

Clausola compromissoria

Un problema cruciale per il “buon andamento” della giustizia arbitrale societaria: la redazione della clausola compromissoria

di Stefano A. Cerrato (*)

Spesso accade che gli arbitri si trovino a fronteggiare eccezioni di parte o questioni procedurali che hanno origine da una imprecisa, imperfetta o addirittura erronea formulazione della convenzione arbitrale. In questo contributo l'Autore esamina, anche con l'ausilio di alcuni esempi concreti, le principali criticità che si rinvengono nei patti compromissori e suggerisce accorgimenti di buona tecnica redazionale.

Arbitrators are often challenged with exceptions or procedural issues arising from imprecise, imperfect or even erroneous wording of the arbitration agreement. In this contribution, the Author examines, also by means of some concrete examples, the main critical issues in arbitration agreements and suggests some good drafting techniques.

La disciplina “sostanziale” applicabile all’arbitrato societario: un fantasioso patchwork di norme

La clausola compromissoria gode di un singolare regime giuridico, essendo ad un tempo istituto di

diritto sostanziale frutto di autonomia privata, e fonte di effetti processuali (1). In essa dunque si condensano non solo problemi tipici della materia dei contratti ma anche temi di diritto processuale dell’arbitrato, di cui la clausola stessa è regolatore (si

(*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un referee.

(1) Diceva bene F. Messineo, *Dottrina generale del contratto*, III ed., Milano, 1951, 417, che la clausola compromissoria (come anche il compromesso, ma di esso qui non ci si occupa se non in misura marginale) è, prima che uno strumento processuale, un istituto del diritto civile, e più esattamente “una clausola (di contenuto processuale), inserita fra le clausole di diritto sostanziale, che formano il contenuto normale del contratto”. Sul carattere sostanziale della clausola, per tutti, C. Punzi, *Disegno sistematico dell’arbitrato*, II ed., I, Padova, 2012, 319 ss.; R. Aloisio, *Arbitrato. Natura giuridica*, in AA.VV. (a cura di), *Dizionario dell’arbitrato*, Torino, 1997, 4 s.; R. Vecchione, *L’arbitrato nel sistema del processo civile*, Milano, 1971, 190 ss. e 275; G. Schizzerotto, *Dell’arbitrato*, II ed., Milano, 1982, 125 ss.; S. Satta, *sub art. 808*, in *Comm. proc. civ.* Satta, IV, Milano, 1971, 221 ss. Anche chi, come Giuseppe Chiovenda, sembrava discorrere di “contratto processuale”, chiariva invero che in sé la convenzione arbitrale non è atto processuale ma contratto: G. Chiovenda, *Principi di diritto processuale civile*, III ed., Napoli, 1923, 106. In giurisprudenza, la questione ha avuto particolare sviluppo soprattutto con riferimento agli arbitrati esteri: risale a Cass. Civ., SS.UU., 2 marzo 1964, n. 466, in *Foro it.*, 1964, 744 ss., l’affermazione che la convenzione arbitrale ha natura di “negozio tra vivi”. La natura contrattuale del patto compromissorio implica

che le disposizioni relative al procedimento arbitrale in esso contenute “resistano” ad eventuali modifiche delle norme processuali sopravvenute e dunque si applichino anche successivamente a queste, salvo che in caso di espressa retroattività della nuova norma o di statuizione di sopravvenuta invalidità della precedente. È questo il precipitato del trittico di sentenze, Cass. Civ., SS.UU., 9 maggio 2016, n. 9284; Cass. Civ., SS.UU., 9 maggio 2016, n. 9285 e Cass. Civ., SS.UU., 9 maggio 2016, n. 9341, in *Giur. arb.*, 2016, 378 ss., con nota di S.A. Cerrato, *Quando Ponzio Pilato siede in piazza Cavour: il caso della retroattività “fittizia” del nuovo art. 829, comma 3, c.p.c. (con una “divagazione” in tema di arbitrato societario)*, che, occupandosi dello specifico profilo del regime di impugnazione del lodo reso in base ad una clausola compromissoria antecedente al D.Lgs. n. 40 del 2006, ha statuito nel senso della necessità di applicare il regime convenzionalmente pattuito nella clausola compromissoria. Per ampie considerazioni, si veda fin da ora F. De Santis, *Impugnazione del lodo per violazione di regole di diritto e “stabilità” della clausola arbitrale*, in *Giur. arb.*, 2017, 307 ss. In precedenza, Cass. Civ., SS.UU., 10 dicembre 2001, n. 15608, in *Giur. it.*, 2002, 1715 ss., con riferimento alla valutazione della sorte di una clausola, stipulata anteriormente alla L. 21 luglio 2000, n. 205, che devolveva ad arbitri una controversia tra un privato e la pubblica amministrazione. Analogamente, in un caso di abrogazione della disposizione che legittimava il ricorso alla procedura arbitrale, la

pensi al criterio di giudizio di diritto o di equità, piuttosto che al regime di impugnazione del lodo). Ciò giustifica una disamina “a tutto tondo” della materia arbitrale societaria, propedeutica ad una analisi delle più efficaci tecniche redazionali di stesura di una clausola.

Il D.Lgs. n. 5/2003 non ha dettato una regolamentazione compiuta ed organica dell'arbitrato societario ma si è limitato a prevedere regole specifiche sulla clausola compromissoria (art. 34), sul procedimento (art. 35) e sull'arbitrato secondo diritto (art. 36) in deroga alle norme codicistiche che restano applicabili - sia pure con la clausola di compatibilità - in forza dell'art. 1, comma 4, ancorché abrogato.

E non si tratta solo di adeguare o coordinare i rinvii alle norme codicistiche previgenti ora riformulate o abrogate; l'interprete deve, oggi, misurarsi con un impianto normativo di disciplina generale modificato nelle sue stesse fondamenta rispetto a quello vigente nel 2003.

La riforma portata dal D.Lgs. n. 40/2006, ha infatti esteso all'arbitrato di diritto comune molte soluzioni originariamente sperimentate sul terreno societario (pensiamo all'intervento di terzi, alla decisione di questioni non compromettibili senza autorità di giudicato), riducendo significativamente le distanze fra i due modelli; ma, nel contempo, ha anche aperto nuovi interrogativi ermeneutici, legati alla non perfetta sovrapposibilità di determinate disposizioni e al difetto di coordinamento: si pensi, solo per portar l'esempio più evidente, alla formulazione dell'art. 806 c.p.c. rispetto all'art. 34, comma 1, D.Lgs. n. 5/2003, in riferimento al criterio della disponibilità dei diritti oggetto della controversia.

La clausola compromissoria fra autonomia negoziale e norme imperative

Quanto abbiamo poc'anzi osservato conforta l'idea che la convenzione arbitrale (e, ovviamente, un buon set di regole sostanziali di disciplina, che riconoscano anche adeguati spazi di autonomia privata) giochi non solo ai fini di un lineare e sollecito svolgimento della singola procedura arbitrale cui essa dà vita

bensì, più in generale, per incentivare e favorire il ricorso all'arbitrato da parte degli operatori. Sono infatti convinto che uno dei fattori vincenti dell'arbitrato risieda nella libertà riconosciuta alle parti di “modellare” il “proprio” sistema di giustizia, predeterminando - ad esempio - numero, modalità di nomina e requisiti professionali dell'organo giudicante; regole di giudizio; durata e procedura; forme e limiti dell'impugnazione. Qualsiasi tentativo di circoscrivere questi spazi di autonomia in tanto è condivisibile in quanto risponda, in una prospettiva di sistema, ad effettive esigenze di accrescimento dell'efficacia generale dello strumento arbitrale.

In questa ottica, l'introduzione con il D.Lgs. n. 5/2003 di alcune regole inderogabili mi è parsa opportuna e apprezzabile. Pensiamo alla scelta di impedire la decisione di equità quando l'arbitro affronti incidentalmente questioni non compromettibili o il giudizio abbia ad oggetto la validità di delibere assembleari. Intanto perché non si tratta di una preclusione assoluta, bensì selettiva ed operante in concreto: nulla osta, cioè, ad una clausola compromissoria che vincoli gli arbitri a decidere secondo equità in materia societaria, salva solo la sua disapplicazione qualora l'arbitrato attivato investa una delle situazioni poc'anzi menzionate (2). L'autonomia delle parti nella scelta della regola di giudizio è dunque in larga misura preservata. Inoltre, il sacrificio ad essa imposto è pienamente giustificato dall'obiettivo di superare le riluttanze all'ampliamento dell'area di compromettibilità delle liti radicate nel timore che la decisione di equità si traduca nella disapplicazione di norme imperative e dunque in una larvata “disposizione” di situazioni non disponibili (3).

Anche l'imposizione, nei medesimi casi, dell'impugnabilità nel merito del lodo per violazione di regole di diritto - che è invece lasciata oggi, nel modello comune, alla scelta delle parti - risponde alla medesima *ratio* e dunque rappresenta, a nostro avviso, una limitazione dell'autonomia privata astrattamente giustificabile nella direzione di favorire un allentamento delle resistenze all'arbitrato; in concreto, tuttavia, e soprattutto se ci poniamo in una prospettiva

Corte ha ritenuto la persistenza del patto compromissorio chiarendo che “la regolamentazione di un contratto e i diritti, presenti e futuri, da esso nascenti, devono ritenersi disciplinati, a norma dell'art. 11 preleggi, dalle disposizioni vigenti al momento della conclusione del contratto” (Cass. Civ. 3 ottobre 2000, n. 13085, in *Mass. Giust. civ.*, 2000, 2079).

(2) P. Biavati, *sub art. 36, Comm. arbitrati spec.* Carpi, II ed., Bologna, 2016, 175.

(3) Argomento in realtà equivoco poiché l'indisponibilità non dipende necessariamente dal carattere imperativo di una norma:

possono esservi, in altre parole, norme imperative che disciplinano diritti disponibili: S.A. Cerrato, *La clausola compromissoria statutaria. Profili sostanziali*, Torino, 2012, 197 ss.; F. Auletta, *sub artt. 34-37, commento*, in AA.VV., *La riforma delle società. Il processo*, a cura di Sassani, Torino, 2003, 331. Sul tema, con amplissima e stimolante rivisitazione del tema, V. Donativi, *L'arbitrato societario. Presupposti di compromettibilità*, in AA.VV., *Trattato di diritto commerciale*, fondato da V. Buonocore, diretto da R. Costi, Sez. IV, vol. 15, Torino, 2015, *passim*, e spec. 68 ss.

internazionale, si tratta di una scelta fortemente penalizzante che rischia di disincentivare imprese ed investitori stranieri a ricorrere all'arbitrato italiano a favore di altri fori arbitrali. Da questo punto di osservazione, dunque, sarebbe auspicabile una revisione della normativa che estenda il modello generale dell'*opt in* anche all'arbitrato societario.

Ci sentiamo di poter esprimere giudizio favorevole anche per la norma che vincola all'opzione arbitrale anche i componenti degli organi sociali, ove indicati nella clausola, nonché tutti i soci, inclusi coloro la cui qualità sia oggetto della controversia. Ben note a tutti sono le oscillazioni della dottrina e della giurisprudenza sulla sorte del vincolo compromissorio in caso di successione *mortis causa* ovvero di cessione *inter vivos*: bene ha fatto il legislatore ad accogliere la tesi che la partecipazione sociale sia - per usare una fortunata espressione di Rosario Nicolò - una "posizione contrattuale complessa" di cui anche l'impegno a compromettere è parte integrante ed inscindibile nel momento della sua circolazione.

Nel complesso, dunque, l'arbitrato societario si caratterizza, oggi, per essere crogiuolo di un delicato equilibrio fra autonomia ed eteronomia, il cui punto di emersione e sintesi risiede proprio nella clausola compromissoria con la quale le parti costruiscono l'architettura del sistema di giustizia privato a cui desiderano sottomettersi.

Tecniche redazionali. Le principali criticità che si riscontrano nelle clausole compromissorie statutarie

Giova puntare l'attenzione sul versante "contenutistico" della clausola.

