito da una disciplina positiva timida, poco dettagliata e scarsamente tutelante per le minoranze, alla luce delle norme novellate s'impone una rigorosa selezione dei

---

<sup>3</sup> Cfr. Cass. 24 luglio 2007, n. 16390; Id., 31 marzo 2006, 7693; Trib. Milano, 19 febbraio 2009; Id., 26 maggio 2005.

<sup>4</sup> Si veda, per tutte, Cass. 10 aprile 1973, n. 1016, in motivazione.

componenti della fattispecie il cui difetto possa qualificarsi come determinante per l'identificazione (e quindi per l'esistenza) dell'atto "deliberazione". Più in particolare, l'esame del quadro normativo novellato autorizza a ritenere che l'elemento scriminante fra esistenza ed inesistenza di una deliberazione sia oggi rappresentato esclusivamente dall'aspetto estrinseco dell'atto. Invero, tutte le anomalie che possono inficiare l'iter formativo (convocazione, riunione, votazione, accertamento e proclamazione degli esiti, verbalizzazione) di una deliberazione e che in passato solitamente assurgevano, a giudizio della giurisprudenza, a motivo di inesistenza, ove non siano degradate a mera irregolarità, sono ora qualificate come cause di invalidità. Così è, in particolare, per il mancato raggiungimento dei quorum (art. 2377, comma 5, nn. 1 e 2, applicabili alla s.r.l. ex art. 2479-ter, ult. co.), per il difetto di convocazione (che nelle s.p.a. è causa di nullità mentre nelle s.r.l. rientra fra le cause di impugnazione nel termine breve dei novanta giorni ex art. 2479-ter, comma 1, posto che per la più grave situazione dell'assenza assoluta di informazioni è sancita l'impugnabilità da chiunque vi abbia interesse entro tre anni dalla trascrizione) e per la falsità del verbale, che è assimilabile alla sua mancanza (vizio che nelle s.p.a. determina la nullità, mentre nelle s.r.l. può essere fatto valere entro novanta giorni dalla trascrizione, non essendo richiamato l'art. 2379).

In altri termini, par lecito affermare che esiste una deliberazione in presenza di un atto che di essa abbia le "sembranze", cioè la "parvenza", a nulla rilevando che il processo genetico dell'atto sia viziato, in uno o più punti (al limite: in tutti). Solo, al limite, la falsità materiale (contraffazione o alterazione del documento) potrebbe forse legittimare una declaratoria di inesistenza.

Muovendo da tali premesse – e pensando al caso di specie di riunione mai convocata e mai tenutasi, falsamente verbalizzata, trascritta ed eseguita – ritengo che sia corretto rinvenire una "parvenza di deliberazione" ed esclude conseguentemente che possa farsi ricorso alla categoria dell'inesistenza, qualificando la delibera come "esistente" ma, a tutto concedere, invalidata (arg. ex art. 2479-ter) «dalla patologia del suo procedimento di formazione (convocazione e intervento della maggioranza) e di esteriorizzazione (falsità del verbale)».

Se un appunto forse si può muovere all'Arbitro è, piuttosto, di non essersi posto il problema della qualificazione giuridica del vizio, al quale egli ben è legittimato in virtù del principio "*iura novit curia*".

### **3. Invalidità delle delibere e compromettibilità; il caso della s.r.l.**

Non è inutile principiare osservando che il lodo qui in commento riguarda una s.r.l. È noto che la riforma societaria del 2003 ha inteso emancipare la so-

cietà a responsabilità limitata dal tipo azionario e tale intento si è tradotto, sul piano della tecnica di redazione delle norme, nell'abbandono del rigido e tradizionale schema del rinvio "meccanico" alla s.p.a. a favore dell'elaborazione di un impianto regolamentare autosufficiente, nel quale i richiami al tipo "maggiore" sono selettivamente circoscritti a specifici profili e rispondono essenzialmente a ragioni di economia e razionalizzazione normativa.

