

L'arbitrato societario alla luce della riforma

a cura di NICOLA SOLDATI



ISTITUTO PER LO STUDIO E LA DIFFUSIONE DELL'ARBITRATO
E DEL DIRITTO COMMERCIALE INTERNAZIONALE

La produzione normativa in tema di arbitrato ha dato alla luce negli ultimi quattro anni a due interventi di grande spessore e portata.

Il primo dei due interventi è stato quello contenuto nel d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 recante la disciplina del processo societario che ha introdotto nuove disposizioni in tema di arbitrato (artt. 34-37), in virtù della delega contenuta nella l. n. 366 del 2001. In base a tali disposti, a fare tempo dal 1° gennaio 2004 gli atti costitutivi delle società, ad eccezione di quelle che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, a norma dell'articolo 2325-bis c.c., possono, mediante clausole compromissorie, prevedere la devoluzione ad arbitri di alcune, ovvero di tutte le controversie insorgenti tra i soci, ovvero tra i soci e la società che abbiano ad oggetto diritti disponibili relativi al rapporto sociale.

Il secondo intervento, contenuto nel d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40 in attuazione alla l. 14 maggio 2005, n. 80, che è stato organicamente più complesso ed articolato tanto da potersi definire come la terza riforma dell'arbitrato, ha avuto un'incidenza sia sistematica che sostanziale attraverso l'introduzione di 14 nuovi articoli ed una profonda rivisitazione, sia nel contenuto, che nella rubrica dei previgenti articoli del codice di rito.

Pertanto, alla luce di questi interventi normativi, si può senz'altro affermare che nelle controversie societarie, ci si viene a trovare 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 dell'istituto.

Nell'arbitrato societario (1) i punti di maggiore novità ed interesse sono rappresentati dalle controversie arbitrabili, dal meccanismo di nomina degli arbitri, dalla possibilità per gli stessi di emettere provvedimenti cautelari e dall'intervento nonché dalla chiamata in causa del terzo.

Come è noto, la giurisprudenza è sempre stata costante nell'affermare che per stabilire se le controversie insorgenti tra soci e tra soci e società possano formare oggetto di compromesso, occorre fare riferimento agli interessi coinvolti, vale a dire se questi riguardino i soci come singoli, oppure si riferiscano unicamente alla società tutelata dalla legge in quanto tale; nel primo caso la controversia è liberamente arbitrabile, sulla base del presupposto che ogni socio può disporre liberamente dei diritti oggetto della disputa, mentre nella seconda ipotesi l'ar-

bitrabilità è rigidamente negata a causa dell'indisponibilità del diritto coinvolto. Sul punto, il decreto si è limitato a precisare che non possono essere compromesse in arbitri le controversie per le quali la legge preveda l'intervento obbligatorio del Pubblico Ministero.

In ogni caso, appare evidente, pur senza eccessi di entusiasmo, l'intenzione di superare, in determinati settori, gli ostacoli fino ad oggi imposti dalla disponibilità del diritto controverso ai fini della arbitrabilità della questione sottoposta al giudizio degli arbitri, che ha costituito e costituisce il principale ostacolo della diffusione dell'arbitrato in materia societaria.

Sempre in quest'ottica, allo scopo di ampliare il novero delle controversie arbitrabili ex clausola compromissoria, l'art. 34 comma 1, anche in considerazione dei vincoli imposti dalla legge delega, pone come presupposto dell'arbitrabilità che l'oggetto principale della controversia debba essere disponibile. Il comma 5 dell'articolo in parola, che fornisce un chiarimento della previsione contenuta nel comma 1, afferma che «non possono essere oggetto di clausola compromissoria le controversie nelle quali la legge preveda l'intervento obbligatorio del Pubblico Ministero». Quindi, la previsione del quinto comma costituisce una specificazione di quella contenuta al primo, con la conseguenza che devono ritenersi non arbitrabili, benché aventi ad oggetto materie disponibili, tutte le controversie che prevedano l'intervento obbligatorio del Pubblico Ministero, proprio alla luce della considerazione che l'intervento di quest'ultimo non è di per sé in grado di sottrarre alle parti il diritto di disporre del diritto che forma oggetto della relativa controversia.

