

ARBITRATO E RIFORMA SOCIETARIA: LA NUOVA CLAUSOLA ARBITRALE

di RINALDO SALI¹

SOMMARIO - 1. *Premessa* - 2. *Esclusione delle società quotate* - 3. *Clausola arbitrale e tipologie sociali* - 4. *Clausola compromissoria, compromesso arbitrale e una nuova prassi* - 5. *Dove inserire la clausola: atti costitutivi, statuti, patti parasociali* - 6. *Elementi costitutivi della clausola societaria* - 6.a *La tipologia delle controversie* - 6.b *I soggetti della clausola* - 6.c *Il sistema di nomina e il riferimento all'arbitrato amministrato* - 6.d *Elementi tradizionali, rinnovati* - 7. *Conclusione: una critica* - 8. *Modelli di clausola arbitrale.*

1. PREMESSA

La riforma societaria² intende dotare l'arbitrato di una nuova strumentazione. Il legislatore pare prefiggersi di rendere più tonici i muscoli dell'arbitrato in materia societaria e lo fa lavorando, contemporaneamente, sui due assi portanti dell'istituto: il potenziamento della parte 'contrattuale', con una serie di interventi che disegnano una nuova clausola compromissoria e nuovi confini alla compromettibilità delle controversie, da un lato; il rafforzamento dell'impianto processuale, con misure ampliative che vanno dall'attribuzione agli arbitri di nuovi poteri in materia cautelare e sulle questioni incidentali fino all'intervento di terzi in arbitrato, dall'altro³.

¹L'autore è Vicesegretario Generale della Camera Arbitrale di Milano.

²I riferimenti legislativi della riforma sono i seguenti: Legge 3 ottobre 2001, n.366, Delega al Governo per la riforma del diritto societario, pubblicata sulla G.U. n.234 dell'ottobre 2001; Decreto Legislativo 17 gennaio 2003 n.5, Decreto legislativo recante definizione dei procedimenti in materia di diritto societario e di intermediazione finanziaria, nonché in materia bancaria e creditizia, in attuazione dell'articolo 12 della legge 3 ottobre 2001, n.366; Decreto Legislativo 17 gennaio 2003, n.6, Riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, in attuazione della legge 3 ottobre 2001, n.366.

³Sull'arbitrato societario 'riformato' si segnala già (febbraio 2004) una bibliografia piuttosto corposa: AIA - ASSOCIAZIONE ITALIANA PER L'ARBITRATO, *Osservazioni concernenti i titoli V e VI, recanti disciplina dell'arbitrato e della conciliazione in materia societaria*, Roma, 2 dicembre 2002; AIA - ASSOCIAZIONE ITALIANA PER L'ARBITRATO, *Conciliazione e arbitrato nelle controversie societarie*, Atti di convegno, Roma 7 novembre 2002; AMADEI, *In favore della compromettibilità in arbitri della controversia sulla esclusione reciproca dei soci di una società di due persone*, in *Riv. Arb.*, 2002, 3, 560; BERNARDINI, *Il decreto legislativo in attuazione dell'art. 12 della legge n. 366 del 3.10.2001 per la riforma del diritto societario*, relazione al convegno AIA "Conciliazione e arbitrato nelle controversie societarie", Roma, 7 Novembre 2002; BERNARDINI, *L'arbitrato in materia societaria*, relazione al convegno Fondaz. Centro Internaz. Diritto Società ed Economia - Centro Naz. Prevenzione e Difesa Sociale "Diritto societario: dai progetti alla riforma", Courmayeur, 27-28 Settembre 2002; BERNINI G., *L'arbitrato nel diritto societario: valutazioni conclusive*, relazione al convegno Camera Arbitrale Immobiliare e Generale di Venezia - Curia Mercatorum - Unioncamere Veneto "Controversie in materia societaria, prospettive di riforma", Treviso, 21 Marzo 2003; BIAVATI, *Il procedimento nell'arbitrato societario*, in *Riv. Arb.*, 2003, 1, 27; BOVE, *L'arbitrato nelle controversie societarie*, in *www.judicium.it*, 13.07.2003; BRIGUGLIO, *Conciliazione e arbitrato nelle controversie societarie*, relazione al convegno AIA "Conciliazione e arbitrato nelle controversie societarie", Roma, 7 Novembre 2002; COLANTUONI, in *I procedimenti (D.Lgs. 17 gennaio 2003 n. 5), collana "La riforma del diritto societario"*, a cura di G. Lo Cascio, Giuffrè, 2003; CONSOLO, *Esercizi imminenti*

