

LA RIFORMA DELL'ARBITRATO

Relatore:

dott. Luigi ROVELLI

consigliere della Corte di Cassazione

Società commerciali clausola binaria e il nuovo testo dell'art. 809 c.p.c..

1. L'art. 809 codice procedura civile, pone alcune regole ed espressamente stabiliva al terzo comma, che "debbono osservarsi a pena di nullità". La prima regola è quella del numero dispari degli arbitri: talché, fuori dall'ipotesi dell'arbitro unico, gli arbitri debbono essere almeno in numero di tre, o di numero dispari superiore a tre; ritenendosi la "disparità" condizione necessaria di funzionamento delle collegialità dell'organo in base al principio di maggioranza (attribuendosi ugual valore ponderale all'opinione di ciascuno dei giudicanti).

L'altra regola è quella secondo cui la clausola compromissoria (o il compromesso) debbono contenere la nomina degli arbitri o, quanto meno, il numero di essi ed il modo di nominarli. La prassi è andata creando meccanismi volti a spostare sempre più "in avanti" la designazione degli arbitri: avvalorando così l'opinione di chi (Andrioli, Commento al codice di procedura civile, Napoli 1964, 797) individua una tendenza alla "formazione progressiva del nucleo compromissorio", giustificata dalla esigenza "di scegliere l'arbitro o gli arbitri più idonei alla risoluzione della controversia". Le regole legali inderogabili sulle modalità di scelta degli arbitri, si ricavano integrando la lettura dell'art. 809 con quella del successivo art. 810 e possono sintetizzarsi nel principio che ogni parte sceglie un arbitro, ovvero gli arbitri se sono stati comunque nominati da tutte le parti, ovvero queste rimettono la nomina dell'arbitro o degli arbitri a un terzo soggetto, predeterminato, che può essere anche l'autorità giudiziaria. Emerge dalla trama del diritto positivo la regola inderogabile secondo cui ciascuna delle parti può rinunciare alla nomina unilaterale di almeno un arbitro o alla nomina consensuale, sol in presenza di una previsione negoziale che affidi la designazione degli arbitri (o dell'arbitro mancante per raggiungere il numero dispari) ad un terzo o all'autorità giudiziaria. La dottrina, anche la più risalente (v. Carnelutti, Sistema del diritto processuale civile, Padova 1936, I, 522; Mortara Commentario... Milano, 1923 III, 84; Redenti, Diritto processuale civile, 1954, III, 456; Andrioli, in Riv. dir. comm., 1942, II, 34; Vecchione, L'arbitrato nel sistema del processo civile, Milano 1971, 278) è pressoché concorde (isolata è la contraria opinione di Guarino, Nomina degli arbitri rimessa ad una delle parti, in Dir. e Giur. 1954, 119 che fa leva sui poteri derogativi che manterrebbe l'autonomia negoziale delle parti) nel ritenere di ordine pubblico il principio c.d. della par condicio delle parti nella nomina degli arbitri.

La giurisprudenza di legittimità, a sua volta, ha affermato (fin da Cass. 20 febbraio 1951, n. 419, in Giur. compl. cass. civ., 1951, I, 563) che la cooperazione di tutte le parti alla scelta dell'arbitro è coesistente alla natura stessa dell'arbitrato.

La strutturazione di clausole arbitrali capaci di garantire questa cooperazione nella formazione del collegio arbitrale, è condizione necessaria per la praticabilità della giustizia privata in un giudizio con pluralità di parti.

Il tema delle controversie sociali e, in particolare, quello della società di persone, è quello che fornisce materia per "collaudare" (se così si può dire) l'inserimento nel singolo giudizio arbitrale, della regola della coincidenza fra "parti" e numero degli arbitri da nominare. Tale tema, al tempo stesso, costituisce l'occasione per approfondire la più generale nozione di "parte" con riferimento allo "specifico" del giudizio arbitrale e, per altro verso, dà spunto all'approfondimento di

controversi temi di diritto societario, facendo dipendere (nel modo che sarà, in appresso chiarito) dall'esito di delicate indagini di diritto societario, il giudizio sulla validità della costituzione del collegio arbitrale.

