

Arbitrato amministrato societario

Arbitrato societario e convenzione di arbitrato per arbitrato amministrato

Tribunale di Modena, sez. I, 5 febbraio 2010 - Pres. De Marco - Rel. Bruschetta - M.A. s.a.s. c. B. M. e A.M.

Società di persone - Società in accomandita semplice - Arbitrato - Arbitrato amministrato - Clausola compromissoria statutaria - Nomina degli arbitri - Regolamento applicabile - Validità - Nomina da parte dell'autorità di nomina

(Cod. proc. civ. artt. 810, 832; d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, art. 34)

I. In caso di arbitrato amministrato, la previsione del regolamento arbitrale prescelto dalle parti che dispone che in caso di arbitrato societario tutti gli arbitri siano nominati dalla camera arbitrale permette di salvaguardare la validità dell'accordo arbitrale anche laddove la clausola compromissoria sarebbe da considerarsi radicalmente nulla in quanto non conforme ai disposti dell'art. 34, D.Lgs. n. 5/2003.

Società di persone - Società in accomandita semplice - Arbitrato - Arbitrato amministrato - Clausola compromissoria statutaria - Nomina degli arbitri - Regolamento applicabile - Validità - Nomina da parte dell'autorità di nomina

(Cod. proc. civ. artt. 810, 832; d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, art. 34)

II. In caso di arbitrato amministrato ai sensi dell'art. 832 c.p.c. se le parti non hanno diversamente convenuto, si applica il regolamento in vigore al momento in cui il procedimento arbitrale ha inizio.

Il Tribunale (Omissis)

1. La clausola compromissoria di cui all'art. 21 dello Statuto rinvia al regolamento camerale provinciale, cosiddetto precostituito.

2. All'epoca del patto di Statuto, il regolamento camerale di che trattasi non prevedeva che tutti i componenti del Collegio arbitrale fossero da nominarsi da un soggetto terzo.

3. Di qui l'eccezione sollevata dagli oppositori B. ed A., secondo cui la clausola compromissoria qui all'esame sarebbe nulla per violazione della norma imperativa di cui all'art. 34, comma 2, D.Lgs. 5/03 che dispone che il potere di nomina degli arbitri deve spettare «a soggetto estraneo alla società».

4. Sennonché l'art. 832, comma 3, c.p.c. - applicabile all'arbitrato cosiddetto societario anche in forza dell'art. 1, comma 4, D.Lgs. 5/03 - statuisce che «Se le parti non hanno diversamente convenuto, si applica il regolamento in vigore al momento in cui il procedimento arbitrale ha inizio».

5. Ed il regolamento camerale attualmente in vigore, in

adeguamento all'art. 34, comma 2, D.Lgs. 5/03, stabilisce appunto che gli arbitri siano tutti nominati da un terzo.

6. Al prudente avviso di questo tribunale - il quale, in totale assenza di giurisprudenza, si è molto interrogato sull'inquadramento sistematico della norma - il legislatore del 2006 ha con l'art. 832, comma 3, c.p.c. inteso operare una fondamentale distinzione con specifico riguardo all'arbitrato cosiddetto precostituito.

7. E questa distinzione deve essere fatta consistere in quella tra convenzione di arbitrato e regolamento «processuale» dello stesso.

8. E ciò nel senso di rendere autonoma la convenzione di arbitrato con cui i paciscendi rimettono al giudice privato la lite tra di loro insorta, dalla «legge» processuale precostituita che lo deve governare.

9. Il principio - in tutto simile a quello che è pacificamente applicabile con riferimento alla legge processuale statale - è quello cosiddetto del *tempus regit actum*.

10. E per cui alle disposizioni processuali non si applica la disciplina della successione delle leggi nel tempo di cui all'art. 11 disp. prel. e bensì lo *ius superveniens*.

11. Da ciò consegue l'applicazione del regolamento arbi-

trale ora in vigore, appunto da non ritenersi nullo perché conforme alla statuizione imperativa di cui al cit. art. 34, comma 2, D.Lgs. 5/03.

12. La obbiezione svolta dagli oppositori B. ed A., secondo cui l'interpretazione qui accolta sarebbe in non superabile contrasto «con la dottrina generale del contratto», non sembra da potersi condividere.

13. La obbiezione in parola, difatti, trascura che l'art. 832, comma 3, c.p.c. fa sempre salva la contraria volontà delle parti. Ciò che equivale a dire, nella sostanza, che l'accettazione del suindicato principio del *tempus regit actum* è rimessa alla libertà negoziale delle parti.

14. Dovrà pertanto farsi luogo alla revoca dell'ingiunzione, per improcedibilità della domanda, a cagione della fondatezza della posteriore eccezione di incompetenza (Cass. n. 3246/89).

15. La disciplina delle spese è quella del previgente art. 92 c.p.c., applicabile *ratione temporis* in forza dell'art. 45, L. 69/09.

16. La novità e l'estrema difficoltà della lite, costituiscono quei giusti motivi che inducono il tribunale a compensare interamente le spese processuali.
(*omissis*).

IL COMMENTO

di Nicola Soldati

La Sentenza del Tribunale di Modena qui commentata tocca due differenti tematiche, entrambe di estremo interesse. La sentenza si pronuncia dapprima in materia di arbitrato amministrato societario, ribadendo l'applicabilità del regolamento arbitrale in vigore al momento dell'insorgere della controversia in assenza di diversa indicazione delle parti all'interno dell'accordo arbitrale. Tali precisazioni sono poi strumentali alla pronuncia sulla validità della clausola arbitrale statutaria inserita all'interno dello statuto grazie alla previsione del regolamento il quale prevede che il Consiglio direttivo della Camera arbitrale nomina tutti i componenti del collegio arbitrale laddove la clausola arbitrale statutaria sia affetta da nullità poiché non conforme ai disposti dell'art. 34, comma 2, D.Lgs. n. 5/2003.