Mi limito qui a brevi appunti in merito alla nuova clausola, focalizzando l'attenzione su quegli elementi, desunti dall'art. 34 del decreto legislativo 17 gennaio 2003 n.5,

sul c.p.c.: *metodi asistemati e penombre*, in *Corr. Giur.*, 2002, 12, 1541; CONSOLO, *Sul "campo" dissodato della compromettibilità in arbitri*, in *Riv. Arb.*, 2003, 2, 241; CORAPI, *Nota sull'art. 37 dello schema di decreto legislativo di attuazione dell'art. 12 L. n. 366/2001*, relazione al convegno AIA "Conciliazione e arbitrato nelle controversie societarie", Roma, 7 Novembre 2002; CORSINI, *L'arbitrato nella riforma del diritto societario, bozza del 4 marzo 2003*, *Giur. It.*, 2003, 6, p.1285 ss.; COSTANTINO, *Incentivato il ricorso ai riti alternativi*, in *Guida al diritto - Dossier*, 2003, 4, 144; COSTANTINO, *Conciliazioni efficaci con tempi e costi ridotti*, in "Guida al diritto - Dossier", 2003, 4, 146; CRISCUOLO, *L'opzione arbitrale nella delega per la riforma delle società*, in *Riv. Arb.*, 2002, 1, 45; CRISCUOLO, *L'arbitrabilità delle controversie societarie nello schema di decreto delegato e nella cosiddetta "bozza Vaccarella"*, relazione al convegno AIA "Conciliazione e arbitrato nelle controversie societarie", Roma, 7 Novembre 2002; FAZZALARI, *L'arbitrato nella riforma del diritto societario*, in *Riv. Arb.*, 2002, 3, 443; GIARDINA, *L'ambito di applicazione della nuova disciplina dell'arbitrato societario* in *Riv. Arb.*, 2003, 2, 233; GUIDOTTI, *Le limitazioni imposte agli organi sociali aventi funzioni di arbitri (anche con riferimento alla riforma delle società di capitali)*, in *Contratto e Impresa*, 2003, 1, 211; ISDACI (a cura di) *Arbitrato e conciliazione nella riforma del processo societario*, in *I Contratti*, 2003, 3, 318; LUISO, *Appunti sull'arbitrato societario*, relazione al convegno Camera Arbitrale Immobiliare e Generale di Venezia - Curia Mercatorum - Unioncamere Veneto "Controversie in materia societaria, prospettive di riforma", Treviso, 21 Marzo 2003; LUISO, *Controversie societarie, clausola binaria e ruolo delle camere arbitrali nelle controversie con pluralità di parti*, in www.judicium.it, giugno 2003; LUISO, *Il futuro della conciliazione: la conciliazione del diritto societario e nella riforma del codice di procedura civile*, in "La via della conciliazione" a cura di S. Giacomelli, Ipsa, 2003; MACCANICO, *Conciliazione ed arbitrato nelle controversie societarie*, relazione al convegno AIA "Conciliazione e arbitrato nelle controversie societarie", Roma, 7 Novembre 2002; MAJO, *In tema di arbitrabilità dell'esclusione del socio, alla luce della riforma della disciplina delle società di capitali*, in *Riv. Arb.*, 2002, 4, 760; MARIANI-RIPA, *Porte aperte al collegio arbitrale. Le controversie tra soci potranno risolversi con riti alternativi*, in *ItaliaOggi*, 1 marzo 2003; MICCOLIS, *Arbitrato e conciliazione nella riforma del processo societario*, in www.judicium.it, giugno 2003; MINERVINI, *La conciliazione stragiudiziale delle controversie in materia societaria*, in *Le società*, Ipsa, 2003, 5, 657; MARONGIU BONAIUTI, *L'arbitrabilità delle controversie nella riforma del diritto societario, tra arbitrato interno e arbitrato internazionale*, in *Riv. Arb.*, 2003, 1, 51; PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo societario (note a prima lettura)*, in *Foro It.*, 2003, 1, parte V, 2-18; REDAELLI, *Il Processo in "La nuova riforma delle società"*, Suppl. speciale alla rivista "Il Fisco", n.21, 2003; RICCI, E. F., *Il nuovo arbitrato societario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, 2, 517; RICCOMAGNO, *Decreto Legislativo n. 5/2003 e arbitrato commerciale*, relazione al convegno Università di Genova - Ordine Avvocati Genova - Ordine Dottori Commercialisti Genova "Riforma del diritto societario tra mercato delle regole statali e principi comunitari", Genova, 12 aprile 2003; RUFFINI, *Arbitrato e disponibilità dei diritti nella legge delega per la riforma del diritto societario*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, 1, 133; SOLDATI, *La conciliazione: ambito e modalità di applicazione*, relazione al convegno Camera Arbitrale Immobiliare e Generale di Venezia - Curia Mercatorum - Unioncamere Veneto "Controversie in materia societaria: prospettive di riforma", Treviso, 21 marzo 2003; STESURI, *Il nuovo arbitrato per le controversie societarie*, in *Profili di attualità dell'arbitrato*, Ed. Simone, 2003, 85; TARZIA, *Interrogativi sul nuovo processo societario*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, 3, 641; VACCARELLA, *La riforma del processo societario: risposta ad un editoriale*, in *Corr. Giur.*, 2003, 2, 262; WEIGMANN M. *Le clausole compromissorie "statutarie" nelle società di capitali*, relazione convegno AGAT, Assoc. Giovani Avvocati Torino, Torino, 14 marzo 2003; ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione arbitrale nelle società dopo la riforma*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, 3, 929.

utili ad individuare gli ambiti di operatività della nuova clausola compromissoria societaria e a redigerne un modello più elastico ed ampio possibile.

