

## **LA CONVENZIONE ARBITRALE DOPO LA RIFORMA DEL DIRITTO SOCIETARIO. ALCUNI SPUNTI PRATICI**

Articolo apparso in FEDERNOTIZIE, 3, 2004, pp. 110 ss.

Il 1° gennaio 2004, dopo una *vacatio* durata un anno, è entrata in vigore la riforma del diritto societario. I decreti legislativi n. 5 e n. 6 del 17 gennaio 2003, riguardanti, rispettivamente, la disciplina del processo e la disciplina sostanziale, offrono un terreno assai fertile per i commentatori, i quali sono stati spesso coinvolti nel tentativo, arduo quanto stimolante, di garantire omogeneità sistematica alle novità introdotte dal legislatore.

Nella vastità delle materie coinvolte dalla riforma, pare opportuno delimitare il campo di indagine del presente scritto, che tratterà, senza scendere nel terreno della compromettibilità in arbitri, delle rilevanti novità di cui gli operatori pratici dovranno tener conto all'atto di modificare ovvero redigere convenzioni arbitrali secondo il nuovo schema delineato dagli artt. 34 e ss. del D.Lgs. 5/03.

### *1. La Convenzione arbitrale: clausola e compromesso.*

L'art. 34, comma 1°, contiene un espresso riferimento alle sole clausole compromissorie inserite in atti costitutivi delle società, ad eccezione di quelle che fanno ricorso al capitale di rischio. Già questa breve statuizione presenta alcuni risvolti problematici riconducibili ad un duplice ordine di considerazioni così riassumibili: da un lato, l'effettiva portata del richiamo agli atti costitutivi, dall'altro l'eventuale preclusione a procedimenti arbitrali secondo il modello riformato nascenti da compromesso, accanto a quelli generati da clausola compromissoria.

Quanto al primo profilo, il generico richiamo al solo atto costitutivo è stato pressoché pacificamente letto in maniera estensiva, così da ricomprendere anche il riferimento allo statuto, ove esistente. Ad avvalorare questa tesi soccorre l'art. 2328, ult. comma c.c., il quale, pur collocato nell'ambito della disciplina delle società per azioni, è da considerarsi quale norma di portata generale. Lo statuto che, com'è noto, contiene le norme relative al funzionamento delle società, pur potendo formare oggetto di atto separato, deve infatti essere considerato parte integrante dello stesso atto costitutivo<sup>1</sup>. Proprio il rapporto di reciproca compenetrazione ora evidenziato, impedisce ogni interpretazione in chiave restrittiva del dettato normativo, dovendosi, al contrario, preferire una lettura ampia. A favore di questa tesi, in un'ottica non meramente letterale, depone sia l'art. 12, comma 3°, della legge delega 366/2001, sia la Relazione al decreto di attuazione ove a chiare lettere si menzionano le clausole compromissorie contenute in statuti di società commerciali.

Come già ricordato, il 1° comma dell'art. 34 sembra dare per scontato, non facendo menzione del compromesso, che l'unica via d'accesso all'arbitrato societario riformato sia la clausola compromissoria. Questa interpretazione restrittiva appare senz'altro da sostenere<sup>2</sup>. Il modello delineato dal decreto 5/03 configura un arbitrato "rafforzato" rispetto a quello di diritto comune previsto dagli artt. 806 ss. del codice di rito. Basti pensare: alla disciplina innovativa dell'intervento coatto del socio, terzo rispetto al procedimento, ma aderente all'accordo compromissorio in quanto membro della compagine sociale (art. 35, comma 2°); all'efficacia "ampia" del lodo vincolante per l'intera società (art. 35, comma 4°); al potere degli arbitri di disporre la sospensione dell'efficacia della delibera assembleare in controversie

---

<sup>1</sup> Si veda CORSINI, *L'arbitrato nella riforma del diritto societario*, in *Giur. it.*, 2003, 1292.

