

Vecchio e nuovo arbitrato societario: i due modelli a confronto

di **Giuseppe Rebecca**, dottore commercialista
e **Carlotta Baruchello**, studio Rebecca & associati, partner Synergia Consulting Group

Il nuovo arbitrato societario ha generato delicati problemi interpretativi relativi al rapporto tra disciplina comune e disciplina speciale. La dottrina ha elaborato due soluzioni alternative tra loro: coesistenza delle norme, che continuerebbero ad operare in parallelo, o prevalenza di quelle nuove. Vantaggi e svantaggi di entrambe le opzioni.

Il 1° gennaio 2004 è entrata in vigore nel nostro Paese una nuova normativa processuale che ha dato sistematicità e organicità all'arbitrato societario, «tanto prolifico nella prassi quanto incerto dal punto di vista dell'applicazione nei tribunali»⁽¹⁾.

In precedenza, infatti, l'arbitrato societario non conosceva una propria autonoma disciplina. Tuttavia, la clausola compromissoria era molto spesso presente all'interno degli statuti societari indipendentemente dal tipo giuridico di società prescelto o dall'oggetto sociale, quasi alla stregua di una clausola di rito⁽²⁾: con essa era rimessa alla cognizione degli arbitri, rituali o irri-

nate contese sorte fra la società e i soci.

Con l'introduzione del D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5⁽³⁾, il legislatore ha inteso fornire all'arbitrato nuovi strumenti, tra i quali notevole importanza riveste la clausola compromissoria statutaria, per la gestione e la risoluzione delle controversie che investono i rapporti giuridici interni alle società commerciali.

Una delle questioni più dibattute in dottrina riguarda il rapporto in cui il modello di arbitrato, previsto e regolato dalla nuova legge speciale, si pone con quello generale disciplinato dall'art. 806 e segg. cod. proc. civ.

In particolare, ad oltre un anno di distanza dall'ingresso della

riforma nel nostro ordinamento, si continua a discutere sulla possibilità di sopravvivenza dell'arbitrato di diritto comune all'interno del mondo societario.

Ci si è chiesti: è ancora possibile scegliere la via dell'arbitrato previsto dal Codice di rito o si dovrà necessariamente fare riferimento alla nuova norma processuale? Le "vecchie" clausole compromissorie inserite negli statuti sono diventate inapplicabili oppure continuano a valere anche dopo il 1° gennaio 2004?

Gli interpreti della materia si sono divisi tra:

1. chi ritiene che il nuovo modello arbitrale sia l'unica declinazione dell'arbitrato possibile per definire le liti in materia societaria⁽⁴⁾: in questo caso non ci sarebbe più spazio per la

Note:

(1) E. Zucconi Galli Fonseca, «La convenzione arbitrale nelle società dopo la riforma», in Riv. trim. dir. e proc. civ., 2003, pag. 929.

(2) N. Soldati, «Osservazioni a margine degli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie nella riforma del processo societario», in Le Società n. 6/2003, pag. 792.

(3) Si tratta del decreto recante «Definizione dei procedimenti in materia di diritto societario e di intermediazione finanziaria, nonché in materia bancaria e creditizia, in attuazione dell'art. 12 della legge 3 ottobre 2001, n. 366», pubblicato in G.U. 22 gennaio 2003, n. 17, entrato in vigore il 1° gennaio 2004. Il testo della riforma ha subito diverse modifiche, anche in relazione alla disciplina dell'arbitrato oggetto di indagine, dapprima in virtù di un "avviso di rettifica" del 9 settembre 2003, quindi per effetto del successivo D.Lgs. 6 febbraio 2004, n. 37.

