



CORSO SULL'ARBITRATO:

I FONDAMENTI, LE TECNICHE, LE ESPERIENZE

27 FEBBRAIO 2012

ARBITRATO SOCIETARIO: QUESITO E NOMINA CTU

AVV. LUCA MASSIMILIANO VALLINI

LUCAM.VALLINI@AVVASSOCIATI.COM



Indice:

- 1. Il Perimetro dell'arbitrato societario.**
- 2. Il Consulente Tecnico d'Ufficio e l'ordinanza di nomina.**
 - 2.1 Sulle peculiarità proprie del procedimento arbitrale.**
 - 2.2 Sulla scelta del Consulente Tecnico d'Ufficio.**
 - 2.3 L'ordinanza di nomina del Consulente Tecnico d'Ufficio.**
- 3. Sulla formulazione del quesito.**
 - 3.1 Sulla possibilità per il Consulente Tecnico d'Ufficio di acquisire informazione dalle parti e/o da terzi, senza l'autorizzazione del Collegio Arbitrale.**
- 4. Esempi di quesiti di Consulenza Tecnica d'Ufficio.**
- 5. Sui quesiti di natura giuridica.**



1.

II Perimetro dell'arbitrato societario



Preliminare ad ogni altra considerazione sulla Consulenza Tecnica d'Ufficio nell'ambito dell'arbitrato societario è l'individuazione del perimetro nel quale detta tipologia di arbitrato è chiamato ad operare e conseguentemente, di quali siano le controversie in cui gli Arbitri potrebbero dover procedere all'ammissione di una Consulenza Tecnica d'Ufficio.

In quest'ottica necessariamente preliminare e sommaria, per avere contezza di detto perimetro, si deve necessariamente far riferimento al combinato disposto dell'art. 34, primo e secondo comma, del D.Lgs. 5/2003 e del successivo art. 36, comma primo, sempre del D.Lgs. 5/2003.

I quali rispettivamente dispongono:

“Art. 34 Oggetto ed effetti delle clausole compromissorie statutarie

1. Gli atti costitutivi delle società, ad eccezione di quelle che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio a norma dell'articolo 2325-bis del codice civile, possono, mediante clausole compromissorie, prevedere la devoluzione ad arbitri di alcune ovvero di tutte le controversie insorgenti tra i soci ovvero tra i soci e la società **che abbiano ad oggetto diritti disponibili relativi al rapporto sociale.**

2. La clausola deve prevedere il numero e le modalità di nomina degli arbitri, conferendo in ogni caso, a pena di nullità, il potere di nomina di tutti gli arbitri a soggetto estraneo alla società. Ove il soggetto designato non provveda, la nomina è richiesta al Presidente del Tribunale del luogo in cui la società ha la sede legale”.

“Art. 36. Decisione secondo diritto



Anche se la clausola compromissoria autorizza gli arbitri a decidere secondo equità ovvero con lodo non impugnabile, gli arbitri debbono decidere secondo diritto, con lodo impugnabile anche a norma dell'articolo 829, secondo comma, del codice di procedura civile quando per decidere abbiano conosciuto di questioni non compromettibili ovvero quando l'oggetto del giudizio sia costituito dalla validità di delibere assembleari”.

Dall'insieme di queste regole, che costituiscono l'asse portante dell'istituto dell'arbitrato in materia societaria, si ricava in estrema sintesi, il novero delle controversie delle quali il Collegio Arbitrale potrebbe doversi occupare.

Ed infatti, si tratta:

- di controversie la cui devoluzione in arbitrato è prevista da una clausola contenuta nell'atto costitutivo e/o nello statuto della società;
- di controversie riguardanti imprese organizzate in forma societaria ed aventi ad oggetto attività commerciale (cfr. Trib. Roma, 4 luglio 2007, in *Le Società*, 2008, pag. 762 e seg). Sono invece escluse, le controversie riguardanti: (i) le imprese individuali; (ii) le società semplici; (iii) le società quotate o diffuse in maniera rilevante tra il pubblico (cfr. art. 2325 bis c.c. e art. 111. bis disp. att. c.c.); (iv) le società di fatto; (v) le società in accomandita semplice e le società in nome collettivo irregolari;
- di controversie tra soci o tra soci e società;
- di controversie aventi ad oggetto diritti disponibili inerenti al rapporto sociale, ivi comprese quelle relative alla validità delle delibere assembleari.