2. modello di clausola compromissoria più largamente diffuso (et pour cause) nella prassi societaria, suole prevedere il deferimento delle controversie sociali (per la più definite come quelle che coinvolgono i soci, tanto nei reciproci rapporti associativi, quanto in quelli intercorrenti fra loro stessi e la società) ad un collegio di tre arbitri da nominarsi uno ciascuno da parte dei contendenti e il terzo d'accordo fra le parti o gli arbitri da essi nominati o, in difetto, ad opera di un terzo estraneo (determinato in funzione di una specifica qualità posseduta) che in mancanza di espressa previsione si individua ex art. 810, codice procedura civile, nel Presidente del Tribunale (del luogo di conclusione del compromesso o del contratto cui accede la clausola compromissoria, criterio divenuto, con la novella, vicario rispetto a quello della sede dell'arbitrato). Tale schema da vita ad una clausola detta "binaria", che presuppone la bipolarità della controversia oggetto della cognizione arbitrale. Questa tipologia di clausola presenta un grave inconveniente: essa rischia di trovarsi in insanabile (ancorché potenziale) contrasto con le modalità di nomina degli arbitri, ove le parti siano più di due; e comunque non tiene alcun conto della variabilità e (relativa indeterminatezza a priori) del numero dei litiganti, indicando preventivamente un numero fisso di arbitri.

È abbastanza agevole, anche sulla scorta di recenti contributi (Silingardi, osservazione Cass. 15/3/1983 n. 1900 in Giur. comm. 1983, II, 829 ss; Taurini, Clausola arbitraria binaria, in *Le società* n. 7, 1989, 708; Id., *Litisconsorzio e arbitrato nel giudizio di revoca dell'amministratore di s.n.c.*, Ivi 1990, 881 ss.; E. Corradi, *La clausola arbitrale e le società*, in *I contratti in generale*. Giur. sist. di dir. civ. e comm. 1991, I, 506 ss.) sintetizzare i risultati cui è pervenuta la giurisprudenza, attraverso una graduale e progressiva messa a punto dei criteri in base ai quali individuare l'ambito di operatività della clausola binaria in fattispecie caratterizzate dalla tripolarità (o multipolarità) degli interessi in contenzioso.

Una risposta in termini drasticamente negativi è stata quella data, inizialmente, dai giudici di merito (App. Torino, 14 gennaio 1951, in *Giust. civ.*, 1951, I, 494 con nota adesiva di D.L. Bianco; Trib. Cuneo 16 gennaio 1952, in *Foro it.*, 1952, I, 660; Trib. Verbania 2 luglio 1952, in *Temi*. 1953, 131; App. Torino 15 luglio 1955, Ivi, 1955, 328) che hanno affermato la nullità vera e propria della clausola binaria sul presupposto della sua "costituzionale" inidoneità a rispettare, in casi di controversie plurisoggettive, il principio di necessaria cooperazione di tutte le parti alla nomina degli arbitri e quella della loro disparità.

La sanzione sul piano dell'invalidità è però apparsa del tutto inadeguata (per eccesso) e inidonea a qualificare il vizio da cui la clausola è affetta non potendo la stessa essere considerata valida o nulla a seconda della fattispecie che si esamina (ossia secondo che la controversia concretamente portata al giudizio arbitrale, in forza di quella clausola, abbia struttura bipolare oppure pluripolare): se ne è dedotto che è ben vero che è diritto imprescindibile di ogni contraente di nominare il proprio arbitro; e che la norma imperativa che assicura tale diritto è coperta dalla sanzione di nullità che era comminata dall'art. 809, ultimo comma, codice procedura civile.

Ma la violazione di tale diritto comporta la nullità della clausola solo se questa è strutturata in modo da pregiudicare sempre e con riferimento a qualsiasi fattispecie controversa, la essenziale pariteticità delle parti (v. Cass. 11 gennaio 1956, n. 16, in *Foro it.*, *Mass.* 1956, 4; Id., 25 maggio 1956, n. 1789, Ivi, 1956, 326). La conseguenza sarà invece quella della semplice inefficacia, se la clausola, pur strutturata in modo astrattamente idoneo ad assicurare la par condicio, risulta inattuabile nella fattispecie concreta, "non consentendo di realizzare contrapposizione 'binaria' di centri o poli di interesse che trovano il loro minimo denominatore unificante". Vedremo, fra poco, quali apparivano i correttivi di applicazione che volta a volta, possono portare, in conformità alla

clausola pattizia, e al di fuori della violazione di norma imperativa, alla costituzione del collegio arbitrale.

