

Sono qui raccolti, appena ritoccati, quaranta scritti, che affrontano temi connessi: la *controversia arbitrale* è di regola relativa ad un *contratto*, e gli arbitri hanno il difficile compito di determinare il *danno*.

Come risulta indicato via via in nota, una decina di scritti sono inediti, gli altri sono pubblicati in riviste, su carta ovvero *on line*, in atti di convegni o in studi in onore, non sempre facili da reperire.

Sarei molto contento se il lettore, considerandoli nel loro insieme, dovesse concludere che sono riuscito a sfuggire a quello che a me pare, per il giurista, il più pericoloso tra gli *idola tribus*: «*Intellectus humanus in iis quae semel placuerunt, (aut quia recepta sunt & credita, aut quia delectant,) alia etiam omnia trahit ad suffragationem, & consensum cum illis: Et licet maior sit instantiarum vis & copia, quae occurrunt in contrarium; tamen eas aut non observat, aut contemnit, aut distinguendo summovet & reiicit, non sine magno & pernicioso praeiudicio, quo prioribus illis Syllepsibus autoritas maneat inviolata*» (Francesco Bacone, *Novum organum*, XLVI).

ARBITRATO

1. CONTROVERSIE SOCIETARIE: ARBITRATO SOCIETARIO O ARBITRATO DI DIRITTO COMUNE? *

La relazione al d.lgs. n. 5 del 2003 afferma che la nuova disciplina di cui agli artt. 34-36 «contribuisce alla creazione di una compiuta *species* arbitrale, che si sviluppa senza pretesa di sostituire il modello codicistico (naturalmente ultrattivo anche in materia societaria)».

Mi chiedo se questa affermazione sia corretta.

Mi chiedo – più precisamente – se, per decidere le controversie societarie (uso intenzionalmente un termine vago), l'arbitrato regolato dagli artt. 34-36 del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 (d'ora in poi "arbitrato societario") sia l'unico arbitrato possibile, o se invece controversie societarie possano essere decise anche ed invece da un arbitrato regolato dagli artt. 806 cod. proc. civ. (d'ora in poi "arbitrato di diritto comune").

a) Un primo caso in cui non opera l'arbitrato societario si ha quando la clausola statutaria di una società italiana prevede la sede all'estero dell'arbitrato¹.

b) Chiediamoci poi se possa far ricorso all'arbitrato di diritto comune la società che fa ricorso al mercato del capitale di rischio.

Dire che le società che non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio possono far ricorso all'arbitrato societario prevedendo una clausola compromissoria, può significare che le società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio non possono prevedere una clausola compromissoria per arbitrato societario, ma possono prevedere una clausola compromissoria per arbitrato di diritto comune²; ma anche significare che queste ultime non

* Relazione al Convegno di Bologna, 16-19 giugno 2004, su "Risoluzione alternativa delle controversie nell'economia globale", in *Contratti*, 2004, pp. 847 ss.

¹ Così A. GIARDINA, *L'ambito di applicazione della nuova disciplina dell'arbitrato societario*, in *Riv. arb.*, 2003, p. 240.

² In questo senso F. AULETTA, *La nullità della clausola compromissoria a norma dell'art. 34*

possono prevedere alcuna clausola compromissoria, né per arbitrato societario né per arbitrato di diritto comune³. Pur se quest'ultima lettura è ragionevole, mi pare difficile interpretare l'art. 34 nel senso che per le società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio sia nulla una clausola compromissoria statutaria per arbitrato di diritto comune: occorrerebbe almeno individuare una norma imperativa per fondare una nullità virtuale, ma non è facile trovarla nell'art. 34.

c) Poniamoci poi la domanda se, nel caso in cui lo statuto della società che non fa ricorso al mercato del capitale di rischio (d'ora in poi ragioneremo sempre per questa sola ipotesi) non preveda una clausola statutaria, le parti della "controversia societaria" possano stipulare un compromesso per arbitrato di diritto comune.

L'art. 34, in conformità alla legge delega, si occupa solo della "clausola compromissoria", e la risposta è quindi generalmente affermativa⁴.

d) Chiediamoci poi, nel caso in cui lo statuto prevede una clausola compromissoria, se le parti possano stipulare un compromesso per arbitrato di diritto comune.