(4) Cfr. Trib. Latina 22 giugno 2004, con commento di N. Soldati, «Nullità della clausola compromissoria in seguito a mancato adeguamento», in Diritto e Pratica delle Società, n. 2/2005, pag. 73.

clausola compromissoria di diritto comune;

2. chi, invece, sostiene come la "vecchia" e la "nuova" normativa viaggino in parallelo, costituiscano cioè due alternative valide e di pari importanza per ricorrere alla giustizia privata⁽⁵⁾. In una simile ipotesi, le società interessate dalla riforma potrebbero prevedere nei propri statuti societari:

- una clausola compromissoria ex art. 34 e segg. del D.Lgs. n. 5/2003;

- una clausola compromissoria c.d. "binaria" o di diritto comune;

- una clausola compromissoria tradizionale e una clausola di diritto societario all'interno dello stesso regolamento sociale.

La giurisprudenza, al momento scarna, si è pronunciata per la tesi della incompatibilità delle vecchie clausole (Trib. Trento ord. 8 aprile 2004 e Trib. Latina 22 giugno 2004, come illustrato in seguito) e anche per la tesi della sopravvivenza dell'arbitrato vecchia formula, se derivante da clausola preesistente al 1° gennaio 2004 (Trib. Udine ord. 4 novembre 2004).

Il problema della possibile coesistenza o meno delle due discipline nasce dall'esame dell'art. 34, comma 2, del D.Lgs. n. 5/2003.

La nullità della preesistente clausola compromissoria

Il comma 2 dell'art. 34 introduce uno schema redazionale as-

solutamente univoco e invalidabile, laddove dispone che la clausola compromissoria statutaria debba prevedere numero e modalità di nomina degli arbitri, conferendo in ogni caso, a pena di nullità, il potere di nomina di tutti gli arbitri a soggetto estraneo alla società. Ove questo soggetto non provveda, prosegue la norma, la nomina è richiesta al presidente del Tribunale del luogo in cui la società ha sede legale.

L'innovazione storica per la disciplina dell'arbitrato riguarda la sottrazione alle parti contendenti del potere di nomina degli arbitri: la scelta di tutti i soggetti chiamati a dirimere una controversia in materia societaria deve essere, in via del tutto inderogabile, affidata a un terzo, che assume il ruolo di filtro neutrale tra le parti e gli arbitri.

Il nuovo sistema di nomina si differenzia nettamente rispetto al meccanismo disegnato nel Codice di rito, creando una vera e propria *species* di clausola arbitrale in ambito societario.

È stata introdotta, infatti, una modalità di designazione degli arbitri totalmente innovativa per il nostro sistema improntata al rafforzamento dell'imparzialità e dell'indipendenza degli arbitri e volta al superamento del problema della plurisoggettività delle controversie societarie, malgrado ciò abbia comportato il sacrificio del principio della libera partecipazione delle parti alla nomina dei componenti del collegio arbitrale.

Notevoli perplessità ha suscitato, peraltro, l'inciso «in ogni caso, a pena di nullità»: se è vero che è nullo l'accordo tra le parti che prevede una designazione degli arbitri diversa dalla nomina totalmente eterodiretta⁽⁶⁾, di che tipo di nullità si tratta?

Nullità totale o parziale?

Se si accoglie la prima soluzione, alle parti non resterebbe che rivolgersi all'autorità giudiziaria ordinaria per la risoluzione delle controversie, fatta salva l'ipotesi di trovare un accordo, una volta insorta la lite, per la stipulazione di un compromesso arbitrale; nella seconda ipotesi, invece, potrebbe operare l'efficacia sanante dell'art. 809, comma 3, cod. proc. civ., con la conseguente automatica nomina degli arbitri effettuata dal presidente del Tribunale del luogo in cui la società ha la propria sede legale⁽⁷⁾.

Sulla questione è intervenuta una sentenza del Tribunale di Latina⁽⁸⁾ che ha dichiarato nulla la clausola compromissoria contenuta nello statuto di una s.r.l. «per contrasto con la disciplina cogente imposta dall'art. 34, comma 2, del D.Lgs. n. 5/2003, in ordine al potere di nomina degli arbitri, alla quale non è stata uniformata [...]» precisando come «le disposizioni statutarie in contrasto con la nuova disciplina processuale cessino di avere efficacia con l'entrata in vigore di quest'ultima».