Proprio la disciplina dei vizi delle decisioni dei soci costituisce un esempio paradigmatico di questa opzione riformatrice: al previgente rinvio integrale agli artt. 2377, 2378 e 2379 contenuto nell'art. 2486, comma 2, il legislatore sostituisce una disposizione autonoma (art. 2479 *ter*) che tesse un'innovativa disciplina delle invalidità delle decisioni dei soci. In particolare, il tradizionale binomio "annullabilità/nullità" è superato a vantaggio di un regime di invalidità formalmente unitario, ma in concreto graduato in ragione della gravità del vizio: in tre casi (oggetto impossibile, oggetto illecito, assenza assoluta di informazione) la deliberazione è impugnabile da chiunque vi abbia interesse entro tre anni dalla trascrizione del verbale nel libro delle decisioni dei soci; qualsiasi altra difformità rispetto alla legge o allo Statuto legittima invece all'impugnativa esclusivamente i soci che non vi hanno consentito, gli amministratori ed il collegio sindacale, ove presente, entro il più breve termine di novanta giorni.

La scelta non è priva di complicazioni ermeneutiche.

Si prenda proprio il caso della "assenza assoluta di informazioni". Alla luce del mancato richiamo dell'art. 2379 da parte dell'art. 2479-*ter*, pare difficile equiparare al "difetto assoluto di informazione" la (semplice) "mancanza della convocazione"; siffatto vizio, che nelle s.p.a. assurge a causa di nullità, nelle s.r.l. degrada a motivo di "non conformità alla legge", rilevabile nel minor termine dei novanta giorni. Ritengo invece – aderendo alle opinioni della dottrina più autorevole – che il sintagma "assenza assoluta di informazione" sottenda ad una situazione nella quale i soci non siano stati informati, in alcuna maniera o modo, con qualsiasi mezzo e da qualunque soggetto, ovvero non abbiano avuto possibilità, in alcuna maniera o modo, di venire a conoscenza del luogo, della data, dell'ora, dell'ordine del giorno o quantomeno dell'oggetto o dell'argomento ovvero di qualsiasi altro elemento idoneo a dar contezza del procedimento decisionale. Il vizio in parola ricorre, in altri termini, soltanto in presenza di una totale, completa ed assoluta ignoranza da parte del socio relativamente a qualsiasi elemento informativo relativo ad un determinato procedimento decisionale. Peraltro, la precisazione che debba trattarsi di "decisioni prese in assenza assoluta di informazione" implica che siffatta anomala condizione soggettiva del socio deve essere riferita esclusivamente ad un momento antecedente a quello nel quale la decisione è assunta. Ciò conduce ad escludere – anche in assenza di una esplicita previsione in tal senso, analoga all'art.

2379-*bis* (richiamato dall'art. 2479-*ter*, ma applicabile soltanto al meno grave caso della “mancanza della convocazione”) – che l'eventuale successiva conoscenza di tali informazioni, comunque acquisita (ad esempio, dalla presa visione del verbale ovvero dalla consapevolezza dell'esecuzione della decisione ovvero ancora dall'esame del bilancio che rifletta le conseguenze della decisione) possa valere a sanare il vizio.

Queste iniziali riflessioni aiutano a comprendere che, oggi, non è più consentito discorrere della compromettibilità dell'impugnazione di decisioni sociali nelle *società di capitali*, bensì occorre distinguere fra il tipo s.p.a. e il tipo s.r.l.

Ma procediamo con ordine.

Scendendo sul piano specifico del bilancio d'impresa, giova ricordare che l'approvazione del bilancio costituisce – come è noto – il momento di sintesi e conclusione di un complesso *iter* procedimentale che coinvolge, a diverso titolo, la funzione amministrativa e contabile della società, gli organi sociali ed il revisore contabile esterno, ove presente.

La legge articola un complesso sistema di termini, in genere inderogabili quantomeno *in minus*, salvo volontà unanime, che ruotano attorno all'assemblea convocata per approvare il bilancio: il nuovo art. 2364 c.c. prevede, in parte emendando il testo previgente, che il bilancio deve essere approvato entro centoventi giorni dalla chiusura dell'esercizio, ovvero nel maggior termine previsto dallo Statuto fino al massimo di centottanta giorni, ma solo se la società sia tenuta a redigere il consolidato oppure lo richiedano particolari esigenze relative alla struttura e all'oggetto della società. Identici termini sono imposti anche alle s.r.l., ma compatibilmente con la possibilità che l'approvazione avvenga attraverso procedura non assembleare (art. 2478-*bis*)<sup>5</sup>.