Ne consegue, che solamente per fare qualche esempio, possono rientrare nell'ambito di applicazione dell'arbitrato societario, le seguenti tipologie di controversie, aventi ad oggetto:

- la liquidazione della quota sociale;
- l'impugnazione di decisioni assunte in conflitto di interessi;
- le azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori ed i sindaci (ad eccezione dell'azione di responsabilità esperita dai creditori o dai terzi: cfr. Trib. Milano, 3 dicembre 2010, in *Le società*, 2011, pag. 221 e seg.);
- il trasferimento delle partecipazioni societarie (nell'ipotesi di violazione del diritto di prelazione, riconosciuto da una clausola contenuta nello statuto della società);
- le impugnazioni di delibere di approvazione del bilancio, in cui la censura riguardi i vizi del procedimento di convocazione e/o di svolgimento dell'assemblea;
- l'impugnazione di delibere di riduzione del capitale sociale per perdite, in cui si lamenti il mancato deposito della relazione degli amministratori sulla situazione patrimoniale della società, presso la sede della società, ai sensi degli artt. 2482 bis e 2482 ter c.c.;
- l'impugnazione di delibere assembleari per abuso di maggioranza.



2.

Il Consulente Tecnico d'Ufficio e l'ordinanza di nomina.

Sotto questo profilo, le disposizioni in tema di arbitrato societario, non prevedono una disciplina divergente rispetto a quella di cui all'art. 816 ter, quinto comma, c.p.c, introdotto con il D.Lgs. 2 febbraio 2006 n. 40, il quale dispone che: *“gli arbitri possono farsi assistere da uno o più consulenti tecnici. Possono essere nominati consulenti tecnici sia persone fisiche, sia enti”* .

Intervento legislativo quest'ultimo, che non ha fatto altro che codificare quanto già oggetto di prassi consolidata anche prima della riforma, riproponendo nella sostanza l'impianto normativo di cui all'art. 61 del codice di procedura civile, il quale prevede che il giudice *“ quando è necessario può farsi assistere da uno o più consulenti di particolare competenza tecnica”*.

L'assenza di ulteriori indicazioni, la prassi consolidata ed anche le analogie terminologiche tra le due disposizioni, fanno sì che la Consulenza Tecnica d'Ufficio nel procedimento arbitrale, presenti caratteristiche proprie della Consulenza Tecnica d'Ufficio, regolamentata nel giudizio ordinario davanti all'Autorità giudiziaria, non senza alcune diversità, dettate dalla peculiarità del procedimento arbitrale.

2.1

Sulle peculiarità proprie del procedimento Arbitrale

La nomina del CTU

La nomina del Consulente Tecnico d'Ufficio è fatta dagli arbitri ed il provvedimento di nomina è l'ordinanza.

La scelta non deve necessariamente ricadere su di un esperto iscritto negli albi tenuti dal Tribunale, di cui agli articoli 13-23 delle disposizioni di attuazione del codice di procedura civile.



E questo per la semplice, ma dirimente ragione, che può essere nominato Consulente Tecnico d'Ufficio, in sede arbitrale, anche una persona giuridica.

A ciò si aggiunga, che nell'ambito dell'Arbitrato non vi è l'obbligo per il Consulente Tecnico d'Ufficio, di accettare l'incarico, come invece previsto dall'art. 63, comma primo, c.p.c per il Consulente Tecnico d'Ufficio nominato dall'Autorità Giudiziaria Ordinaria, potendo, infatti, il consulente rifiutarsi di accettare l'incarico, anche se non ricorra un giusto motivo di astensione. Nel caso che il perito nominato in un procedimento arbitrale, intenda accettare l'incarico, egli dovrà, peraltro, manifestare espressamente tale accettazione e ciò avverrà di norma in occasione dell'udienza in cui sarà convocato dal Collegio Arbitrale. Di tale accettazione, ne verrà dato atto nel verbale, poi, dallo stesso sottoscritto.