Note:

(5) V. Salafia, «Il nuovo arbitrato societario e altre questioni», in *Le Società* n. 1/2005, pag. 97.

(6) R. Sali, «L'arbitrato per le nuove società. Dodici (piccoli) nodi applicativi e qualche proposta», in www.judicium.it, 17 settembre 2004, par. 4.

(7) Tale soluzione «salva-arbitrato» è stata avanzata da F.P. Luiso, «Appunti sull'arbitrato societario», in www.judicium.it, 10 dicembre 2003.

(8) Cfr. Trib. Latina 22 giugno 2004, cit.

La sentenza ha stabilito così che, dal 1° gennaio 2004, la clausola compromissoria statutaria non adeguata, formulata al tempo in cui era ancora in vigore il precedente ordinamento societario elaborata, quindi, in conformità all'art. 806 e segg. cod. proc. civ., è nulla perché contraria alle disposizioni inderogabili introdotte in tema di arbitrato societario dal D.Lgs. n. 5/2003, più precisamente perché non prevede come modalità di designazione degli arbitri il meccanismo di nomina ad opera di un soggetto estraneo alla società.

Il Collegio giudicante, una volta riconosciuta come inderogabile la modalità di nomina eterodiretta degli arbitri, si è preoccupato di chiarire come non sia possibile conservare la clausola compromissoria affetta da nullità parziale previa la sostituzione automatica delle disposizioni divenute *contra legem* con quelle di legge, in applicazione della regola contemplata dal comma 2 dell'art. 1419 cod. civ.

L'art. 1419, comma 2, cod. civ., in tema di nullità parziale, afferma che «la nullità di singole clausole non importa la nullità del contratto, quando le clausole nulle sono sostituite di diritto da norme imperative».

Nel caso della clausola compromissoria statutaria prevista dalla riforma, non esiste una norma imperativa che possa sostituire integralmente la clausola nulla e ciò appare chiaro dal tenore letterale delle disposizioni di cui agli artt. 809, comma 3, cod. proc. civ., e

34, comma 2, del D.Lgs. n. 5/2003: l'intervento del presidente del Tribunale è previsto solo nel caso in cui le parti o il terzo non provvedano. Si verificherebbe quasi un assurdo legislativo perché «non sarebbe applicabile interamente la nuova disciplina legale, ma solo quella parte di essa - il ricorso al giudice per la nomina degli arbitri - che il legislatore configura come *extrema ratio*».

Inoltre, qualora si ritenesse operante la norma del Codice civile, si riconoscerebbe al giudice ordinario il potere di intervenire per sanare la nullità di una clausola con la quale le parti hanno inteso ricorrere a un sistema di giustizia alternativo a quello della giustizia ordinaria⁽⁹⁾.

Non c'è dubbio, quindi, che la clausola compromissoria statutaria che non preveda la designazione del collegio arbitrale da parte di un terzo estraneo sia da ritenersi radicalmente nulla.

La previsione della sanzione di nullità ha dato vita a un ulteriore problema in ordine alla validità delle clausole compromissorie contenute all'interno degli statuti e degli atti costitutivi: cosa accade infatti, in questo caso, alla tradizionale e più diffusa tipologia di clausola binaria, visto che essa non rispetta il requisito della nomina eterodiretta?

È da considerarsi nulla o si può pensare che essa continui a valere tra le parti?

A questo punto, è necessario chiedersi quale rapporto esista tra disciplina comune e disciplina speciale: se si ritiene che

il nuovo modello venga ad aggiungersi a quello tradizionale, la clausola compromissoria comune mantiene la propria efficacia. In caso contrario, vale a dire se si riconosce all'arbitrato societario riformato una funzione sostitutiva del "vecchio" schema arbitrale, la clausola binaria non può che essere irrimediabilmente nulla.