La risposta è a mio avviso negativa. È vero che il compromesso può prevedere un arbitrato di diritto comune, ma ciò solo se lo statuto tace⁵.

e) Altra questione è se lo statuto, nel prevedere una clausola compromissoria, possa dire applicabili gli artt. 806 ss. cod. proc. civ., invece degli artt. 34-36 del d.lgs. n. 5/2003. La risposta è negativa, perché la disciplina è inderogabile (art. 35)⁶.

f) L'arbitrato societario ha regole (la nomina di tutti gli arbitri da parte di un soggetto estraneo alla società; il carattere vincolante della clausola anche per coloro che non hanno concorso a formarla; la destinazione della clausola compromissoria a valere tra una pluralità di soggetti; la disciplina della efficacia del lodo – le statuizioni del lodo sono vincolanti per le società: art.

d.lgs. 17.1.2003, n. 5: a proposito di recenti (dis-)orientamenti del notariato, in corso di pubblicazione, p. 4 del dattiloscritto.

³ In questo senso S. CHIARLONI, *Appunti sulle controversie deducibili in arbitrato societario e sulla natura del lodo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, p. 127.

⁴ T. GALLETTO, *L'arbitrato del diritto societario: cosa cambia con la Riforma*, in *Foro pad.*, 2003, II, p. 46; A. BRIGUGLIO, *Conciliazione e arbitrato nelle controversie societarie*, in *www.judicium.it*, p. 4; F. CORSINI, *L'arbitrato nella riforma del diritto societario*, in *Giur. it.*, 2003, p. 1286.

⁵ E.F. RICCI, *Il nuovo arbitrato societario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, p. 524.

⁶ F. CORSINI, *L'arbitrato nella riforma del diritto societario*, cit., *ibidem*.

35.4 – e dell’impugnazione del lodo; l’intervento; il deposito della domanda presso il registro delle imprese) che si giustificano perché si tratta di una «giustizia di gruppo» volta a decidere controversie «interne al gruppo sociale organizzato»⁷.

Non per tutte le controversie societarie ricorre questa *ratio*.

Ma lo statuto può limitare la clausola compromissoria a determinate controversie, ad esempio a quelle in cui sia parte la società. E nel redigere la clausola compromissoria degli statuti vale a mio parere la pena di valutare bene se comprendere le controversie tra soci.

g) Chiediamoci infine – è la domanda centrale – se, quando la clausola statutaria è omnicomprensiva (e quindi comprende anche le controversie tra soci) vi sia spazio per un arbitrato di diritto comune che decida controversie tra soci.

Il problema è stato sin qui affrontato chiedendosi se – in mancanza di una clausola statutaria – una clausola compromissoria contenuta in patti parasociali o nei negozi di trasferimento di partecipazioni sociali dia vita ad un arbitrato societario, e la risposta è stata negativa⁸, o articolata distinguendo tra le varie norme del decreto legislativo⁹, ma talora anche affermativa¹⁰.

Ma le motivazioni (anche per l’ottica adottata) non sono state molto diffuse. Poniamoci allora il problema nei termini detti: se la clausola compromissoria statutaria per arbitrato societario prevalga sulla clausola compromissoria contrattuale per arbitrato di diritto comune o invece le due clausole vivano due vite separate.

La clausola compromissoria delineata dall’art. 34 ha ad oggetto le controversie tra soci «che abbiano ad oggetto diritti disponibili relativi al rapporto sociale» (34.1) e rientra nell’oggetto della clausola la controversia che riguarda «la qualità di socio» (34.3).

La formula è molto ampia, e a prima vista comprenderebbe ogni controversia societaria tra soci.

La questione può essere affrontata in quattro modi.

⁷ E.F. RICCI, *passim* e p. 522.

⁸ E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione arbitrale nelle società dopo la riforma*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, pp. 961 ss.

⁹ M. BOVE, *L’arbitrato nelle controversie societarie*, in *Giust. civ.*, 2003, II, p. 493.

¹⁰ A. BRIGUGLIO, *Conciliazione e arbitrato nelle controversie societarie*, in www.judicium.it, 2.