Devesi, ora, dare atto che, all'estremo opposto (e cioè per un generale recupero, di operatività della clausola binaria) sta un autorevole, e precorritore ancorché isolato, indirizzo dottrinale (Schizzerotto, *Dell'arbitrato*, Milano, 1982, 345) secondo cui l'imparzialità degli arbitri è sufficientemente garantita dall'affidamento del giudizio arbitrale ad un collegio di tre membri (secondo la previsione pattizia) che, non potendo essere scelti secondo il meccanismo previsto dalle parti (e in mancanza di accordo fra esse) dovrebbero essere designati dal Presidente del Tribunale (estensivamente interpretandosi il disposto dell'art. 810, codice procedura civile). A tale orientamento (condiviso anche da R. Nobili, *L'arbitrato delle associazioni commerciali*, Milano, 1957, 307) si opponeva (Silingardi, *op. cit.*, 836) che ne resterebbe comunque violato il principio della necessaria cooperazione di tutte le parti alla scelta dell'arbitro (senza che ricorra un espresso affidamento di tutte le parti, al terzo, della designazione dei componenti il collegio arbitrale). E lo stesso principio di cooperazione delle parti del contratto appariva destinato a cedere, secondo la giurisprudenza (v. Cass. 27 gennaio 1981, n. 628, in *Giur. comm.*, 1981, II, 888), rispetto al criterio ermeneutico che riserva interpretazione restrittiva ad ogni pattuizione di deroga alla competenza del giudice ordinario. Si aggiunge (Taurini, *Clausola arbitrale*, *cit.*, 711) che i contraenti, limitandosi a prevedere un sistema di cognizione arbitrale praticabile per le sole controversie "binarie" hanno verosimilmente inteso escludere dall'ambito di operatività della clausola compromissoria, le controversie insorgenti tra più parti". Tale argomento interpretativo implicando una *quaestio voluntatis* doveva essere verificato caso per caso, e non pare utilizzabile in via generale, sia perché per lo più, le parti non hanno affatto avvertito l'esistenza di ostacoli all'applicazione della clausola arbitrale alla generalità delle controversie sociali, sia perché l'indirizzo giurisprudenziale prevalente (inteso qui come "diritto vivente" al di là delle valutazioni possibili nella sua esattezza scientifica) perveniva a rendere operativa la clausola binaria, in numerose ipotesi di controversie plurisoggettive (presupponendo così che, non sia in questione la volontà delle parti di vedere rimessa la controversia alla giustizia privata).

3. La soluzione elaborata in sede giurisprudenziale, appariva volta ad assicurare il massimo di operatività possibile della clausola, con il limite insuperabile del rispetto del principio di cooperazione di tutte le parti alla nomina degli arbitri, e si fonda su una distinzione fra soggetti della lite o "parti formali" e "parti sostanziali". Con tale ultima nozione si denominano tutti i soggetti che, nella controversia, sono portatori di interessi fra loro omogenei.

Su questa base si opera una *summa divisio* all'interno dei giudizi pluripolari, fra quelli in cui il litisconsorzio è facoltativo e quelli in cui il litisconsorzio è necessario.

Il litisconsorzio necessario impedisce, in radice, l'applicabilità della clausola compromissoria binaria, ai giudizi arbitrali sociali plurilaterali: se infatti, i soggetti (parti sostanziali) sono più di due, è necessaria la loro presenza in giudizio perché la decisione non sia inutiliter data; la cooperazione di tutte le parti alla scelta dell'arbitro dovrebbe comportare la conseguenza della "corrispondenza biunivoca" fra parti ed arbitri da nominare; la eterogeneità degli interessi di cui ciascuna parte è portatrice, secondo il modello legale dell'azione esercitata, impedisce di dare rilievo ad eventuali omogeneità di difesa che si realizzi fra due soggetti processuali portatori di vesti distinguibili. Sotto tale profilo, vengono dunque in considerazione (per stabilire se il concreto giudizio instaurato in sede arbitrale è a struttura obbligatoriamente tripolare) l'interpretazione delle norme di diritto sostanziale che regolano la materia dedotta in giudizio e quelle di diritto processuale in base alle quali si individua il litisconsorzio necessario.