Premessa

La sentenza del Tribunale di Modena che qui si annota desta particolare interesse, poiché concerne una materia delicata, quale quella dell'arbitrato societario nascente da clausola compromissoria statutaria; la pronuncia si distingue, inoltre, per il fatto che, nel caso in esame, la clausola compromissoria statutaria mantiene la propria validità, benché non conforme ai disposti dell'art. 34, D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, grazie al regolamento arbitrale prescelto dalle parti per l'amministrazione del procedimento.

L'arbitrato amministrato

Come è noto, in attuazione alla L. 14 maggio 2005, n. 80, concernente delega al Governo per l'emanazione di un decreto legislativo recante modificazioni al codice di procedura civile di cui al R.D. 28 ottobre 1940, n. 1443, è stato emanato un decreto legislativo in materia di processo di cassazione e di arbitrato (1).

Le nuove disposizioni in tema di arbitrato costituiscono una consistente e profonda rivisitazione della materia da parte del legislatore.

Negli ultimi venti anni si sono succedute tre differenti riforme, infatti, oltre a quella in parola, occorre ricordare quella del 1983 (2) e quella del

1994 (3). Caratteristica comune delle prime due ri-

Note:

(1) D.Lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, in G.U. 15 febbraio 2006, n. 38, recante: «Modifiche al codice di procedura civile in materia di processo di cassazione in funzione nomofilattica e di arbitrato, a norma dell'articolo 1, comma 2 della legge 14 maggio 2005, n. 80».

(2) L. 9 febbraio 1983, n. 28. Al riguardo si vedano: Bernini, *La legge 9 febbraio 1983, n. 28 e la modifica dell'arbitrato: prospettive internazionali*, in *Rass. arb.*, 1984, 199; Briguglio, *La riforma dell'arbitrato*, in *Giust. civ.*, 1985, II, 415; Carpi, *Gli aspetti processuali della riforma dell'arbitrato*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1984, 47; AA.VV., *Atti del seminario: L'arbitrato a tre anni dalla legge n. 28/1983*, a cura di Deodato, Milano, 1987; Fazzalari, *Una buona novella*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, 6; Franchi, *Brevissime osservazioni sulla legge 9 febbraio 1983, n. 28 contenente modificazioni alla disciplina dell'arbitrato*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, 219; Giardina, *La nuova disciplina dell'arbitrato in Italia*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1983, 449; Grasso, *La nuova disciplina dell'arbitrato alla luce della legge 9 febbraio 1983, n. 28*, in *Rass. arb.*, 1985, 36; Levoni, *L'arbitrato dopo la riforma*, Milano, 1985; Nicoletti, *L'arbitrato della riforma*, in *Riv. dir. proc.*, 1985, 120; Nicotina, *Il regime dell'arbitrato in Italia dopo la legge 9 febbraio 1983, n. 28*, in *Rass. arb.*, 1985, 291; Punzi, *La riforma dell'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 1983, 78; Ricci, *Modificazioni della disciplina dell'arbitrato*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1983, 733; Verde, *L'arbitrato secondo la legge 28/1983*, Napoli, 1985.

(3) L. 5 gennaio 1994, n. 25. Al riguardo si vedano: Briguglio-Fazzalari-Marengo, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, Milano, 1994; Bernardini-De Nova-Nobili-Punzi, *La riforma dell'arbitrato*, Milano, 1994; Tarzia-Luzzatto-Ricci, *Legge 5 gennaio 1994, n. 25*, Padova, 1995; Oricchio, *L'arbitrato*, Napoli, 1994; Bernardini, (segue)

forme era stata una limitata incidenza sull'articolato del codice di procedura civile, così come disegnato dal regio decreto del 1940; in vero, tali riforme erano venute a colpire particolari aspetti dell'arbitrato senza però stravolgerne la struttura e i principi che ne erano alla base, principi che, in buona parte, trovavano la loro origine nel previgente codice di rito del 1865.

L'ultima riforma ha avuto una portata grandemente superiore rispetto ai due precedenti interventi di novellazione, e ciò sia dal punto di vista sistematico che dal punto di vista sostanziale, sicché si può legittimamente affermare che ci si trova oggi di fronte ad un nuovo diritto dell'arbitrato, solo in parte figlio della prassi, della dottrina e della giurisprudenza, ma sempre combattuto tra volontà e tentativi contrapposti ora di privatizzazione, ora di giurisdizionalizzazione dello strumento.

La riforma del 2006 ha novellato l'art. 832 c.p.c. (4) il quale oggi delinea la disciplina degli arbitrati c.d. amministrati (5), chiarendo alcuni aspetti del rapporto tra le parti e le istituzioni arbitrali, e, più precisamente, assicurando che, per quanto riguarda la formazione del collegio arbitrale, le istituzioni intervengono solo su richiamo delle parti e, comunque, prevedendo una prevalenza della convenzione di arbitrato sul regolamento prescelto.

Altresì, nel silenzio delle parti, l'art. 832 c.p.c. prevede che il regolamento applicabile sia quello in vigore al momento in cui viene ad esistenza la controversia deferita in arbitrato.

Punto chiave nell'esame della sentenza in commento è dato proprio dal passaggio in cui si afferma che la norma, la quale consente alle parti di derogare alla disciplina codicistica, stabilendo all'interno della convenzione d'arbitrato l'amministrazione del procedimento ad opera di una camera arbitrale, permette, altresì, alle stesse parti di indicare quale regolamento utilizzare in caso di successione di regolamenti nel tempo.