La commistione di profili procedurali e di aspetti sostanziali, che vanno a sommarsi alle regole generali che governano il processo decisionario societario, collegiale o meno, moltiplica i possibili scenari di invalidità della decisione di approvazione del bilancio.

Ora, giurisprudenza e dottrina sono adusi ricondurre i vizi del contenuto del bilancio alla fattispecie dell'illiceità dell'oggetto della delibera<sup>6</sup> sanzionata dalla nullità<sup>7</sup> che l'art. 2379, comma 2, rende rilevabile anche d'ufficio. Ciò

---

<sup>5</sup> ZANARONE, *Sub art. 2478 bis, commento*, in ID., *Della società a responsabilità limitata. Artt. 2462-2483*, in AA.VV., *Il codice civile. Commentario*, fondato da Schlesinger, diretto da Busnelli, Milano, 2010, p. 1211 ss.

<sup>6</sup> Da ultimo, Cass. 9 maggio 2008, n. 11554, in *Giur. comm.*, 2009, II, p. 924 ss.; Id., 7 marzo 2006, n. 4874, in *Mass. Giur. it.*, 2006; Id., 8 agosto 1997, n. 7398, in *Banca dati Pluris*.

<sup>7</sup> Si noti che, per vero, la giurisprudenza più recente è orientata a collocare alcuni vizi più propriamente “di contenuto” (ad esempio: contestazioni sulla denominazione di poste; sulla

significa, in altre parole, che l'ordinamento sottrae all'autonomia privata la disponibilità dei principi di chiarezza, veridicità e correttezza del bilancio, con la conseguenza, applicando il criterio che abbiamo elaborato, della non compromettibilità della lite.

Si è tuttavia eccepito – ed è una delle tesi seguite da una parte della giurisprudenza ambrosiana<sup>8</sup> – che il rigore di questa conclusione debba fare i conti con un sistema delle invalidità delle deliberazioni che avrebbe radicalmente compreso l'area dell'insanabilità dei vizi, come sarebbe dimostrato dalla previsione ora della sostituibilità della delibera nulla (art. 2379, comma 4, che rinvia all'art. 2377, comma 8), ora della decadenza della proponibilità dell'impugnazione decorso un triennio (art. 2379) ovvero il minor termine previsto per casi particolari (artt. 2379-ter e 2434) (approvazione del bilancio dell'esercizio successivo (art. 2434-bis). Dunque, seguendo queste argomentazioni, l'area della non compromettibilità risulterebbe ristretta alla sola ed assoluta indisponibilità del diritto, cioè alle nullità insanabili<sup>9</sup>.

L'affermazione è però opinabile: vero è che la riforma ha ristrutturato la disciplina delle invalidità delle delibere seguendo un complessivo disegno di depotenziamento degli spazi di tutela reale, ma ciò nell'ottica non di un'abdicazione dalla funzione di salvaguardia della meritevolezza degli interessi, quanto piuttosto di un rafforzamento della stabilità degli atti, della certezza dei traffici, dell'incremento dell'efficienza della giustizia.

L'arretramento, sul piano processuale, della tutela invalidatoria non si traduce – a nostro sommo avviso – in un'estensione dell'area di disponibilità del diritto sostanziale ma è il risultato di un bilanciamento fra contrapposte esigenze che il legislatore ritiene parimenti degne di protezione. D'altronde, a

---

destinazione dell'utile; si vedano Trib. Bari, 21 giugno 2007, in *Soc.*, 2008, p. 235 ss.; Trib. Milano, 22 febbraio 2011, in *Riv. arb.*, 2011, p. 291 ss.) al di fuori dell'area dell'illiceità dell'oggetto, con la conseguenza di sottrarli al regime della indisponibilità; nella stessa direzione di una restrizione dell'area della indisponibilità si muovono altri precedenti, anche arbitrali, che hanno provato a sceverare all'interno del concetto di "chiarezza" aree distinte di incidenza del principio e gradazioni diverse di intensità del vizio conseguente alla violazione, ammettendo la compromettibilità dell'impugnazione di bilancio, più in particolare, quando «il vizio di chiarezza ridonda in un difetto di informazione che non incide sulla struttura del bilancio, ma sulle conoscenze complementari che sono necessarie per valutarne le implicazioni»: Lodo arb., 11 marzo 2008, Grande Stevens presidente, Gambaro e Denozza arbitri, in pubblicazione in *Giur. arb.*, 2015.