Nelle ipotesi di litisconsorzio facoltativo, le distinzioni da operare sono molteplici (v. in particolare Cass. 15 marzo 1983, n. 1900, in *Giur. comm.*, 1983, II, 828 con nota di Silingardi, *cit.*).

In primo luogo potrà legittimamente aversi una separazione della causa, quando in tal senso, si indirizzi la volontà delle parti, essendo la frazionabilità degli arbitrati naturale proiezione della scindibilità delle liti parallele.

Inoltre, quando la bipolarità risulta compatibile con il tipo di azione proposta in giudizio, vi è spazio per lo spontaneo raggruppamento dei soggetti, in due sole parti sostanziali contrapposte: nel qual caso, soltanto, nella “lite pluralistica” si può innestare lo strumento dell’arbitrato che prevede un sistema binario di nomina dei giudici.

Si avverte però, sempre (V. Cass. n. 1900-1983 cit.; 15 aprile 1988, n. 2983 in *Le Società*, n. 6, 1988, 583), che anche quando la bipolarità è compatibile con il modello di azione esercitata, se le parti (formali) del giudizio sono più di due “non si può negare a priori a ciascuna di esse il diritto alla nomina del proprio arbitro”. Si aggiunge che l’omogeneità degli interessi (all’interno dei gruppi sostanzialmente contrapposti) non vale a consentire “al giudice di imporre la riduzione della pluralità ad unità non potendo la residuale bipolarizzazione trovare la sua fonte nello “*iussum iudicis*”. Non sarebbe neppure invocabile la norma dell’art. 810 – dettata per il superamento della resistenza passiva della parte rispetto ad una nomina che era in suo potere compiere (ma che non veniva effettuata con l’intento di paralizzare il meccanismo compromissorio) – alla diversa ipotesi in cui si tratti di porre riparo ad un mancato accordo sulla nomina fra le parti portatrici di interessi omogenei, ma in cui la volontà di ciascuna di esse resta libera e incoercibile (v. Cass. SS.UU. 11 ottobre 1957, n. 3758, in *Temi*, 1957, 581). Si precisa che, per l’espropriazione dal potere di nomina dell’arbitro spettante a ciascuna parte, non basta constatare che gli interessi sono raggruppabili intorno a due poli di aggregazione (da intendere come “parti” in senso sostanziale), ma occorre che essi “effettivamente si organizzino, nell’esplicazione della loro autonomia, bifrontalmente”. La possibilità di bipolarizzazione del giudizio con pluralità di parti (formali), in base allo schema formale tipico della lite, vale così “solamente a ratificare l’aggregazione manifestatasi nel processo in maniera chiara ed evidente, in forma litisconsortile facoltativa”.

4. Dal complesso di specificazioni che condizionano l’applicabilità del meccanismo binario di nomina degli arbitri, emerge un sistema che, specie con riferimento a società di persone (aventi più di due soci) restringe in un ambito trascurabile la concreta possibilità di praticare lo strumento compromissorio, specie allorché, anche uno solo dei soggetti interessati, più non condivida, al momento in cui insorge il conflitto di interessi, l’opportunità di ricorrere alla giustizia privata”.

Già l’area coperta da “litisconsorzio necessario” quindi, assolutamente “impraticabile”, in presenza di clausola binaria si presenta molto estesa e lascia molti margini di incertezza (specie in ordine alla sicura identificazione di ciascun soggetto dotato di legittimazione necessaria) che rendono poco prevedibili, per le parti, gli ambiti di efficacia della clausola compromissoria.