2. ESCLUSIONE DELLE SOCIETA' QUOTATE

L'art. 34 del decreto legislativo n.5 2003 esclude l'opzione arbitrale per le società "che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio", richiamando la definizione data dall'art. 2325-bis del codice civile. Si tratta delle società quotate in Borsa ("emittenti di azioni quotate in mercati regolamentati") e delle società diffuse tra il pubblico in misura rilevante⁴, che, dunque, non possono vedere risolte le controversie interne con l'arbitrato riformato. La giustificazione risiederebbe proprio nell'estrema diffusione del capitale azionario e nello squilibrio – cui l'arbitrato non saprebbe porre rimedio – tra la posizione della società e quella del piccolo azionista. Questa, come altre norme, può essere letta nella prospettiva che vede il nuovo arbitrato societario come forma di giustizia del gruppo sociale coeso e organizzato⁵. Quando la coesione (cioè la vicinanza 'personale' – per così dire, la comunanza - dei soci) viene meno a causa della grande diffusione del capitale sociale, anche l'arbitrato - parrebbe sottolineare la riforma - deve cedere il passo a forme più imperative di giustizia.

3. CLAUSOLA ARBITRALE E TIPOLOGIE SOCIALI

Il decreto legislativo n.5 2003 applica il nuovo arbitrato a tutte le "società". Il riferimento è più ampio di quello indicato dalla legge delega (366/2001) che riferisce la nuova intera disciplina processuale alle "società commerciali". Il riferimento più ampio permetterebbe, dunque, di applicare la nuova disciplina a tutte le società, sia di persone che di capitali, alle società non commerciali, alle società semplici, alle cooperative.

L'eccesso del legislatore delegato⁶, ricavabile dall'eliminazione del termine "commerciale", potrebbe essere sollevato per le società semplici, visto che in tale schema non possono rientrare le società commerciali (art. 2249, 1 comma) e per le società cooperative – che hanno scopo mutualistico e non commerciale – sebbene la nuova disciplina societaria, con l'introduzione del concetto di "mutualità prevalente" (nuovo art. 2512 cc) e con l'applicazione alle cooperative delle disposizioni delle società per azioni, in quanto compatibili (nuovo art. 2519 cc), sembra preludere a nuovi fronti di 'commercialità' delle stesse. Se si pensa, poi, che molti problemi legati all'indipendenza delle nomine arbitrali sono stati in passato affrontati dalla giurisprudenza con riferimento alle nomine dei probiviri, ben si comprende come l'applicazione della nuova disciplina arbitrale – e del correlato sistema 'esterno' di nomina – appare, quanto meno, opportuno anche alle cooperative. Non va dimenticato, infine, il riferimento dell'art.1, 1 comma, lett. a del decreto n.5 2003, alle controversie relative alle "azioni di responsabilità da chiunque promosse contro gli organi amministrativi e di controllo, i liquidatori e i direttori generali ... delle società cooperative" quali controversie rientranti tra quelle cui si applicano le disposizioni dell'intero decreto.

4. CLAUSOLA COMPROMISSORIA, COMPROMESSO ARBITRALE E UNA NUOVA PRASSI

⁴ Il criterio della "misura rilevante" è ricostruito in LUISO, *Appunti sull'arbitrato societario*, cit.: la rilevanza della diffusione del capitale azionario sussiste in presenza di un patrimonio netto di 10 miliardi di lire e di un numero di azionisti o obbligazionisti superiore a 200. Il potere di definire il criterio spetta - in base all'art. 116 del d. lgs. 24 febbraio 1998 n. 58 (t.u. delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria) - alla CONSOB che lo ha stabilito nella sua deliberazione n.11971 del 14 maggio 1999 (art.2 lett.e).

⁵ La prospettiva si deve a RICCI E.F., *op. cit.*, p. 522 ss.

⁶ L'ipotesi è prospettata da WEIGMANN, *op.cit.*

Il nuovo arbitrato societario può derivare solo da una clausola compromissoria. In tal senso autorizzava a stabilire la legge delega: in tal senso il legislatore delegato ha stabilito, non volendo, per sua espressa ammissione, eccedere la delega.⁷

Su questo punto non vi possono essere dubbi: l'arbitrato disciplinato dal nuovo testo è generato da una clausola compromissoria statutaria. Il compromesso arbitrale sottoscritto dalle parti a lite insorta non può che portare ad un arbitrato disciplinato dal diritto comune (art. 806 e seguenti cpc). E' da escludere la tesi che la nuova disciplina eliminerebbe del tutto la possibilità di un arbitrato societario fondato su compromesso arbitrale (non si vedrebbe la ragione della punizione). Con la conseguenza che, ad esempio, i soci che sottoscrivano un compromesso possono stabilire la nomina del collegio secondo lo schema binario classico e non, necessariamente, secondo le modalità esterne dell'art. 34, 2 comma, del decreto. Nulla esclude, peraltro, che, con un compromesso, i soci - come già capita di osservare nella prassi - attribuiscono la nomina dell'intero collegio ad autorità estranea alla società, ma, anche in tal caso, l'arbitrato resterà disciplinato dal diritto comune.