<sup>2</sup> Sul punto E.F. RICCI, *Il nuovo arbitrato societario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, 517 ss.; CHIARLONI, *Appunti sulle controversie deducibili in arbitrato societario e sulla natura del lodo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, 124; ed in senso parzialmente difforme BRIGUGLIO, *Conciliazione e arbitrato nelle controversie societarie*, in sito internet [www.judicium.it](http://www.judicium.it).

aventi ad oggetto la validità della medesima, anche in arbitrati non rituali (art. 35, comma 5°); all'ampliamento della cognizione dell'organo arbitrale, anche se solo *incidenter tantum*, quando per la decisione sia necessario il sindacato su questioni astrattamente non compromettibili (art. 36), in deroga alla sospensione necessaria prevista dall'art. 819, comma 1° c.p.c. Gli elementi appena evidenziati contribuiscono a realizzare una nuova forma di "giustizia del gruppo"<sup>3</sup>, che ha nell'opzione arbitrale, in deroga alla giurisdizione ordinaria, un vero e proprio momento caratterizzante della futura vita sociale, tanto da giustificare le maggioranze qualificate (due terzi del capitale sociale) per le modifiche dell'atto costitutivo che siano introduttive o soppressive di clausole compromissorie, cui fa da ulteriore contrappeso il diritto di recesso offerto al socio dissenziente e da manifestarsi entro novanta giorni (art. 34, comma 6). Le considerazioni svolte non precludono assolutamente la possibilità che vengano stipulati compromessi a lite insorta volti a demandare ad arbitri la decisione su singole controversie. Questi procedimenti seguiranno però la disciplina di diritto comune, data la loro intrinseca natura particolaristica ed estranea alla giustizia del gruppo.

Occorre precisare poi che le disposizioni di cui agli artt. 34 e ss. del decreto in esame non potranno in nessun caso essere viste come integralmente alternative all'arbitrato previsto dal codice di rito, non essendo di per se stesse autosufficienti: le norme codicistiche rimangono ultrattivamente in vigore con funzione integrativa<sup>4</sup>.

## 2. Limiti soggettivi e oggettivi

Interrogandoci ora su quali siano i soggetti del nuovo arbitrato societario, l'art. 34, 1° e 4° comma, menziona una pluralità di figure distinte: i soci, la società, gli amministratori, i liquidatori e i sindaci. Da notare che le disposizioni relative ad amministratori, liquidatori e sindaci dovranno essere analogicamente estese ai direttori generali (art. 2396 c.c.) ai revisori contabili ed alle società di revisione, in quanto nominati dall'assemblea (art. 2409-*quater* c.c.). Lo stesso dicasi per i modelli dualistico e monistico, previsti in sede di riforma sostanziale del diritto societario. Pertanto, troveranno applicazione anche nei confronti dei membri del consiglio di gestione e sorveglianza (art. 2409-*decies* c.c.), così come degli appartenenti al comitato per il controllo sulla gestione (art. 2409-*octiesdecies* c.c.).

Con riguardo al soggetto società, il legislatore delegato ha optato, all'art. 34, comma 1°, per una limitazione fondata sul modello sociale, escludendo che gli atti costitutivi – leggasi anche statuti – di quelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio a norma dell'art. 2325-*bis* c.c. possano contenere clausole compromissorie attraverso le quali accedere al nuovo rito arbitrale. Accanto a tale delimitazione, il comma 5° della medesima disposizione, aggiunge il divieto di deferire ad arbitri le controversie nelle quali la legge prevede l'intervento obbligatorio del pubblico ministero. In estrema sintesi, pare che la *ratio* sottostante alla norma in commento sia quella di calibrare l'opzione arbitrale secondo il disegno scaturente dalla riforma su società di dimensioni medio-piccole diverse dalle società per azioni o su S.p.A. che non facciano ricorso al capitale di rischio essendo prive di un azionariato diffuso. Alla base di una simile scelta può essere individuata la persistente volontà di far salvo il principio consensualistico: si è scelto, in sostanza, di ampliare le maglie interpretative del detto principio, fino a presumere l'accordo dei soci non fondatori in realtà caratterizzate da dimensioni contenute. Ci si è fermati di fronte all'effettiva frammentazione della compagine sociale privilegiando la tutela garantistica delle minoranze<sup>5</sup>.

Rimane aperta la questione relativa alla possibilità di estendere il riferimento agli atti costitutivi di cui all'art. 34, comma 1°, sino a ricomprendere i c.d. patti parasociali. Si tratta di atti che sicuramente ineriscono all'attività della società. Tuttavia s'impone una diversa considerazione rispetto a quanto positivamente concluso circa lo statuto. Attraverso questi negozi vengono regolate specifiche situazioni attinenti ai rapporti tra uno o più soci, oppure fra

---

<sup>3</sup> Cfr. E.F. RICCI, *op. cit.*, 523.