Clausole di diritto comune e di diritto societario: una convivenza problematica

La questione appena esposta ha suscitato un acceso dibattito tra gli interpreti, soprattutto dopo le prime pronunce dei tribunali di merito⁽¹⁰⁾ che hanno dichiarato la nullità di clausole compromissorie difformi rispetto alle nuove norme inderogabili in materia di arbitrato societario.

Innanzitutto, si ritiene che, ed è questa opinione largamente condivisa in dottrina, la disciplina speciale non sia del tutto autosufficiente per una gestione completamente autonoma dello strumento arbitrale, al punto che, di tanto in tanto, bisogna procedere a un'integrazione delle nuove disposizioni con quelle del codice di rito.

La regolamentazione dell'arbitrato societario, rinvenibile negli artt. 34-36 del D.Lgs. n. 5/2003, insomma, non basta: per tutti gli aspetti non contemplati nel decreto, è necessario poter fare riferimento alle norme in materia previste dal Codice di procedura civile.

Con un'espressione particolarmente appropriata si è detto

Note:

(9) Trib. Trento 8 aprile 2004, in *Le Società*, 2004, pag. 999 con commento di L.M.C. Morellini.

(10) Trib. Trento 8 aprile 2004, cit., pag. 999; Trib. Latina 22 giugno 2004, cit., pag. 73.

che «si tratta di una nuova disciplina dell'istituto arbitrale, non già della disciplina di un nuovo istituto», aggiungendo che «la novella non introduce una nuova forma di arbitrato, ma dispone regole particolari, in aggiunta o in deroga, ma solo in parte, alla disciplina generale»⁽¹¹⁾.

Alla luce di queste considerazioni, la delimitazione imposta dalla norma ai soli arbitrati derivanti da una clausola compromissoria statutaria non poteva che sollevare il problema dell'effettiva operatività dell'arbitrato di diritto comune nelle controversie in materia societaria.

Da una parte, obiettivo di chi sostiene la concorrenza dei due modelli⁽¹²⁾ è quello di salvaguardare la validità di tutte quelle clausole compromissorie contenute nei patti sociali che non siano state oggetto di modifica dopo l'entrata in vigore della riforma.

Le clausole tradizionali "binarie" non sarebbero colpite da alcuna nullità, ma rimarrebbero in vigore, nonostante le disposizioni del D.Lgs. n. 5/2003, dando accesso a un arbitrato societario retto solo dalla disciplina comune.

In sostanza, si sarebbe di fronte a un doppio binario: se le parti intendono accedere al nuovo arbitrato societario e alle sue peculiari caratteristiche - il carattere vincolante *erga omnes* della clausola, l'ampliamento dell'arbitrabilità, l'efficacia del lodo nei con-

fronti della società, l'intervento di terzi, gli speciali poteri cautelari degli arbitri - esse dovranno conformare la clausola al nuovo sistema di nomina previsto. Se la clausola rimane quella tradizionale, l'arbitrato conseguente sarà un arbitrato di solo diritto comune.

A sostegno di questa tesi si è detto che il riferimento dell'art. 34, comma 1, del D.Lgs. n. 5/2003 («Gli atti costitutivi della società [...] possono, mediante clausole compromissorie, prevedere la devoluzione ad arbitri di alcune ovvero di tutte le controversie...») così come il riferimento dell'art. 12, comma 3, della legge delega n. 366/2001 («Il Governo può [...] prevedere la possibilità che gli statuti delle società commerciali contengano clausole compromissorie...») possono significare solo e soltanto opzione tra due diversi sistemi arbitrali, quello riformato o quello di diritto comune.

Si è fatto notare⁽¹³⁾ che nel dettato legislativo non si rinviene alcuna espressione che possa essere intesa come volta a precludere ai soci la possibilità di inserire nello statuto sociale una clausola compromissoria "vecchio stile"; né sembra esserci una logica ragione che giustifichi la volontà del legislatore, più o meno esplicita, di abolire la forma di arbitrato societario precedente alla riforma.