La stessa differenza genetica dell'arbitrato societario fondato su clausola piuttosto che su compromesso comprova la prospettiva di una forma di 'giustizia di gruppo': l'arbitrato riformato non può che applicarsi a tutte le liti che potenzialmente - come prospetta la natura virtuale e preventiva della clausola - coinvolgono la società nel suo complesso o tutti i soci. L'arbitrato comune si applica, invece, alle liti specifiche e parziali che vedono coinvolti, lì e in quel momento, taluni interessi della società o di alcuni soci (la *ratio* meramente 'curativa' e posteriore del compromesso).

E' anche chiaro, da tali considerazioni, che il rapporto tra la disciplina dell'arbitrato riformato e la disciplina di diritto comune non è di esclusione, ma di integrazione e sovrapposizione: all'arbitrato riformato continueranno ad applicarsi tutte le disposizioni del cpc, in quanto compatibili⁸.

E allora - per fare subito l'esempio estremo - la clausola statutaria che attribuisca semplicemente la controversia ad arbitrato, senza specificare null'altro, nè il numero degli arbitri nè chi sia il soggetto chiamato a nominarli, non dovrà, a mio parere, considerarsi nulla, bensì suscettibile di applicazione della 'sanatoria' prevista dalla disciplina comune (art. 809 in tema di modalità di nomina degli arbitri), con la conseguente nomina presuntiva di un collegio di tre arbitri, effettuata - e qui ritorna la disciplina speciale dell'art. 34, 2 comma, ultima frase, del decreto - dal presidente del tribunale del luogo in cui ha sede legale la società, anzichè dal presidente del tribunale nella cui circoscrizione è la sede dell'arbitrato, ex art. 810, 2 comma del cpc.

Occorre sottolineare, a questo proposito, che, rispetto a una precedente bozza del decreto, la sanzione della nullità ex art. 34, 2 comma, si è definitivamente spostata dalla (difettosa) previsione sul numero e le modalità di nomina alla (difettosa) previsione sul conferimento a estranei del potere di nomina. Il motivo non può che essere uno: è nulla solo la clausola che non indichi un'autorità terza di nomina

⁷ Nella Relazione al decreto legislativo n.5 2003 si legge che è stata: "esclusa la soluzione del compromesso sulla base di una rigorosa interpretazione della legge di delega".

⁸ "La formulazione del testo contribuisce alla creazione di una compiuta *species* arbitrale, che si sviluppa senza pretese di sostituire il modello codicistico (naturalmente ultrattivo anche in materia societaria)", *Relazione al decreto legislativo n.5 2003*.

Per altro verso, si giunge anche a prospettare l'applicazione di talune disposizioni speciali, considerate meramente ricognitive della prassi esistente, anche all'arbitrato societario fondato su compromesso. In tal senso, BRIGUGLIO, *op.cit.* L'autore si riferisce, in particolare, all'ipotesi dell'art. 35, 2 comma, in tema di intervento volontario di terzi, già prefigurabile in base al diritto comune, almeno per chi abbia sottoscritto la convenzione arbitrale.

degli arbitri, anzi, ancor più precisamente, è nulla solo la clausola che individui un sistema di nomina diverso dalla nomina totalmente eterodiretta.

In questa stessa prospettiva, non mi pare rimanga possibile, alla luce della riforma, la designazione nominativa degli arbitri direttamente nella clausola, sul presupposto che la nomina eterodiretta sia imposta solo se rinviata al momento dell'insorgenza della lite⁹. Semmai, si porrà il problema della validità della clausola che contenga la designazione nominativa effettuata - per così dire - seduta stante, al momento della redazione dell'atto, da un soggetto estraneo alla società. Ma siamo - è augurabile - ad ipotesi lontane dalla pratica.

L'atto arbitrale separato dallo statuto o dall'atto costitutivo (l'ipotesi dell'art. 808 cpc) non può che essere equiparato alla clausola compromissoria statutaria: darà luogo ad un arbitrato disciplinato dalla normativa speciale e non potrà prevedere, a pena di nullità, la nomina degli arbitri secondo uno schema diverso da quello dell'art. 34, 2 comma, del decreto. Peraltro, l'atto arbitrale separato si configura, nè più nè meno, come una modifica dell'atto costitutivo, introduttiva di clausola compromissoria, ex art. 34, 6 comma, del decreto: dovrà, pertanto, essere approvata da una maggioranza di almeno due terzi del capitale sociale, con facoltà di recesso dei soci assenti o dissenzienti.

Naturalmente la realtà della prassi supera - lo fa quasi sempre - l'immaginazione della norma, prospettando articolazioni più complesse e confini più labili.

Vale la pena di dar conto di una situazione che accade, sempre più frequentemente, di verificare nella prassi della Camera Arbitrale di Milano.