In realtà, assai di rado le parti si preoccupano in sede di redazione della convenzione arbitrale di disciplinare tale aspetto con la conseguenza che, nel loro silenzio, ovvero in caso di diversa disposizione da parte del regolamento prescelto, trovano applicazione le norme del codice di rito, vale a dire, la disciplina dell'art. 832 c.p.c., come nel caso che qui si annota.

Il regolamento arbitrale prescelto dalle parti

Ove le parti abbiano optato per un arbitrato amministrato, può risultare particolarmente delicata la

tematica relativa al regolamento da applicare alla controversia insorta tra le parti.

Infatti, a fronte di una clausola compromissoria inserita all'interno di uno statuto, può accadere che, come nel caso in esame, il regolamento prescelto sia oggetto di modificazioni durante la vita della società. Questa ipotesi appare particolarmente attuale proprio in relazione alle norme introdotte dalla riforma dell'arbitrato del 2006, oltre che alla luce dei nuovi regolamenti che le Camere arbitrali hanno adottato a seguito della riforma societaria (6).

Nel silenzio delle parti sul punto, il terzo comma dell'art. 832 c.p.c. prevede, infatti, che il regolamento applicabile sia quello in vigore al momento in cui viene radicata in arbitrato la controversia.

Questa previsione, tuttavia, si pone in parte in contrasto con la disciplina transitoria relativa all'arbitrato c.d. *ad hoc* per la quale le disposizioni relative a compromesso e clausola compromissoria, trovano applicazione alle convenzioni stipulate dopo l'entrata in vigore delle nuove norme, mentre tutte le restanti disposizioni, trovano applicazione ai procedimenti arbitrali nei quali la domanda di arbitrato sia stata proposta (*rectius* notificata) dopo l'entrata in vigore del decreto legislativo.

Per vero, tale previsione della disciplina transitoria appare particolarmente significativa per evitare ogni problematica nell'affrontare i delicati aspetti

Note:

(segue nota 3)

La recente riforma dell'arbitrato in Italia, *Riv. dir. comm. int.*, 1994, 3; Bernini, *Prime riflessioni sulla riforma dell'arbitrato*, in *Contratti*, 1994, 69; Carbone, *La seconda riforma dell'arbitrato rituale*, in *Corr. giur.*, 1994, 141; Fazzalari, *La riforma dell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 1994, 1; Gaggero, *La riforma dell'arbitrato: appunti sulla novella n. 25 del 1994*, in *Casi scelti in tema di arbitrato nel diritto italiano e comparato*, Padova, 1994, 20; Giardina, *La legge n. 25 del 1994 e l'arbitrato internazionale*, in *Riv. arb.*, 1994, 257; Guarnieri, *La riforma dell'arbitrato*, in questa *Rivista*, 1994, 310; Monteleone, *Il nuovo assetto dell'arbitrato*, in *Corr. giur.*, 1994, 1048; Punzi, *I principi generali della nuova normativa sull'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, 331; Recchia, *La nuova legge sull'arbitrato e le esperienze straniere*, in *Riv. arb.*, 1994, 23; Soldati, *La legge 5 gennaio 1994, n. 25 e la seconda riforma dell'arbitrato*, in *Dir. econ.*, 1995, 685.

(4) Rubricato. «Rinvio a regolamenti arbitrali».

(5) Galletto, *Il ruolo delle istituzioni arbitrali*, in Rubino Sammartano (diretto da), *Arbitrato, ADR e conciliazione*, Bologna, 2009, 395; Berlinguer, *L'arbitrato amministrato*, in Rubino Sammartano (diretto da), *Arbitrato, ADR e conciliazione*, cit., 405; Biavati, *Commento sub art. 832 c.p.c.*, in Carpi (a cura di), *Arbitrato*, Bologna, 2006, 867.

(6) Taluni regolamenti sono stati modificati anche alla luce delle norme introdotte in materia di arbitrato societario dal D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5: tra questi a titolo esemplificativo la Camera arbitrale di Milano e la Camera arbitrale di Modena.

di validità del patto compromissorio dell'arbitrato *ad hoc*, problematiche che, invece, sono sorte, in assenza di disposizione di pari tenore, nell'arbitrato societario nascente da clausola compromissoria statutaria, risolte fino ad oggi, in modo ondivago dalla giurisprudenza.

Per converso, ogni problematica può ritenersi superata nell'arbitrato amministrato alla luce della specifica disciplina dell'art. 832 c.p.c., ovvero dall'accordo delle parti, proprio in virtù della derogabilità della disposizione in parola.

Nel caso in esame, il regolamento della Camera arbitrale di Modena prevede espressamente all'art. 29 la sua applicazione a tutti i procedimenti radicati dopo la sua entrata in vigore.

La clausola compromissoria statutaria

Il tema della clausola compromissoria, ex art. 34 del D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, risulta ampiamente trattato in dottrina (7), e fino ad oggi ha trovato riscontro soltanto in pronunce dei tribunali di merito (8).

Il punto cruciale del problema è costituito dalla disposizione contenuta al secondo comma dell'art. 34, la quale stabilisce che la clausola compromissoria statutaria 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.

Tale meccanismo di nomina viene a differenziarsi nettamente rispetto a quello previsto dal codice di rito, creando una vera e propria *species* di clausola arbitrale in ambito societario, come, peraltro, emerge anche dalla lettura della relazione di accompagnamento al decreto (9).