<sup>4</sup> Si veda in tal senso anche la Relazione Ministeriale al D.lgs. 5/03 reperibile in sito internet [www.judicium.it](http://www.judicium.it).

<sup>5</sup> In senso conferente RICCI, *op. cit.*, 520 - 521; CHIARLONI, *op. cit.*, 126 ss.; *contra* CORSINI, *op. cit.*, 1290 ss.

determinati soci e soggetti esterni. Pare azzardato voler estendere senza le dovute cautele la potenzialità insita nella clausola di cui all'art. 34 e ss. anche a queste realtà. Si ponga l'esempio di un accordo sulle modalità di esercizio del diritto di voto in assemblea. L'inottemperanza del sindacato di voto non può riverberarsi, intaccandola, sulla validità della delibera così assunta, in quanto afferente rapporti interni e nascenti dal patto medesimo e non dallo statuto. In attesa di un più consapevole ed uniforme orientamento della comunità scientifica sul punto, pare prudente la previsione di una specifica clausola compromissoria all'interno dei patti che, sin da subito, rinvi la nomina del tribunale arbitrale (collegio o arbitro unico) a un soggetto estraneo, conformemente a quanto disposto dall'art. 34, comma 2°:

### 3. Nomina del tribunale arbitrale

Il 2° comma dell'art 34 del D.Lgs. 5/2003 statuisce che *“la clausola [compromissoria] 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 sede”*.

La nullità comminata solleva qualche problema interpretativo<sup>6</sup>, in particolare, *quid iuris* se una clausola non preveda la devoluzione ad un soggetto estraneo del potere di nomina di tutti i componenti del Tribunale Arbitrale? Quali saranno le conseguenze sulla clausola medesima: una completa caducazione con conseguente reviviscenza della giurisdizione ordinaria? Ovvero la nullità limitata ai soli casi di clausole, le quali espressamente prevedano, in deroga a quanto stabilito dall'art. 34, comma 2°, modalità di nomina binarie e non eterodirette, con salvataggio di quelle clausole che invece, pur orientandosi per la scelta arbitrale, lo facciano in un'ottica minimale, dunque tacendo sulle modalità di nomina del Tribunale Arbitrale?

Gli interrogativi non sono di poco momento.

La prima delle soluzioni prospettate, sostenuta in particolare dall'Ordine dei Notai di Milano<sup>7</sup>, appare, se considerata come regola generale ed incondizionata, eccessiva.

Rispetto ad una clausola compromissoria inserita in un atto costitutivo o in uno statuto di società, ad esempio, anteriormente all'entrata in vigore della riforma occorre domandarsi quale sia stata la *“comune intenzione delle parti”* al momento della redazione. In sostanza, è necessario riflettere su quale sia stata la concreta ed effettiva volontà dei contraenti nel momento in cui, in autonomia, scelsero di derogare alla onnicomprensiva giurisdizione statale a favore di un collegio arbitrale ovvero di un arbitro unico. Tale scelta fu dettata dal fatto che le parti preferirono l'arbitrato *tout court* come strumento di risoluzione dei conflitti eventualmente tra loro insorgenti? Oppure fu loro intenzione, non solo orientarsi verso l'opzione arbitrale, ma fu anche loro intendimento – sul quale perfezionarono il loro accordo e manifestarono il loro consenso – quello di predisporre un compiuto e ben determinato meccanismo di nomina?

L'indagine, da condursi secondo i canoni ermeneutici di cui agli artt. 1362 ss. c.c. è fondamentale, poiché si ritiene che solo nel secondo dei casi menzionati la convenzione arbitrale fondata su di un complesso di regole ormai viziate da nullità, non potrebbe avere altro esito che quello di far integralmente caducare la convenzione stessa con contestuale reviviscenza della giurisdizione ordinaria.

Il discorso pare affatto diverso qualora la clausola ante-riforma preveda, ad esempio, la devoluzione delle controversie future ad un collegio arbitrale, senza specificarne le modalità di nomina. In tal caso è noto che il sistema di presunzioni disposto dall'art. 809 c.p.c. interverrebbe con efficacia *“sanante”*, il collegio dovrebbe ritenersi composto da 3 arbitri e, in

<sup>6</sup> Da notare come il decreto legislativo approvato in data 29 – 30 settembre 2002 prevedesse, in un'ottica di particolare severità, la nullità della clausola compromissoria che non avesse precisato il numero e le modalità di nomina degli arbitri e non avesse conferito, al contempo, ad un soggetto estraneo alla società il potere di nominare l'intero organo arbitrale. Tale originaria formulazione, è stata poi sostituita con quella attuale che commina la nullità solo nel caso in cui la clausola compromissoria non affidi la designazione dell'organo arbitrale ad un soggetto estraneo.