Così, con riferimento all’azione di revoca dell’amministratore di società in accomandita (e di persone in genere) la giurisprudenza (Cass. n. 1900/1983, cit.) ha individuato come distinti nuclei di interessi”: a) la società (nella misura in cui acquista rilevanza giuridica distinta, in funzione dell’autonomia patrimoniale che deve esserle riconosciuta); b) i soci accomandanti che, in quanto pregiudicati dalla mala gestione possono anche tutelarsi congiuntamente e costituire un polo unitario (ma, non “sempre per forza tutti insieme potendosi la cattiva gestione manifestare nel vantaggio o svantaggi di taluni di essi”); c) l’amministratore revocando “senza che si possa far leva sulla circostanza che gli spetta la rappresentanza della società per confondere la posizione della società con quella del suo amministratore”.

L’esistenza del litisconsorzio necessario è inevitabilmente conseguente alla natura costitutiva (generalmente ritenuta) della sentenza di revoca dell’amministratore; ma essa è riconosciuta anche da chi (Taurini, *Litisconsorzio e arbitrato*, cit., 884), ritenendo che l’art. 2259, primo comma, attribuisca a ciascun socio un diritto potestativo alla revoca dell’amministratore, alla sola condizione che ricorra l’elemento oggettivo della giusta causa, considera la sentenza come di mero accertamento (con efficacia *ex tunc*).

L'accertamento della giusta causa – che incide su una situazione inscindibile, qual'è la revoca dell'incarico amministrativo – non potrebbe avere effetto per la società e per i soci pretermessi; e non potrebbe per tale motivo produrre (sentenza costitutiva) o accertare l'efficacia risolutiva del rapporto di mandato che lega i soci della società di persone all'amministratore.

Naturalmente rispetto alla revoca dell'amministratore, le posizioni processuali astrattamente ipotizzabili sono solo due: quelle dei favorevoli e dei contrari. E, inevitabilmente, in una di queste due si polarizzeranno le posizioni di ciascuna delle parti in giudizio.

Ma è il necessario riflettersi della pronuncia su più di due soggetti che connota in senso pluralistico la controversia, rendendola "insuscettibile di frazionarsi in una serie di rapporti omogenei e paralleli sussumibili sullo schema della bipolarità".

A tale stregua, parti necessarie del giudizio non sono soltanto il socio attore e l'amministratore convenuto, ma quegli altri soggetti, titolari di posizione di soggezione, che costituiscono "il naturale corrispondente del diritto potestativo azionato".

Tali sono certamente le persone degli altri soci della società, nella cui sfera giuridica si producono gli effetti dell'emanando provvedimento giudiziario. Ma tale sembra essere (anche se la conclusione non è pacifica) la società che (così, incisivamente, Cass. 1900-1983, cit.) "nel suo nucleo di autonomia patrimoniale, sta al centro della revoca del 'suo' amministratore e rappresenta l'imprescindibile punto di riferimento della pronuncia da rendere, che incide su un fondamentale suo elemento strutturale".

Un'altra fattispecie che, in base al modello legale dell'azione, presenta profili di multipolarità della lite, è quella che si presenta nelle controversie di liquidazione della quota agli eredi del socio defunto di società di persone o di quella del socio receduto. Tuttavia in un recente caso giudiziario, la giurisprudenza (Trib. Milano 9 febbraio 1989, in *Le Società*, 1989, 708 con nota di Taurini) è pervenuta a dichiarare l'operatività della clausola compromissoria binaria, prevista dallo statuto di una società in nome collettivo, in una controversia in cui il socio receduto aveva promosso il giudizio arbitrale tanto nei confronti della società che dei singoli soci.

E questi ultimi avevano tutelato, nella difesa davanti al giudice ordinario, la loro posizione personale chiedendo che venisse dichiarata la propria carenza di legittimazione passiva con parallelo accertamento della legittimazione passiva esclusiva della società convenuta.