Piuttosto, la nuova legge offrirebbe ai soci e alla società

un istituto arbitrale alternativo, dotato di maggiori vantaggi rispetto a quello di diritto comune: in quest'ottica, l'arbitrato tradizionale non verrebbe espulso dal nuovo ordinamento processuale societario, ma costituirebbe ancora una scelta possibile per i soggetti interessati, certamente meno garantita ma frutto di una maggiore autonomia delle parti.

E al riguardo si pensi soltanto a come il "vecchio" arbitrato meglio si adatterebbe alle controversie bilaterali.

Infine, è stato osservato come nessuno contesti la facoltà dei soci e della società di devolvere ad arbitri, nominati in conformità all'art. 806 e segg. cod. proc. civ., la risoluzione di una controversia attraverso un compromesso stipulato a lite insorta⁽¹⁴⁾: se ciò è consentito, perché si dovrebbe impedire alle parti di optare nello statuto per un arbitrato diverso da quello previsto dall'art. 34?

In definitiva, l'intenzione del legislatore non era certo quella di sopprimere la disciplina di diritto comune in ambito societario, quanto quella di creare una forma nuova di arbitrato volta a concorrere con quella tradizionale.

Ne deriva «una disciplina da definirsi additiva (non sostitutiva) e facoltativa (non obbligatoria) rispetto a quella contenuta nel Codice di procedura civile che trova pur sempre applicazione»⁽¹⁵⁾.

Note:

(11) G. Cabras, «I principi dell'arbitrato e l'arbitrato societario», in www.dircomm.it, gennaio 2005, par. 7.

(12) V. Salafia, «L'arbitrato societario secondo il D.Lgs. n. 5/2003: alcune questioni di interpretazione» in www.ipsoa.it/le-societa.

(13) V. Salafia, op. ult. cit.

(14) V. Salafia, «Il nuovo arbitrato societario e altre questioni», cit., pag. 99.

(15) A. Stesuri, Gli arbitrati societari, Giappichelli, 2005, pag. 144.

La critica alla tesi del doppio binario

Una simile ricostruzione non è possibile a detta di chi⁽¹⁶⁾, d'altro canto, ritiene il nuovo arbitrato societario un modello esclusivo dal 1° gennaio 2004.

La relazione ministeriale al D.Lgs. n. 5/2003 ha precisato come il testo normativo contribuisca alla «creazione di una nuova *species* arbitrale che si sviluppa senza pretesa di sostituire il modello codicistico (naturalmente ultrattivo anche in materia societaria) comprendendo numerose opzioni di rango processuale [...] che appaiono assolutamente funzionali alla promozione della cultura dell'arbitrato endosocietario».

Ciò non significa che si può scegliere, in materia societaria, tra l'una e l'altra *species*, tra l'uno e l'altro sistema di nomina, bensì che in ogni singolo nuovo arbitrato societario vi è la compresenza di un doppio strato normativo: «un primo strato, generale, costituito dalla disciplina comune codicistica e un secondo strato speciale che si aggiunge a quello di base e lo completa, integrandolo e in parte derogandolo»⁽¹⁷⁾.

Se le parti lo vogliono, possono scegliere la via della clausola compromissoria e dell'arbitrato, anziché la giustizia ordinaria. Ma se così scelgono, devono allora adottare un certo tipo di clausola, quella che prevede

la nomina degli arbitri effettuata da un soggetto estraneo alla società, a pena di nullità della clausola stessa.

Va sottolineato, ancora una volta, come la scelta non sia tra l'arbitrato societario e quello ordinario, bensì tra l'arbitrato societario e la giustizia ordinaria.

A questo proposito la stessa giurisprudenza ha dichiarato che il mancato adeguamento della clausola compromissoria statutaria alla nuova disciplina del processo commerciale sarebbe sintomatico «della consapevole volontà [...] di lasciar elidere, per effetto della nuova disciplina cogente, la clausola compromissoria dal proprio ordinamento»⁽¹⁸⁾.