Il Consulente Tecnico d'Ufficio, non sarà tenuto a prestare giuramento, ma dovrà in ogni caso impegnarsi a svolgere il suo incarico al solo scopo di far conoscere al Collegio Arbitrale la verità, in ordine ai quesiti a lui sottoposti.

La ricusazione e la responsabilità del CTU nello svolgimento del proprio incarico

Il Consulente Tecnico d'Ufficio, potrà ovviamente essere ricusato, per i motivi di cui all'art 815 c.p.c. e cioè qualora ricorrano le circostanze che giustificano la ricusazione degli arbitri e più precisamente:

- se il Perito non ha le qualifiche richieste per poter svolgere l'incarico affidatogli;
- se egli stesso, o un ente, o associazione o società di cui sia amministratore, ha interesse nella causa;



- se egli stesso o il coniuge è parente fino al quarto grado o è convivente o commensale abituale di una delle parti, di un rappresentante legale di una delle parti, o di alcuno dei difensori;
- se egli stesso o il coniuge ha una causa pendente od una grave inimicizia con una delle parti, con un suo rappresentante legale, o con alcuno dei suoi difensori;
- se è legato ad una delle parti, a una società da questa controllata, al soggetto che la controlla, o a società sottoposta a comune controllo, da un rapporto di lavoro subordinato, o da un rapporto continuativo di consulenza o di prestazione d'opera retribuita, ovvero da altri rapporti di natura patrimoniale o associativa che ne compromettano l'indipendenza; inoltre, se è tutore o curatore di una delle parti;
- se ha prestato consulenza, assistenza o difesa ad una delle parti in una precedente fase della vicenda o vi ha deposto come testimone.



Il Consulente Tecnico d'Ufficio ha, poi, l'obbligo di astenersi dall'accettare l'incarico qualora ricorrano le condizioni che potrebbero provocarne la ricusazione.

È in ogni caso da escludersi l'applicabilità al Perito che presta la propria opera in un procedimento arbitrale, del disposto dell'art 64 c.p.c. e quindi, è da escludersi l'estensione al Consulente Tecnico d'Ufficio nominato in un arbitrato, delle disposizioni del codice penale in materia di periti.

Ne consegue, che non si applicherà al Consulente Tecnico d'Ufficio nominato dal Collegio Arbitrale il disposto:



- dell'art. 366 c.p. in tema di reato di rifiuto di uffici legalmente dovuti, atteso che il Consulente Tecnico d'Ufficio nominato in sede arbitrale, non è tenuto ad accettare l'incarico e quindi, non svolge un'attività legalmente dovuta;
- dell'art. 373 c.p. che disciplina il reato di falsa perizia, la cui applicazione è espressamente circoscritta al perito nominato dall'Autorità Giudiziaria.



Resta ovviamente ferma, in ogni caso, la responsabilità civile del Consulente Tecnico d'Ufficio per danni da esso procurati alle parti, nell'espletamento del proprio incarico, per colpa grave.

2.2

Sulla scelta del Consulente Tecnico d'Ufficio

L'art. 816 *ter* c.c. dispone, con ciò innovando rispetto al passato, che “ *possono essere nominati consulenti tecnici sia persone fisiche, sia enti*”.

L'incarico di svolgere indagini e di illustrarne i relativi risultati, dunque oggi, a seguito della riforma del 2006, può essere affidata, oltre che ad una persona fisica anche ad un ente.

La relazione illustrativa al decreto legislativo chiarisce, infatti, che l'incarico peritale può essere affidato anche a “*società di revisione, istituti universitari o di ricerca*”.

Ne consegue, che in linea teorica, l'incarico potrebbe essere dato oltre che alle società di revisione e di certificazione anche ai dipartimenti ed istituti dell'università, nonché ad enti di ricerca di società pubbliche o private.

Il legislatore, quindi, ha decisamente innovato rispetto alla disciplina previgente, senza però nulla prevedere, in merito al regime da applicare al Consulente Tecnico qualora esso non sia una persona fisica, bensì un ente. Tanto ciò è vero che, il legislatore non ha precisato né come scegliere l'ente a cui conferire l'incarico, né chi all'interno dell'ente dovrà occuparsi delle indagini



commissionate all'ente, né come assicurare l'imparzialità dell'ente che svolge dette indagini, né infine, come determinare il compenso spettante a detto ente per l'attività prestata.