Sono note, sul piano del diritto sostanziale, le incertezze sul punto se, nelle società di persone, il diritto alla liquidazione, della quota spettante al socio uscente (o ai suoi eredi) debba essere fatto valere nei confronti della società, (e quindi soddisfatto sul patrimonio sociale) o se al pagamento siano tenuti tutti i soci, insolito fra loro con il loro patrimonio personale (per una lucida rassegna delle varie posizioni e l'enunciazione di una convincente risposta v. Rordof, *Liquidazione della quota agli eredi del socio defunto*, in *Le Società*, 1987, 352 e ss. e su cui è intervenuta, Cass. 28-1-1993 n. 1027 in *Le Società* 1993, 1043 e da ultimi, con contrastanti arresti, Cass. 20-4-1994 n. 3773 e Cass. 22-4-1994 n. 3842, in *Le Società*, 1994, n. 1053 e seg., con nota di V. CARBONE). Quel che è certo è che, in tale situazione, il contrasto corre proprio fra tutti i soci (singolarmente considerati) della società di persone e la società stessa, di cui si staglia, con l'autonomia patrimoniale, la stessa soggettività: talché non può valere, in tale ipotesi, la soluzione talora empiricamente escogitata dalla giurisprudenza, per cui l'interesse della società si identifica con l'interesse dei soci (la cui presenza in giudizio avrebbe efficacia vicariante della vocatio in ius della società). Peraltro, in quella occasione, il Tribunale milanese ha ritenuto la controversia bensì plurisoggettiva, ma riconducibile allo schema bipolare, perché "da una parte vi è l'attrice che chiede la liquidazione della propria quota di socia receduta, dall'altra la società rappresentata dai due soci convenuti con essa, che resistono in modo omogeneo e tra loro non contrapposto a tale pretesa, svolgendo una difesa unitaria che si può configurare come espressione di un'unica posizione processuale".

La soluzione non può essere in alcun modo condivisa. Si può, infatti, anche convenire con la premessa (implicitamente) sottesa a tale decisione: quella che esclude, in ragione della

qualificazione sostanziale della domanda, l'ipotesi di litisconsorzio necessario (fra attore, soci e società). Infatti, fra le due categorie di obbligati esiste una situazione di legittimazione passiva alternativa, ma nulla esclude che l'attore proponga la sua domanda separatamente (contro i soci o contro la sola società) "sicché per ciascuna di esse si abbia l'applicazione della clausola compromissoria ed un distinto giudizio arbitrale".

Il contraddittorio fra tutti i (possibili) legittimati passivi, è qui soltanto una questione di opportunità processuale: ma non trattandosi di ipotesi in cui la legge espressamente impone la trattazione unitaria delle azioni (come nella fattispecie di cui all'art. 1000, codice civile, in materia di usufrutto di credito) le azioni possono essere proposte, autonomamente e la lite frazionata, sia pure al prezzo di possibile contrasto (salvo il correttivo della revocazione, resa ora applicabile all'arbitrato rituale). Ma allorché, come nel caso sopra esaminato, l'azione sia stata proposta tanto nei confronti della società che dei singoli soci, è possibile l'omogeneità di difesa all'interno del gruppo dei soci, ma la legittimazione alternativa di questi ultimi, da un lato, della società dall'altro, non consente (ma esclude a priori) il raggruppamento di questi interessi antitetici. E la conseguente tripolarità (minima) della controversia, in base all'azione concretamente esercitata, si proietta sul diritto di nomina dell'arbitro, e rende inoperante la clausola binaria di formazione del collegio arbitrale (v. anche lodo arbitrale 10 giugno 1985, in *Rass. dir. civ.*, 1986, 784).

Anche in una fattispecie in cui era fatta valere l'azione di nullità di clausola statutaria istitutiva di un diritto di opzione a favore dei soci sulle quote degli eredi del socio defunto, in quanto lesiva del divieto di patti successori, il giudice di legittimità (Cass. 13 aprile 1988, n. 2940, in *Giur. comm.* 1989, 1, 289) ha ritenuto inefficace la clausola compromissoria a schema "binario": infatti la partecipazione della società stessa è stata qualificata come necessaria "a tutela del proprio modo di essere e di operare" (e comunque, imprescindibile, una volta divenuta parte del giudizio).

Anche al di fuori dell'area di controversie contrassegnata dalla ricorrenza di litisconsorzio necessario fra tre o più parti, la concreta praticabilità della clausola compromissoria binaria in controversie sociali con pluralità di parti risulta del tutto inaffidabile. Basti pensare che il rimedio del frazionamento degli arbitrati in tante cause separate e parallele (là dove è possibile) consente bensì alle parti di veder decisa la controversia dal giudice privato, ma incorrendo in un inconveniente gravissimo (quello del contrasto fra giudicati), evitabile davanti al giudice ordinario (dove sarebbe stata praticabile l'unitaria trattazione). Inoltre per porre, in qualche modo rimedio al conflitto di decisioni, le parti sarebbero, in ogni caso, costrette a tornare davanti al giudice ordinario, competente per la revocazione. (V. anche il novellato ord. 831 c.p.c.).