Avvertivo, in principio di capitolo, che frequentemente ci si imbatte in clausole compromissorie che presentano più o meno gravi criticità, tali da mettere in dubbio la possibilità che l'arbitrato possa essere validamente celebrato: situazione che, se da un lato pone in imbarazzo il professionista che assiste la parte

a cui deve spiegare perché la pattuizione arbitrale risulti zoppicante, dall'altro mette in cattiva luce l'arbitrato come istituzione di risoluzione delle controversie, facendolo apparire complicato, debole, poco desiderabile.

Trovo utile, con la dovuta anonimizzazione, portare *in limine* testimonianza di tre clausole nelle quali mi sono di recente imbattuto e che rappresentano esempi paradigmatici di questa diffusa scarsa conoscenza delle regole che governano l'arbitrato societario, con tutti i danni che ciò può portare.

La prima. In uno statuto nel quale figura una clausola arbitrale assai ben scritta, è altresì presente, in un diverso articolo, la seguente previsione: "Articolo xx. Foro. La società è sottoposta alla giurisdizione dell'Autorità Giudiziaria del luogo ove ha la sua sede legale".

Ora, è a tutti noto che l'arbitrato è un'opzione che esclude - per le controversie che in essa rientrano - la possibilità di ricorrere all'autorità giurisdizionale ordinaria; tuttavia, è prevalente opinione della giurisprudenza che l'abdicazione alla giustizia statale debba essere espressa ed univoca e che nel dubbio si debba ritenere prevalente quest'ultima rispetto alla via arbitrale (4). Nel caso descritto, avrebbe facile gioco lo scaltro legale della parte convenuta - indifferentemente se davanti all'arbitro o al giudice - a contestare la competenza dell'organo di giustizia adito. Eppure sarebbe bastato omettere questa previsione sul foro, veramente superflua, dannosa (e pure non corretta (5)) ostentazione di cultura arbitrale, non appena si consideri che ogni controversia non arbitrabile non può che soggiacere alla competenza dell'autorità giurisdizionale ordinaria territorialmente individuata in base all'(inderogabile) art. 4, comma 1, D.Lgs. n. 168/2003.

In alternativa, si sarebbe potuta adottare una clausola mista nella quale identificare esattamente quali controversie devolvere all'uno o all'altro sistema di giustizia (6).

(4) Così, ancora di recente, Cass. Civ. 24 settembre 2018, n. 22490, in *Pluris*, che specifica come l'art. 808-*quater* c.p.c. si possa applicare solo in caso di dubbio circa l'estensione della clausola, non anche in caso di incertezza sulla volontà compromissoria stessa. Fra i giudici di merito, Trib. Nocera Inferiore 21 marzo 2019, *Ibidem*; Trib. Pisa 4 gennaio 2018, *Ibidem*; Trib. Milano 10 settembre 2012, *Ibidem*. Diversamente, però, si deve segnalare Trib. Lecco 13 luglio 2019, *Ibidem*, che ritiene debba ricercarsi la volontà effettiva delle parti in base ai consueti canoni ermeneutici senza dare priorità alla giurisdizione statale. È tuttavia evidente che, anche se si volesse seguire questa più benevola lettura, le parti si troverebbero nella condizione di rischiare di dover "litigare" per sapere di fronte a chi "litigare", come si diceva in principio.

(5) "Non corretta" perché stabilisce che sia competente "l'Autorità Giudiziaria del luogo ove [la società] ha la sua sede legale" quando è noto a tutti che in materia di liti societarie sussiste competenza funzionale inderogabile della sezione specializzata in materia di imprese (c.d. Tribunale delle imprese), la quale potrebbe anche non coincidere con l'ufficio giudiziario del comune ove la società ha sede legale, offrendo quindi allo scaltro legale di cui si diceva un'ulteriore arma per confondere le acque e sviluppare manovre dilatorie.

(6) Per un esame, C. Martinetti, *L'arbitrato nella prassi: alcuni casi clinici*, in AA.VV., *Manuale sintetico dell'arbitrato*, a cura di M. Giorgetti - G. Impagnatiello, Roma, 2017, 329 ss.

La seconda. In uno statuto di una società a responsabilità limitata costituita nel 2020 si legge: “Art. xx - 1. Le eventuali controversie che sorgessero tra i soci o fra i soci e la società, anche se promosse da amministratori e sindaci, se nominati, ovvero nei loro confronti e che abbiano per oggetto diritti disponibili relativi al rapporto sociale, saranno decise da un arbitro unico nominato, entro trenta giorni su richiesta della parte più diligente, dal Presidente dell’Ordine dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili di [omissis]. 2. L’arbitro deciderà, entro novanta giorni dalla nomina, in modo irrevocabilmente vincolativo per le parti, come arbitro irrituale, con dispensa di ogni formalità di procedura ed anche dall’obbligo del deposito del lodo. 3. [omissis]”.

È naturalmente il comma 2 della clausola a rappresentare un vero e proprio disastro giuridico.

Innanzitutto, si pretende che l’arbitro decida in novanta giorni, quando il codice di rito concede il più agevole (ma spesso non sufficiente, tenuto conto che neppure opera la sospensione feriale) termine di duecentoquaranta giorni. Una previsione *pericolosa* perché potrebbe indurre eventuali arbitri designati a rifiutare di accettare l’incarico considerato che il mancato rispetto del termine è fonte di responsabilità professionale; e comunque *perniciosa* perché obbliga arbitro e parti a dover “negoziare” in sede di prima udienza la durata, con il grave rischio di non poterlo fare se non siano presenti tutte le parti (7). Molto meglio, piuttosto, non scrivere nulla e lasciare che operi il termine di legge con le possibilità di proroga previste dal codice di rito: il rispetto del principio del contraddittorio consiglia che gli arbitri si prendano il tempo che occorre, senza avere nessuna spada di Damocle, e le previsioni codicistiche appaiono più che adeguate. Oppure utilizzare il modello del “termine aperto” che prevede un termine decorrente dall’ultima delle attività difensive svolte (di solito: “entro novanta giorni dalla scadenza del termine per il deposito dell’ultimo atto difensivo, così come verrà fissato dall’organo arbitrale, ovvero dalla data dell’udienza che verrà fissata per la discussione finale, se sostitutiva dell’ultima memoria conclusionale, ove fosse richiesta dalle parti, salvi i casi di proroga previsti dalla legge”.

In secondo luogo, cosa significa “in modo irrevocabilmente vincolativo”? Se si sottende il carattere vincolante del lodo, la precisazione è inutile essendo

scolpita negli artt. 824-bis c.p.c. e 35, comma 4, D.Lgs. n. 5/2003. Se invece si vuole insinuare che il lodo non possa essere in veruno modo contestato, la previsione è errata essendo sempre ammessa, anche per il lodo irrituale, la via del gravame giudiziario (artt. 808-ter e 827 ss. c.p.c.).

Ancora: il carattere irrituale dell’arbitrato. Non è qui luogo a spiegare cosa significhi “arbitrato irrituale”, basti solo rammentare che in base al già citato art. 808-ter c.p.c. è oggi espressamente data cittadinanza giuridica a questa forma di arbitrato nata nella prassi del secolo scorso il cui principale elemento distintivo è il valore meramente contrattuale del lodo, che obbliga sia chi intenda farlo valere sia chi voglia impugnarlo a rivolgersi al tribunale: nel primo caso con i conseguenti costi per ottenere una sentenza che possa aver efficacia di titolo esecutivo; nel secondo con i maggiori oneri derivanti dal dover “ricominciare” dal primo grado di giudizio. A ciò aggiungasi che in materia societaria è fieramente contrastata la possibilità di configurare un arbitrato irrituale, sicché una clausola come quella in esame non fa che mettere ulteriore carburante nel serbatoio dello scaltro avvocato che voglia esasperare con manovre dilatorie la controparte.

Chiudiamo con l’ultima parte della clausola. La dispensa da formalità è un residuo intellettuale *d’antan*, dei tempi dell’Italia *liberty* in cui la giurisprudenza delle Cassazioni sosteneva che l’irritualità significasse libertà di forme; oggi è chiaro che l’arbitro in una procedura irrituale non è tenuto a rispettare rigorose regole procedurali, ma la primazia del principio del contraddittorio, l’esigenza di certezza nei rapporti fra arbitri e parti, la necessità che sia sempre tracciabile l’iter del giudizio impongono un minimo incompressibile di regole procedurali. L’arbitro è un giudice, non un oracolo che per imperscrutabili sentieri giunge a decidere una lite; e come giudice deve rendere conto della procedura che segue. L’esonero dall’obbligo di deposito del lodo è davvero incomprensibile. Intanto perché non vi è nessun obbligo di tal genere ma solo una facoltà e comunque può essere solo la parte a provvedervi, mai l’arbitro. Forse a chi ha redatto la clausola sfugge che l’obbligo di deposito del lodo in capo agli arbitri era previsto dall’art. 825 nel 1940, ed è stato abrogato nel 1983. È indubbio che l’aggiornamento professionale è un obbligo spesso solo di facciata, ma qui si sfiora la grave negligenza

(7) Cosa che può accadere se una parte non si costituisca per qualsiasi motivo. In casi simili (per diretta esperienza) l’organo arbitrale deve solo sperare di riuscire a sfruttare al meglio, magari in modo anche acrobatico, le proroghe ed estensioni *ex lege* che il

codice riconosce (art. 820, commi 4 e 5, c.p.c.), oppure risolversi a domandare al presidente del tribunale competente la proroga (art. 820, comma 3).

se si ignora una disposizione in vigore da trentasette anni.

Ancora il terzo caso, dove mi limito a riportare la sola parte più critica della clausola, ma qui senza omissioni essendo stato il caso deciso da una pronuncia di Corte d'Appello, e quindi pubblico e pubblicato (8). Qui il punto dolente è rappresentato dalla previsione della nomina dell'organo arbitrale "a norma del Regolamento della Camera Arbitrale presso la COD. CIV.I. A.A. della circoscrizione in cui è ubicata la sede sociale", la quale era in Asti. Ora, nel caso di specie constava che la Camera di commercio locale non avesse istituito alcuna propria Camera arbitrale, bensì avesse aderito con le altre Camere di commercio regionali, alla Camera arbitrale del Piemonte, con sede principale in Torino e sedi distaccate presso le rispettive Camere di commercio aderenti. Ebbene, dapprima l'arbitro e poi i giudici di appello si sono dovuti occupare dell'eccezione di invalidità, inefficacia, inesistenza o comunque difetto di operatività della clausola sol perché non menzionava, come sarebbe stato sicuramente meglio, così evitando un inutile contenzioso sul punto, il "Regolamento della Camera arbitrale del Piemonte" (9). Peggior sorte è invece toccata ad un lodo reso in sede di arbitrato amministrato dalla Camera di commercio di Genova, ma sulla base di una clausola che devolveva le controversie all'arbitrato amministrato dalla Camera arbitrale di Savona, esistente solo "sulla carta": il lodo è stato annullato (10).

Segue. Alcuni elementi essenziali ed eventuali della clausola

Gli esempi illustrati confermano quanto sia essenziale un'attenta redazione della clausola compromissoria. A tal fine, ma senza pretesa di completezza ed organicità, ritengo utile dedicare spazio all'analisi di specifici aspetti contenutistici della clausola, con l'avvertenza che - anche per non sovrappormi con la trattazione del capitolo precedente - non mi

occuperò degli aspetti della delimitazione soggettiva (soggetti vincolati) e oggettiva (controversie arbitrabili) dell'area di arbitrabilità, se non per osservare - come subito dirò - che non si deve far troppo affidamento sul principio "*in dubio, pro arbitrato*" scolpito nell'art. 808-*quater* c.p.c.