I sostenitori dell'esclusività dell'arbitrato societario hanno, poi, fatto notare come la nuova normativa si caratterizzi per la sua imperatività⁽¹⁹⁾: ogni arbitrato che scaturisca da una clausola compromissoria inserita in uno statuto societario dovrà applicare solo le disposizioni speciali e, naturalmente, le disposizioni compatibili del codice di rito.

O si ha un arbitrato "speciale" societario, conseguente alla clausola compromissoria delineata dall'art. 34 del decreto o non si può avere arbitrato.

In virtù del fatto che le nuove norme sono volte a superare gli ostacoli e le preclusioni posti dall'arbitrato di diritto comune, non si può pensare che quest'ultimo possa essere o

continuare ad essere un valido ed efficace strumento per la risoluzione delle complesse controversie «interne al gruppo sociale organizzato»⁽²⁰⁾.

La coesistenza delle due forme arbitrali appare, allora, più teorica che reale⁽²¹⁾.

Un nuovo orientamento giurisprudenziale

Una recente ordinanza del Tribunale di Udine⁽²²⁾ ha chiarito un importante aspetto del rapporto tra disciplina comune e disciplina speciale: l'irretroattività delle norme previste dal D.Lgs. n. 5/2003.

Il caso di specie riguardava una controversia sorta nel corso del 2004 tra la società (una s.n.c.) ed un socio per l'esclusione di quest'ultimo dalla compagine sociale. Visto che l'atto costitutivo prevedeva una clausola compromissoria di tipo binario, il socio escluso aveva provveduto ad avviare il procedimento arbitrale nominando il proprio arbitro e invitando la società a fare lo stesso. Tuttavia, una volta avvenuta la scelta dell'arbitro anche da parte della società, il socio aveva richiesto al presidente della Camera di Commercio, in qualità di soggetto estraneo alla società *ex* art. 34, comma 2, del D.Lgs. n. 5/2003, di nominare nuovamente tutto il collegio di arbitri in quanto riteneva nulla la clausola compromissoria applicata in precedenza per con-

Note:

(16) N. Soldati, op. ult. cit.

(17) R. Sali, op. ult. cit., par. 5.

(18) Cfr. Trib. Latina 22 giugno 2004, cit.

(19) A conferma di quanto detto, si fa notare come la rubrica dell'art. 35 sia intitolata «disciplina inderogabile del procedimento arbitrale».

(20) E.F. Ricci, «Il nuovo arbitrato societario», in www.judicium.it, 4 giugno 2003, par. 1.

(21) G. Cabras, op. cit., par. 7.

(22) Trib. Udine ord. 4 novembre 2004, in www.ipsosa.it/lesocieta.

IL PREESISTENTE MODELLO ARBITRALE: TEORIE A CONFRONTO

VALIDITÀ	NULLITÀ
<p>Dottrina Il nuovo modello arbitrale concorre con quello tradizionale, tanto che possono coesistere, in ambito societario, clausole vecchio stile con clausole previste dal D.Lgs. n. 5/2003. (Cfr. Salafia).</p>	<p>Dottrina Le clausole preesistenti sono soggette alle regole imperative previste dal D.Lgs. n. 5/2003 che disciplinano, in via esclusiva, ogni arbitrato scaturente da clausola compromissoria statutaria e sono quindi nulle dal 1° gennaio 2004. (Cfr., <i>ex omnes</i>, Cabras).</p>
<p>Giurisprudenza Le clausole compromissorie statutarie adottate prima del 1° gennaio 2004 non incorrono in una nullità sopravvenuta, continuano cioè ad essere validamente applicabili. (Trib. Udine 4 novembre 2004).</p>	<p>Giurisprudenza Le clausole compromissorie statutarie difformi rispetto alle disposizioni inderogabili del D.Lgs. n. 5/2003 sono inefficaci dal 1° gennaio 2004. (Trib. Trento 8 aprile 2004). La clausola compromissoria statutaria, anche quella preesistente, che non prevede la nomina eterodiretta degli arbitri è nulla per contrasto con la disciplina cogente imposta dall'art. 34, comma 2, del D.Lgs. n. 5/2003, in ordine al potere di nomina degli arbitri. (Trib. Latina 22 giugno 2004).</p>