Un intervento a metà, che ha suscitato non poche perplessità nella dottrina che si è occupata della tematica (cfr. Sergio La China, *L'Arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, Giuffrè 2011, pag. 202 e seg.).

Circostanze queste, che impongono ai Collegi Arbitrali che riterranno opportuno nominare come Consulente Tecnico d'Ufficio un ente, di applicare le disposizioni che riguardano il Consulente Tecnico d'Ufficio in materia di arbitrato, alla persona fisica che identificandosi con l'ente, operi in nome e per conto dello stesso, pena la sostanziale inapplicabilità dell'istituto.

2.3

L'ordinanza di nomina del Consulente Tecnico d'Ufficio

Il problema più delicato che si è sempre posto in relazione alla consulenza tecnica resa nel procedimento arbitrale è quello del rapporto con il principio del contraddittorio (cfr. in tal senso Gian Franco Ricci in *Arbitrato*, nel commentario diretto da F. Carpi, sub art 816 ter c.p.c., Zanichelli, 2007, pag. 435).

In altre parole, si tratta di comprendere fino a dove si può spingere il potere concesso agli arbitri dall'art. 816 bis c.p.c., di modellare lo svolgimento della procedura arbitrale e quindi, anche lo svolgimento delle operazioni peritali, senza incorrere nella lesione del principio del contraddittorio, che obbligatoriamente deve governare tutto il procedimento arbitrale.

In questo contesto, se è pur vero che gli Arbitri non sono tenuti a concedere alle parti, con l'ordinanza di nomina del perito, un termine per nominare i Consulenti Tecnici di Parte (cfr. Cass., 29 gennaio 1992, n. 923) è altrettanto vero che, sussiste per gli arbitri, l'obbligo di far



conoscere alle parti i risultati della perizia e di concedere alle stesse, i termini per le deduzioni, le difese nonché il deposito di una relazione di parte.

Ciò nonostante, a mio avviso, il contraddittorio risulta essere maggiormente garantito ove l'ordinanza di nomina del Consulente Tecnico d'Ufficio, regolamenti il perimetro entro il quale dovranno muoversi sia il Perito sia i Consulenti Tecnici di Parte.

Ne consegue, che con detta ordinanza, il Collegio Arbitrale dovrà indicare il termine entro il quale le parti potranno nominare i propri consulenti tecnici, nonché facendo proprio nella sostanza, lo schema operativo di cui all'art.195 c.p.c., assegnare al Consulente Tecnico d'Ufficio ed ai Consulenti Tecnici di Parte, i relativi termini per depositare i propri scritti.

Qui di seguito riporto alcuni esempi di provvedimenti di tal fatta:

A. "Il Collegio Arbitrale, chiede al CTU se intende accettare.

Il CTU accetta.

L'avv. [___] nomina come CTP il [___], con studio in [___], telefono[___] e numero di fax. [___].

L'avv. [___] nomina come CTP il [___], con studio in [___], telefono[___] e numero di fax. [___].

Il Collegio Arbitrale assegna al CTU i seguenti termini:

- *termine di sessanta giorni a far data dal [___], per il deposito della CTU;*
- *termine sino al [___], al CTU per trasmettere la propria bozza di relazione ai CTP nominati affinché questi possano fare le proprie osservazioni sulla relazione;*
- *termine ai CTP sino al [___] per fare avere al CTU le proprie osservazioni.*

Il Collegio Arbitrale assegna al CTU un fondo spese di €. [___], oltre accessori di legge che viene provvisoriamente posto a carico solidale delle parti costituite.



L'inizio delle operazioni è fissato per il giorno [___] alle ore [___], presso lo Studio del CTU.

Segue la firma per accettazione del CTU.

B. *“L'Arbitro Unico chiede al CTU se intende accettare.*

Il CTU rilascia la propria dichiarazione di indipendenza e dichiara di accettare l'incarico, indicando in Euro [___] quello che potrebbe essere l'ammontare delle proprie competenze per l'attività che egli dovrà svolgere.

L'avv. [___] nomina come CTP il [___], con studio in [___], telefono [___] e numero di fax. [___].