Al fine di ampliare l'ambito della cognizione degli arbi-

Nota:

(1) Riccio, *La sorte delle vecchie clausole compromissorie societarie dopo l'entrata in vigore dell'art. 34, comma 2°, d. lgs. n. 5 del 2003*, in *Contratto e impresa*, 2006, 5; Corsini, *La nullità della clausola compromissoria statutaria e l'esclusività del nuovo arbitrato societario*, in *Giur. comm.*, 2006, I, 809; Soldati, *Le clausole compromissorie nelle società commerciali*, Milano, 2005; 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; Salvaneschi, *L'oggetto del nuovo diritto societario*, in *Studi in onore di Giuseppe Tarzia*, III, Milano, 2005, 2207; Ghirga, *Gli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie nel quadro della riforma del diritto societario*, *ivi*, 2006; Santoni, *Le clausole compromissorie nella riforma del diritto societario*, in *Studium iuris*, 2005, 51; Morrellini, *Le parti e l'oggetto dell'arbitrato societario*, in *Società*, 2005, 79; Picaroni, *L'arbitrato nella riforma societaria*, *ibidem*, 495.

tri, come si legge nella relazione al decreto, ed in base alla previsione contenuta all'art. 35 comma 1, questi possono conoscere nel corso del procedimento *incidenter tantum* questioni non compromettibili, anche alla luce delle novellate disposizioni contenute all'art. 819 c.p.c. In tali ipotesi, al fine di evitare effetti potenzialmente pregiudizievoli nei confronti di soggetti terzi rispetto alla società, ovvero rispetto a soci che non costituiscono parte sostanziale della controversia insorta, il legislatore ha previsto all'art. 35 comma 3, che, qualora gli arbitri nella loro decisione abbiano conosciuto di questioni non compromettibili, ovvero l'oggetto del giudizio sia costituito dalla validità di delibere assembleari, la decisione, anche in deroga a quanto previsto per l'arbitrato internazionale, dovrà essere resa dagli arbitri secondo diritto ed il loro sarà impugnabile anche per violazione di legge ai sensi dell'art. 829 comma 2 c.p.c.

Il secondo aspetto di novità dell'arbitrato societario oggetto di particolare interesse è costituito dal meccanismo di nomina degli arbitri nelle controversie nascenti da clausola compromissoria statutaria. Questo tema è stato oggetto di numerosi interventi dottrinali e giurisprudenziali, questi ultimi così variegati che è lecito affermare che, fino ad ora, gli arresti formati hanno avuto modo di esprimersi in almeno quattro modi diversi in ordine alla validità delle clausole compromissorie contenute all'interno degli statuti delle società (2).

Come è noto, l'art. 34 comma 2 del decreto impone, infatti, che la clausola compromissoria contenuta negli atti costitutivi delle società debba 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».

La codificazione di un nuovo meccanismo di nomina risulta essere nettamente differente rispetto a quello dettato dal codice di rito, anche dopo la recente novellazione, tanto che è stato espressamente affermato nella relazione di accompagnamento al decreto che il legislatore abbia voluto dare vita ad una vera e propria *species* di clausola arbitrale in ambito societario la quale, senza dubbio si pone in netto contrasto con lo storico meccanismo di composizione dell'organo giudicante nell'ambito del codice di rito con riferimento all'arbitrato c.d. di diritto comune.

In virtù di una interpretazione rigidamente letterale, che, peraltro, appare la più corretta e conforme agli orientamenti della giurisprudenza maggioritaria fino ad oggi sviluppatasi, sia di primo che di secondo grado, la mancata previsione all'interno della clausola compromissoria statutaria della nomina degli arbitri ad opera di un soggetto estraneo alla società, prevista sotto pena di nullità, comporta la nullità dell'intera clausola arbitrale, costringendo soci ed organi della società a rivolgersi all'autorità giudiziaria ordinaria per la risoluzione delle

controversie, fatta salva, evidentemente, la possibilità di trovare un accordo, una volta insorta la lite, per la stipulazione di un compromesso arbitrale.

Appare di palmare evidenza che la nullità dell'intera clausola arbitrale, a seguito del mancato rispetto del meccanismo di nomina degli arbitri, può apparire una sanzione oltremodo penalizzante, e contraria al *favor* arbitrati che traspare dai nuovi disposti, tuttavia l'evidente intento del legislatore di fornire una soluzione definitiva alle problematiche relative alla plurisoggettività delle controversie sociali, ha avuto giustamente il sopravvento nella codificazione dei nuovi disposti.

