

QUESTIONE DI DIRITTO DELL'ARBITRATO

Autore: [Avv. Francesco Tedioli](#)

Publicato in *Studium Iuris*, 2005, fasc. 10, pagg. 1212-1214.

Se la mancata individuazione del soggetto estraneo alla società, al quale è attribuito il potere di nomina di tutti gli arbitri, renda nulla la clausola compromissoria contenuta nell'atto costitutivo della società?

Ai sensi dell'art. 34, comma II, D. Lgs. 17 gennaio 2003, n 5, la clausola compromissoria che devolva ad arbitri le controversie sociali deve conferire *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.*

L'individuazione normativa di un soggetto estraneo alla società appare giustificata dalla particolare *forma di giustizia* prescelta dal gruppo organizzato (RICCI, p. 525) che richiede una spiccata garanzia di indipendenza ed imparzialità dell'arbitro. Infatti le controversie (*tra soci ovvero tra soci e la società che abbiano ad oggetto diritti disponibili relativi al rapporto sociale; promosse da amministratori, liquidatori e sindaci ovvero nei loro confronti; aventi ad oggetto la validità delle delibere assembleari*), pur interessando soggetti determinati, possono coinvolgere, direttamente od indirettamente, l'intera compagine sociale o l'ente-società, sicché si è preferito sottrarre alle parti (organi sociali-soci) ogni potere di nomina (SASSANI e TISCINI, p. 70).

Secondo una diversa interpretazione (NELA, p. 966, ARIETA – DE SANTIS, § 158), la *ratio* della disposizione va individuata, invece, nella necessità di evitare tutti i problemi, di ordine pratico, che in passato affliggevano gli arbitrati con più di due parti o con un numero dispari di *poli di interesse* (su cui NELA², p. 472; SALVANESCHI, p. 458 ss.). Risultato, in particolare, ottenuto attribuendo al patto compromissorio efficacia nei confronti di tutti gli interessati.

La designazione di un *estraneo* va letta, inoltre, come espressa presa di posizione del legislatore in ordine all'illegittimità delle clausole compromissorie che attribuiscono la funzione di arbitro agli organi della società (compresi i sindaci - Cass. Civ., 21 giugno 1996, n. 5778 - ed i probiviri - Cass. Civ., 25 marzo 1998, n. 3136). Tali soggetti non sono estranei, difettano del requisito essenziale dell'imparzialità (su cui Cass. Civ., 29 novembre 1999, n. 13306), e, come tali, non possono nominare arbitri, né, *a fortiori*, esserlo.

Nel nuovo rito societario, dunque, terzo *designatore* può essere una persona fisica (determinata o determinabile – ad es. il presidente della camera di commercio, del tribunale, di un ordine professionale) ovvero un ente (pubblico, privato, associazione o gruppo di professionisti, Camera arbitrale...), purché totalmente estraneo alla società e, soprattutto, non coinvolto con gli interessi in conflitto (pertanto, non socio, amministratore, sindaco, o associazione di categoria). La sua nomina può essere introdotta o soppressa, nello statuto, con una delibera, approvata a maggioranza dei soci che rappresenti i 2/3 del capitale sociale. Sino al 31 dicembre 2004, essa poteva essere adottata dall'assemblea straordinaria a maggioranza semplice dei presenti.

Come si è avuto modo di dire, la clausola che non conferisca al terzo, ma a ciascuna delle parti in conflitto, il potere di nomina degli arbitri è nulla (a parere di CONSOLO, p. 1544, si tratta di scelta eccessiva *oltre che costituzionalmente opinabile*).

C'è da chiedersi cosa succeda, invece, in ipotesi di mancata indicazione del terzo estraneo. La nullità interessa la clausola compromissoria nel suo complesso o è possibile salvare la devoluzione ad arbitri voluta dalle parti, estendendo la portata letterale dell'art. 34, comma II, e, quindi attribuendo il potere di nomina al presidente del tribunale?

Nonostante parte della dottrina (LUISO, p. 717; ZUCCONI GALLI FONSECA, p. 957; D'ALESSIO) opti per la seconda soluzione, ritenendo che la *ratio* della disposizione non sia quella di imporre che la clausola individui il soggetto che deve procedere alla nomina ma soltanto di sottrarre alle parti tale potere, credo sia più corretta la prima opzione (così, anche, RUFFINI, p. 521).