L'avv. [___] nomina come CTP il [___], con studio in [___], telefono [___] e numero di fax. [___].

L'Arbitro Unico assegna i seguenti termini:

- termine al CTU sino al [___], per trasmettere la bozza della propria relazione ai CTP ed alla Camera Arbitrale;*
- termine ai CTP sino al [___], per trasmettere al CTU ed alla Camera Arbitrale le proprie osservazioni;*
- ulteriore termine al CTU sino al [___], per depositare la CTU presso la Camera Arbitrale, prendendo posizione, anche in maniera sintetica, sulle osservazioni rese dai CTP.*

L'inizio delle operazioni peritali è fissato per il giorno [___] alle ore [___], presso lo Studio del CTU.

*L'Arbitro Unico, infine, fissa udienza per la discussione sulla CTU al giorno [_____], ore [_____]
in cui è invitato a comparire anche il Consulente Tecnico d'Ufficio.*



3.

Sulla formulazione del quesito.

Con la formulazione del quesito il Collegio Arbitrale delinea l'oggetto e la portata dell'incarico, in quanto attività ritenuta rilevante, quindi, sebbene le parti possano suggerire possibili proposte in tema di quesiti da sottoporre al Consulente Tecnico d'Ufficio, l'esclusiva competenza in ordine alla formulazione degli stessi spetta al Collegio Arbitrale.

Ciò non esclude, tuttavia ed anzi è attività assolutamente auspicabile, che una volta ammessa la CTU e formulati i relativi quesiti, all'udienza fissata per l'accettazione dell'incarico da parte del Consulente Tecnico d'Ufficio, le parti, ma soprattutto il Consulente Tecnico d'Ufficio in contraddittorio con i legali delle parti, forniscano gli eventuali suggerimenti sull'opportunità di modificare e/o integrare, i quesiti formulati dal Collegio Arbitrale; potendo sempre quest'ultimo, procedere alla modifica della propria ordinanza.

Sulla premessa, poi, che la Consulenza Tecnica d'Ufficio è un mezzo di ausilio per il Collegio Arbitrale volto ad approfondire la conoscenza dei fatti già provati dalle parti e non uno strumento sostitutivo dell'*onus probandi* (cfr. Cass. del 26 febbraio 2003, n. 2887; Cass. del 4 novembre 2002, n. 15399, ivi, 2002, pag. 2463; Cass. del 10 dicembre 2002, n. 17555; Cass., 2 maggio 1990, n. 3615; Cass., 8 agosto 1989, n.3647; Cass, 15 settembre 1986, n.5607; Cass, 13 ottobre 1986, n. 5990; Cass, 4 dicembre 1986, n.7186; Cass., 23 febbraio 1985, n. 1618; Cass., 9 novembre 1981, n. 5914), sarà opportuno evitare di inserire nel quesito le seguenti richieste:

- di accertamenti del tutto irrilevanti ai fini della decisione, perché relativi a domande che le parti non hanno formulato e dunque del tutto esplorativi o comunque, relative a domande non deferibili in arbitrato;



- di accertamenti concernenti circostanze che le parti abbiano l'onere di provare (si pensi alla possibilità di consultare pubblici registri liberamente accessibili a tutti, ma non di estrarre dagli stessi, documenti la cui produzione spettava alle parti);
- di accertamenti di fatti che possono costituire oggetto di prova testimoniale, ovvero giudizi sul contenuto di un documento;
- di interpretazioni e valutazioni di prove documentali, a meno che la tipologia del documento richieda specifiche conoscenze tecniche, di cui il Collegio Arbitrale non è fornito (si pensi ad esempio all'indagine storica, circa il momento di formazione del documento).



Non sarà inutile soggiungere, infine, che pur nell'ambito del perimetro appena delineato, il Collegio Arbitrale potrà autorizzare il Consulente Tecnico d'Ufficio a domandare chiarimenti alle parti, nonché ad assumere informazione da terzi (cfr. art.194 c.p.c.).

I chiarimenti così forniti dalle parti o dai terzi al Consulente Tecnico d'Ufficio debitamente autorizzato, assumeranno il valore di indizi od argomenti di prova e concorreranno in sede di redazione del lodo alla formazione del convincimento del Collegio Arbitrale.