L'esatta individuazione delle controversie devolute alla competenza arbitrale. Problemi di interpretazione

Come dicevo, l'articolo 808-*quater* c.p.c. impone oggi di interpretare la clausola in senso estensivo, per cui nell'incertezza si deve ritenere che la clausola include tutte le controversie che derivano dal contratto. Le regole dettate per l'arbitrato societario paiono diversamente orientate. L'art. 34, D.Lgs. n. 5/2003 statuisce che gli atti costitutivi "possono prevedere che la clausola abbia ad oggetto le controversie con i componenti degli organi sociali", lasciando intendere che occorre un'espressa previsione in tal senso (11); a sua volta, l'art. 35, D.Lgs. n. 5/2003 contiene la formula "se la clausola compromissoria consente la devoluzione in arbitrato di controversie aventi ad oggetto la validità di delibere assembleari", pure qui inducendo a pensare che occorra una previsione esplicita.

Il mancato coordinamento fra le diverse impostazioni ha suscitato dubbi e portato ad apparenti contrasti giurisprudenziali.

A mio avviso, occorre distinguere se il dubbio impatta sull'estensione soggettiva della clausola oppure soltanto sul perimetro delle materie arbitrabili.

Consideriamo le pronunce che hanno escluso l'arbitrabilità dell'azione sociale di responsabilità nelle S.r.l. in quanto la clausola menzionava solo le liti "promosse da" organi sociali e non "contro" (12); oppure escluso che la clausola relativa alle liti fra soci e fra soci e società vincolasse gli amministratori (13); infine, che fosse esteso alla società il vincolo arbitrale

(8) App. Torino 20 luglio 2018, in *Giur. arb.*, 2020, 56 ss., con nota di B. Brunelli, *Liti conseguenti alla morte del socio e arbitrato societario amministrato: questioni marginali e questioni basilari in materia di controllo sulla consulenza tecnica contabile*.

(9) Sia arbitro che giudici di appello hanno riconosciuto che, benché imprecisa, la clausola rendesse inequivoca la volontà di devolvere le controversie ad arbitrato amministrato dalla Camera arbitrale del Piemonte: "La clausola compromissoria prevede infatti che l'arbitro debba essere nominato a norma del Regolamento della Camera Arbitrale presso la C.C.I.A.A. di Asti. È pacifico che la C.C.I.A.A. sia associata alla Camera Arbitrale Regionale, richiamandone i servizi e le regole di procedura arbitrale. È documentato in atti che la Camera Arbitrale del Piemonte abbia sede anche presso la C.C.I.A.A. di Asti. Non sussiste pertanto il vizio di nullità così come prospettato dalla parte".

(10) Lo riferisce C. Martinetti, *op. cit.*, 327 s. Per una vicenda analoga, Trib. Milano 11 febbraio 2020, in *Pluris*.

(11) Recentemente sul punto Trib. Milano 11 maggio 2018, in *Giur. it.*, 2020, 1141 ss., che risolve un singolare caso di eccezione di inapplicabilità della clausola alla controversia promossa ex art. 2476 c.c. nei confronti degli amministratori fondata sull'asserita assenza di volontà della società di includerle in quanto al tempo della clausola dottrina e giurisprudenza escludevano che la società potesse esercitare tale azione.

(12) Cass. Civ. 17 luglio 2012, n. 12333, in questa *Rivista*, 2012, 1362 ss.

(13) Trib. Trento 3 maggio 2012, in *Pluris*; Trib. Milano 11 maggio 2018, in *Giur. it.*, 2020, 1141 ss.

relativo alle sole controversie fra soci (14). La lettura restrittiva propugnata dai giudici mi pare ragionevole, poiché qui si tratta di individuare i soggetti che sono vincolati al patto arbitrale e dunque deve darsi priorità al principio della volontarietà e consapevolezza della scelta di assoggettarsi al vincolo compromissorio (15).

In riferimento, invece, al profilo dell'oggetto delle clausole, mi pare prevalga l'orientamento favorevole all'applicazione dell'art. 808-*quater* anche in ambito societario (16). Pensiamo ai precedenti che hanno esteso la clausola compromissoria anche alle deliberazioni dell'organo amministrativo benché non menzionate (17); che hanno incluso fra le liti "in dipendenza dello statuto" quelle relative ai finanziamenti soci (18); che hanno reputato non necessario neppure prevedere espressamente le impugnazioni di delibere per ritenerle incluse nel perimetro delle liti arbitrabili (19). Più in generale, ritengo si debba seguire quanto statuito in modo a mio avviso molto equilibrato in un precedente del Tribunale di Torino (20) che richiamando i principi sanciti dagli artt. 1362 ss. c.c., ritiene "preclusa un'attività ermeneutica in assoluto e insanabile contrasto con il significato comunemente attribuito alle espressioni usate". Nel caso concreto, è stato ritenuto che i giudizi di responsabilità *ex art.* 2392 c.c. fossero esclusi dall'ambito applicativo di una clausola statutaria a mente della quale venivano devolute alla competenza arbitrale "tutte le controversie tra gli azionisti o tra gli azionisti e la società relativa a qualsiasi diritto disponibile concernenti rapporti societari" nonché "qualsiasi controversia proposta tra gli amministratori, liquidatori e/o sindaci della società", reputandosi, in particolare, che il deferimento in arbitri di tali ultime controversie e non quelle tra società e amministratori e/o sindaci rispondesse ad una scelta discrezionale precisa e razionale, in quanto "mirata ad evitare l'appesantimento delle

azioni di responsabilità verso gli amministratori con il fardello delle azioni di regresso fra i soggetti chiamati in responsabilità solidale".

Il preventivo ricorso a procedure di mediazione o conciliazione (c.d. clausole multi-fase), opportunità che merita di essere sfruttata

Inizio con un argomento apparentemente "fuori tema", accennando all'opportunità che le clausole compromissorie prevedano l'esperimento di un tentativo di composizione bonaria mediante procedure di mediazione per la conciliazione della controversia. Giova ricordare che in materia di controversie societarie furono dapprima gli artt. 38-40, D.Lgs. n. 5/2003 ad introdurre e regolamentare la costituzione di organismi di conciliazione ed il procedimento, peraltro seguendo una strada già battuta in via di autoregolamentazione da alcuni organismi arbitrali; seguì poi il D.Lgs. n. 28/2010 che - traendo spunto dall'esperienza maturata sul terreno societario - generalizzò lo strumento imponendo tra l'altro come obbligatorio il tentativo preliminare di mediazione in molteplici ambiti, ma non in materia societaria (21).

Dunque, è sempre possibile, ma mai obbligatorio per le parti di una lite societaria, ricorrere ad un organismo di mediazione prima di adire l'autorità giurisdizionale o gli arbitri. Tuttavia, se il preventivo ricorso alla mediazione è previsto dallo statuto, esso è condizione di procedibilità, sia pure solo su eccezione di parte, a mente di quanto recita il comma 5 dell'art. 5, D.Lgs. n. 28/2010: "se [...] lo statuto ovvero l'atto costitutivo dell'ente prevedono una clausola di mediazione o conciliazione e il tentativo non risulta esperito, il giudice o l'arbitro, su eccezione di parte, proposta nella prima difesa, assegna alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione e fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all'articolo 6. Allo stesso modo il giudice o l'arbitro fissa la successiva

(14) Trib. Milano 20 ottobre 2014, in questa *Rivista*, 2015, 37 ss.

(15) Nel senso del testo, se non mi inganno, E. Zucconi Galli Fonseca, sub *art. 808 quater, commento*, in AA.VV., *Arbitrato*, commentario diretto da F. Carpi, III ed., Bologna, 2016, 226 s. ove esamina (e risolve in senso opposto) il diverso caso dell'estensione alla società che naturalmente è parte della clausola inserita nel suo statuto. Sarebbe infatti anche costituzionalmente opinabile una disposizione che imponesse, nel dubbio, di considerare soggetti al vincolo compromissorio coloro che non lo abbiano accettato o in modo espresso ovvero (come appunto per gli organi sociali *ex art.* 34, D.Lgs. n. 5/2003) per fatti concludenti sol perché tutti parte della società. Per vero si deve anche ricordare che la giurisprudenza ammette che pure l'amministratore di fatto sia soggetto alla clausola arbitrale: Trib. Roma 10 settembre 2014; Trib. Milano 1° luglio 2010, e Trib. Milano 13 febbraio 2009, tutte in *Pluris*.

(16) Cass. Civ. 13 settembre 2019, n. 22903, in *Foro it.*, 2019, I, 3908 ss.; Trib. Milano 6 giugno 2011, in questa *Rivista*, 2011, 973.

(17) Cass. Civ. 3 gennaio 2013, n. 28, in *Pluris*.

(18) App. Bologna 26 marzo 2012, in questa *Rivista*, 2012, 1362; *contra* però Trib. Ferrara 2 marzo 2016, in *Pluris*.

(19) Cass. Civ. 28 agosto 2015, n. 17283, in *Foro it.*, 2015, I, 3089 ss.

(20) Trib. Torino 27 febbraio 2015, in www.giurisprudenzadel-leimprese.it.

(21) Sul tema segnalato, per interesse e completezza, AA.VV., *La mediazione civile nelle liti fra soci: profili giuridici ed efficacia negoziale*, a cura di M.R. Astorina - M. Caradonna, in https://www.odcec.mi.it/docs/default-source/quaderni/N_48_-_LA_MEDIAZIONE_CIVILE_NELLE_LITI_FRA_SOCI_PROFILI_GIURIDICI_ED_EFFICACIA_NEGOZIALE.pdf?sfvrsn=0/.

udienza quando la mediazione o il tentativo di conciliazione sono iniziati, ma non conclusi”.

La mediazione, se svolta da organismi competenti ed affrontata con serietà dalle parti, è uno strumento efficace per prevenire una lite: inserirne la previsione nella clausola compromissoria non pare pregiudizievole per una sollecita risoluzione della controversia, ma anzi potrebbe favorirla. A ciò va aggiunto che - rispetto a quanto dirò fra poco in relazione alla modificabilità della clausola compromissoria da parte dei litiganti - lo stesso art. 5, comma 5, D.Lgs. n. 28/2010 consente un certo maggior margine di elasticità perché autorizza le parti a modificare l'organismo di mediazione eventualmente prescelto in statuto.

Meno efficaci sono, a mio avviso, perché implicano un notevole dispendio di tempo, le clausole che prevedono anche più di un tentativo di composizione bonaria, dapprima di fronte a soggetti interni alla società (un tempo erano diffuse, specie nelle cooperative e nei consorzi, le clausole che affidavano al collegio sindacale il compito di dirimere la lite, ma ne era dubbia la validità perché l'organo di controllo appariva incaricato di una funzione arbitrale vera e propria, e non solo conciliativa), e poi innanzi a mediatori professionisti (22).

Arbitrato o giudice civile? Le clausole c.d. unilaterali

Sono utilizzabili anche in materia societaria, anzi probabilmente con meno patemi che in altri settori, le c.d. clausole unilaterali, che consentono ad una parte predeterminata, ovvero a chi per primo agisca,

di optare per la via arbitrale ovvero per il giudice ordinario (23).

L'estraneità del designatore: un tema cruciale

L'art. 34, D.Lgs. n. 5/2003 impone che la clausola conferisca “in ogni caso, a pena di nullità, il potere di nomina di tutti gli arbitri a soggetto estraneo alla società” (24).

Occorre spendere qualche parola su questa previsione ed in particolare sul requisito della “estraneità”, anche alla luce della riforma portata dal D.Lgs. n. 40/2006.

La clausola statutaria può innanzitutto indicare come terzo designatore sia una persona fisica o giuridica o un ente individuato nominativamente (pensiamo alle Camere arbitrali o agli organismi che gestiscono procedure di arbitrato), sia una carica o un organo, tanto pubblico quanto privato (25).

Se pure non è vietato indicare come designatore un *quisque de populo* (26), è di sicuro preferibile orientare la scelta del terzo fra soggetti, se non già istituzionalmente “terzi”, come il presidente del tribunale oppure una Camera arbitrale, quantomeno dotati di qualità morali o di competenze professionali tali da assicurare una designazione imparziale e - profilo tutt'altro che trascurabile - adeguata al caso concreto.