A seguito dell'orientamento dominante in giurisprudenza sopraccitato, una parte della dottrina ha elaborato una propria teoria in base alla quale, nonostante l'intervento del legislatore della riforma in materia, la clausola compromissoria contenuta all'interno degli statuti che non demandi ad estranei la nomina degli arbitri sarebbe pienamente valida come clausola arbitrale di diritto comune: tale circostanza ha comportato inevitabilmente dubbi di grande portata con conseguenze pratiche sull'utilizzabilità dello strumento arbitrale in ambito societario.

In questo senso, al fine di evitare la sanzione delle nullità in capo alle clausole compromissorie statutarie non conformi al dettato del comma 2 dell'art. 34 del decreto sarebbe sufficiente un intervento legislativo di minima portata che lascerebbe immutato il disegno del legislatore della riforma e sarebbe, altresì, pienamente conforme alla legge delega.

Infatti, sarebbe sufficiente prevedere che, in caso di nullità della clausola compromissoria che demanda la no-

Nota:

(2) App. Torino, 7 luglio 2006, in *Dir. e prat. soc.*, 8, 2006, con nota di Soldati, *Clausole compromissorie statutarie nel periodo transitorio del rito societario*; Trib. Ravenna, 13 febbraio 2006, in *Merito*, 2006, 10, 10, con nota di Fabbri, *La validità della clausola compromissoria e la riforma del diritto societario*; Trib. Milano, 9 novembre 2005 e Trib. Forlì, 4 novembre 2005, entrambi in *Società*, 2006, 749, con nota di Senini, *Validità delle clausole compromissorie e regime transitorio*; Trib. Milano, 7 luglio 2005, in *Società*, 2005, con nota di Soldati, *Estraneità dell'autorità di nomina e clausola compromissoria statutaria*; Trib. Bologna, 27 ottobre 2005, *inedita*; Trib. Milano, 25 giugno 2005, *ivi*, 2006, 749; Trib. Milano, 4 maggio 2005, in *Giur. it.*, 2005, 1653; Trib. Bologna, 13 aprile 2005, *inedita*; Trib. Genova, 7 marzo 2005, in *Corr. merito*, 2005, 759; Trib. Biella, 28 febbraio 2005, in *Giur. it.*, 2006, I, 101, con nota di Nela; Trib. Bari, 24 gennaio 2005, in *www.giurisprudenzabarese.it*; Trib. Lucca, 11 gennaio 2005, in *www.ilcaso.it*; Trib. Catania, 26 novembre 2004, in *Nuovo dir.*, 2005, 721, con nota di Soldati, *Nomina degli arbitri nell'arbitrato societario ex art. 34 d. lgs.*, n. 5 del 2003; Trib. Udine, 4 novembre 2004, in *Società*, 2005, 777, con nota di Soldati, *Clausole compromissorie statutarie e questioni di diritto transitorio*; Trib. Torino, 27 settembre 2004, in *Dir. e prat. soc.*, 2005, n. 10, 80, con nota di Soldati, *Validità della clausola compromissoria statutaria nel periodo transitorio*; Trib. Latina, 22 giugno 2004, in *Dir. e prat. soc.*, 2005, n. 2, 73, con nota di Soldati, *Nullità della clausola compromissoria statutaria a seguito di mancato adeguamento*; Coll. Arb. Biella, 24 maggio 2004, in *Riv. arb.*, 2004, 767, con nota di Recchioni, *L'arbitrato in materia societaria fra clausola compromissoria preesistente e ius superveniens*; Trib. Trento, 8 aprile 2004, in *Giur. merito*, 2004, 1699; Trib. Trento, 11 febbraio 2004 in *Nuovo dir.*, 2005, n. 4, 275, con nota di Soldati, *Ambito di applicazione dell'arbitrato societario ex art. 34 del D.Lgs n. 5/2003 e disciplina transitoria*.

mina degli arbitri a soggetti non estranei alla società, la nomina degli arbitri sia sempre di competenza del presidente del tribunale, con una nuova formulazione del seguente tenore: «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, o la clausola compromissoria sia nulla, la nomina è richiesta al Presidente del Tribunale del luogo in cui la società ha la sede legale».