<sup>8</sup> Si veda ad esempio Trib. Milano, 23 luglio 2013, cit.

<sup>9</sup> Trib. Milano, 23 luglio 2013, cit.; conf., Cass. 20 settembre 2012, n. 15890, in *Soc.*, 2013, p. 871 ss.; Trib. Milano, 3 giugno 2010, cit.; Id., 11 gennaio 2011, ined.; Id., 13 dicembre 2012, ined.

ben osservare, né la sostituzione della delibera, né la decadenza dall'impugnazione possono essere seriamente considerate come indice di disponibilità; la prima, lungi dall'implicare tolleranza di un assetto di interessi non volto, raggiunge esattamente l'obiettivo opposto, cioè di ripristinare la conformità a diritto (tant'è che il giudice deve verificare questa conformità: art. 2377, comma 8); la seconda è invece frutto di una mera valutazione in termini di costi/benefici, nel senso che – secondo un ragionamento di economia e buon senso – una pronuncia di nullità decorso un certo lasso di tempo o a séguito di un determinato fatto (l'approvazione del bilancio successivo; l'esecuzione di una deliberazione) crea più inconvenienti che vantaggi; la persistenza del disvalore dell'atto è confermata d'altronde dal permanere del diritto a domandare il risarcimento del danno (arg. ex art. 2379-ter, ult. cpv.) e dalla circostanza che la sanatoria non elide il disvalore della condotta degli amministratori, la cui responsabilità sociale permane.

In questo senso, si è in effetti orientata la più recente giurisprudenza di legittimità<sup>10</sup> la quale, per un verso, ha condiviso il criterio che abbiamo provato ad elaborare, cioè che sia indisponibile qualsiasi diritto la cui inosservanza determina una reazione dell'ordinamento svincolata da qualsiasi iniziativa di parte; per altro verso, ha rimarcato che sul regime di disponibilità o indisponibilità del diritto sostanziale non interferiscono gli strumenti processuali posti a disposizione dei soci e dei terzi a protezione dei loro interessi, trattandosi di due piani contigui ma diversi.

Quanto finora detto vale con riferimento alle società per azioni; guardando alla s.r.l. le conclusioni potrebbero invero essere diverse. L'art. 2479-ter omette, infatti, di richiamare l'art. 2379, sicché parrebbe a prima vista preclusa la rilevabilità d'ufficio della illiceità dell'oggetto della decisione. Se così fosse, dovremmo allora concludere che l'impugnativa di bilancio di s.r.l. per vizi del contenuto sia sempre arbitrabile, in quanto non reputata dal legislatore materia indisponibile, a differenza di quanto previsto per le s.p.a. Ma è controverso se l'omissione del rinvio sia una svista o frutto di scelta consapevole<sup>11</sup> poiché lascia perplessa la difformità di trattamento a cui tale conclusione condurrebbe.

Pare dunque preferibile adottare un'interpretazione ortopedica che estenda

---

<sup>10</sup> Cass. 10 giugno 2014, n. 13031, cit.

<sup>11</sup> CAGNASSO, *La società a responsabilità limitata*, in AA.VV., *Trattato di diritto commerciale*, diretto da Cottino, V, t. 1, Padova, 2004, p. 322; GUERRIERI, *Artt. 2479-2479 ter*, in AA.VV., *Il nuovo diritto delle società*, a cura di Maffei Alberti, Padova, 2005, p. 2053 nota 178; PALMIERI, *L'invalidità delle decisioni*, in CIAN-GIANNELLI-PALMIERI-NOTARI-GUERRERA, *Le decisioni dei soci. Le modificazioni dell'atto costitutivo*, in AA.VV., *Trattato delle società a responsabilità limitata*, diretto da Ibba-Marasà, IV, Padova, 2009, p. 214.

anche alle s.r.l. le medesime conclusioni circa la non arbitrabilità dei vizi “di contenuto” delle deliberazioni di bilancio.

#### 4. Uno sguardo al domani

Fin qui le riflessioni *de iure condito*, dalle quali si trae una generale sensazione di ancora persistente incertezza che non può certamente giocare a favore dello sviluppo dell’arbitrato. Forse allora è venuto il momento di osare di più e chiedersi – in prospettiva di riforma – se non vi sia spazio per ripensare il limite della disponibilità.