Ci sembra che - anche sotto questo profilo - l'opportunità di adottare una clausola per arbitrato amministrato secondo il regolamento di una Camera arbitrale manifesti significativi vantaggi, assicurando, oltre che una decisione rapida (che spesso molti tribunali non riescono a garantire), soprattutto equilibrio e prudenza nell'individuazione dell'arbitro, e imparzialità ed indipendenza del designato (27).

(22) Per qualche considerazione ed esempi, C. Martinetti, *op. cit.*, 332 s. Ritengo tuttavia che il dettato del comma 5 dell'art. 5, D.Lgs. n. 28/2010 (ricordato nel testo) consenta di superare agevolmente le perplessità che l'autrice manifesta in relazione al concreto ricorso alla mediazione.

(23) Si veda ancora C. Martinetti, *op. cit.*, 331 s.

(24) Segnalo che recenti arresti di legittimità hanno concluso nel senso della nullità della clausola che assegnava alle parti la facoltà di nomina di un arbitro e, in caso di disaccordo, al presidente del tribunale: Cass. Civ. 9 ottobre 2017, n. 23550 e Cass. Civ. 9 ottobre 2017, n. 23485; Cass. Civ. 24 ottobre 2016, n. 21422, tutti in *Pluris*.

(25) Il generico termine “soggetto”, diversamente da quello di “persona”, consente di estendere agevolmente il novero dei possibili designatori anche a persone giuridiche, enti, organizzazioni pubbliche o private, ovvero a persone fisiche identificate con l'indicazione della carica *pro tempore* ricoperta. In questo senso già S. Sanzo, *sub artt. 34-37, d.lgs. 5/2003, commento*, in AA.VV., *Il nuovo diritto societario*, commentario diretto da G. Cottino - O. Cagnasso - P. Montalenti - G. Bonfante, Bologna, 2004, 2987 s. e nt. 31 s.; conf. in giurisprudenza Trib. Milano 18 luglio 2005, in *Giur. it.*, 2006, 313 ss. e in *Giur. comm.*, 2007, II, 171 ss. con nota di S.A.

Cerrato, *Arbitrato societario: legittimità costituzionale dell'introduzione a maggioranza della clausola compromissoria ed “estraneità” del designatore*.

Altro è ovviamente l'opportunità di indicare un soggetto piuttosto che un altro, specie ove in possesso di determinate qualifiche: cfr. *amplius infra* nel testo.

(26) Ci sembra anzi criticabile la posizione di chi volesse per principio ricavare dall'indicazione di un *quisque de populo* una volontà fraudolenta dei soci: N. Soldati, *Le clausole compromissorie nelle società commerciali*, Milano, 2005, 97 s. e nt. 35.

(27) L'indipendenza del giudicante è un presidio essenziale per un processo equo: lo ha di recente ribadito anche la Corte CEDU con la sentenza 20 maggio 2021, caso 5312/11 (<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-210014>), condannando l'Italia per violazione dell'art. 6 della Convenzione sul presupposto che il principio dell'equo processo debba ritenersi applicabile anche ai giudizi arbitrali, e rilevando che nel caso di specie il nostro Paese non aveva assicurato il rispetto di questo presidio. La sentenza, che sarà pubblicata in *Giur. arb.*, 2021, suscita molteplici interrogativi (a partire dalla applicabilità all'arbitrato irrituale, piuttosto che i riflessi sulla posizione del designatore nel caso di eterodesignazione), sui quali qui non è possibile soffermarsi.

In relazione al requisito della estraneità, una recente sentenza del tribunale di Milano (28) ha ritenuto che “il concetto di estraneità del designatore non [possa] essere dilatato fino ad una sorta di neutralità ideologica (29), difficilmente riconoscibile ed eccessivamente enfaticamente il ruolo che è pur sempre quello di mero designatore, mentre a presidio della indipendenza ed imparzialità dell'arbitro vigono le regole di astensione/ricusazione ex art. 51 c.p.c. richiamato dall'art. 815 c.p.c.”.

Nel caso concreto, la clausola demandava la designazione di uno dei tre arbitri al presidente di un'associazione provinciale di categoria al quale la società era iscritta e dei cui organi aveva fatto o faceva ancora parte (sul punto il provvedimento non è perspicuo) un socio amministratore unico della società.

Il giudice ha ritenuto che la previsione fosse valida, ma le argomentazioni addotte non paiono convincenti. A giudizio della dottrina, la norma, lungi dal dover essere “banalizzata” sol perché si occupa di un “mero designatore”, deve essere invece intesa in senso rigoroso poiché è dall'indipendenza del designatore che discende, se non l'indipendenza dell'arbitro, quantomeno una seria garanzia o una presunzione di essa. L'uso del termine “estraneo” conforta l'opinione che la validità della clausola sia subordinata all'indicazione di un designatore non semplicemente “esterno”, ma realmente privo di qualsiasi rapporto di natura tale da mettere in pericolo l'equidistanza da tutte le parti (30) e dagli interessi di cui siano portatrici (31).

Un'indipendenza, in altri termini, non solo “di facciata” ma almeno equivalente a quella, funzionale alla risoluzione della lite in posizione di terzietà ed indifferenza, che è richiesta all'arbitro o al giudice. Si può allora fondatamente dubitare che tale requisito ricorra quando sia individuato come designatore - ipotesi peraltro non rara, come dimostra il precedente poco sopra ricordato - il presidente o il rappresentante *pro tempore* di un'associazione professionale o sindacale alla quale sia iscritta la società, e a maggior ragione quando soci o componenti degli organi sociali della società facciano anche parte degli organi direttivi dell'istituzione associativa (32).

L'adozione di una clausola statutaria di arbitrato societario amministrato da una Camera arbitrale è scelta certamente opportuna e consigliabile dal momento che l'istituzione è senza dubbio in possesso dei requisiti di estraneità richiesti dall'art. 34, D.Lgs. n. 5/2003.

Giova spendere ancora qualche parola sulle conseguenze della carenza di estraneità. A nostro avviso, questo concetto può assumere almeno due diverse configurazioni.

La prima è quella della carenza di estraneità intrinseca o astratta, cioè l'esistenza di un *ontologico carattere di parzialità e non indifferenza* del preteso “terzo” rispetto ad ogni possibile lite: ipotesi che ricorre quando sia indicato come “terzo” - per fare solo qualche esempio - un socio, un organo sociale oppure un'associazione professionale di categoria alla quale la società risulti iscritta. Non avremmo dubbi a ritenere che in questa situazione la clausola arbitrale societaria sia colpita da nullità per carenza di “estraneità” del terzo e che tale vizio possa essere fatto valere con gli ordinari rimedi assicurati dal codice (eccezione in corso di giudizio arbitrale; impugnazione del lodo ex art. 829 c.p.c.).

La seconda è la carenza di estraneità estrinseca o concreta, cioè dipendente da *elementi occasionali ricorrenti nel momento in cui il terzo è investito del compito di designare gli arbitri ed in ragione delle particolarità della controversia insorta* e tali da inficiare l'effettiva estraneità di un soggetto astrattamente indipendente: si pensi ad esempio alla sussistenza di legami di parentela o affinità ovvero da rapporti di natura patrimoniale o interessi fra una delle parti e il presidente del Tribunale chiamato a fungere da designatore.

In questo caso la radicale nullità della clausola pare una sanzione oltre che eccessiva, *neppure contemplata dalla legge*.

Quale tutela per le parti, dunque? Seguendo alcuni spunti giurisprudenziali (33), si potrebbe suggerire l'applicazione analogica dell'art. 815 c.p.c., consentendo alle parti di ricusare il designatore; oppure ritenere che le parti possano domandare l'accertamento giudiziale

(28) Trib. Milano 18 luglio 2005, cit.

(29) Qui criticando apertamente la posizione di F.P. Luiso, *Appunti sull'arbitrato societario*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, 714.

(30) E dunque non solo “dalla società” come sembra richiedere - probabilmente utilizzando una sinecdoche - la norma: ed invero, più puntualmente la relazione illustrativa discorreva di “terzi imparziali”.

(31) Tesi sostenuta dalla miglior dottrina: F.P. Luiso, *Appunti*, cit., 714 che - come parla appunto di “neutralità ideologica” del designatore; N. Soldati, *Le clausole*, cit., 96 s.

(32) Così F. Santagada, *Arbitrato e conciliazione*, in M. Giorgetti - M.A. Zumpano - E. D'Alessandro - F. Santagada, *Il nuovo processo societario*, Milano, 2005, 164; Camera Arbitrale di Milano, *Arbitrato e conciliazione per le nuove società. Primi orientamenti e prassi della camera Arbitrale di Milano sulla riforma societaria (D.Lgs. 5/2003)*, Milano, 28 maggio 2004, 5.

(33) Trib. Milano 18 luglio 2005, cit.

dell'incompatibilità con la funzione che questi è chiamato a svolgere (34).

Entrambe queste alternative appaiono tuttavia prive di un appoggio normativo (35). Indubbiamente l'opzione per un arbitrato amministrato, anche alla luce della recentissima regolamentazione introdotta dal nuovo art. 832 c.p.c., consente di evitare questo rischio di "dipendenza in concreto" del designante. Per l'arbitrato *ad hoc* la soluzione è probabilmente nelle norme di diritto comune, applicabili - giova ricordarlo - in quanto non derogate dal D.Lgs. n. 5/2003 (art. 1, comma 4, D.Lgs. n. 5/2003): in particolare, ci riferiamo al diritto di ricusare l'*arbitro* nominato dal designatore ai sensi dell'art. 815 c.p.c. (36) e la facoltà di agire in via ordinaria per il risarcimento degli eventuali danni patiti a causa dell'illegittimo operato del designatore che, rispetto a coloro che lo hanno indicato, assume un ruolo riconducibile a quello del mandatario.

Criteria di selezione degli arbitri

L'art. 34, D.Lgs. n. 5/2003 non detta alcun criterio in relazione alla scelta degli arbitri da parte del terzo designatore. Questi dunque potrà procedere liberamente, ferma restando in capo alle parti la facoltà di ricusazione dei designati in conformità alle disposizioni codicistiche generali. Nulla però osta ad inserire nella clausola compromissoria eventuali previsioni - alle quali dovrà adeguarsi il terzo incaricato della nomina - di particolari requisiti o qualifiche di cui gli arbitri debbano essere in possesso. Si tratta di una possibilità che può rappresentare un valore aggiunto, orientando il designatore nella scelta di figure professionali che rispondano all'*identikit* disegnato dalle parti.

Ricordo anche che la mancanza di qualifiche espressamente convenute dalle parti è espresso motivo di ricusazione ai sensi dell'art. 815, comma 1, c.p.c. Inoltre, a mente dell'art. 829, comma 1, n. 2, la mancata nomina degli arbitri "con le forme e nei modi prescritti" dalla legge è causa di nullità, se tempestivamente eccepita nel giudizio.

Un possibile equivoco: sede "dell'arbitrato" e sede "della procedura arbitrale"

È opportuno prestabilire nella clausola la sede dell'arbitrato (art. 816 c.p.c.)? Di solito, ove nella clausola nulla si dica, supplisce il regolamento dell'istituzione arbitrale che amministra la procedura ovvero (se trattasi di arbitrato *ad hoc*), vi provvedono gli arbitri. Va però sgombrato il campo da un fraintendimento in cui spesso incappano le parti inesperte (e talvolta i professionisti poco pratici dell'arbitrato), e cioè quello di ritenere che la sede dell'arbitrato indichi il luogo ove debba svolgersi materialmente la procedura. Indubbiamente fra i due concetti vi è un legame funzionale, considerato che l'art. 816, al comma 3, autorizza gli arbitri, salvo diversa previsione della clausola, a tenere udienza e compiere attività procedurali anche in luoghi diversi dalla sede dell'arbitrato; ma la sede dell'arbitrato può anche essere (come di solito è) identificata nel comune ove ha sede legale la società (così si legge nella maggior parte delle clausole che la indicano), e dunque il precetto del comma 3 deve intendersi riferito ai casi (meno frequenti, ma non rari) nei quali l'organo arbitrale abbia domicilio professionale in un altro comune e preferisca che ivi si tengano le udienze e le riunioni; oppure, al caso di collegi formati da professionisti domiciliati in comuni diversi che potranno così riunirsi anche a distanza ovvero presso l'ufficio di uno di essi anche diverso da quello che si trovi nel comune sede dell'arbitrato.