Alla autorevole proposta (LUISO, p. 717) secondo la quale dovrebbe trovare applicazione il meccanismo sostitutivo di cui all'art. 1419, comma II, c.c., si può obiettare che non esiste una norma imperativa da sostituire, di diritto, alla previsione nulla. Non si può invocare l'intervento del presidente del tribunale del luogo ove la società ha la sede legale (come suggerito da BOVE, p. 489, testo e nota 55) che è previsto nella sola ipotesi, residuale e sostitutiva, in cui *il soggetto designato non provveda* (DALMOTTO, p. 1097, nt. 23), né applicare direttamente l'art. 809 c.p.c. che dispone la nomina dell'intero collegio da parte del presidente del tribunale del luogo ove è la sede legale dell'arbitrato (soluzione proposta da CORSINI, p. 1294 e da ZUCCONI GALLI FONSECA², p. 33)

Sul versante della *ratio*, attribuire il potere di nomina ad un giudice, per sanare la nullità di clausole che provengono dalla libera determinazione (o accettazione) delle parti *appare poco rispettoso dell'impostazione generale della nuova legge* (NELA, p. 969) che accentua *i profili privatistici del fenomeno di risoluzione delle controversie alternative alla giurisdizione* (ARIETA – DE SANTIS, § 158). In altre parole, svilirebbe l'importanza del terzo e delle parti nella sua nomina, *momento qualificante del modello di arbitrato societario*.

La nullità, pertanto, non può essere che totale e travolgere l'intera clausola (NELA, p. 969).

Va esclusa, altresì, la possibilità che l'arbitrato *speciale* si converta in arbitrato *comune* (*contra*, AULETTA, p. 341, il quale ritiene che la nullità della clausola compromissoria, per omesso deferimento ad un terzo del potere di nomina di tutti gli arbitri, non impedisca l'efficacia della stessa quale clausola compromissoria di diritto comune, *poiché contiene tutti i requisiti di sostanza e di forma del diverso contratto descritto nel codice di rito*).

A mio parere, l'unica forma di arbitrato configurabile, nelle controversie che rientrano nell'ambito dell'art. 34, comma I, D.Lgs. n. 5/2003, è quella disciplinata dalla normativa speciale, la quale opera in presenza di una clausola compromissoria inserita nello statuto o nell'atto costitutivo della società (è assolutamente escluso il compromesso arbitrale RICCI, p. 524; CHIARLONI, p. 124; WEIGMANN). La nuova disciplina ha, pertanto, natura esclusiva di altri concorrenti riti arbitrali e non può convivere con la disciplina codicistica (salvo nei casi in cui quest'ultima svolga una funzione integrativa di eventuali lacune).

In altre parole, le clausole compromissorie preesistenti devono essere necessariamente sostituite ed adeguate, pena la loro invalidità, con la disciplina prevista dal nuovo rito societario (v. l'orientamento del Consiglio Notarile di Milano, riassunto in *Clausole arbitrali falciate dalla riforma*, in *Il Sole 24 Ore*, 7 marzo 2004, p. 20; CARPI, p. 29; ZUCCONI GALLI FONSECA, p. 968. *Contra*, NELA, p. 932; AULETTA², p. 364. In giurisprudenza: Trib. Trento, ordinanza 8 aprile 2004, in *Le Società*, 2004, p. 996 e Tribunale Latina, *sent.*, 22 giugno 2004. *Contra*, Trib. Torino, *sent.*, 27 settembre 2004, in www.ipsoa.it/lesocieta).

Il principio opera anche per le clausole *di nuova generazione* che non possono continuare ad applicare principi difformi dell'arbitrato di *diritto comune* (CORSINI, p. 1286).

Gran parte della dottrina (SALAFIA; NELA, p. 932; AMADEI e SOLDATI, p. 133; BIAVATI, p. 33) si schiera, però, per la soluzione opposta, anche nell'ipotesi di compromesso, sottoscritto dalle parti a lite insorta (MORLEO, p. 107 e RUFFINI, p. 497, MORELLINI, AULETTA², p. 365, il quale richiama l'opinione del legislatore delegato, espressa, senza dubbi, nella relazione, secondo cui *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*).

A mio avviso, però, ammettere l'arbitrato previsto dal codice di rito, in materia societaria, comporterebbe l'inevitabile elusione delle rilevanti novità introdotte (quali, ad esempio, oltre a quella in commento, la possibilità di decidere, incidentalmente, su materia non compromettibile, il regime impugnatorio del lodo, il potere cautelare degli arbitri in tema di sospensione delle delibere assembleari) e non terrebbe conto dell'art. 35 che sancisce l'inderogabilità del procedimento. Ritengo, pertanto, che debba rimanere ferma la giurisdizione del giudice ordinario anche nel caso in cui, per difetto di adeguamento o per volontà contraria, nello statuto, nell'atto costitutivo, in un compromesso o in una clausola compromissoria successiva, non venga direttamente indicato il terzo designatore.