Infatti, l'art. 810 c.p.c. prevede le modalità di nomina degli arbitri, stabilendo uno schema base assai efficace, ma, al contempo liberamente derogabile ad opera delle parti (10) in virtù del quale ciascuna parte procede alla nomina di un arbitro ed i due così designati provvedono a quella del terzo arbitro con funzioni di presidente. Solitamente, nell'arbitrato amministrato le parti recepiscono le mo-

L'arbitrato societario, Padova, 2009; Corsini, *Società di persone, clausola compromissoria statutaria ed arbitrabilità delle controversie in materia del rapporto sociale*, in *Giur. comm.*, 2008, II, 869; Blandini, *La clausola compromissoria nell'arbitrato societario: sul vincolo della designazione degli arbitri a cura di soggetto estraneo*, in *Riv. dir. comm.*, 2007, I, 597; Senini, *Validità delle clausole compromissorie e regime transitorio*, in questa *Rivista*, 2006, 749; Soldati, *«Estraneità» dell'autorità di nomina e clausola compromissoria statutaria*, *ivi*, 2006, 1155; Soldati, *Le clausole compromissorie nelle società commerciali*, Milano, 2005; Picaroni, *L'arbitrato nella riforma societaria*, in questa *Rivista*, 2005, 495; Crisci, *Considerazioni sull'arbitrato in materia societaria tra ritualità e irritualità nel quadro della riforma del processo societario di cui al d.lgs. n. 5 del 17 gennaio 2003*, in *Riv. dir. comm.*, 2005, 139; Gabrielli, *Clausola compromissoria e statuti sociali*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, 85; Sali, *Arbitrato e riforma societaria: la nuova clausola arbitrale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, 114; De Nova, *Controversie societarie: arbitrato societario o arbitrato di diritto comune?*, in *Contratti*, 2004, 847; Arieta-De Santis, *Diritto processuale societario*, cit., 593; Zucconi Galli Fonseca, *Commento sub art. 34*, in Carpi (a cura di), *Arbitrato societario*, Bologna, 2004, 1; Soldati, *La nuova clausola compromissoria statutaria*, in *Dir. e prat. soc.*, 2004, n. 16, 26; Luiso, *Appunti sull'arbitrato societario*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, 705; Carpi, *Profili dell'arbitrato in materia di società*, in *Riv. arb.*, 2003, 411; Biavati, *Il procedimento nell'arbitrato societario*, in *Riv. arb.*, 2003, 27; Ricci, *Il nuovo arbitrato societario*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2003, 523; Ruffini, *La riforma dell'arbitrato societario*, in *Corr. giur.*, 2003, 1524; Zucconi Galli Fonseca, *La convenzione arbitrale nelle società dopo la riforma*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2003, 929; Soldati, *Osservazioni a margine degli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie nella riforma del processo societario*, in questa *Rivista*, 2003, 791; Corsini, *L'arbitrato nella riforma del diritto societario*, in *Giur. it.*, 2003, 1285. Con riferimento alla possibile coesistenza di clausole arbitrali societarie e clausole arbitrali di diritto comune si veda: Guidotti, *C'è davvero disordine normativo in tema di arbitrato di diritto comune in materia societaria?*, in *Giur. comm.*, 2009, II, 1012; Cerrato, *Arbitrato societario: nuove conferme per il «doppio binario»*, in *Giur. it.*, 2007, 2240; Cerrato, *Arbitrato societario e doppio binario: una svolta?*, in *Giur. it.*, 2007, 907; Guidotti, *L'arbitrato di diritto comune dopo la riforma del diritto societario*, in *Not.*, 2005, 261; Recchioni, *L'arbitrato in materia societaria fra clausola compromissoria preesistente e ius superveniens*, in *Riv. arb.*, 2004, 771; Nela, *Oggetto ed effetti di clausole compromissorie statutarie*, in Chiarloni (diretto da), *Il nuovo processo societario*, cit., 933; Auletta, *La nullità della clausola compromissoria a norma dell'art. 34 D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5: a proposito di recenti (dis-)orientamenti del notariato*, in *Riv. arb.*, 2004, 361; Salafia, *Alcune questioni di interpretazione del nuovo arbitrato societario*, in questa *Rivista*, 2004, 1457.

(8) Trib. Milano 20 aprile 2009, in *Giust. a Milano*, 2009, 4, 30; Trib. Milano 12 marzo 2009, *ivi*, 2009, 4, 30; App. Milano 13 giugno 2008, in *Foro pad.*, 2008, 421; Trib. Trani 15 ottobre 2008, in *Giurisprudenzabarese.it*, 2008; Trib. Parma 11 aprile 2008, in *Dir. e prat. soc.*, 2009, 23; Trib. Salerno 12 aprile 2007, in *Giur. comm.*, 2008, 4, 865; Trib. Torino 6 ottobre 2006; App. Torino 4 agosto 2006, in *Corr. mer.*, 2006, 11, 1259; Trib. Milano 25 giugno 2005, in *Giur. it.*, 2006, 8-9, 1639; Coll. Arb. Genova 29 aprile 2005, in *Riv. arb.*, 2006, 169; Trib. Bari 24 gennaio 2005, in *Giurisprudenzabarese.it*, 2005; Trib. Udine 4 novembre 2004, in questa *Rivista*, 2005, 777; Trib. Latina 22 giugno 2004, in *Dir. e prat. soc.*, 2005, n. 2, 73; Trib. Trento 8 aprile 2004, in *Giur. mer.*, 2004, 1699; Trib. Trento 11 febbraio 2004, in *Nuovo dir.*, 2005, n. 4, 275.

(9) Amadei-Soldati, *Il processo societario. Prima lettura sistematica delle novità introdotte dal D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5*, II ed., Milano, 2004, 255.