Vorremmo provare ad offrire qualche spunto. L’indisponibilità trae fondamento, come detto, da un’esigenza dell’ordinamento di conservare, sia pure in modo selettivo, il “monopolio” dello *ius dicere* in presenza di situazioni a rischio di particolare disvalore sociale: alla volontà del singolo si sostituisce, in altri termini, la volontà collettiva dello Stato secondo le note teorizzazioni kelseniane.

Disponibilità ed indisponibilità sono però concetti “a geometria variabile”. Il catalogo di situazioni che l’ordinamento sottrae all’autonomia privata non è infatti un dato immutabile e preesistente all’ordinamento di una comunità organizzata, bensì frutto di scelte di politica del diritto influenzate di tempo in tempo da variabili storiche, sociali, culturali, economiche, ecc. Anzi: in uno stesso ordinamento ed in un dato momento storico possono coesistere anche diverse nozioni di “indisponibilità del diritto” a seconda che vi siano aree nelle quali il controllo dello Stato è più pervasivo rispetto ad altre nelle quali è lasciato maggior spazio alla libertà dei consociati. Pensiamo all’attuale assetto del nostro sistema, che presenta evidenti disomogeneità nella distribuzione delle aree di disponibilità e di indisponibilità: sul terreno dei diritti della persona e della famiglia la prima è tendenzialmente sacrificata, in omaggio anche a più o meno latenti idee filosofiche, religiose, politiche che nel tempo hanno ammantato la persona e i rapporti intimi familiari di caratteri assiologici di intangibilità<sup>12</sup>. Per contro, l’universo dei rapporti patrimoniali ed economici risulta terreno elettivo della libertà privata ed è ristretto il recinto delle situazioni non disponibili.

Muovendo da questa premessa, ci sembra che il concetto di “disponibilità dei diritti relativi al rapporto sociale” dettato dall’art. 34 debba essere ricostruito attraverso il sistema speciale di valori che permea la disciplina delle società commerciali. In questa direzione, è costante nella più recente giuri-

---

<sup>12</sup> OLIVERO, *L’indisponibilità dei diritti: analisi di una categoria*, Torino, 2008, p. 30 ss.

sprudenza la preoccupazione che attraverso l'arbitrato si vengano a conculcare i diritti di soggetti "deboli" ovvero ad incidere su situazioni giuridiche che trascendono l'interesse del singolo socio o che sono protette da norme inderogabili.

Guardando al "nuovo" arbitrato, e tenendo conto della sua più accentuata giurisdizionalizzazione, sembra però ingiustificato il timore che l'estraniamento della lite dal circuito della giustizia togata possa aprire la strada a forme di compressione dei diritti delle parti coinvolte in un rapporto sociale, sia sul versante del contraddittorio, sia nel quadro più generale dei principi del "giusto processo"; né pare possa cogliere nel segno il riferimento alla preoccupazione "paternalistica" di protezione di interessi di parti "deboli" del rapporto sociale: se con essa ci si intende riferire ai soci risparmiatori, occorre rammentare che la tutela si esprime a monte nell'esclusione delle società quotate dall'ambito di efficacia dell'arbitrato "speciale" mentre non sembra trasparire dalle norme di disciplina dell'istituto<sup>13</sup>.

Anche l'interferenza con i terzi non pare un punto di debolezza<sup>14</sup>. Pur alla luce di una norma che ha reso l'arbitrato societario uno strumento di giustizia "del gruppo", si avverte in effetti il rischio che la natura "privata" di esso possa pregiudicare le legittime attese di tutela di coloro che non siano parte della procedura ovvero del vincolo compromissorio, come ad esempio i creditori sociali: di qui il perpetuarsi, anche dopo la riforma, dell'orientamento che esclude l'arbitrato quando siano in gioco interessi superindividuali, perché reputati spia di indisponibilità. Ma il sillogismo è artificioso: la mera contitolarietà di un diritto non ne esclude il carattere disponibile, influenzando se mai sul terreno delle dinamiche di esercizio dello stesso<sup>15</sup>. E comunque non si deve dimenticare che il legislatore della riforma ha fatto quantomeno due scelte che ridimensionano in misura molto accentuata il problema di cui si discute: per un verso, ha reso efficace *ultra partes* il lodo (art. 35, comma 4, d.lgs. n. 5/2003)<sup>16</sup>; per altro verso, ha escluso l'arbitrabilità delle liti che coinvolgono

---

<sup>13</sup> Così anche CAPELLI, *La disponibilità dei diritti nelle controversie societarie*, in *Riv. dir. soc.*, 2011, p. 679.