R. SALI, *Arbitrato e riforma societaria*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, II, p. 118.

a) quel che conta è la sede in cui si rinviene la clausola compromissoria: se nello statuto della società S, la clausola dà vita ad un arbitrato societario; se altrove (in un contratto di cui siano parti il socio S1 e il socio S2), dà vita ad un arbitrato di diritto comune¹¹;

b) quel che conta è la norma su cui si fonda la *causa petendi*: se è la legge o lo statuto, sarà arbitrato societario, se è il contratto tra S1 e S2, sarà arbitrato di diritto comune¹²;

c) quel che conta è l'oggetto della controversia: se è un "rapporto sociale", sarà arbitrato societario; se è un rapporto esclusivamente tra soci, sarà arbitrato di diritto comune¹³;

d) quel che conta è la *ratio*: se la decisione della controversia è una «forma di giustizia del gruppo sociale organizzato¹⁴» sarà arbitrato societario, se invece riguarda i soli rapporti tra soci, che «non coinvolgono la vita della società¹⁵», sarà arbitrato di diritto comune.

Per parte mia, sono orientato ad una lettura restrittiva dell'art. 34, e quindi a cumulare i criteri sopraindicati. Ciò perché l'arbitrato fondato su clausola compromissoria statutaria ha già sin qui rappresentato una assoluta minoranza degli arbitrati in materia societaria, e non vedo ragione di estenderne l'ambito oltre i casi in cui ricorre la *ratio* della nuova disciplina.

Veniamo al concreto.

Se nello statuto delle società S è prevista una clausola compromissoria, ed una clausola compromissoria è prevista in un contratto tra il socio S1 e il socio S2:

a) sarà retta dalla clausola statutaria la controversia tra S1 e S2 che riguardi la clausola statutaria di gradimento¹⁶ o la violazione della prelazione statutaria; mentre sarà retta dalla clausola contrattuale la controversia che riguarda la violazione di una prelazione pattizia¹⁷.

¹¹ G. RUFFINI, *La riforma dell'arbitrato societario*, cit., p. 1528; F. CARPI, *Profili dell'arbitrato in materia di società*, in *Riv. arb.*, 2003, p. 416; F. CORSINI, *L'arbitrato nella riforma del diritto societario*, cit., p. 1290.

¹² F.P. LUIO, *Appunti sull'arbitrato societario*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, p. 421.

¹³ F. CORSINI, *L'arbitrato nella riforma del diritto societario*, cit., *ibidem*.

¹⁴ E.F. RICCI, *Il nuovo arbitrato societario*, cit., p. 523.

¹⁵ S. CHIARLONI, *Appunti sulle controversie deducibili in arbitrato societario e sulla natura del lodo*, cit., p. 134.

¹⁶ F.P. LUIO, *Appunti sull'arbitrato societario*, cit., p. 421.

¹⁷ E.F. RICCI, *Il nuovo arbitrato societario*, cit., 523; F. CORSINI, *L'arbitrato nella riforma del diritto societario*, cit., p. 1290; *contra* pare F. CARPI, *Profili dell'arbitrato in materia di società*,

b) Saranno rette dalla clausola contrattuale le controversie derivanti da un *sale and purchase agreement*, e ciò anche se la decisione riguardi la qualità di socio;

c) saranno rette dalla clausola contrattuale le controversie derivanti da patti parasociali e da accordi di collaborazione tra soci (anche diversi da quelli di cui all'art. 2341-*bis*), e ciò anche se la decisione riguardi la qualità di socio (ad es. l'operatività di una *put*).

Così pure saranno rette dal compromesso tra gli eredi le controversie successorie che hanno ad oggetto le partecipazioni nella società S.

In conclusione, è corretta l'affermazione della relazione, secondo cui in materia societaria la nuova disciplina dell'arbitrato societario non sostituisce il modello codicistico. È tuttavia importante che i confini siano tracciati in modo netto, per scoraggiare eccezioni processuali, oggi purtroppo sempre più spesso sollevate in arbitrato.

Ed a mio avviso la linea di confine va tracciata lasciando ampio spazio all'arbitrato di diritto comune: il sacrificio dell'autonomia privata – ed in primo luogo della facoltà di nomina dell'arbitro – e la perdita della riservatezza – con il deposito della domanda di arbitrato presso il Registro delle imprese – si giustificano solo quando davvero si tratta di «giustizia di gruppo».

cit., p. 416 che sembra ricondurre alla clausola statutaria anche la controversia sulla prelazione non statutaria.