(10) Verde, *Diritto dell'arbitrato rituale*, Tornio, 3 ed., 2006, 128; Dimundo, *Il mandato ad arbitrare, la capacità, la responsabilità*, cit., 466.

Note:

(7) Scognamiglio, *Impugnazione delle delibere assembleari e clausola arbitrale*, in questa *Rivista*, 2010, 194; Sarti, *La clausola compromissoria nelle società cooperative*, *ivi*, 2010, 77; Carbone, *Circolazione di quote sociali, clausola compromissoria e violazione della clausola di prelazione*, *ivi*, 2009, 1403; Gennari,

dalità di nomina degli arbitri contenute nel regolamento prescelto (11).

Inoltre, il disposto dell'art. 809, comma 3, c.p.c., permette di ovviare alle patologie dell'accordo arbitrale riscontrabili nell'indicazione di un numero pari di arbitri, ovvero nella mancata indicazione di un qualsivoglia numero di essi (12) che prima della riforma del 1994 costituivano motivo di nullità dell'accordo medesimo.

Secondo la normativa italiana, il numero degli arbitri deve essere dispari, tuttavia, nel caso in cui nell'accordo arbitrale le parti nominino un numero pari di arbitri, il terzo arbitro dovrà essere nominato nei modi previsti dall'art. 810 c.p.c., e cioè, mediante ricorso al presidente del tribunale (13). Qualora, invece, le parti non compiano alcuna indicazione sul numero degli arbitri, questo sarà di tre, i quali, in caso di diverso accordo delle parti o di mancata nomina, verranno designati facendo ancora una volta ricorso alla previsione dell'art. 810 c.p.c.

L'art. 34, comma 2, del decreto, sancendo la nullità dell'accordo che preveda la designazione degli arbitri ad opera delle parti, pur sacrificando il principio della libera e paritaria partecipazione delle stesse alla nomina degli arbitri, permette, comunque, di superare una problematica assai rilevante, costituita dalla potenziale presenza di una pluralità di parti in causa, oltre che a quella relativa alla terzietà dei membri del collegio arbitrale.

Infatti, come è noto, gli arbitri per la funzione *super partes* che sono chiamati a svolgere, funzione del tutto analoga a quella dei giudici togati, devono essere necessariamente neutrali, imparziali ed indipendenti rispetto alle parti in lite, a prescindere dal tipo di arbitrato prescelto.

Viepiù, la designazione degli arbitri ad opera delle parti in lite garantisce anche la paritaria partecipazione delle parti alla procedura (14).

Nondimeno, il nuovo meccanismo di composizione del collegio arbitrale nasconde alcune insidie in ordine alla validità delle clausole compromissorie contenute all'interno di statuti e atti costitutivi. Infatti, in base alla giurisprudenza ed alla opinione dominante in dottrina, la mancata previsione all'interno della clausola compromissoria statutaria della nomina degli arbitri da parte di un soggetto estraneo alla società comporta la nullità dell'intera clausola arbitrale, costringendo soci ed organi della società a rivolgersi all'autorità giudiziaria ordinaria per la risoluzione delle controversie, salvo addivenire ad un accordo per la stipulazione di un compro-

messo arbitrale, ovvero tentare la via della mediazione.

La validità della clausola compromissoria statutaria non conforme in arbitrato amministrato

Alla luce di quanto sopra, mentre, da una parte, si può affermare che la nullità della clausola compromissoria derivante dalla mancata attribuzione del potere di nomina degli arbitri ad un terzo estraneo rispetto alla società risulti insanabile, dall'altra parte, la mancata indicazione del numero e delle modalità di nomina degli arbitri portano semplicemente le parti a ricorrere ai meccanismi suppletivi ed integrativi forniti dal codice di rito (15), ovvero da quelli indicati nel regolamento prescelto, nell'ipotesi di arbitrato amministrato (16).

Proprio con riferimento all'arbitrato amministrato si rileva come alcune Camere arbitrali abbiano apportato di recente modifiche ai loro regolamenti, allo scopo di salvare dalla sanzione della nullità le clausole compromissorie statutarie che prevedono un arbitrato amministrato con indicazione delle modalità di nomina degli arbitri da effettuarsi ad

Note:

(11) Verde, *Diritto dell'arbitrato rituale*, cit., 129; Giovannucci Orlandi, *Commento sub art. 810 c.p.c.*, in Carpi (a cura di), *Arbitrato*, Bologna, 2001, 135.

(12) Carpi-Zucconi Galli Fonseca, *Numero e nomina degli arbitri*, in Carpi (a cura di), *Arbitrato*, cit., 127.

(13) Il provvedimento di nomina dell'arbitro dal parte del presidente del tribunale deve considerarsi di volontaria giurisdizione: Bernardini, *Il diritto dell'arbitrato*, Bari, 1998, 58; Briguglio, in Briguglio-Fazzalari-Marengo, *La nuova disciplina dell'arbitrato* cit., 61; Furno, *Alcune questioni in materia di arbitrato*, in *Giur. it.*, 1951, I, 2, 617; Allorio, *A proposito di non impugnabilità di provvedimento presidenziale di nomina di arbitro*, *ivi*, 1956, I, 2, 1082.

(14) Biavati, *Il procedimento nell'arbitrato societario*, in *Riv. arb.*, 2003, 31; Ricci, *Il nuovo arbitrato societario*, cit., 525-526, il quale afferma che «Poiché si è in presenza di una particolare forma di giustizia del gruppo organizzato, la garanzia dell'indipendenza dell'arbitro richiede che lo stesso sia scelto da soggetto estraneo all'organizzazione societaria. Si parte qui dall'idea che la controversia, pur svolgendosi tra soggetti ben determinati, possa in realtà coinvolgere direttamente o indirettamente l'interesse di tutti i membri del gruppo e il gruppo stesso come ente; e proprio per questo si diffida delle designazioni in qualche modo legate alla scelta compiuta da membri del gruppo o da suoi organi».