Spesso la parte, davanti ad una clausola compromissoria per arbitrato ad hoc (ossia, non amministrato secondo il regolamento di una istituzione arbitrale) si rivolge, ciononostante, alla Camera Arbitrale depositando una proposta di arbitrato amministrato e richiedendo che tale proposta sia trasmessa alla controparte perchè questa accetti, a sua volta, la gestione e l'amministrazione dell'arbitrato da parte della Camera¹⁰.

Si tratta di una integrazione della clausola compromissoria. A lite già insorta: il che configurerebbe tale atto come compromesso parziale e integrativo, non come atto separato ex art. 808 del cpc.

Quali conseguenze, nel caso si tratti di materia societaria?

Dovremmo qualificare tale meccanismo integrativo (la proposta dell'attore più l'adesione del convenuto) come modifica dell'atto costitutivo e magari sottoporla all'approvazione della maggioranza prevista dall'art. 34, 6 comma, del decreto ovvero si tratterà di compromesso (integrativo) che le parti sottoscrivono per vedere applicato, solo per quella singola lite, il regolamento dell'istituzione (inglobando - si badi bene - un complesso di disposizioni procedurali ben preciso)? La mia risposta va nella seconda direzione: si tratta di un compromesso integrativo (con conseguente necessità di determinazione dell'oggetto della controversia, come previsto dall'art. 807, 1 comma, del cpc), proprio perchè sottoscritto a lite insorta. Dunque, pur in presenza di un 'compromesso integrativo',

⁹ *Contra*, ZUCCONI GALLI FONSECA, *op. cit.*, 958.

¹⁰ L'ipotesi è regolata dall'art. 1, comma 2, del nuovo Regolamento della Camera Arbitrale di Milano, in vigore dall'1 gennaio 2004: "Al di fuori di quanto previsto dal comma 1 (*nb.: il comma 1 si riferisce all'ipotesi ordinaria in cui il regolamento della Camera sia correttamente richiamato nella clausola*), il Regolamento è applicato se ricorrono le seguenti condizioni:

a. una parte deposita una domanda di arbitrato sottoscritta personalmente dalla parte stessa e contenente la proposta di ricorrere ad un arbitrato disciplinato dal Regolamento;

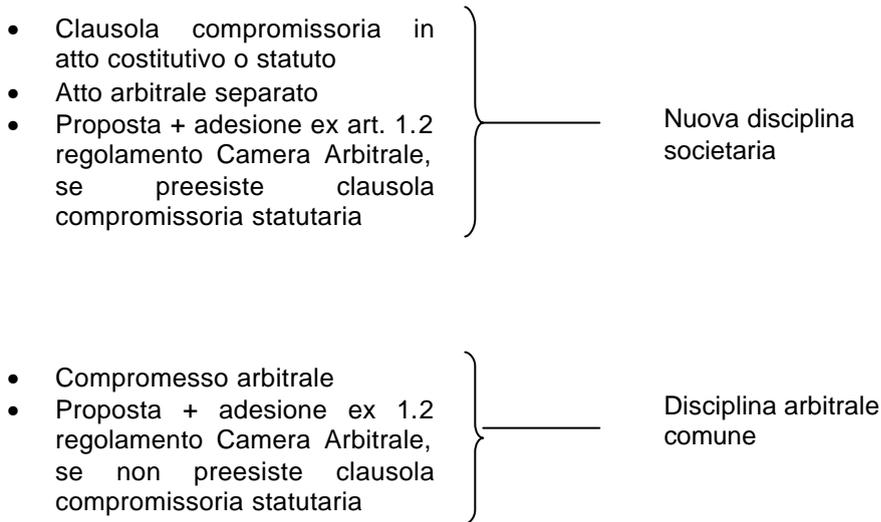
b. l'altra parte accetta tale proposta, con dichiarazione sottoscritta personalmente, entro il termine indicatole dalla Segreteria Generale".

a quell'arbitrato si applicherà la disciplina societaria speciale, sempre che la sua radice principale riposi in una clausola compromissoria statutaria.

Se manca, invece, tale clausola, manca la possibilità di integrarla e il meccanismo di proposta e adesione non sarà allora che un compromesso *tout court* da cui conseguirà l'applicazione del diritto arbitrale comune.

La prassi sopra riportata segnala che il distacco tra nuova disciplina arbitrale e compromesso è meno assoluto di quanto si pensi.

Schematicamente:



5. DOVE INSERIRE LA CLAUSOLA: ATTI COSTITUTIVI, STATUTI, PATTI PARASOCIALI

I primi commenti sono pressochè concordi nel ritenere che la clausola del nuovo arbitrato societario possa essere inserita sia nell'atto costitutivo che nello statuto.

Il dato testuale va in questa doppia direzione: di "atti costitutivi" parla l'art. 34, commi 1, 4 e 6 del decreto; di "clausole compromissorie statutarie" e di "statuti" parlano, rispettivamente, la rubrica dello stesso art. 34 del decreto e l'art. 12, 3 comma, della legge delega n.366/2001.