<sup>7</sup> Si veda Sole 24ore 7 marzo 2004, n. 66, 20.

mancanza di nomina, qualora le parti non abbiano diversamente convenuto, provvederebbe il Presidente del Tribunale secondo le modalità previste dall'art. 810 c.p.c.

Per clausole di questo tipo sembra, in effetti, che il consenso si sia perfezionato solo sulla scelta arbitrato in luogo di giustizia ordinaria e non anche sulle modalità di nomina degli arbitri. Nel caso ora descritto, come sino ad oggi avrebbe potuto intervenire con effetto "salvagente" il codice di rito, così un ruolo sanante potrebbe essere compiuto sia dallo stesso codice (per il numero degli arbitri), sia dalla medesima legge di riforma che prevede specificamente il soggetto terzo-estraneo, rispetto alla controversia, cui affidare la / le nomine (Presidente del Tribunale in cui ha sede la società)<sup>8</sup>.

Dovrebbe, in sostanza, essere accordato un certo *favor* a quella volontà arbitrale che, all'atto della redazione della clausola, non si formò sulle regole per la composizione dell'organo deputato alla decisione della controversia, ma solo e semplicemente sulla deroga alla generale ed ordinaria giurisdizione statale.

#### 4. Quale "soggetto estraneo"?

La *ratio* della scelta attuata dal legislatore con l'art. 34, comma 2°, risponde ad un duplice ordine di esigenze. Da un lato l'irrinunciabile necessità di affidare la composizione del tribunale arbitrale (sia esso collegio ovvero arbitro unico) ad un soggetto che sia veramente terzo ed equidistante dalle parti in conflitto. Dall'altro fornire una soluzione all'*impasse* che si riscontra per liti non riconducibili al classico schema binario, c.d. arbitrati multiparte.

Ciò detto appare necessario approfondire tutte le implicazioni sottese a questa scelta del legislatore. Nessun pregio può essere accordato ad un vaglio meramente formale della estraneità dell'ente di nomina alla compagine sociale. Fulcro della questione è l'indagine sull'effettiva e sostanziale terzietà di tale soggetto. Sotto questo profilo, la scelta per la devoluzione della nomina ad un ente che istituzionalmente già si occupi dell'amministrazione di procedimenti arbitrati si presenta come rispondente alle linee tracciate dal legislatore della riforma.

Sotto il profilo della natura dell'arbitrato le parti rimangono libere di scegliere, attraverso la clausola, quali norme dovranno essere osservate nel corso del procedimento, come previsto dall'art. 816, 2° comma c.p.c.. Pertanto, anche il nuovo arbitrato societario potrà declinarsi in arbitrato *ad hoc* ed arbitrato amministrato.

Nel primo caso le parti dovranno stabilire per iscritto e prima del giudizio le norme di procedura. In mancanza di tale scelta, e comunque ad integrazione, il procedimento sarà regolato dagli arbitri. La clausola per questo genere di arbitrato dovrà essere la più completa possibile. Le parti potranno controllare i soli elementi del procedimento che abbiano concordato: tutte le variabili non previste, ragionevolmente numerose, sfuggiranno al loro controllo così come, in ogni caso, i costi del procedimento.

Nel secondo caso, la scelta dell'arbitrato amministrato implicherà l'intervento di un'istituzione che amministrerà la procedura con l'applicazione del sistema di norme dalla medesima adottate, attraverso il rinvio contenuto ad essa nella clausola. L'istituzione arbitrale cui riferirsi dovrà essere seria in modo da fornire le garanzie di un ente permanente, dotato di stabilità, operante attraverso norme prestabilite e pubblicizzate nonché attraverso uno staff qualificato ed una struttura logistica ed organizzativa adeguata. Altro indice caratterizzante la serietà dell'istituzione sarà il grado di trasparenza e chiarezza in sede di tempi e costi.