(15) Ciò risulta ulteriormente suffragato dalla modifica apportata al testo della bozza di decreto legislativo prima della sua approvazione definitiva, nella quale la sanzione della nullità era comminata anche da mancata indicazione del numero e delle modalità di nomina degli arbitri.

(16) In questo senso Biavati, *Il procedimento nell'arbitrato societario*, cit., 31; Zucconi Galli Fonseca, *La convenzione arbitrale nelle società dopo la riforma*, cit., 958.

opera delle parti, senza un rinvio diretto sul punto alle norme regolamentari che già di per sé sarebbero in grado di salvare la validità delle clausole compromissorie (17).

Il riferimento corre, in particolare, ai regolamenti della Camera arbitrale di Milano (18) e alla Camera arbitrale di Modena (19) il cui regolamento è stato oggetto di esame da parte del collegio giudicante nel caso di specie.

Infatti, entrambe le istituzioni, con disciplina simile, prevedono nei loro regolamenti che, anche in deroga a quanto eventualmente indicato all'interno della clausola compromissoria statutaria per la composizione dell'organo giudicante, l'arbitro unico o tutti gli arbitri vengano nominati dall'organo a ciò deputato all'interno della camera arbitrale.

Tale previsione consente, quindi, di superare ogni problema in ordine alla validità della clausola compromissoria statutaria non conforme poiché, con la scelta dell'arbitrato amministrato, le parti si spogliano del potere di nominare gli arbitri della controversia, lasciando tale incumbente all'istituzione adita e ciò indipendentemente dalla circostanza che la clausola compromissoria risulti o meno conforme al dettato del secondo comma dell'art. 34, D.Lgs. n. 5/2003.

Nella sentenza in commento, il Tribunale di Modena, denotando una profonda conoscenza della tematica, evidenzia anche come nell'arbitrato amministrato, a fronte di una successione di regolamenti arbitrali nel tempo, trovi applicazione il principio generale codicistico del c.d. *tempus regit actum* (20) con la conseguenza che dovrà tenersi conto dello *ius superveniens* e non, invece, della disciplina della successione delle leggi nel tempo di cui all'art. 11 delle disposizioni sulla legge in generale (21).

L'ultrattività della clausola compromissoria statutaria non conforme

Da ultimo, occorre evidenziare come in dottrina ed anche in giurisprudenza (22), siano state espresse opinioni favorevoli alla possibilità di sopravvivenza dell'arbitrato c.d. di diritto comune all'interno delle società, sia in modo assoluto per ogni società, che con riferimento alle sole società costituite prima dell'1 gennaio 2004, nella quali una clausola compromissoria contenuta all'interno dei patti sociali con conforme alla previsione del secondo comma dell'art. 34 sarebbe radicalmente nulla poiché in contrasto con i «principi destinati a regolare la materia del nuovo arbitrato societario» e nem-

meno potrebbe essere ritenuta valida come clausola di arbitrato di diritto comune.

Come è noto, tale dibattito, ha visto la luce dopo le prime pronunce dei tribunali di merito che hanno dichiarato la nullità di clausole compromissorie non conformi ai disposti dell'art. 34, comma 2 del decreto (23).

I sostenitori di questo orientamento affermano che la posizione giurisprudenziale, oggi dominante, e della gran parte della dottrina non coglierebbero a pieno la novità dell'arbitrato societario (24), pervenendo ad un risultato contraddittorio (25).

Infatti, secondo tale orientamento, l'intervento del legislatore delegato avrebbe innovato la disciplina del codice di procedura civile mediante l'introduzione di un arbitrato speciale che avrebbe quale sua caratteristica quella di integrare il modello organizzativo delle società di capitali, in quanto la decisione degli arbitri verrebbe ad inserirsi nella sequenza procedimentale del sistema delle decisioni societarie anche laddove la società non fosse parte della controversia.

La nuova disciplina dell'arbitrato societario nascente da clausola compromissoria statutaria riguar-

Note:

(17) Sali, *Arbitrato e riforma societaria: la nuova clausola arbitrale*, cit., 119-121; sul punto v. anche Gabrielli, *Clausole compromissorie e statuti sociali*, cit., 90-91.

(18) Art. 9, *Arbitrati regolati dalla legge italiana*.

(19) Art. 3, *Disposizioni generali*.

(20) Peralto, ribadito anche dalla stessa norma transitoria di cui al quarto comma dell'art. 27, D.Lgs. n. 40/2006, il quale prevede: «Le disposizioni degli articoli 21, 22, 23, 24 e 25 si applicano ai procedimenti arbitrali, nei quali la domanda di arbitrato è stata proposta successivamente alla data di entrata in vigore del presente decreto». L'articolo che introduce il nuovo art. 832 nel codice di rito è il 25.

(21) Barbieri, Bella, *Il nuovo diritto dell'arbitrato*, in Galgano (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, XLV, Padova, 2007, 52.

(22) App. Torino 18 settembre 2009, inedita; Trib. Bari 5 novembre 2007, in *Giur. mer.*, 2008, 1329; Trib. Bologna 25 maggio 2007, in *Guida dir.*, 2007, 45, 106; App. Torino 29 marzo 2007, in *Giur. it.*, 2007, 10, 2237; App. Torino 8 marzo 2007, *ivi*, 2007, 4, 906; Trib. Genova 7 marzo 2005, in *Corr. mer.*, 2005, 759; Trib. Torino 27 settembre 2004, in *Dir. e prat. soc.*, 2005, n. 10, 80.