La determinazione della sede dell'arbitrato ha rilevante importanza sia prima dell'instaurazione dell'arbitrato (per la nomina degli arbitri: art. 810, comma 2, c.p.c.; diversamente occorre far istanza al tribunale di Roma) sia durante il procedimento (in quanto identifica il giudice che può intervenire nei casi prescritti: art. 816-ter c.p.c. per ordinare la comparizione del testimone) sia per la fase successiva all'emanazione del lodo: esso infatti, per essere eseguito, va depositato presso "la cancelleria del tribunale nel cui circondario è la sede dell'arbitrato" (art. 825 c.p.c.); allo stesso ufficio si domandano le correzioni del lodo nei casi indicati dall'art. 826, commi 3 e 4, c.p.c.; ove lo si intenda impugnare le impugnazioni per nullità, per revocazione

(34) Qualche spunto anche in F. Corsini, *L'arbitrato nella riforma del diritto societario*, in *Giur. it.*, 2003, 1294.

(35) Nel senso che non sia consentito ricusare il designante, cfr. anche V. Sangiovanni, *Numero e modo di nomina degli arbitri tra arbitrato ordinario e arbitrato societario*, in *Corr. giur.*, 2005, 1140 e nt. 30 s., ove ulteriori richiami.

(36) F. Corsini, *op. cit.*, 1294; V. Sangiovanni, *op. cit.*, 1141. Non è dubbio che gli arbitri nominati dal terzo debbano essere in possesso degli ordinari requisiti di indipendenza ed imparzialità

che debbono caratterizzare tutti gli arbitri, operando, nel silenzio del legislatore della riforma, le norme di diritto comune. Non possiamo quindi condividere le perplessità di chi (R. Sali, *Arbitrato e riforma societaria: la nuova clausola arbitrale*, in *Nuove leggi civ.*, 2004, II, 119 s.) rileva che "nulla di specifico è detto sulla necessità di indipendenza, di assenza di conflitti di interesse e di estraneità dell'arbitro" e critica il "grado di aleatorietà" della disposizione sul punto.

In materia di indipendenza, si veda anche la nt. 27, *supra*.

o per opposizione di terzo, occorre rivolgersi alla “corte d’appello nel cui distretto è la sede dell’arbitrato” (artt. 828 e 831 c.p.c.).

Dunque, indicare nella clausola la sede dell’arbitrato appare senz’altro molto opportuno, oltre che per le ragioni ora illustrate anche per un ulteriore motivo pratico: può accadere che il terzo incaricato di designare gli arbitri voglia scegliere - magari con l’intento di assicurare una maggior indipendenza ed evitare condizionamenti ambientali - professionisti domiciliati in località diverse dalla sede sociale; precisare quale sia la sede dell’arbitrato può permettere una più ponderata valutazione nella selezione degli arbitri così da non obbligare le parti a sopportare onerosi costi di trasferta o domiciliatura legale per il proprio legale.

Da evitare, invece, per speculari ragioni di inopportunità, che nella clausola venga indicato in modo preciso un luogo ove debba svolgersi la procedura (perniciosa sono le clausole che indicano gli uffici della società come luogo di celebrazione dell’arbitrato, poiché mettono a repentaglio la stessa apparenza di indipendenza degli arbitri), ovvero che vi siano limitazioni o divieti che le attività procedurali si svolgano in luoghi diversi dalla sede dell’arbitrato.

Arbitrato societario e rigidità del modello. L’arbitrato societario irrituale. L’arbitrato societario di equità

Due aspetti molto delicati nella formulazione della clausola sono l’opzione per l’arbitrato di diritto o di equità e per il carattere rituale o irrituale. Trattandosi di temi di vertice della materia, qui ne darò per noti gli elementi distintivi e mi limiterò, per non muovermi troppo “fuori tema” a pochi cenni.

Quanto al binomio “rituale/irrituale”, come ho ricordato l’art. 808-ter c.p.c., introdotto dal D.Lgs. n. 40/2006, rende (finalmente) l’arbitrato irrituale istituto tipico sia pure senza offrire una disciplina organica; ma in ambito societario il problema si pone a monte, poiché è discussa la configurabilità di un arbitrato endosocietario irrituale. Gli orientamenti giurisprudenziali più recenti inclinano per ritenere applicabili gli artt. 34-36, D.Lgs. n. 5/2003 anche in presenza di una

clausola per arbitrato irrituale, e dunque sembrerebbe sul punto essere stata raggiunta una certa stabilità di opinioni (37). Ciò nondimeno, in disparte altre considerazioni di portata generale, considerato che è dubbio che all’arbitrato irrituale si possano applicare *sic et simpliciter* le regole procedurali speciali dettate dagli artt. 34 ss., eccezione fatta per quella sulle misure cautelari che lo menziona espressamente, resta preferibile a mio avviso optare sempre per la formula dell’arbitrato rituale.

Circa il primo punto (arbitrato di diritto o di equità) mi limito ad evidenziare la peculiarità del modello societario, ricordando che, a mente degli artt. 35, comma 3, e 36, comma 1, gli arbitri debbono sempre decidere secondo diritto (e con lodo impugnabile anche ai sensi del novellato art. 829, comma 3), indipendentemente dalle statuizioni della clausola compromissoria, le impugnazioni di deliberazioni e le controversie nelle quali abbiano conosciuto questioni non compromettibili. Pertanto, anche qui al solo fine di evitare che le parti prima, e gli arbitri poi, debbano industriarsi a determinare se debbano decidere secondo diritto o possano adottare criteri di equità, è preferibile optare per la prima alternativa.

Il regime delle impugnazioni del lodo. L’impugnazione per violazione delle norme di diritto relative al merito della controversia

Strettamente interdipendente con quanto abbiamo ora scritto è il tema della impugnabilità del lodo per violazione o falsa applicazione di norme sostanziali, sul quale la riforma dell’arbitrato codicistico ha inciso non poco, aprendo all’autonomia privata spazi fino a quel momento preclusi.

Mi sembra importante soffermarmi su questa novità, sebbene di carattere generale e non solo riferita al “settore” societario, poiché impone un radicale mutamento nella tecnica di redazione della clausola, del quale è opportuno che gli operatori, ed in specie gli avvocati, consulenti dei soci o della società in sede di predisposizione dello statuto o della modifica, siano avvertiti. Dico subito anche che, in materia societaria, l’effetto di questa modifica normativa è lievemente depotenziato per le ragioni che dirò poco oltre; ciò

(37) Si veda da ultimo Cass. Civ. 28 ottobre 2015, n. 22008, in questa *Rivista*, 2016, 234 e 374, e in *Giur. it.*, 2016, 663 ss.; Cass. Civ. 28 luglio 2015, n. 15841, in *Pluris*.

Il carattere meramente contrattuale dell’arbitrato irrituale ha tuttavia determinato un effetto espansivo della nullità delle clausole non conformi, forse in qualche modo non prevedibile: come infatti ha statuito la Cassazione nell’ultimo precedente citato, il procedimento arbitrale irrituale già pendente non beneficia della

clausola di neutralità di cui all’art. 41, D.Lgs. n. 5/2003 (“Ai giudizi pendenti alla data di entrata in vigore del presente decreto si applicano le disposizioni anteriormente vigenti”), con la conseguenza - di impatto pratico ormai modesto a oltre quindici anni di distanza - di veder travolta, come conseguenza della nullità della clausola non uniformata all’art. 34, D.Lgs. n. 5/2003 anche la procedura avviata anteriormente all’entrata in vigore della riforma ed il lodo *medio tempore* pronunciato.

nondimeno, è essenziale che gli operatori valutino con molta attenzione l'opportunità di avvalersi o meno dell'opzione concessa dal novellato art. 829 c.p.c.

Ma procediamo con ordine.

Prima dell'intervento riformatore del 2006, l'impugnazione del lodo per violazione delle regole di diritto sul merito della controversia era prevista in via generale ma con disposizione derogabile per volontà delle parti (art. 829 comma 2, c.p.c.) eccezion fatta - per quanto qui ci interessa - per le liti aventi ad oggetto l'impugnazione di deliberazioni o se gli arbitri avessero conosciuto questioni non compromettibili (artt. 35, comma 3, e 36, comma 1, D.Lgs. n. 5/2003).

Il novellato art. 829, commi 3 e 4, c.p.c., rovescia la previgente impostazione assoggettando l'impugnabilità del lodo "per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia" ad un'espressa previsione pattizia ovvero di legge. In altre parole, nel silenzio della clausola, fatti salvi i casi di contrarietà all'ordine pubblico (art. 829, comma 3, in fine) ovvero quelli previsti dagli artt. 35, comma 3, e 36, comma 1, D.Lgs. n. 5/2003, il lodo non è mai impugnabile per violazione o falsa applicazione di norme sostanziali.

Quanto ora descritto ha due corollari. Il primo: che diviene superfluo, nelle clausole, esplicitare che il lodo non è impugnabile se gli arbitri nel giudicare non hanno osservato le regole di diritto, poiché tale regola è oggi di *default* ed è comunque derogata proprio in materia societaria per le due ipotesi sopra descritte; il secondo: che diviene importante valutare, nella stesura della clausola, se estendere la sindacabilità del lodo anche alla violazione delle regole di diritto sul merito della controversia, rendendo l'esperienza arbitrale più "affine" a quella giudiziaria ordinaria.

Ma vi è un ulteriore profilo di cui si deve dar conto, benché non attenga a stretto rigore al tema della redazione della clausola perché investe le clausole preesistenti alla riforma del 2006. Sopravvenuta la riforma, l'art. 27, D.Lgs. n. 40/2006 ha sancito l'applicabilità delle nuove regole "ai procedimenti arbitrali, nei quali la domanda di arbitrato [sia] stata proposta successivamente alla data di entrata in vigore del presente decreto".

Tanto semplice e lineare si presenta la disposizione transitoria quanto complessa e intricata la problematica cui dà origine, poiché investe l'area dell'affidamento delle parti di un negozio nella persistente efficacia del quadro normativo sul quale esse hanno edificato il proprio regolamento d'interessi. Invero, chi stipulava anteriormente alla riforma una convenzione arbitrale poteva confidare sull'esperibilità (*ex lege*) dell'impugnazione del lodo per violazione di norme di diritto senza necessità di dover inserire alcuna espressa previsione pattizia. Sopravvenuta la nuova disposizione la situazione si capovolge, poiché quel silenzio, per quelle stesse parti, sembrerebbe assumere ora il significato di una rinuncia al rimedio impugnatorio.

Ora, è naturale che lo Stato, nell'esercizio della sovranità da cui l'ordinamento discende, possa spingersi anche a conculcare l'autonomia privata disconoscendole spazi in precedenza aperti, modificando quindi d'imperio regolamenti negoziali già perfezionati, dacché non esiste alcun *Erhaltungsprinzip* che garantisca l'immutabilità degli effetti giuridici dell'agire umano in un certo tempo (38); ma ciò, venendo a pregiudicare l'altrettanto fondamentale esigenza della certezza del diritto, o meglio, della certezza *nel diritto applicabile* ad una certa situazione, è ammesso entro confini delimitati. Così, da sempre nel nostro ordinamento, mentre è regola (art. 11 prel. cod. civ.) che "la legge non dispone che per l'avvenire" (cioè: non può che aver effetto da quel momento in avanti, anche rispetto a fatti pregressi, purché non già generatori di una situazione giuridica perfezionata), si ammette solo in via di eccezione che una nuova norma possa aver efficacia anche retroattiva. Si pensi, senza andar troppo distante dalla materia di cui ci occupiamo, alla regola della sopravvenuta nullità di tutte le clausole compromissorie societarie di tipo binario ex art. 34, D.Lgs. n. 5/2003: opinabile da un punto di vista di politica legislativa (poiché non ha di certo favorito, ma impedito, il ricorso all'arbitrato), ma legittima e ormai pacificamente avallata anche dalla giurisprudenza di Cassazione (39). Ed anche in materia processuale opera di *default* (40) il medesimo principio, ex

(38) R. Quadri, *sub art. 11, commento*, in *Id.*, *Disposizioni sulla legge in generale. Dell'applicazione della legge in generale. Art. 10-15*, in AA.VV., *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja - G. Branca, Bologna-Roma, 1974, 114.