<sup>14</sup> Così, ad esempio, Trib. Tolmezzo, 15 maggio 2009, ined.; Trib. Napoli, 6 luglio 2010, cit.

<sup>15</sup> Si tratta del punto limpidamente illustrato da ZOPPINI, *I "diritti disponibili relativi al rapporto sociale" nel nuovo arbitrato societario*, in *Riv. soc.*, 2004, *passim*.

<sup>16</sup> BIAVATI, *Sub art. 35, commento*, in AA.VV., *Arbitrati speciali, commentario*, diretto da F. Carpi, II Ed., Bologna, 2016, p. 163 s. Ed in effetti fa specie che chi anche sostiene che l'indisponibilità derivi esclusivamente da ostacoli di natura processuale che impedirebbero una equiparazione del lodo alla sentenza debba poi ammettere che, in ambito societario, il problema dell'efficacia *ultra partes* del lodo sia stato superato dal legislatore: BARLETTA, *La*

le società quotate, proprio quelle nelle quali è più forte il coinvolgimento di interessi diffusi.

Inoltre – e questo profilo pare ingiustamente trascurato dai più – l’attuale assetto procedurale dell’arbitrato non depotenzia più come in passato i diritti di difesa del terzo, il quale può sia intervenire nel procedimento arbitrale pendente (art. 35, d.lgs. n. 5/2003), sia introdurre un giudizio civile autonomo che può proseguire – giusta il disposto dell’art. 819-ter c.p.c. – in parallelo con il primo<sup>17</sup>, sia, infine, impugnare il lodo reso *inter alios* in revocazione od opposizione (art. 831 c.p.c.).

Infine, anche la preoccupazione che l’Arbitro possa non applicare norme inderogabili non ha ragion d’essere, poiché se l’arbitrato è di diritto egli deve decidere come deciderebbe il giudice<sup>18</sup>; ed in materia societaria l’arbitrato è sempre di diritto quando l’Arbitro abbia conosciuto *incidenter tantum* questioni non arbitrabili o quando il giudizio concerna la validità di deliberazioni assembleari.

Sembra dunque che il “nuovo” arbitrato sia in grado di neutralizzare efficacemente i timori di un abbassamento del livello di tutela giurisdizionale che hanno finora indotto a escludere l’arbitrabilità di determinate situazioni giuridiche societarie. Viene allora da chiedersi, forse un po’ provocatoriamente, se non sia venuto il momento di imprimere un’accelerazione alla materia eliminando del tutto il limite della “disponibilità”, così da rendere compromettibili tutte le controversie su diritti “relativi al rapporto sociale”, fatta

---

«disponibilità» dei diritti nel processo di cognizione e nell’arbitrato, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 1000 s.

<sup>17</sup> È chiaro che sia la possibilità di intervenire nell’altrui arbitrato, sia la possibilità di procedere con un autonomo giudizio presenta determinati svantaggi, dati nel primo caso dal costo della procedura (di regola maggiore del costo del giudizio civile) e nel secondo caso dal rischio di conflitti fra giudicati. Tuttavia si tratta, a sommosso avviso di chi scrive, non di violazioni del diritto costituzionale di difesa bensì di meri *argumenta ab inconvenienti* che non hanno la forza di ribaltare il ragionamento.

<sup>18</sup> BOVE, *L’arbitrato nelle controversie societarie*, in *Giust. civ.*, 2003, II, p. 475 s.; ZUCCONI GALLI FONSECA, *La compromettibilità delle impugnative di delibere assembleari dopo la riforma*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, p. 482, la quale non esclude che «una più intensa imperatività della norma porti alla indisponibilità del diritto». Sul punto, in senso diverso, COSTI, *Arbitrato societario e impugnativa delle delibere di bilancio*, *ivi*, 2011, suppl. al n. 1, p. 138 s., il quale giustifica la disposizione nell’ottica del carattere *erga omnes* del lodo: la circostanza che non tutti i soci siano parte del giudizio arbitrale avrebbe indotto il legislatore, ad avviso dell’autorevole giurista, a dettare una disciplina di tutela rafforzata; il che può anche essere condivisibile, ma senza per questo escludere che la disposizione sia stata anche pensata, come si diceva nel testo, al fine di disincentivare l’adesione alla tesi giurisprudenziale criticata nel testo.

eccezione per quelle ove sia previsto l'intervento del Pubblico Ministero, data l'ontologica inadeguatezza del procedimento arbitrale ad ospitare questa figura<sup>19</sup>.