Ciò premesso nella prassi arbitrale la formulazione dei quesiti sul punto, è quanto meno variegata.

(A) Si va da formulazioni, con le quali il Collegio Arbitrale, concede al Consulente Tecnico d'Ufficio i più ampi poteri, compreso quello di acquisire indiscriminatamente documenti dalle parti, da terzi o dai pubblici uffici.



- *“Dica il CTU, esaminati gli atti di causa ed i documenti prodotti, nonché la documentazione sociale e contabile della [___], **nonché ogni altro documento ritenuto utile od anche solamente opportuno** :...”;*
- *“Dica il C.T.U., letti gli atti e compiuti gli opportuni accertamenti, **acquisita la documentazione necessaria** ...”.*

(B) A quelle in cui vengono specificati i documenti di cui si può prendere visione o le informazioni che si possono assumere da terzi.

- *“il CTU, letti gli atti ed esaminata la documentazione prodotta, **con espressa autorizzazione a prendere visione della documentazione relativa alle attività di cui alle fatture oggetto di causa, accerti** ...”.*

(C) A quelle che potremmo definire intermedie, nelle quali correttamente si pone l'accento sull'accordo delle parti e quindi, sul rispetto del principio del contraddittorio, anche se con sfumature diverse.

- *“Dica il CTU, letti gli atti ed i documenti del procedimento arbitrale ed acquisita ogni ulteriore informazione e/o documentazione **con l'accordo delle parti o comunque ritenuta utile ed opportuna per l'espletamento del presente mandato** ...”;*
- *“il CTU ... sulla base dei documenti prodotti dalle parti e tenuto anche conto del disposto di cui all'art. 198, 1° comma, c.p.c., ai sensi del quale il consulente sente le parti e, **previo consenso di tutte**, può esaminare anche documenti e registri non prodotti in causa. **Di essi tuttavia senza il consenso di tutte le parti non può fare menzione nei processi verbali o nella relazione ... accerti**”.*



(D) A quelle, infine, più rigorose che demandano al CTU l'incarico di effettuare le proprie valutazioni tecniche e rassegnare le proprie conclusioni, solamente sulla scorta degli atti e documenti prodotti dalle parti. E ciò al fine di evitare sorprese per uno dei contendenti, che potrebbe veder introdotto nel procedimento arbitrale, un documento di cui ignorava l'esistenza e sul quale non ha avuto la possibilità di contraddire, in ordine alla validità, autenticità ed attendibilità dello stesso.

- *“Dica il CTU, letti gli atti ed i verbali di causa, **tenuto conto delle sole produzioni documentali in atti...**”;*
- *“dica il CTU, letti gli atti e compiuti gli opportuni accertamenti, **acquisita la documentazione necessaria prodotta dalle parti ...**”;*
- *“dica il CTU se, **sulla base degli atti e dei documenti prodotti e di quelli di cui si è ordinata l'esibizione ...**”.*

3.1.

Sulla possibilità per il CTU di acquisire informazioni dalle parti e/o dai terzi, senza l'autorizzazione del Collegio Arbitrale

E' opinione consolidata nella più recente giurisprudenza, che il CTU possa acquisire informazioni dalle parti e dai terzi, **anche senza l'espressa autorizzazione del giudice o del Collegio Arbitrale**, sempre che detti accertamenti riguardino **elementi accessori rientranti nell'ambito strettamente tecnico della consulenza** (cfr. Cass. 10 agosto 2004, n. 15411; Cass. 10 maggio 2001, n. 6502; Cass., 11 marzo 1995, n. 2865; *contra* Cass., 26 ottobre 1995, n. 11133).



Ciò nonostante, continua ad essere vietata l'attività di indagine che abbia ad oggetto simili fatti o situazioni, che in quanto posti a fondamento delle domande ed eccezioni delle parti, devono obbligatoriamente essere provati da queste ultime (cfr. S. Tassone, *La CTU ed il sapere tecnico del giudice*, relazione presentata nell'incontro svoltosi davanti al CSM in data 5 ottobre 2010).