E', invece, dibattuta l'estensione dell'arbitrato riformato alle controversie relative ai patti parasociali. Di fronte ai sopra richiamati dati testuali relativi agli atti costitutivi e agli statuti, la soluzione parrebbe negativa.

Soccorre, tuttavia, in senso contrario l'art. 12, 3 comma, della legge delega che, nel dettare i confini della normativa delegata, fa riferimento a tutte le controversie compromettibili menzionate nel 1 comma dello stesso articolo, tra le quali – alla lettera a – vi sono le controversie relative al trasferimento delle partecipazioni sociali e ai patti parasociali. L'interpretazione più estensiva comporterebbe, in realtà, l'applicazione delle sole disposizioni del decreto non in palese contrasto con la natura stessa dei patti parasociali¹¹. Non dovrebbe scoraggiare l'interpretazione più estensiva il fatto che, ad esempio, l'art. 35, 1 comma, parli di domanda di arbitrato "proposta dalla società o in suo confronto...", disposizione palesemente incoerente con la natura dei patti parasociali che escludono la presenza della società in quanto tale come parte del patto. Del resto, viene da aggiungere, il Titolo V si applica pacificamente a controversie tra soli soci, per le quali l'appena citata

¹¹ La prospettiva è analiticamente proposta da BRIGUGLIO, *op. cit.*

disposizione risulterebbe ugualmente incongruente. Infine, soccorre, in senso positivo, il riferimento dell'art. 38, 1 comma, del decreto che fa rinvio all'articolo 1 del medesimo per identificare le controversie sottoposte al tentativo di conciliazione societaria stragiudiziale. E tra le controversie menzionate all'articolo 1, troviamo, alla lettera c), i patti parasociali: analogia che fa ulteriormente propendere per l'ipotesi ampliativa.

6. ELEMENTI COSTITUTIVI DELLA CLAUSOLA SOCIETARIA

La nuova clausola societaria è costituita dai medesimi elementi che compongono, classicamente, la clausola compromissoria. Li sintetizzo nell'ottica delle modificazioni o delle integrazioni che la riforma propone per ciascuno di essi. Lo scopo rimane pratico: costruire una clausola standard utilizzabile nel più ampio spettro di ipotesi.

6.A LA TIPOLOGIA DELLE CONTROVERSIE

Non accenno, in queste brevi note, ai problemi dell'arbitrabilità societaria. Mi limito, anche qui, ai soli riflessi pratici di redazione della clausola: l'art.34, 1 comma, prevede la devoluzione in arbitrato di alcune o tutte le controversie aventi ad oggetto rapporti societari. Nel caso siano devolute solo alcune controversie occorrerà redigere nel modo più preciso possibile le materie rientranti e/o quelle escluse dall'opzione arbitrale.

E' ovvio precisare che possibili problemi di confine possono moltiplicarsi in presenza di clausole che assoggettano parzialmente le controversie ad arbitrato. Il suggerimento – che, tuttavia, soffre di generalizzazione – è di limitare il più possibile tali clausole parziali.

Nei modelli di clausola (clausole 1 e 2) riportati in conclusione di queste note è stato espressamente inserito il riferimento alla validità delle delibere assembleari poichè, in virtù di tale espresso riferimento, agli arbitri compete il potere di disporre la sospensione dell'efficacia della delibera, con ordinanza non reclamabile. Si ampliano, qui, i poteri cautelari degli arbitri ma anche il campo delle materie arbitrabili non disponibili¹².

6.B I SOGGETTI DELLA CLAUSOLA

Sempre nei modelli di clausola (clausole 1 e 2) riportati in conclusione sono stati tradotti, in una prospettiva esaustiva, tutti i possibili soggetti menzionati nel testo normativo: i singoli soci e la società (art.34, 1 comma); gli amministratori, i liquidatori e i sindaci (art.34, 4 comma). Ciascun soggetto può rivestire il ruolo di attore o di convenuto nella procedura arbitrale.

6.C IL SISTEMA DI NOMINA E IL RIFERIMENTO ALL'ARBITRATO AMMINISTRATO

La clausola deve prevedere numero e modalità di nomina degli arbitri. In ogni caso deve conferire, a pena di nullità, il potere di nomina di tutti gli arbitri a soggetto estraneo alla società (art.34, 2 comma).

Tale attribuzione risponde a due esigenze:

- a. consolidare l'indipendenza e l'imparzialità dell'arbitro, eliminando l'arbitrato endosocietario, in cui rivestono il ruolo di arbitri soggetti interni alla società stessa (il collegio sindacale, i probiviri);
- b. evitare i problemi dell'arbitrato multiparte, che tipicamente incrocia la materia societaria.

¹² RICCI E.F., *op. cit.*, p. 522, secondo cui "la possibilità di dedurre in arbitrato controversie relative all'impugnativa di delibere assembleari ... implica la possibilità di ottenere dagli arbitri quella dichiarazione di nullità e quell'annullamento, che non potrebbero essere ottenuti mediante un negozio stipulato tra le parti in lite".