(39) Per ampi riferimenti e sintesi, da ultimo, Cass. Civ. 28 ottobre 2015, n. 22008, in *Giur. it.*, 2016, 663 ss.

(40) È sempre possibile che il legislatore opti per una diversa disciplina nella transizione fra vecchia e nuova norma: per esempio

si considerino il caso delle norme del codice deontologico forense approvato il 31 gennaio 2014 che si applicano anche ai procedimenti disciplinari in corso al momento della sua entrata in vigore, se più favorevoli per l'incolpato, giacché l'art. 65, comma 5, L. 31 dicembre 2012, n. 247, ha recepito il criterio del *favor rei* in luogo del criterio del *tempus regit actum* (Cass. Civ., SS.UU., 6 maggio 2016, n. 9147; Cass. Civ., SS.UU., 16 febbraio 2015, n. 3023).

art. 5 c.p.c., benché si dibatta sulla sua intensità, da taluni ritenendosi che le norme sopravvenute non possano giammai perturbare “la certezza del trattamento delle situazioni processuali e l'economia dei giudizi” (41), che andrebbero pertanto condotti applicando solo le regole del tempo di radicamento della lite; da altri invece ammettendosi che le nuove disposizioni possano incidere anche sui giudizi pendenti, di tal che “gli atti processuali sono disciplinati dalla legge sotto il cui imperio sono posti in essere” salvo espressa ultrattività del regime primigenio (42).

Si pone quindi il quesito se si applichi *ratione temporis* la vigente formulazione dell'art. 829 c.p.c. che preclude al terzo comma la sindacabilità nel merito del lodo in assenza di previsione normativa o di esplicito accordo in tal senso nella convenzione; ovvero se debba prevalere la legge del tempo di stipulazione del negozio, la quale lo consentiva sempre salvo patto contrario.

La giurisprudenza si è espressa, in tempi recenti, in modo contrastante (43) per giungere - con tre arresti a Sezioni Unite - ad una composizione della questione (44).

L'orientamento più risalente, richiamato tralasciatamente anche in altre pronunce successive, ha posto l'accento sul divieto di retroattività ritenendo che le convenzioni concluse prima dell'entrata in vigore della riforma continuino ad essere regolate dalla legge previgente, che disponeva l'impugnabilità del lodo per violazione della legge sostanziale, a meno che le parti non avessero stabilito diversamente, e che “in difetto di una disposizione che ne sancisca la nullità o che obblighi le parti ad adeguarle al nuovo modello, la salvezza di tali convenzioni de[bba] ritenersi insita nel sistema, pur in difetto di un'esplicita

previsione della norma transitoria” (45). Con i tre citati arresti le Sezioni Unite hanno confermato che il dettato dell'art. 27, D.Lgs. 40/2006 è chiarissimo, e dunque non si sfugge alla conclusione che il nuovo comma 3 dell'art. 829 c.p.c. si applichi a tutti i lodi resi in giudizi incardinati dopo la sua entrata in vigore. Tuttavia, il rischio che così facendo si apra la strada ad una applicazione retroattiva della nuova norma (che di fatto ribalterebbe la volontà delle parti sancita a quel tempo nella clausola) viene neutralizzato recuperando nell'art. 829 il “salvagente” che consente alla volontà delle parti - in allora espressa con il silenzio - di sopravvivere.

La logica argomentativa è stringente: oggi è consentita la sindacabilità nel merito del lodo soltanto se lo prevede la clausola ovvero la legge; e quando la norma rinvia alla “legge”, deve trattarsi - aggiungono i giudici - di una legge (i) diversa dall'art. 829 attuale, (ii) relativa alla clausola compromissoria e (iii) vigente al tempo in cui la clausola è stata conclusa. Anteriormente al 6 marzo 2006 (data di entrata in vigore del novello art. 829 c.p.c.) la “legge” che disciplinava la clausola compromissoria sotto il profilo qui in esame era (per gli arbitrati non societari) proprio l'allora vigente art. 829, comma 2, c.p.c. Tale disposizione era congegnata in modo da consentire di *default* l'impugnazione del lodo nel merito, sicché in allora questa opzione non richiedeva alcuna espressa formulazione. Ora, poiché il silenzio è una condotta ambigua e le clausole ambigue si interpretano *ex art. 1366 c.c.* nel senso praticato nel luogo, nel tempo e secondo la legge di loro conclusione, per le convenzioni arbitrali antecedenti al 2006 il silenzio deve essere interpretato come intenzione di riservarsi l'impugnazione nel merito del lodo. Impostato in questi termini il problema, a nulla rileva che oggi all'arbitrato sia riconosciuta natura giurisdizionale,

(41) R. Caponi, *Tempus regit processum ovvero autonomia e certezza del diritto processuale civile*, in *Giur. it.*, 2007, 689 ss., che esprime questo concetto di assoluta cristallizzazione delle regole procedurali appunto con il brocardo neologistico “*tempus regit processum*”. E vedi anche Id., *Tempus regit processum (un appunto sull'efficacia delle norme processuali nel tempo)*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 449 ss.; in giurisprudenza Cass. Civ. 22 marzo 2011, n. 6514; Cass. Civ. 7 ottobre 2010, n. 20811; Cass. Civ., SS.UU., 9 settembre 2010, n. 19246 (*in obiter*); sul tema, di recente, F. De Santis, *op. cit.*, 307 ss.

(42) In questo senso sembra orientata la giurisprudenza più recente: Cass. Civ. 24 giugno 2016, n. 13165; Cass. Civ. 24 marzo 2016, n. 5925; Cass. Civ. 18 dicembre 2014, n. 26654; Cass. Civ. 13 settembre 2013, n. 20984.

(43) Si vedano App. Genova 30 aprile 2014; App. Roma 29 luglio 2015; App. Cagliari 5 aprile 2016; App. Roma 19 aprile 2016; App. Milano 3 giugno 2016, tutte in *Giur. arb.*, 2016, 399 ss., le quali si esprimono nel senso che il nuovo art. 829 si applica nei giudizi arbitrali promossi dopo l'entrata in vigore del suddetto decreto, ma la legge cui lo stesso art. 829 c.p.c., comma 3, rinvia, per stabilire se è ammessa l'impugnazione per violazione delle regole di diritto

relative al merito della controversia, è quella vigente al momento della stipulazione della convenzione, e dunque conferendo ultrattività al previgente regime normativo. In senso critico, però l'ordinanza di App. Milano 30 novembre 2016, in *Giur. arb.*, 2017, 286 ss., che aveva rimesso alla Consulta la questione di costituzionalità dell'interpretazione accolta dalla nostra corte suprema con le anzidette sentenze a Sezioni Unite; Corte cost. 30 gennaio 2018, n. 13, *Ibidem*, ha dichiarato non fondata la questione di costituzionalità.

Su entrambe le pronunce si veda per un approfondito commento, F. De Santis, *op. cit.*, 307 ss.

(44) Si tratta di Cass. Civ., SS.UU., 9 maggio 2016, n. 9284; Cass. Civ., SS.UU., 9 maggio 2016, n. 9285 e Cass. Civ., SS.UU., 9 maggio 2016, n. 9341, cit. Le ordinanze di remessione sono consultabili in *Giur. arb.*, 2016, 104 ss.

(45) Cass. Civ. 19 aprile 2012, n. 6148, in *Pluris. Conf.*, Cass. Civ. 3 giugno 2014, n. 12379; Cass. Civ. 18 giugno 2014, n. 13898; Cass. Civ. 19 gennaio 2015, n. 745 e Cass. Civ. 19 gennaio 2015, n. 748, e da ultimo Cass. Civ. 28 ottobre 2015, n. 22007, tutte in *Pluris*.

poiché “la natura processuale dell’attività degli arbitri non esclude che sia pur sempre la convenzione di arbitrato a determinare i limiti di impugnabilità dei lodi. Mentre la presenza di un’esplicita disciplina transitoria priva di rilevanza esclusiva il riferimento alla natura processuale degli atti per risolvere le questioni di diritto intertemporale”.

Segue. Sindacato sul lodo e autonomia privata. Le opzioni aperte: giudizio rescissorio e opzione arbitrale; progetto di lodo e lodo definitivo

Affronto ora un aspetto che pare davvero sconosciuto ai più, vale a dire la possibilità che sulla medesima controversia si possa celebrare un “arbitrato d’appello”.

Non inganni l’espressione che ho utilizzato, volutamente atecnica e solo evocativa di un fenomeno che ha contorni meno dirimpenti di quanto potrebbe dare a pensare. Mi riferisco alla possibilità che, in conformità a quanto prevede l’art. 830 c.p.c., la Corte d’Appello si arresti alla fase rescindente, senza procedere a quella rescissoria, come può accadere qualora così le parti abbiano stabilito nella clausola ovvero (più raro) con accordo successivo. In tal caso, recita il comma 3, “alla controversia si applica la convenzione di arbitrato, salvo che la nullità dipenda dalla sua invalidità o inefficacia”.

Ciò significa che, ove così preveda la clausola, a seguito dell’annullamento del lodo da parte del giudice di appello la questione viene nuovamente devoluta alla cognizione di un organo arbitrale, naturalmente nominato *ex novo*, del quale - mi pare logico anche se non espresso - non potrebbero far parte alcuni degli arbitri del “primo grado” in applicazione estensiva dell’ipotesi di cui al n. 6 del comma 1 dell’art. 815 c.p.c. (“se ha prestato consulenza, assistenza o difesa ad una delle parti in una precedente fase della vicenda”).

Non si tratta di una previsione che suscita grande *appeal*: tuttavia potrebbe meritare di essere considerata al momento della redazione della clausola compromissoria come strumento di rafforzamento dell’opzione arbitrale (46).

L’ipotesi fin qui esaminata non deve essere confusa con l’eventualità che nel corpo dell’arbitrato (diciamo così) di “primo grado” si inserisca una fase di

“revisione” della decisione finale prima del suo deposito. Siamo in tal caso in presenza di un frazionamento convenzionale della procedura unitaria che può consentire alle parti di formulare censure ed osservazioni investendo un nuovo organo arbitrale incaricato di pronunciare il lodo vero e proprio, “come se” fossimo in presenza di un meccanismo di critica affine al giudizio di appello. Ad oggi una formulazione articolata di questo meccanismo si rinviene negli artt. 11 e 12 del regolamento della Corte Nazionale Arbitrale (47), a mente dei quali le parti, già nella clausola compromissoria, possono convenire che l’organo arbitrale presenti un progetto di lodo soggetto a riesame, che ciascuna parte può domandare al Consiglio arbitrale, il quale provvederà a nominare all’uopo un nuovo tribunale arbitrale.

Il deposito della domanda di arbitrato presso il registro delle imprese

L’art. 35, comma 1, D.Lgs. n. 5/2003 dispone che “la domanda di arbitrato proposta dalla società o in suo confronto è depositata presso il registro delle imprese ed è accessibile ai soci”.

Come si è osservato, non vi è sanzione per l’inottemperanza dell’obbligo (in verità non è neppure agevole individuare chi sia l’obbligato...) (48), anche se si tratta di una disposizione di vertice nel sistema dell’arbitrato societario in quanto la pubblicità è lo strumento che consente di “socializzare” la lite arbitrale in armonia con il carattere di “giustizia di gruppo” voluta dal legislatore; mi pare che, tuttavia, sia consentito ipotizzare (benché non appaia opportuno) l’inserimento nella clausola di una previsione di nullità per l’eventuale violazione della disposizione in parola, in conformità all’art. 829, comma 1, n. 7, c.p.c.