trasto con le disposizioni del decreto in parola, entrate in vigore dal 1° gennaio 2004. Non essendo stato adeguato l'atto costitutivo, si trattava di verificare la validità o meno della clausola compromissoria preesistente.

In primis, i giudici hanno sancito sì la nullità totale della clausola compromissoria che differisce per modalità di nomina degli arbitri da quella eterodiretta prevista dall'art. 34, comma 2, del D.Lgs. n. 5/2003, facendo propria l'interpretazione del Tribunale di Latina, ma si sono spinti oltre risolvendo la fondamentale questione della retroattività o meno della nuova disciplina: perché la riforma del processo societario dovrebbe dispiegare i suoi effetti con efficacia retroattiva e travolgere le clausole compromissorie preesistenti, strutturate come clausole binarie in quanto redatte secondo la prassi previgente?

Consentire senza giustificati motivi la retroattività della legge speciale, qual è il D.Lgs. n.

5/2003, significherebbe stabilire l'impossibilità di far valere la clausola compromissoria al sorgere di una controversia per quasi tutte le società già costituite prima dell'entrata in vigore della novella legislativa, considerato che la stragrande maggioranza degli statuti sociali contiene una clausola compromissoria binaria.

Oltretutto, vista la radicale nullità della clausola compromissoria, l'unica strada per risolvere la controversia rimarrebbe il ricorso all'autorità giudiziaria ordinaria: ma non è forse questa la via che le parti avevano voluto evitare al momento della stipulazione dell'atto costitutivo?

Sembra contraddittorio, infatti, che la nuova disciplina creata *ad hoc* per favorire il ricorso all'arbitrato come strumento alternativo di risoluzione delle controversie abbia voluto colpire con una sanzione di nullità sopravvenuta le clausole compromissorie che erano pienamente valide al momento della loro deliberazione e che

potrebbero ancora trovare applicazione.

L'ordinanza appare, dunque, chiarissima quando afferma che «non incorrono in una nullità sopravvenuta le clausole compromissorie statutarie contenute negli atti costitutivi e negli statuti societari adottati prima dell'entrata in vigore del D.Lgs. n. 5/2003. La nullità, infatti, rimane un vizio genetico dell'accordo delle parti, dipendente dalla situazione di fatto e di diritto esistente nel momento della conclusione del contratto e non è comprensibile perché una sopravvenuta previsione di nullità dovrebbe travolgere degli accordi negoziali già perfezionatisi e che hanno validamente prodotto i loro effetti obbligatori (nel caso delle clausole compromissorie quello di obbligare le parti a sottomettere le controversie future al giudizio degli arbitri, sia pure condizionatamente al concreto insorgere di una controversia)».

A fronte di queste osservazioni, la sanzione di nullità deve

allora ritenersi limitata alle clausole compromissorie di nuova formulazione, vale a dire quelle deliberate dopo l'entrata in vigore della nuova normativa processuale societaria inserite sia negli statuti delle società di nuova costituzione, sia negli statuti adeguati di società preesistenti.

Solo così è possibile salvare l'arbitrato di diritto comune e riservargli ancora uno spazio nella risoluzione delle controversie sociali, alla pari con il nuovo arbitrato societario.

Considerazioni conclusive

Il nuovo arbitrato societario, introdotto con il D.Lgs. n. 5/2003, ha generato alcuni problemi interpretativi relativi al rapporto tra disciplina comune e disciplina speciale.

Due le possibili soluzioni date dalla dottrina.