Non si tratterebbe di una soluzione inedita, quantomeno nel panorama europeo, dal momento che anche in Spagna, ove esiste dal 2011 una disciplina dell'*arbitraje estatutario*<sup>20</sup> – secondo quella che pare l'interpretazione più accreditata – che rende compromettibili tutte le liti societarie senza eccezioni, salvo il caso di violazione dell'ordine pubblico che rimane sempre terreno indisponibile<sup>21</sup>. Ma pure in Germania la *Scheidsvertrag* legittima la compromettibilità di controversie purché aventi contenuto patrimoniale, senza più riferirsi alla disponibilità.

La scelta è di sicuro apprezzabile ed efficiente, poiché elimina in radice le incertezze degli operatori sulla natura del diritto e dunque sulla “strada” (giudice o arbitro?) che deve essere percorsa.

Allo scopo, pertanto, di ridurre ulteriormente il contenzioso societario e snellire il sistema della giustizia commerciale, senza per contro privare imprese e operatori dei livelli minimi di garanzia assicurati dall'ordinamento, possiamo suggerire l'adozione di una soluzione analoga a quella spagnola e dun-

---

<sup>19</sup> Ricordiamo infatti che il divieto di arbitrare liti nelle quali è previsto l'intervento del magistrato requirente non è motivato dalla indisponibilità della relativa situazione giuridica poiché in tutti i casi in cui il Pubblico Ministero interviene senza poteri autonomi (art. 72, comma 2, che richiama l'art. 70, comma 1, nn. 2, 3, 5 e comma 2) egli è privo di poteri di interferenza o compressione dell'autonomia privata: così, se ben comprendiamo, anche ZUCCONI GALLI FONSECA, *Sub art. 806, commento*, in AA.VV., *Arbitrato, commentario*, diretto da F. Carpi, III Ed., Bologna, 2016, p. 52 s. Nel senso, invece, che tutte le controversie ove è imposto l'intervento del Pubblico Ministero coinvolgono diritti indisponibili, PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, II Ed., vol. I, Padova, 2012, p. 402.

<sup>20</sup> Con la *Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado* entrata in vigore il 10 giugno 2011, il legislatore spagnolo ha introdotto, nel corpo della legge arbitrale del 2003, due disposizioni specifiche sull'arbitrato societario (artt. 11-bis e 11-ter). Per un commento, PERALES VISCASILLAS, *L'arbitrato societario in Spagna: una panoramica*, e CAINZOS, *Le best practices nella prassi arbitrale spagnola alla luce delle tendenze internazionali*, in *Giur. it.*, 2014, p. 1535 ss.; MANTILLA-SERRANO, *L'Espagne retouche sa loi sur l'arbitrage de 2003*, in *Rev. arb.*, 2011, p. 1114 ss.; PERALES VISCASILLAS, *La Reforma de la Ley de Arbitraje (Ley 11/2011, de 20 de mayo)*, in *Arbitraje*, 2011, p. 667 ss.; FACH GÓMEZ, *El arbitraje en España: principales novedades aportadas por la Ley 11/2011*, in *Riv. arb.*, 2012, p. 275 ss.

<sup>21</sup> A favore di questa interpretazione milita il tenore della relazione illustrativa: «eliminar las dudas existentes en relación con el arbitraje estatutario en las sociedades de capital» e «reconocer la arbitrabilidad de los conflictos que en ellas se planteen».

que la riformulazione dell'art. 34, comma 1, d.lgs. n. 5/2003 eliminando il riferimento al concetto di "disponibilità".

Ovviamente, a miglior garanzia del sistema, la decisione dovrà essere di diritto ed in tal senso sarebbe sufficiente ampliare quanto già previsto nell'art. 36, comma 1, ult. cpv.