Le modifiche alle pattuizioni arbitrali in sede di avvio della procedura

Dedichiamo, infine, una rapida menzione all’eventualità, talvolta ricorrente nella pratica, che le parti in lite decidano, concordemente, di modificare il patto compromissorio, magari alla prima udienza.

Mi permetto di sollevare qualche dubbio sulla legittimità di siffatta prassi sul terreno dell’arbitrato societario, quantomeno nelle società di capitali e

(46) Fra i pochi esempi in cui sono incorso, mi pare interessante segnalare una che così recita: “Ai sensi del disposto del comma 2 dell’art. 830 cod. proc. civ., nel caso che il lodo venga impugnato, vittoriosamente, per nullità, revocazione e/o opposizione di terzo davanti alla Corte di Appello, la nuova pronuncia sul merito della controversia sarà di competenza esclusiva di un nuovo Collegio Arbitrale da nominarsi con la procedura innanzi indicata”.

(47) <https://www.cortenazionalearbitrale.it/regolamento/>.

(48) Forse è più corretto dire che una sanzione esiste, ma è “di facciata” ed è difficile che sia irrogata. Mi riferisco alla disposizione dell’art. 2194 c.c. che punisce con una sanzione amministrativa di modesta entità “chiunque omette di richiedere l’iscrizione nei modi e nel termine stabiliti dalla legge”. Non ho notizia che la norma sia mai stata applicata al caso in esame.

cooperative, in virtù del carattere statutario della convezione arbitrale, per ciò modificabile soltanto attraverso una formale deliberazione assembleare verbalizzata da notaio ed iscritta nel registro delle imprese in conformità agli artt. 2365, 2375, 2436 c.c. e 34, comma 6, D.Lgs. n. 5/2003.

A diversa conclusione si potrebbe, forse, pervenire per le società di persone, ma a condizione che la modifica sia accettata da tutti i soci.

Diversamente, riterrei che un'eventuale modificazione concordata soltanto fra le parti in lite debba considerarsi come stipulazione *ex novo* di un compromesso, con conseguente inapplicabilità degli artt. 34 ss.; in altre parole, si darebbe vita ad un arbitrato di diritto comune che potrebbe anche essere devoluto alla cognizione degli arbitri già nominati in virtù della clausola statutaria, a condizione che costoro accettino la nuova designazione (e, di regola, l'accettazione avviene proprio alla prima udienza).

Gli effetti nel tempo della clausola compromissoria

Un ultimo "campo minato" del diritto dell'arbitrato è rappresentato dagli effetti del tempo sull'efficacia della clausola compromissoria statutaria, problema che si presenta sotto diverse sfaccettature, tutte caratterizzate dal comune denominatore del verificarsi di mutamenti in relazione alle "regole di giustizia" applicabili alle controversie relative ai rapporti sociali in una data società.

Retroattività o ultrattività della clausola compromissoria inserita, modificata o rimossa dallo statuto

Si ponga il caso che i soci deliberino, *durante societate*, di inserire nello statuto una clausola compromissoria, prima assente; ovvero che ne modifichino il contenuto in punti qualificanti, oppure la rimuovano, ripristinando la giurisdizione statale. E che sorga una controversia relativa a diritti sociali sorti prima di questa decisione (risarcimento di un danno asseritamente

cagionato da condotte gestorie tenute in esercizi sociali antecedenti; credito per utili non riscossi, etc.). La questione è se la controversia debba essere governata dalle regole del tempo in cui è stata instaurata ovvero da quelle del tempo in cui è sorto il diritto in lite.

L'interrogativo va affrontato, a mio sommesso modo di vedere, senza indulgere in facili parallelismi fra giudizio arbitrale e giudizio ordinario. Invero, seguendo una certa linea di pensiero che ha trovato seguito in giurisprudenza, si potrebbe agevolmente rispondere facendo proprie le parole dell'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite della questione relativa al regime transitorio dell'art. 829 c.p.c., più sopra descritto, ove si legge che "una volta che sia chiaro che l'attività svolta dagli arbitri equivalga ad un vero e proprio giudizio, l'applicazione delle regole processuali che concernono il loro giudizio non può che essere svolto tenendo conto del diritto processuale vigente al momento dell'atto di accesso agli arbitri, costituente la domanda introduttiva di quel giudizio, divenendo del tutto irrilevante il fatto che il patto compromissorio avesse tenuto presente un diverso diritto processuale (quello del tempo dell'accordo)" (49).

Ora, non intendiamo entrare, in questa sede, nella *querelle* circa la natura (giurisdizionale (50) o contrattuale (51)) del giudizio arbitrale: è ormai difficile negare che l'arbitrato rituale abbia assunto sempre più nitidamente le fattezze di un procedimento giurisdizionale (52). L'equiparazione del lodo alla sentenza (art. 824-bis c.p.c.); la qualificazione dell'eccezione di compromesso in termini di "competenza" (art. 819-ter c.p.c.); la procedimentalizzazione dell'arbitrato rituale (artt. 816 ss. c.p.c.); il riconoscimento della possibilità di *traslatio iudicii* bidirezionale (53) sono solo alcuni indizi della decisa svolta impressa dalla riforma del 2006 dopo decenni di altalenanti discussioni. Ciò nondimeno, non possiamo che ribadire la natura essenzialmente sostanziale della clausola compromissoria (54), da cui non può che discendere il corollario della sua naturale soggezione alle dinamiche proprie di qualsiasi pattuizione negoziale che vincola le parti se, finché e nella misura in cui queste non la emendino.

(49) Cass. Civ. 11 dicembre 2015, n. 25040, in *Giur. arb.*, 2015, 109; in senso conforme, però, già Cass. Civ. 17 settembre 2013, n. 21205, *Ibidem*.

(50) Di cui era alfiere Lodovico Mortara: si v. L. Mortara, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, vol. III, IV ed., Torino, 1923, 39 ss.

(51) G. Chiovenda, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1935, 70; S. Satta, *Contributo alla dottrina dell'arbitrato*, Milano, 1931, *passim*.

(52) E.F. Ricci, *Il nuovo arbitrato societario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, 532; Trib. Milano 22 luglio 2013, in *Pluris*. Per ampia illustrazione del dilemma e delle posizioni nel tempo preponderanti, M. Rubino-Sammartano, *Il diritto dell'arbitrato. Disciplina*

comune e regimi speciali, VI ed., Padova, 2010, 41 ss.; C. Punzi, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, cit., 83 ss.

(53) Corte cost. 19 luglio 2013, n. 223, pubblicata fra l'altro in *Giur. it.*, 2014, 1381 ss.; in *Corr. giur.*, 2013, 1107 ss., con nota di C. Consolo, *Il rapporto arbitri-giudici ricondotto, e giustamente, a questione di competenza con piena traslatio fra giurisdizione pubblica e privata e viceversa*; in questa *Rivista*, 2014, 362 ss.

(54) Si veda, *supra*, in nt. 3. Tale principio è stato da ultimo ribadito dalle tre sentenze di Sezioni Unite che hanno sciolto il dilemma sul regime transitorio dell'art. 829 c.p.c., esattamente nel senso di ritenere che i limiti all'impugnabilità del lodo debbano essere determinati facendo riferimento alla legge del tempo di stipulazione della clausola.

In altre parole: dato altresì per pacifico il già ricordato carattere autonomo della pattuizione arbitrale rispetto al contratto cui accede, alla risoluzione delle controversie su diritti nascenti dal contratto si deve applicare il “regime processuale” efficace fra le parti al momento in cui il diritto o la pretesa sono sorti, salvo che esse non abbiano espressamente disposto in modo diverso o sia diversamente ricavabile, anche per contraria disposizione di legge (e vedi *infra*, al fondo di questo paragrafo). Dunque, ipotizzando di trovarci innanzi ad una controversia che investa diritti sorti antecedentemente alla modifica dello statuto, ed in assenza di alcuna previsione di retroattività della modifica, qualora la clausola arbitrale sia introdotta *ex novo*, la controversia sarà devoluta all'autorità giurisdizionale ordinaria, a meno di ritenere, come diremo, che l'art. 808-*quater* c.p.c. induca a dover concludere diversamente; qualora la clausola sia modificata, sarà comunque quella precedente a governare l'arbitrato sulla predetta controversia; ed infine, qualora la clausola sia rimossa, nondimeno ci si dovrà rivolgere agli arbitri per dirimere la controversia. Sul punto, la giurisprudenza non appare tuttavia omogenea.

In un precedente di merito, il giudice ha riconosciuto la persistente operatività della clausola compromissoria anche dopo lo scioglimento del contratto sociale e la cancellazione della società dal registro delle imprese (55).

In un altro caso, assai criticato (56), la Corte d'Appello di Salerno ha invece rigettato l'eccezione di compromesso formulata da un amministratore che aveva assunto l'incarico e ne era cessato nel vigore della clausola, successivamente rimossa dai soci poche settimane prima della sua chiamata in causa per *mala gestio*. La statuizione dei giudici salentini non convince poiché legittima sostanzialmente una modifica unilaterale della pattuizione arbitrale da parte della società: la “controparte” della società nel

patto compromissorio, che avrebbe dovuto acconsentire alla modifica nel regime di competenza per le liti sociali, era l'ex amministratore, il quale risultava già cessato dalla carica al momento della modifica, sicché neppure si sarebbe potuta ipotizzare una sua implicita accettazione per effetto della permanenza nell'incarico (57).

Quanto invece all'ipotesi di inserimento *ex novo* della clausola, merita riflettere sull'arresto di Cassazione del 2019 che - valorizzando il precetto dell'art. 808-*quater* c.p.c. - ha concluso per l'estensione del vincolo compromissorio a tutte le controversie anche riferite a fatti antecedenti al momento della sua introduzione (58). Si tratta di un punto di vista che, per certi versi, agevola l'operato dell'arbitro e la certezza e stabilità della clausola in quanto riduce l'alea di incertezza sul meccanismo di giustizia applicabile, e per tale ragione sembra meritare accoglimento e condivisione.

Clausola compromissoria e controversie con ex soci o ex componenti di organi sociali

Il discorso sull'ultrattività della clausola compromissoria statutaria si lega a doppia mandata con quello del regime processuale delle liti fra la società e coloro che abbiano cessato di essere soci o componenti degli organi sociali, dovendosi anche in tal caso verificare quale fosse il regime di composizione delle liti vigente al tempo dei fatti oggetto di lite, a nulla rilevando che nel frattempo si sia sciolto il (distinto ed autonomo) rapporto sociale (59).

L'“interruzione” del rapporto sociale determina inoltre il cristallizzarsi delle pattuizioni intercorse fra società ed ex socio o ex componente degli organi sociali, di talché a nulla rileveranno eventuali modifiche che la società abbia nel frattempo apportato alle regole sulla risoluzione delle controversie.

Anche su questo punto, tuttavia, si registrano orientamenti non uniformi. In un caso di qualche anno fa,

(55) Trib. Milano 23 gennaio 2017, inedita.

(56) App. Salerno 10 marzo 2017, su cui si vedano le osservazioni critiche di F. De Santis, *op. cit.*, 326 s., il quale così conclude: “ne deriverebbe l'assurda conseguenza che l'amministratore cessato (ad esempio, perché unilateralmente revocato dalle sue funzioni) resterebbe in balia dell'assemblea, libera di espungere e di rimettere strumentalmente nello statuto la clausola compromissoria (anche con effetto nei riguardi del cessato amministratore) tutte le volte che vuole, a seconda delle ‘convenienze’ del momento”.

(57) Come ha ritenuto verificarsi Trib. Milano 11 giugno 2014, in *Giur. it.*, 2014, 2212 ss.

(58) Cass. Civ. 8 febbraio 2019, n. 3795, in *Pluris*.