La prima: l'arbitrato di diritto comune e l'arbitrato societario possono coesistere e continuare a operare secondo percorsi paralleli con la conseguenza che:

a) alle società sarebbe riservata la facoltà, non l'obbligo, di adeguare il proprio statuto qualora volessero usufruire degli strumenti offerti dal D.Lgs. n. 5/2003;

b) la clausola compromissoria di diritto comune non sarebbe colpita da nullità, ma continuerebbe a valere in caso di liti societarie;

c) nel regolamento sociale po-

trebbero figurare una clausola compromissoria "binaria", applicabile alle controversie bilaterali, e una clausola di diritto societario, che contempla tutte le altre ipotesi di liti compromettibili, fermo in ogni caso il vincolo della disponibilità dei diritti relativi al rapporto sociale.

La seconda: l'arbitrato speciale esclude ogni altra forma di arbitrato dal nuovo ordinamento processuale societario con la conseguenza che:

a) le società dovrebbero necessariamente conformare il proprio statuto alle disposizioni inderogabili previste dalla riforma, nel caso volessero riconfermare l'opzione arbitrale fatta in precedenza;

b) la clausola compromissoria non adeguata sarebbe viziata da nullità totale perché contraria alla nuova e univoca modalità di nomina prevista dall'art. 34, comma 2;

c) la clausola compromissoria statutaria potrebbe essere onnicomprensiva, prevedere cioè tutte le controversie insorgenti tra soci, tra questi e la società, ovvero riguardanti gli amministratori, i liquidatori e i sindaci, oppure potrebbe disciplinare soltanto alcune tipologie di liti sociali⁽²³⁾, rimanendo affidate alla giurisdizione dello Stato le residue fattispecie⁽²⁴⁾.

Certamente al momento la situazione non appare ancora ben definita e solo la giurisprudenza potrà dare la soluzione definitiva.

Si è già visto come il Tribunale di Latina si sia pronunciato per la nullità della clausola vecchio stile, il Tribunale di Trento per l'inefficacia e il Tribunale di Udine, invece, per la sopravvivenza della stessa, solo se stipulata anteriormente.

In ogni caso, aver previsto che la terna arbitrale sia necessariamente nominata tutta da un soggetto esterno ha tolto all'arbitrato una sua caratteristica precipua, di fatto quasi snaturandolo, almeno a nostro avviso: si può ipotizzare che, ove la tesi della nullità delle clausole precedenti prevalesse, l'utilizzo dello strumento arbitrale perderà parte del suo *appeal*.

Meglio sarebbe, invece, se si ritenessero ancora valide le clausole di diritto comune.

In tal caso, alle parti sarebbe riservata ancora la possibilità di scelta tra le due alternative:

- l'arbitrato societario come forma di "giustizia di gruppo"⁽²⁵⁾ nel caso di liti che potenzialmente riguardino la società nel suo complesso o tutti i soci, con tutti i vantaggi che ne derivano;

- l'arbitrato di diritto comune in ipotesi di liti specifiche e parziali che vedano coinvolti soltanto alcuni interessi della società o di alcuni soci: per simili controversie non varrebbe di certo la pena sacrificare l'autonomia delle parti sottraendo loro la nomina dei propri arbitri.

Note:

(23) Fin dai primi adeguamenti degli statuti compiuti dalle società e rispondenti alle disposizioni inderogabili previste dal D.Lgs. n. 5/2003, è chiaro come questa soluzione non stia incontrando grande successo nella prassi. Una scelta del genere presuppone, infatti, una rigorosa precisione e una profonda preparazione professionale da parte dei soggetti coinvolti nell'operazione di aggiornamento delle clausole compromissorie; oltre a ciò, non sempre è facile individuare categorie di liti per le quali conviene ricorrere ad arbitrato e altre per le quali è opportuno rivolgersi al giudice civile.

(24) V. Sangiovanni, «Le clausole compromissorie statutarie [...]», cit., par. 2.3.

(25) E.F. Ricci, «Il nuovo arbitrato societario», cit., par. 1.