[Nota bibliografica] ARIETA-DE SANTIS, *Diritto processuale societario*, Padova 2004; AMADEI e SOLDATI, *Il processo societario. Prima lettura sistematica delle novità introdotte dal d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5*, Milano, 2003, p. 133; AULETTA, *sub. art. 34*, in SASSANI (a cura di) *La riforma delle società*, Torino 2003, pag. 341; AULETTA², *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 *R. arb.* 2004, p. 361 ss; BIAVATI, *Il procedimento nell'arbitrato societario*, in *R. arb.* 2003, p. 27 ss; BOVE, *L'arbitrato nelle controversie societarie*, in *Giust. civ.* 2003, II, p. 437 ss; BRIGUGLIO, *Conciliazione ed arbitrato nelle controversie societarie*, in www.judicium.it; CARPI, *Profili di arbitrato in materia di società*, in *Riv. trim. d. proc. civ.* 2003, p. 29; CHIARLONI, *Appunti sulle controversie deducibili in arbitrato societario e sulla natura del lodo*, in *Riv. trim. d. proc. civ.* 2004, p. 124 ss.; CONSOLO, *Esercizi imminenti sul c.p.c.: metodi asistemati e penombre*, in *Corr. giur.* 2002, p. 1541 ss; CORSINI, *L'arbitrato nella riforma di diritto societario*, in *G. it.* 2003, p. 1285 ss; D'ALESSIO, *I procedimenti in materia societaria, bancaria e finanziaria - D.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 - L'arbitrato*, in www.ipsoa.it/sonline; DALMOTTO, *sub. art. 41 D. Lgs. 5/2003*, in *Il nuovo processo societario, commentario diretto da Sergio Chiarloni*, 2004, p. 1088 ss; DE NOVA, *Controversie societarie: arbitrato societario o arbitrato di diritto comune?*, in *I Contratti* 2004, p. 847 ss; FAZZALARI, *L'arbitrato nella riforma di diritto societario*, in *R. arb.* 2002, p. 443; FIECCONI, *Il nuovo procedimento arbitrale societario*, in *Corr. giur.* 2003, p. 971 ss; GALLETTO, *L'arbitrato del diritto societario: cosa cambia con la Riforma*, in *Foro pad.* 2003, II, p. 46; LUISO, *Appunti sull'arbitrato societario*, in *R. d. proc.* 2003, p. 705 ss; MICCOLIS, *Arbitrato e Conciliazione nella riforma del processo societario*, in www.judicium.it; MORELLINI, *Le parti e l'oggetto dell'arbitrato societario: spunti di riflessione*, in www.ipsoa.it/lesocieta; MORLEO, *L'arbitrato e la conciliazione nel d.lgs n. 5/2003. Spunti di riflessione sulle controversie in ambito cooperativo*, in *Cooperative e consorzi* 2002, p. 101 ss.; NELA, *sub. art. 34 D. Lgs. 17.01.2003, n. 5*, in *Il nuovo processo societario, commentario diretto da Sergio Chiarloni*, 2004, p. 418 ss, spec. § 7; NELA², *In tema di forma della nomina di arbitri, di invalidità del lodo rituale e di ratifica della nomina*, in *G. it.* 2003, p. 472 ss.; RICCI, *Il nuovo arbitrato societario*, in *Riv. trim. d. proc. civ.* 2003, p. 517 ss; RUFFINI, *Il nuovo arbitrato per le controversie societarie*, in *Riv. trim. d. proc. civ.* 2004, p. 495 ss. e in *La riforma dell'arbitrato societario*, in *Corr. giur.* 2003, p. 1526 ss; SALAFIA, *L'arbitrato societario secondo il D.Lgs n. 5/2003: alcune questioni di interpretazione*; in www.ipsoa.it/lesocieta; SALVANESCHI, *L'arbitrato con pluralità di parti (una pluralità di problemi)*, in *Riv. d. proc.* 2002, p. 458 ss.; SASSANI e TISCINI, *Il nuovo processo societario. Prima lettura del D.Lgs. n. 5 del 2003*, in *Giust. civ.* 2003, II, p. 70; SILINGARDI, *L'arbitrato in materia societaria e la linea di maggior rigore*, in *Giur. comm* 1986, II, p. 26; WEIGMANN, *Le clausole compromissorie "statutarie" nelle società di capitali*, relazione convegno AGAT, Associaz. Giovani Avvocati Torino, Torino, 14 marzo 2003; ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione arbitrale nelle società dopo la riforma*, in *Riv. trim. d. proc. civ.* 2003, p. 929 ss; ZUCCONI GALLI FONSECA², *sub. art. 34 D.lgs 17 gennaio 2003, n. 5*, in CARPI (a cura di) *Arbitrato societario*, Bologna 2004.

[FRANCESCO TEDIOLI]