Il CTU può, infine, acquisire informazioni emergenti da pubblici registri accessibili a chiunque, purché indichi le fonti da cui ha tratto tali informazioni, in modo da consentire alle parti di verificarne l'attendibilità, nel pieno rispetto del contraddittorio. Con il limite però che, così facendo, non si sostituisca alle parti, nel provare un fatto od una circostanza posta a fondamento delle domande ed eccezioni avanzate dalle parti stesse.

Ne consegue, che qualora il Consulente Tecnico d'Ufficio esorbiti da tali limiti operativi, le indagini così compiute sono nulle per violazione del principio del contraddittorio e pertanto, prive di qualsiasi effetto probatorio (cfr. Cass. 15 aprile 2002, n. 5422). Si tratta, peraltro, di una nullità "relativa", nel senso che la stessa deve essere eccepita nella prima udienza-difesa, successiva al deposito della relazione peritale (cfr. Cass., 22 giugno 2005, n. 13401).



4.

18

Esempi di quesiti di Consulenza Tecnica d'Ufficio.

Una volta effettuate queste doverose premesse di ordine procedimentale, vale sicuramente la pena di esaminare alcuni quesiti formulati nell'ambito delle controversie, deferibili in arbitrato societario.

Sulla liquidazione della quota sociale

- *“Dica il CTU, letti gli atti ed i documenti del procedimento arbitrale ed acquisita ogni ulteriore informazione e/o documentazione con l'accordo delle parti o comunque ritenuta utile ed opportuna per l'espletamento del presente mandato:*
 - (i) *a quanto ammonti il valore di mercato della quota di proprietà del defunto signor [___] all'atto del suo decesso, dalla società [___], avute a mente anche le operazioni non concluse alla medesima data;*
 - (ii) *a quanto ammontino gli eventuali utili maturati su detta quota e non ancora distribuiti.*

- *“Il CTU, letti gli atti, esaminata la documentazione bancaria nonché le scritture contabili e la documentazione prodotta,*
 - (i) *accerti l'importo degli utili spettanti a [___] ed a [___] alle rispettive date di uscita dalla società in data [___] (per [___].) e di recesso dalla società in data [___] (per [___].); quantifichi l'importo complessivo dei prelievi eseguiti da [___] sul c/c intestato alla società [___] nel periodo maggio [___] – dicembre [___], come emergenti dalla*



documentazione bancaria esibita dalla Banca [___], accertandone, altresì, ove possibile le relative causali”.

19

Sull'azione di responsabilità in odio all'amministratore di società.

➤ *“Dica il CTU, esaminati gli atti di causa ed i documenti prodotti, nonché la documentazione sociale e contabile della [___], nonché ogni altro documento ritenuto utile od anche solamente opportuno:*

(i) se vi siano stati fatti specifici di distrazione ed in quale misura detti fatti distrattivi posti in essere abbiano cagionato un danno alla società [_____];

(ii) in che misura la mancata e tempestiva convocazione dell'assemblea straordinaria per la ricostituzione del capitale sociale della società [___], nonché le modalità di ricostituzione del capitale sociale hanno concorso ad aggravare il dissesto della società [___];

(iii) in che misura l'aver utilizzato il fido concesso dalla Banca [___] alla società [___] ha cagionato un danno a detta società”.

Sull'azione di responsabilità in odio al liquidatore di società

➤ *“Il CTU, letti gli atti ed i verbali di causa, tenuto conto delle sole produzioni documentali in atti, sentite le parti ed i CTP,*

(i) quantifichi, ove possibile, il compenso dovuto al liquidatore [___] per l'attività svolta, in particolare accertando se il compenso di Euro [___] già autoliquidatosi dal medesimo sia o meno congruo rispetto all'attività effettivamente svolta;



- (ii) *quantifichi, ove possibile, il danno derivante a parte attrice per effetto delle omissioni e/o violazioni dei propri obblighi da parte del convenuto [___] (tenuto conto delle circostanze capitolate ai capi da ___ di parte attrice);*
- (iii) *quantifichi, ove possibile, la svalutazione dell'azienda e/o ramo di azienda (v. p. ___ atto introduttivo) ceduto dal liquidatore [___], determinando altresì il prezzo che sarebbe stato congruo in base ai dati disponibili in atti”.*

Sull'impugnazione di delibere di riduzione del capitale sociale per perdite a causa del mancato deposito della relazione degli amministratori sulla situazione patrimoniale della società, presso la sede della società.