Mediante una novellazione di tale guisa normativa sarebbe definitivamente risolto il problema dell'accesso alla giustizia arbitrale e degli effetti dell'invalidità delle clausole compromissorie statutarie contenute all'interno degli atti costitutivi e degli statuti delle società.

Il terzo aspetto di novità è rappresentato dalla disposizione contenuta all'interno del comma 2 dell'art. 35 (3), il quale prevede che nel procedimento arbitrale, nato a seguito di clausola compromissoria ex art. 34 del decreto, fino alla prima udienza di trattazione è ammesso l'intervento del terzo a norma dell'art. 105 c.p.c. Altresì, è prevista, sempre entro il medesimo limite, la chiamata in causa di altri soci, ai sensi degli artt. 106 e 107 c.p.c. (4) Attraverso l'introduzione di queste norme viene ulteriormente dipanato il problema della potenziale plurisoggettività di una controversia societaria che tanti problemi aveva creato alla diffusione ed utilizzazione dell'arbitrato in questa materia. Due sono gli aspetti che, a seguito della riforma del processo societario, risultano superati in tema di chiamata in causa del terzo, e conseguente, vengono a differenziare il rito societario da quello ordinario: il primo è costituito dal fatto che soci e società sono vincolati alla clausola arbitrale, mentre nel rito ordinario il terzo non è legato da alcun patto compromissorio che lo vincoli a partecipare alla procedura arbitrale. Il secondo è dato dalla previsione che tutti gli arbitri siano nominati da un soggetto estraneo alla società, superandosi, in questo modo, l'impossibilità per il chiamato di procedere paritariamente alla nomina del collegio arbitrale.

Benché il dato testuale della norma contempli solamente la chiamata in causa del socio, è possibile ritenere che anche la società possa essere chiamata in causa, su istanza di parte o d'ufficio da parte degli arbitri, in una controversia sorta tra i soci o tra soci ed organi della società (5).

Per quanto attiene all'intervento del terzo, appare evidente che la legittimazione sia posta in capo alla società, ai suoi organi ed ai soci. D'altro canto, non è possibile escludere *in toto* la possibilità che ad intervenire possa essere un terzo soggetto, non rientrante tra quelli ora indicati, che conseguentemente non è nemmeno legato alla società da un vincolo compromissorio e che, pertanto, si trova in una posizione al di fuori dall'ambito di applicazione soggettiva dell'accordo arbitrale.

Al fine di evitare che l'intervento volontario del terzo o la chiamata in causa su richiesta di una parte, ovvero ad opera degli arbitri possa arrecare affetti pregiudizievoli

con riferimento al rispetto del termine per la pronuncia del lodo, molto giustamente, l'ultima parte del secondo comma prevede la possibilità di proroga del termine ad opera degli arbitri medesimi, ai sensi dell'art. 820 comma 2, per una sola volta e per non più di 180 giorni c.p.c., in mancanza di una proroga concessa dalle parti.

Ultimo, ma non ultimo, in termini di novità e di importanza è il quarto aspetto relativo al c.d. nuovo potere cautelare degli arbitri.

Al riguardo preme evidenziare come l'art. 35 contenga una previsione esplicita, peraltro già contenuta all'art. 669-*quinquies* c.p.c., della possibilità in capo alle parti di fare ricorso alla tutela cautelare anche nell'ambito di una procedura arbitrale irrituale. La nuova previsione deve essere letta come una dimostrazione del legislatore di volere procedere ad un superamento della distinzione tipicamente italiana tra i due tipi di arbitrato, già in parte espressa dalla Suprema Corte in recenti sentenze (6), con nota con le quali si era venuto ad affermare che l'arbitrato rituale, alla pari di quello irrituale, ha natura privata, «*configurandosi sempre la devoluzione della controversia ad arbitri come rinuncia all'azione giudiziaria ed alla giurisdizione dello Stato e come opzione per la soluzione della controversia sul piano privatistico, secondo il «dictum» di soggetti privati*», nonché di procedere alla introduzione di strumenti che siano promozionali all'uso dell'arbitrato endosocietario.