(59) Si vedano Trib. Milano 23 gennaio 2014, inedita, e Trib. Milano 15 maggio 2017, in relazione ad una domanda di

restituzione di credito per finanziamento soci avanzata dall'ex socio nei confronti della società, nel cui statuto, già al tempo in cui era ancora parte della compagine sociale, era presente la clausola compromissoria. Trib. Modena 14 marzo 2007, che si è pronunciato in un caso di domanda avanzata dall'ex socio per la restituzione delle somme versate a titolo di sottoscrizione di quota sociale e copertura di perdite relative alla società di cui non era più nel frattempo socio. Trib. Milano 15 luglio 2014, inedita, con riferimento alla domanda di risarcimento dei danni per illegittima revoca formulata da un ex amministratore. *Contra* si segnala Trib. Napoli 18 novembre 2015, in *www.ilcaso.it*, ove si afferma che “la competenza a giudicare deve sussistere alla data di proposizione della domanda giudiziale, dato che la competenza costituisce un presupposto processuale”.

il Tribunale di Milano, facendo leva sul comma 3 dell'art. 34, D.Lgs. n. 5/2003 è finanche giunto ad estendere l'efficacia del patto arbitrale a soci che avevano già cessato di essere tali prima dell'introduzione della pattuizione arbitrale (60).

Procedure concorsuali e arbitrato

L'accesso della società ad una procedura concorsuale pone, *inter alia*, il problema della persistente operatività della clausola compromissoria statutaria (61).

In linea generale, la risposta è positiva, con qualche distinguo. Le procedure concorsuali comportano, con intensità diversa, l'intervento di soggetti terzi che affiancano o sostituiscono gli organi sociali, ma non impattano sulle regole di governo del gruppo che restano valide ed operanti.

Naturalmente è da escludere che il curatore o il commissario siano vincolati dalla clausola compromissoria statutaria per quanto attiene alle controversie che possano eventualmente insorgere fra essi e la società, posto che essi non vengono nominati dalla società e dunque non si instaura con essa un rapporto "contrattuale" analogo a quello che intercorre con organo amministrativo e di controllo. Anche ad essi - quali legali rappresentanti della società - è invece opponibile il patto arbitrale statutario nelle controversie che attengano ai diritti disponibili relativi al rapporto sociale: si pensi, per riprendere casistica recente, alla lite sull'esecuzione della deliberazione di aumento del capitale promossa dal fallimento verso il socio inadempiente (62); all'azione avverso alcuni consorziati per il pagamento di somme dovute al consorzio fallito (63).

Unico rilevante limite all'operare della clausola compromissoria è l'esercizio di pretese di terzi che il curatore può trovarsi a far valere in quanto anche legittimato ad agire nell'interesse della massa. In

questo senso, alcuni precedenti hanno escluso che sia opponibile la convenzione arbitrale statutaria al curatore che agisca ex art. 146 l.fall. verso gli ex componenti degli organi sociali poiché tale disposizione attribuisce un carattere unitario e inscindibile all'azione sociale di responsabilità e a quella dei creditori (64); ove però il curatore o il commissario agiscano solo in responsabilità sociale, la clausola arbitrale non trova ostacoli ad operare (65).

Una riflessione conclusiva: perché è importante per il "sistema-Paese" che la clausola compromissoria sia scritta correttamente

L'analisi fin qui condotta restituisce un quadro dalle tinte contrastanti. Per un verso l'arbitrato si dimostra meccanismo flessibile e plasmabile a seconda delle esigenze concrete; di contro però la disciplina giuridica presenta talune aporie e criticità che - si auspica - il prossimo intervento riformatore, che è ai blocchi di partenza con l'emendamento al d.d.l. AS-1662 recante Delega al Governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie (66), sia in grado di superare. È infatti comune sentire che la certezza del diritto sia un valore essenziale della società civile, tanto più importante in quei settori, come quello delle imprese e dei commerci, nei quali è primaria l'esigenza di riporre fiducia in un sistema di regole chiare e di giustizia rapida ed affidabile.

È noto che, negli Stati Uniti, la disciplina delle società commerciali è lasciata alla legislazione statale; e che, a partire dagli anni Venti del secolo scorso, a fare la "parte del leone" è un piccolissimo stato, il Delaware, presso il quale hanno sede legale la metà di

(60) Trib. Milano 27 settembre 2005, in *Giur. comm.*, 2006, II, 1128 ss., con nota dello scrivente, *Tre problemi in materia di arbitrato endosocietario*. Nel caso di specie, gli ex soci avevano impugnato la delibera in virtù della quale avevano perso la loro qualità e la clausola compromissoria era stata introdotta *medio tempore*.

(61) Segnalo per chiarezza che qui non mi occupo dei rapporti fra arbitrato e procedure concorsuali con riferimento a rapporti giuridici intercorrenti fra la società e i terzi: su questo tema mi permetto di rinviare a S.A. Cerrato, *Procedure concorsuali e arbitrato*, in *Giur. arb.*, 2019, 339 ss.; e, anche in proiezione futura con vista sul Codice della crisi, Id., *Il mosaico dell'arbitrato al tempo del Codice della crisi: nouvelle vague o antiche aporie?*, in *Giur. comm.*, 2020, I, 66 ss.

(62) Cass. Civ. 30 settembre 2019, n. 24444, in *Studium juris*, 2020, 488.

(63) Cass. Civ. 8 novembre 2018, n. 28533, in *Giur. it.*, 2019, 636 ss.

(64) Cass. Civ. 12 settembre 2014, n. 19308, in *Pluris*; Trib. Catanzaro 16 novembre 2018, in questa *Rivista*, 2019, 745 ss.; Trib. Roma 9 dicembre 2019, in *Giur. it.*, 2020, 1141 ss. In quest'ultimo caso consta che il curatore non avesse specificato se agisse solo per responsabilità sociale o anche in rappresentanza dei creditori sociali: il giudice capitolino rigetta il ricorso ritenendo che, nel silenzio, il curatore avesse inteso esercitare entrambe e che la clausola non possa operare essendo l'azione ex art. 2394 c. c. estranea al perimetro del patto compromissorio.

(65) Per un recente arresto in tal senso, Trib. Milano 11 maggio 2018, in *Giur. it.*, 2020, 1141 ss. con nota dello scrivente, *Waiting for Godot: arbitrato e procedure concorsuali verso il futuro (remoto?) Codice della crisi*, *ivi*, 1143 ss. Conf., Trib. Milano 15 dicembre 2015, *ivi*, 2016, 1420 ss.

(66) Per un primo commento, B. Capponi, *Prime note sul maxi-emendamento al d.d.l. n. 1662/S/XVIII*, in <https://www.giustiziainsieme.it/it/news/121-main/processo-civile/1736-prime-note-sul-maxi-emendamento-al-d-d-l-n-1662-s-xviii-di-bruno-capponi/>.

tutte le *corporations* americane (e non solo) e, fra queste, la maggior parte di quelle quotate.

Il successo del Delaware è di solito giustificato dalla presenza di una legislazione commerciale decisamente permissiva, quasi lasca, e notoriamente “favorevole” ai *managers* piuttosto che ai soci. In realtà, non è così: come alcuni giuristi hanno acutamente osservato (Roberta Romano e Jonathan Macey), moltissimi altri stati americani, pur adottando legislazioni parimenti “blande”, non hanno insidiato il primato del Delaware perché determinante del successo di quest’ultimo ordinamento è (anche) il sistema giudiziario, cioè la presenza di un apparato organizzativo di elevata efficienza e professionalità in grado di garantire una delle migliori “giustizie” commerciali di tutti gli Stati Uniti.

In altre parole, il successo di un “sistema Paese” sul terreno della concorrenza fra ordinamenti non dipende solo dalla bontà o appetibilità delle regole sostanziali, ma in larga misura dall’efficienza del meccanismo di risoluzione delle liti.

L’arbitrato costituisce un formidabile strumento di decongestionamento della giustizia togata poiché offre alle imprese una procedura alternativa per la risoluzione delle liti con efficacia equiparata a quella del giudizio civile. Ma il suo “buon funzionamento” esige che la fonte della potestà arbitrale (cioè la clausola compromissoria con la quale le parti decidono di demandare ad arbitri le controversie) sia scritta correttamente e non presenti profili né di incertezza applicativa né - peggio ancora - di invalidità che possano inficiare *ab origine* l’intera procedura.

Purtroppo, fin da subito l’arbitrato societario ha mostrato, anche su punti qualificanti, preoccupanti aporie che hanno alimentato forti contrasti fra gli interpreti e suscitato diffidenza negli operatori, fino a far dubitare dell’opportunità stessa di alcune opzioni di fondo della riforma, per non dire delle resistenze che si incontrano in alcuni strati della nostra classe

togata quasi che l’arbitrato fosse un invitato scomodo al desco della giurisdizione, da tollerare e contenere (67). Inoltre è molto diffusa, forse anche più di quanto si pensi, l’impreparazione di moltissimi professionisti (avvocati, dottori commercialisti, notai) i quali suggeriscono, elaborano e inseriscono in statuti e contratti clausole compromissorie inadeguate, “sbagliate” o perfino di dubbia validità. A ciò si somma il fatto che neppure le parti stesse (i soci in genere) nutrono particolare riguardo per questa pattuizione, solitamente relegata nella parte finale dello statuto, fra le *miscellanea*, e scarsa cura vi dedicano nella redazione, quasi che si trattasse di una clausola di stile.

In questo contesto il ricorso all’arbitrato rischia di penalizzare due volte il “sistema-Paese”: in primo luogo, perché l’impossibilità di attivare efficacemente l’arbitrato determina l’inevitabile ricorso al giudice togato per risolvere la lite, con un allungamento dei tempi pregiudizievole per il buon andamento dell’economia nel suo complesso (dacché incontestabilmente il ritardo nell’ottenere giustizia si traduce spesso in un diniego di giustizia per le imprese). E in secondo luogo perché le incertezze sulla formulazione della clausola impongono di rivolgersi una volta di più al giudice civile, con la paradossale conseguenza di dover preventivamente “litigare” per sapere di fronte a chi (giudice o arbitro) “litigare”.

Ed infine, non può sottacersi come una giustizia efficiente sia essenziale (anche se non sufficiente: pensiamo al tema fiscale) per combattere le tentazioni di forum shopping e di “fuga” delle imprese verso altri ordinamenti ritenuti più “accoglienti”. Anche questo è un aspetto che un legislatore attento non deve trascurare ed a maggior ragione oggi di fronte al ripetersi di casi di trasferimento all’estero delle sedi legali di importanti realtà produttive del Paese, che circoscrivere ad un problema di “*dumping* fiscale” (68) rischia di essere riduttivo.

(67) Per questo rilievo, e più diffuse considerazioni, sia consentito rinviare a S.A. Cerrato, *La compromettibilità in arbitri dell’impugnativa di bilancio*, in *Riv. arb.*, 2008, 206 s.; pensiero ripreso e condiviso da V. Donativi, *op. cit.*, 8 ss., che pone la questione arbitrato in termini di “sfida intellettuale” diretta a far prevalere soluzioni ermeneutiche che favoriscano lo sviluppo dell’arbitrato “in chiave di contributo al progresso economico e alla competitività del sistema e delle imprese”.

(68) Tema assai attuale, anche in qualche misura collegato alle posizioni oltranziste dell’Olanda nelle negoziazioni del Recovery Fund conclusesi nel mese di luglio 2020; più in generale, sul problema della concorrenza fiscale, *Fisco, la Commissione europea lancia un’offensiva contro la concorrenza sleale*

tra Stati Ue, in https://www.ilsole24ore.com/art/fisco-commissione-europea-lancia-un-offensiva-contro-concorrenza-sleale-stati-ue-ADfyoUe?refresh_ce=1.

Di recente, si è espressa con toni preoccupati l’autorevole voce del presidente dell’Autorità garante della concorrenza: *Antitrust, Rustichelli: Paradisi fiscali in Europa. Pretendono rigore di bilancio, ma danneggiano gli altri*, in https://www.repubblica.it/economia/2020/07/02/news/antitrust_rustichelli_paradisi_fiscali_in_europa_pretendono_rigore_di_bilancio_ma_danneggiano_gli_altri_-260770301/#:~:text=Secondo%20Rustichelli%2C%20c'%20A8%20un,fondamenta%20della%20stessa%20costruzione%20europea%22/.