- *“Dica il Consulente Tecnico d'Ufficio se, sulla base degli atti e dei documenti prodotti e di quelli di cui si è ordinata l'esibizione:*

(i) se i ricavi risultanti dalla situazione patrimoniale [___], allegata alla relazione redatta ai sensi dell'art. 2482 ter c.c. della società [___], coincidono con quelli risultanti dalle movimentazioni bancarie e dalle chiusure giornaliere del/dei registratori di cassa della predetta società sino a tale data e nel caso in cui non sussista tale coincidenza, a quanto ammontino i ricavi complessivi della società [___] alla data del [___] sulla base delle movimentazioni bancarie e delle chiusure giornaliere del/dei registratori di cassa della società, sino a tale data ;

(ii) se alla data del [___] sussistesse una perdita di esercizio della società [___] e nel caso di risposta positiva al quesito, a quanto ammontava tale perdita e se essa era idonea a ridurre il capitale sociale della società [___] al di sotto dei limiti di legge.

Nomina come consulente Tecnico d'Ufficio il dott. [_____] con studio in [___], via [___].



Fissa udienza arbitrale al giorno [_____], ore [__] presso la sede dell'arbitrato, per l'accettazione dell'incarico come Consulente Tecnico d'Ufficio del dott. [__], nonché per la concessione dei termini per l'espletamento del suo incarico e la fissazione del proprio compenso.

L'arbitro Unico provvederà alla trasmissione via fax della presente ordinanza anche al dott. [__].



5.

Sui quesiti di natura giuridica

In linea di principio, va esclusa la possibilità di ammettere una consulenza tecnica in materia giuridica, pur quando gli arbitri, esperti magari delle questioni tecniche oggetto del procedimento arbitrale, siano invece sprovvisti di nozioni di diritto. E questo perché, come è stato evidenziato sia in dottrina sia in giurisprudenza, una simile possibilità implicherebbe una delega di funzioni decisorie del tutto impraticabile anche in sede arbitrale (cfr. Cass. 7 giugno 1989, n. 2765; App. Genova, 15 marzo 1994, in *Giur merito*, 1995, I, pag. 2345; in dottrina *Arbitrato*, commentario diretto da Federico Carpi sub art. 816 ter c.p.c.).

Tale regola generale è però soggetta ad alcune eccezioni. E più precisamente:

- qualora indipendentemente dal fatto che si tratti di arbitrato rituale o irrituale da decidersi secondo diritto oppure secondo equità, si richieda al Consulente Tecnico d'Ufficio l'accertamento (i) di norme giuridiche relative ad ordinamenti stranieri; (ii) di norme consuetudinarie, quanto meno quando non sia possibile al Collegio Arbitrale ricostruire l'uso attraverso le raccolte nazionali e provinciali, oppure quando l'uso sia contestato;
- qualora si sia in un'ipotesi di arbitrato rituale ed in presenza di una clausola arbitrale che autorizzi il ricorso all'equità o comunque escluda che il lodo sia impugnabile ai sensi dell'art. 829 c.p.c, atteso che *"in tal caso la pronuncia viene sottratta all'esperimento della azione di nullità per eventuali errori "in iudicando" (esclusa la violazione di norme sostanziali di ordine pubblico) ed, "a fortiori", è riconoscibile agli arbitri un limitato potere dispositivo della*



"*res iudicanda*", nel senso di poter conferire a terzi il compito di prospettare la soluzione giuridica " (cfr. Cass. 7 giugno 1989, n. 2765);

- qualora si tratti di un arbitrato da decidersi secondo equità, in cui sia stata demandata al Consulente Tecnico d'Ufficio la redazione di un parere *pro – veritate*, avente ad oggetto le premesse logico – giuridiche del giudizio di equità (cfr. Cass., 5 marzo 1992, n. 2650).

Con la precisazione che in queste due ultime ipotesi, il Consulente Tecnico d'Ufficio non potrà comunque spingersi, sino a sostituire agli arbitri nella redazione del lodo e nella decisione della controversia rimessa alla competenza del Collegio Arbitrale.