Alla luce della nuova disciplina, agli arbitri sarà affidato il potere di sospendere, con ordinanza non reclamabile, l'efficacia della delibera assembleare impugnata innanzi a loro. La non reclamabilità del provvedimento cautelare disposto dagli arbitri, che, di fatto, esclude ogni intervento dell'autorità giudiziaria ordinaria nel processo arbitrale, si spiega in ragione del fatto che tale misura cautelare è sostanzialmente autoesecutiva e non è destinata ad esecuzione coattiva in senso proprio, talché, dal punto di vista sistematico, appare pienamente condivisibile la forma dell'ordinanza e la corrispondente non necessità di omologazione.

Il potere cautelare, concesso agli arbitri limitatamente alla impugnazione delle delibere assembleari (7), rientra tra

Note:

(3) Come modificato dall'avviso di rettifica pubblicato in G.U. 9 settembre 2003, n. 209.

(4) Disposizione analoga in merito all'intervento di terzi nel procedimento arbitrale è contenuto nel nuovo art. 816-*quinquies* c.p.c. introdotto dalla riforma del 2006.

(5) Il riferimento è alla previsione contenuta all'art. 2393-*bis* c.c., la c.d. «azione di responsabilità» proposta dalle minoranze nei confronti degli amministratori. I soci che rappresentano la soglia minima di capitale necessario per la proposizione dell'azione, in base al comma 3, devono chiamare in causa anche la società.

(6) Cass., 13 aprile 2001, n. 5527, in *Mass. Giust. civ.*, 2001, p. 786; Cass., Sez. Un., 3 agosto 2000, n. 527, in *Riv. arb.*, 2000, 699.

(7) Per gli altri provvedimenti cautelari in materia societaria occorrerà fare riferimento alla disciplina dettata dagli artt. 23 e 24 del decreto n. 5 del 2003.

quei poteri che per lungo tempo gli operatori del settore hanno cercato di conferire agli arbitri per rendere il loro ruolo più forte e maggiormente incisivo dal punto di vista operativo, rispetto all'attuale posizione caratterizzata dalla completa assenza di poteri di *imperium* (8). Infatti, come giustamente sostenuto, l'assenza di potere di *imperium* nel corso del procedimento arbitrale non impedisce, comunque, agli arbitri, sulla base del mandato loro conferito, di andare ad incidere, vieppiù in misura anche considerevole, sulla sfera giuridica delle parti medesime con la loro decisione finale ed in modo definitivo, mentre non lo possano fare *medio tempore* in costanza di procedura arbitrale.

È chiaro che, anche a seguito dell'intervento della riforma, gli arbitri rimangono sprovvisti di strumenti di coercizione nei confronti delle parti inottemperanti nei con-

fronti del loro *dictum* cautelare, proprio alla luce della non coercibilità della misura emessa.

In conclusione, mentre da un lato si può affermare che la novella dell'arbitrato ha inciso in misura marginale sui disposti dell'arbitrato societario contenuti all'interno del d.lgs. n. 5 del 2003, dall'altro, l'arbitrato societario e, in particolare, alcune sue «innovazioni» hanno oggi trovato supporto e conferma anche all'interno del codice di rito: in ogni caso, i nuovi disposti codicistici pervadono anche le procedure arbitrali societarie in virtù del fatto che l'arbitrato societario inevitabilmente attinge per la sua completa e compiuta disciplina dal codice di procedura civile.

Nota:

(8) Confermata anche dalla novella dell'arbitrato del 2006.

LIBRI



CODICE DEL LAVORO E DELLA PREVIDENZA

di Franco Carinci e Michele Miscione

Il volume fornisce una ricca selezione della normativa in tema di diritto del lavoro e della previdenza, delle disposizioni in materia contenute nei **codici civile, penale e di procedura** e della **legislazione comunitaria**, con segnalazioni sui rapporti ed intrecci tra norme per risolvere problemi di correlazioni ed abrogazioni implicite. I testi sono **aggiornati** con le ultime modifiche intervenute, tra cui la "**Legge finanziaria**

2007" e la nuova normativa su **TFR e fondi pensione**.

Ipsoa 2007, Euro 22,00

Per informazioni

- **Servizio Informazioni Commerciali**
(tel. 02.82476794 - fax 02.82476403)
- **Agente Ipsoa di zona**
(www.ipsoa.it/agenzie)
- **www.ipsoshop.ipsoa.it**