(23) Trib. Trento 11 febbraio 2004, cit.; Trib. Trento 8 aprile 2004, cit.; Trib. Latina 22 giugno 2004, cit., si vedano anche gli articoli apparsi su *Il Sole 24 Ore*, 2 settembre 2004, *Doppia chance in arbitrato per le società*, e del 9 settembre 2004, *Arbitrato e società, la svolta è «piena»*.

(24) Salafia, *Il nuovo arbitrato societario ed altre questioni*, in questa *Rivista*, 2005, 99.

(25) Auletta, *La nullità della clausola compromissoria a norma dell'art. 34 D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5: a proposito di recenti (dis-)orientamenti del notariato*, cit., 361; Salafia, *Alcune questioni interpretative del nuovo rito societario*, cit., 1457.

derebbe solamente le controversie «che abbiano ad oggetto diritto disponibili relativi al rapporto sociale», dettando norme inderogabili ad hoc, quali la necessità per gli arbitri di decidere secondo diritto allorché «per decidere abbiano conosciuto di questioni non compromettibili ovvero quando l'oggetto del giudizio sia costituito dalla validità di deliberare assembleari» in base alla disposizione contenuta all'art. 36 del decreto, oppure l'obbligo di iscrizione al registro imprese in capo agli amministratori dei «dispositivi dell'ordinanza di sospensione e del lodo che decide sull'impugnazione» ai sensi dell'art. 35 del decreto, nonché disposizioni volte ad assicurare al giudizio arbitrale più soggetti attraverso interventi e chiamate in causa.

Alla luce di tali considerazioni, le nuove disposizioni non verrebbero, quindi, a sostituire il sistema disegnato dal codice di rito, ma ad esso si verrebbero ad affiancare, come del resto sarebbe stato evidenziato anche dalla relazione ministeriale al decreto legislativo (26), nella quale si legge che «la formulazione del testo contribuisce alla creazione di una compiuta *species* arbitrale, che si sviluppa senza pretesa di sostituire il modello codicistico (naturalmente ultrattivo anche in materia societaria) comprendendo numerose opzioni di rango processuale... che appaiono assolutamente funzionali alla promozione della cultura dell'arbitrato endo-societario» (27).

Tale ricostruzione appare senza dubbio corretta, però si mostra debole per sostenere la possibile coesistenza nell'ambito dei patti sociali di clausole di diritto comune e di clausole di diritto societario.

Infatti, la volontà espressa dal legislatore con la previsione di una creazione di una nuova *species* arbitrale che non vada a sostituire il modello codicistico, può essere anche, e forse più correttamente, interpretata nel senso che gli arbitrati nascenti da clausola compromissoria statutaria sono regolati dal codice di rito, laddove il decreto n. 5/2003 non sia venuto a dettare una specifica disciplina.

Ciò apparirebbe ulteriormente suffragato dal fatto che le nuove disposizioni degli art. 34, 35 e 36 del decreto toccano aspetti marginali del procedimento arbitrale, mentre l'ossatura di base rimane sempre quella del codice di rito (ad esempio, capacità ad essere nominati arbitri, ovvero istruzione probatoria e assunzione delle testimonianze) (28).

Più precisamente, sembra corretto evidenziare come la coesistenza di due differenti tipi di arbitrato in ambito societario non sia mai stata messa in discussione: infatti, esiste oggi un arbitrato socie-

rio nascente da clausola compromissoria statutaria ex art. 34 ed un arbitrato societario c.d. di «diritto comune» nascente da compromesso arbitrale regolato dai disposti del codice di procedura civile.

Peraltro, clausola compromissoria e compromesso costituiscono storicamente le due differenti fonti mediante le quali la parti di una controversia possono dare vita ad una procedura arbitrale.

Sul punto è stato, peraltro, giustamente rilevato come la forma tradizionale di arbitrato rimane «l'unica forma praticabile nelle società per azioni che ricorrono al mercato del capitale di rischio, alle quali espressamente l'art. 34 vieta l'applicazione della nuova forma, senza però inibire la loro facoltà di compromettere in arbitri tutte le controversie entro i limiti fissati dal codice di procedura civile» (29).

Tale orientamento appare avallato anche dalla lettura dell'art. 12 L.D. 3 ottobre 2001, n. 366 mediante il quale il governo era stato delegato a prevedere la possibilità di introdurre negli statuti clausole compromissorie anche in deroga agli artt. 806 e 808 c.p.c., nell'intento di ampliare l'arbitrabilità delle controversie in materia e, quindi, il ricorso allo strumento arbitrale per la risoluzione delle controversie.

La nuova previsione dell'art. 34 va proprio in questo senso, e, al pari di quanto previsto anche dal successivo art. 35, è venuta a creare un tipo di arbitrato societario nascente da clausola compromissoria statutaria ex art. 34 di gran lunga più praticabile rispetto a quello disciplinato dal codice di rito.

Ecco che, in questo modo, il legislatore delegato avrebbe dato, quindi, vita ad una compiuta *species* arbitrale che si verrebbe ad affiancare, senza pretesa di sostituirla, a quella codicistica riservata, dopo la riforma, al compromesso arbitrale (art. 806 c.p.c.) che può, comunque, sempre continuare ad essere utilizzato anche in presenza di clausola compromissoria statutaria, valida od invalida.

Note:

(26) Amadei, Soldati, *Il processo societario. Prima lettura sistematica delle novità introdotte dal D.Lgs. 17 gennaio 2003*, n. 5, cit., 255.