Tra le istituzioni arbitrali italiane, la Camera Arbitrale di Milano, azienda speciale della Camera di Commercio, si è affermata negli anni quale realtà di riferimento, oltre che per le caratteristiche di cui sopra, per il controllo e la verifica dell'indipendenza e dell'imparzialità degli arbitri. Significativo è che la Camera Arbitrale, prima istituzione in Europa, abbia da anni introdotto nell'ambito dei propri procedimenti, un completo Codice Deontologico, cui gli arbitri sono chiamati ad attenersi, nell'esercizio delle proprie funzioni.

---

<sup>8</sup> Da notare che, a differenza di quanto stabilito dall'art. 810 c.p.c., il Presidente del Tribunale competente per le nomine sarebbe quello della sede della società e non quello della sede dell'arbitrato.

Alla luce della vasta esperienza maturata, la Camera Arbitrale di Milano si propone come soggetto esterno di riferimento sia per la nomina dei nuovi tribunali arbitrali societari, sia per l'amministrazione delle procedure.

In questo senso, il nuovo Regolamento<sup>9</sup>, in vigore significativamente dal 1° gennaio 2004, fornisce una risposta alle sollecitazioni del legislatore delegato attraverso un modello di clausola arbitrale societaria quanto più possibile onnicomprensiva e flessibile, nonché attraverso una specifica norma regolamentare appositamente strutturata per ipotesi di arbitrato nascente da clausole compromissorie inserite "in atto costitutivo o in statuto di società"<sup>10</sup>.

Chiara Roncarolo - Paolo Marzolini\*



**CAMERA ARBITRALE  
NAZIONALE E INTERNAZIONALE DI MILANO**

**CLAUSOLA COMPROMISSORIA SOCIETARIA (PER ATTI COSTITUTIVI E STATUTI)**

Tutte le controversie aventi ad oggetto rapporti sociali, comprese quelle relative alla validità delle delibere assembleari, promosse da o contro i soci, da o contro la società, da o contro gli amministratori, da o contro i sindaci, da o contro i liquidatori<sup>11</sup>, saranno risolte mediante arbitrato secondo il Regolamento della Camera Arbitrale Nazionale e Internazionale di Milano. Il Tribunale Arbitrale sarà composto da un arbitro unico/tre arbitri, nominato/i dalla Camera Arbitrale.

L'arbitrato sarà rituale e gli arbitri decideranno secondo diritto.

**CLAUSOLA COMPROMISSORIA PER PATTI PARASOCIALI**

Tutte le controversie derivanti dal presente contratto saranno risolte mediante arbitrato secondo il Regolamento della Camera Arbitrale Nazionale e Internazionale di Milano.

Il Tribunale Arbitrale sarà composto da un arbitro unico/tre arbitri, nominato/i dalla Camera Arbitrale.

L'arbitrato sarà rituale e gli arbitri decideranno secondo diritto.

---

<sup>9</sup> Si veda sito internet [www.camera-arbitrale.com](http://www.camera-arbitrale.com)

<sup>10</sup> Art. 9 – Arbitrati regolati dalla legge italiana

1. Se l'arbitrato è regolato dalla legge italiana e le parti non l'hanno espressamente qualificato come "irrituale" nella convenzione arbitrale, esso è rituale.

2. Se l'arbitrato trae origine da clausola compromissoria inserita in atto costitutivo o in statuto di società, anche in deroga a quanto previsto nella clausola, il Consiglio Arbitrale nomina tutti i componenti del Tribunale Arbitrale, designando un arbitro unico qualora lo ritenga opportuno e la clausola non richieda la designazione di un collegio.

\* Gli Autori sono amministratori dei procedimenti arbitrali presso la Camera Arbitrale di Milano.

<sup>11</sup> In conformità a quanto sostenuto *sub* 2) la clausola è passibile di estensione a direttori generali, revisori contabili, società di revisione, membri del consiglio di gestione e sorveglianza e membri del comitato per il controllo sulla gestione.

**COMPROMESSO ARBITRALE IN MATERIA SOCIETARIA**<sup>12</sup>

I sottoscritti.....e.....  
premesse che tra loro è insorta controversia avente ad oggetto  
.....  
.....

convengono che tale controversia sia risolta mediante arbitrato secondo il Regolamento della Camera Arbitrale Nazionale e Internazionale di Milano.

Il Tribunale Arbitrale sarà composto da un arbitro unico/tre arbitri, nominato/i in conformità a tale Regolamento.

(Data)

(Firma) (Firma)

---

<sup>12</sup> Modello che dà accesso ad arbitrato di diritto comune.