Sub a, la formulazione della norma rischia, a ben vedere, di far passare dalla finestra ciò che è stato cacciato dalla porta. Nulla di specifico è detto sulla necessità di indipendenza, di assenza di conflitti di interesse o di estraneità dell'arbitro. Tutto è riportato all'indipendenza, *rectius* alla sola estraneità, dell'autorità di nomina. E se un soggetto del tutto estraneo nominasse un arbitro interno alla società ma perfettamente indipendente e imparziale in quel caso, perchè del tutto disinteressato, ad esempio, alla lite tra due singoli soci? L'ipotesi merita una risposta negativa: la *ratio* della legge è quella di evitare commistioni di qualunque tipo tra chi giudica e chi, parte della società, sta litigando. Dunque, non solo estraneità dei soggetti di nomina, ma anche estraneità oggettiva di chi è nominato. Tuttavia, la norma presenta un certo grado di aleatorietà.

Sub b, si tratta di soluzione di economia processuale: il costo del superamento dei problemi procedurali connessi alla molteplicità di posizioni e di soggetti contrastanti è la sottrazione totale del potere delle parti di nominare gli arbitri¹³: da un lato, è vero che la facoltà di scegliere la via arbitrale non deve sempre e necessariamente coincidere con il diritto della parte di nominarsi un arbitro¹⁴ (e anzi, con la disposizione del decreto si può anche dare un piccolo contributo al concetto di indipendenza dell'intero collegio arbitrale, evitando, in certi casi, la pratica dell'arbitro nominato dalla parte come mero duplicato del difensore all'interno del collegio¹⁵), dall'altra parte, è anche vero che vi sarebbe stato spazio, in taluni casi, per una nomina del collegio secondo il classico schema binario: in molti regolamenti di istituzioni arbitrali, ad esempio, è prevista una ricognizione iniziale, a cura dell'istituzione, che stabilisca se lo schieramento di una molteplicità di parti sia riconducibile ad uno schema bipartito, con due centri di interessi omogenei che, in tal caso, provvedano a nominare, ciascuno, un arbitro ed assieme – attraverso i due coarbitri - a nominare il terzo.

Questa previsione 'ricognitiva' - che comporta la possibilità di una composizione binaria del collegio arbitrale – può sopravvivere per l'arbitrato multiparte non societario ma è contraria al regime di nomina indicato dalla riforma ed i regolamenti arbitrali dovranno, sul punto, essere modificati ed aggiornati: nel caso di arbitrato societario (multiparte o no) il regolamento arbitrale dovrà sempre prevedere la nomina dell'intero tribunale arbitrale da parte dell'istituzione¹⁶.

¹³ Di parere contrario alla sottrazione del potere di nomina delle parti è CONSOLO, *Esercizi imminenti sul c.p.c.: metodi asistematici e penombre*, cit., p. 1544.

¹⁴ Il principio fondamentale appare, piuttosto, quello della pari partecipazione delle parti nella nomina e nella composizione del collegio giudicante: se il grado di partecipazione è zero per tutti, il principio mi pare rispettato.

¹⁵ Sulla figura dell'arbitro nominato dalla parte, v. CONSOLO, *Arbitri di parte non "neutrali"?*, *Riv. Arb.*, 2001, 9 ss. e TARUFFO, *Note sull'imparzialità dell'arbitro di parte*, *Riv. Arb.*, 1997, 481 ss.

¹⁶ Il nuovo Regolamento della Camera Arbitrale di Milano è stato modificato sul punto e così prevede, all'art. 9.2: "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". Altre camere arbitrali italiane hanno una previsione specifica sulla nomina negli arbitrati multiparte che andrà aggiornata alla luce della riforma, almeno per il multiparte societario. Così per le disposizioni regolamentari delle camere arbitrali di Bergamo (art.5.7), Bologna (art. 6), La Spezia (art.5.4), Lucca (art. 14, sesto comma), Roma (art.5.4). Già sufficientemente elastico e pronto a recepire il regime di nomina degli arbitri indicato dalla riforma sembra il regolamento dell'AIA, Associazione Italiana per l'Arbitrato che prevede, all'art. 12.5.: "Qualora le parti siano più di due o siano costituite da una pluralità di soggetti ovvero nel caso di un numero di parti superiore a tre, la Corte – ove manchino o siano inidonee le pattuizioni delle parti sulla costituzione dell'organo arbitrale o quando le parti non riescano a costituire l'organo arbitrale entro il termine previsto per la risposta alla domanda di arbitrato – stabilisce, per quanto occorra, il numero e le modalità di nomina

Posta l'opportunità di tali aggiornamenti, il suggerimento – ma denuncio qui la strumentalità del mio parere come operatore dell'arbitrato amministrato – continua ad essere quello di identificare l'autorità di nomina in un soggetto, come l'istituzione arbitrale, che non si limita alla nuda nomina dell'arbitro ma che l'accompagna, se opportunamente richiamata dalle parti nella clausola, con una amministrazione complessiva della procedura, compresa la verifica sui requisiti di indipendenza, imparzialità e neutralità che l'arbitro non solo deve possedere al momento della nomina ma anche mantenere costanti durante lo svolgimento dell'intera procedura.