(27) Auletta, *La nullità della clausola compromissoria a norma dell'art. 34 D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5: a proposito di recenti (dis-)orientamenti del notariato*, cit., 363-364.

(28) Fatta salva l'ipotesi che, ai sensi dell'art. 816 c.p.c. le parti non abbiano previsto come regole della procedura quelle del nuovo processo societario.

(29) Salafia, *Il nuovo arbitrato societario e altre questioni*, cit., 99.

Infatti, in ambito societario le controversie deferite ad arbitri mediante la sottoscrizione di un compromesso arbitrale, non essendo stato questo oggetto di alcun intervento riformatore da parte del legislatore, continueranno necessariamente ad essere regolate dalle norme del codice di rito, al pari di tutte quelle controversie di natura *latu sensu* societaria che esulano dall'ambito di applicazione dell'art. 34 del decreto (30).

Considerazioni finali

In vero, le argomentazioni ora evidenziate a sostegno dell'ultrattività delle clausole compromissorie statutarie di diritto comune non appaiono convincenti.

In primo luogo, la *ratio* dell'art. 34, D.Lgs. n. 5/2003 e della legge delega era quella di aumentare le facoltà dei soci (31) e tale aumento è sicuramente stato realizzato attraverso la previsione di norme processuali ad hoc per l'arbitrato societario.

Ma se, al contrario, si sostenesse che sia ancora possibile utilizzare nell'ambito dei patti sociali clausole di diritto comune, tale *ratio* risulterebbe tradita, basti pensare, a titolo esemplificativo, all'impossibilità nella scelta dell'arbitrato di diritto comune, di chiedere agli arbitri provvedimenti cautelari (32).

La tesi del doppio binario, pur ispirata ad un'ampia libertà di scelta della forma di arbitrato da adottare, finirebbe, tuttavia, per ostacolare la riforma, facendo perdurare lo stato di inoperatività dell'istituto. Né, tanto meno, il «possono» di cui all'art. 34 non farebbe certo intendere una sopravvivenza dell'arbitrato di diritto comune, quanto piuttosto evidenzerebbe l'alternativa della «giurisdizione arbitrale» a quella ordinaria (33).

Il fatto che la clausola compromissoria possa essere introdotta nei patti sociali a discrezione dei soci è di palmare evidenza nel testo stesso dell'art. 34 del decreto laddove espressamente il legislatore ha ritenuto di fare uso del termine «possono» (34).

Peraltro, una diversa formulazione della norma, come forse qualcuno avrebbe sperato per maggiore chiarezza sistematica, con l'indicazione «devono», sarebbe stata palesemente incostituzionale, venendosi a configurare quella fattispecie costantemente perseguita dai giudici costituzionali e nota come arbitrato c.d. obbligatorio (35).

Ma se, in conclusione, i soci non intendano avvalersi di clausole compromissorie statutarie, in caso di controversia, potranno alternativemente rivolgere le proprie istanze all'autorità giudiziaria ordinaria (36), ovvero all'arbitrato di diritto comune na-

scente da compromesso, ovvero, ancora, alla mediazione ai sensi del D.Lgs. 5 marzo 2010, n. 28.

Note:

(30) Si fa riferimento alle controversie nascenti dal trasferimento di partecipazioni sociali (Carpi, *Profili dell'arbitrato in materia di società*, cit., 416; Nobili, *Conciliazione e arbitrato nelle controversie societarie*, in *Atti del Convegno su «Conciliazione e arbitrato nelle controversie societarie»*, Roma, 2003, 64) ed a quelle nascenti all'interno di patti parasociali (Chiarloni, *Appunti sulle controversie deducibili in arbitrato societario e sulla natura del lodo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2004, 133; Carpi, *Profili dell'arbitrato in materia di società*, cit., 411; Ricci, *Il nuovo arbitrato societario*, cit., 523; Ruffini, *La riforma dell'arbitrato societario*, cit., 1525; Corsini, *L'arbitrato nella riforma del diritto societario*, cit., 1290; *contra* Zucconi Galli Fonseca, *Commento sub art. 34*, in Carpi (a cura di), *Arbitrato societario*, cit., 5-6; Zucconi Galli Fonseca, *La convenzione arbitrale nelle società dopo la riforma*, cit., 935; Briguglio, *Conciliazione e arbitrato nelle controversie societarie*, in *Atti del Convegno su «Conciliazione e arbitrato nelle controversie societarie»*, in *Atti del Convegno su «Conciliazione e arbitrato nelle controversie societarie»*, Roma, 2003, 28-29).

(31) Come giustamente rileva anche Salafia, *Alcune questioni interpretative*, cit., 1458.

(32) Chiaramente nelle fattispecie previste dalla legge e con le relative caratteristiche.

(33) In questo senso: Trib. Parma 11 aprile 2008, cit.

(34) Tale opzione terminologica era quasi imposta proprio per scongiurare l'incostituzionalità della previsione laddove questa avesse potuto essere interpretata nel senso di un obbligo di inserzione di clausole compromissorie all'interno degli statuti.

(35) Da ultimo: Corte Cost. 8 giugno 2005, n. 221, in *Riv. arb.*, 2005, 515.

(36) Al riguardo ancora Salafia, *Alcune questioni interpretative*, cit., 1458, il quale rileva giustamente che «a questa situazione l'art. 34 non mostra di voler derogare, se non per quanto concerne la modalità di organizzazione del giudice arbitrale e la qualità del suo potere cognitivo e decisorio. Nel dettato legislativo non si rinviene alcuna espressione linguistica che possa essere intesa come diretta a consentire alle società commerciali di avvalersi in futuro, ove lo vogliano, solo della nuova forma arbitrale».