6.D ELEMENTI TRADIZIONALI, RINNOVATI

Nei modelli di clausola proposti ci sono le indicazioni espresse di arbitrato rituale e secondo diritto, anziché, rispettivamente, di arbitrato irrituale e secondo equità.

La prima indicazione pare quasi superflua da giustificare, talmente è più convincente la forza del lodo rituale rispetto al parente negoziale. Preme, qui, solo sottolineare come dentro la riforma si possa leggere, in più di un intervento, un ulteriore rafforzamento del carattere giurisdizionale del lodo rituale (basti pensare alla disciplina dell'intervento del terzo *iussu iudicis* o alla materia delle impugnazioni delle delibere assembleari).

La seconda espressa indicazione, la decisione secondo diritto, traduce l'ulteriore espansione di tale tipo di decisione, delineata, a scapito dell'equità, nell'art. 36, 1 comma, del decreto, in base al quale gli arbitri decidono secondo diritto, pur in presenza di clausola che richiami l'equità, quando abbiano conosciuto di questioni non compromettibili ovvero quando l'oggetto del giudizio sia costituito dalla validità delle delibere assembleari.

7. CONCLUSIONE: UNA CRITICA

Le novità della disciplina, sembrano, almeno potenzialmente, più positive che negative. I muscoli dell'arbitrato riformato paiono rafforzati e più tonici di quelli dell'arbitrato di diritto comune.

Lo scopo è facilmente condivisibile ed è pressochè comune al legislatore, agli operatori, agli interpreti: una crescente diffusione di un arbitrato più forte e più garantito, una maggiore offerta di servizi di giustizia alternativa che non cresca negli interstizi della crisi di quella ordinaria o che, peggio, tenti di sostituirvisi, ma che la integri, moltiplicando, semplicemente, le possibilità per il cittadino e per le imprese.

Il punto che mi preme qui sottolineare non è la discussione, con i relativi profili di costituzionalità, sul trattamento privilegiato riservato alle società, che godrebbero di un arbitrato più forte, rispetto alla posizione inferiore di chi, in altre materie, dovrebbe adesso accontentarsi del diritto arbitrale comune. Abbiamo menzionato l'idea del nuovo arbitrato societario come giustizia del gruppo organizzato: il disegno delle disposizioni sembra obiettivamente delinearsi in tal senso.

Il punto è un altro. Non si tratta di una osservazione politica *tout court*. Si tratta di una riserva di stretta politica del diritto, direi di economia normativa.

Si può continuare a parlare di arbitrato come istituto unitario? Constatato che dopo la legge di riforma (l.25/1994) sono state introdotte altre forme e tipologie di

degli arbitri e può provvedere direttamente alla loro nomina. Egualmente la Corte provvede, ai fini della nomina dell'arbitro ulteriore, ove quelli indicati dalle parti risultino in numero pari". Anche i regolamenti delle maggiori istituzioni arbitrali internazionali prevedono meccanismi specifici per l'arbitrato multiparte: così la Camera di Commercio Internazionale di Parigi (art. 10), la LCIA London Court of International Arbitration (art. 8), il WIPO, World Intellectual Property Organization (art. 18), la Stockholm Chamber of Commerce (art. 16.3). Meriterebbero apposita trattazione gli ulteriori problemi di coordinamento tra disposizioni della riforma ed eventuali elementi di 'internazionalità' della clausola, quali il richiamo ad un regolamento arbitrale internazionale o ad una legge straniera applicabile al procedimento.

arbitrato in vari settori, siamo sicuri che la proliferazione di tali differenti tipologie produca lo sviluppo dell'arbitrato come strumento di accesso alla giustizia?
 Non sarebbe più produttivo concentrare gli sforzi, sin d'ora, sul rafforzamento unitario dell'arbitrato in sé, come istituto?
 Il rischio cui si va incontro, altrimenti, ricorda quello di certi genitori che pensano di sostituire l'impostazione generale - l'educazione del figlio - con fitte raccomandazioni e avvertimenti continui, validi di volta in volta. Il comportamento del ragazzo sarà, poi, deciso e coerente?

8. MODELLI DI CLAUSOLA ARBITRALE

1. Clausola Compromissoria per Atti costitutivi e Statuti (arbitrato ad hoc o non amministrato)

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, saranno risolte mediante arbitrato da un Tribunale Arbitrale composto da *un arbitro unico/tre arbitri*, nominato/i da(*indicare un soggetto estraneo alla società*).

L'arbitrato sarà rituale e il Tribunale Arbitrale deciderà secondo diritto.

2. Clausola Compromissoria per Atti costitutivi e Statuti (arbitrato amministrato)

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, 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 il Tribunale Arbitrale deciderà secondo diritto.

3. Clausola Compromissoria per Patti parasociali (arbitrato amministrato)

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 il Tribunale Arbitrale deciderà secondo diritto.

4. Compromesso arbitrale in materia societaria (arbitrato amministrato)

I sottoscritti
 premesso 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)

oo