Se si preferisce realizzare l'unitario processo, portando davanti al giudizio arbitrale tutti i soggetti legittimati (e pur vertendosi in una situazione in cui lo schema legale dell'azione esercitata consente la bipolarizzazione della lite), la mancanza (nel giudice o in qualunque altro soggetto sovraordinato alle parti) del potere "associativo" per realizzare, d'autorità, l'aggregazione in due soli "parti sostanziali" dei portatori degli interessi omogenei, vale a condizionare l'efficacia della clausola (a subordinare così l'attuazione della volontà manifestata da tutti i soggetti che hanno stipulato la clausola compromissoria) alla valutazione, che ciascuna parte (in senso formale) faccia, di aggregarsi spontaneamente attorno ad uno dei due poli. Se una sola di esse, a posteriori (ossia dopo l'insorgenza della lite), rifiuti l'aggregazione spontanea (o, più propriamente, non valuti più opportuna, per il proprio interesse, la decisione in sede arbitrale), la sua mancata cooperazione basterà per rendere inoperante la clausola.

5. Di fronte al concreto operare di un siffatto meccanismo, che mette in crisi, in buona sostanza, l'attivazione del giudizio arbitrale nelle controversie sociali con pluralità di parti, può apparire stupefacente che – pur in presenza di un'estensione che, in determinati settori, sfiora la generalizzazione – della previsione di clausole arbitrali negli statuti delle società si continui, nella prassi societaria, a prevedere la costituzione di collegi a numero fisso di tre arbitri per la soluzione di controversie sociali (sistema binario).

Gli osservatori del fenomeno (v. Taurini, Clausola arbitrale binari, cit., 710) ritengono che sia la “standarizzazione di clausole compromissorie non sufficientemente elastiche” né riferibili alla concreta fattispecie contrattuale a causare l’insorgere di problematiche che portano poi a veder vanificata la volontà dei paciscenti di vedere decise in sede arbitrale le controversie fra loro insorgenti.

E giustamente si osserva (Corradi, op. cit., 502) che il ricorso ormai invalso nella prassi a modelli precostituiti e semplicemente riprodotti in modo affatto meccanico non può essere accettato passivamente quando assume dimensioni tale da degenerare nel fenomeno cosiddetto dell’attenuazione della coscienza contrattuale”. Lo stesso Andrioli (Commento, cit., 715) conferma l’opinione che sarebbe sufficiente che le clausole compromissorie inserite negli statuti di società commerciali “venissero predisposte con maggiore attenzione alle peculiari caratteristiche ed esigenze della materia societaria in relazione alla quale deve trovare applicazione la competenza arbitrale” per evitare l’insorgere stesso dei problemi sopra esaminati, laddove, con scoperta ironia, rileva che “illuminati da un minimo di pensiero matematico, i compilatori degli atti costitutivi di società sono riusciti a plasmare clausole, nelle quali il principio di disparità è rispettato senza obliterare l’iniziale indeterminatezza del numero dei litiganti”.

È il caso della clausola (ritenuta valida in una lontana sentenza di Trib. Biella 23 luglio 1953, in Foro it. 1953, I, 1386) che prevede che, se le parti (della controversia) sono due, ciascuna di esse nomina il proprio arbitro, restando il terzo da designarsi dal Presidente del Tribunale; se, sono più di due, ciascuna nominerà il proprio arbitro, salva la nomina eteronoma dell’arbitro “dispari”. Si perviene così (Andrioli, op e loc. cit.; Silingardi, op. cit. 833) a proporre una clausola del tipo: ciascuna delle parti nomina il proprio arbitro, ma l’arbitro (o il numero plurimo di essi) la cui integrazione sia necessaria per rispettare il principio di disparità sarà designato su accordo degli arbitri già nominati, o, in difetto da un terzo soggetto predeterminato. Si segnala soltanto (Andrioli, op. cit., 796) l’inconveniente che “il collegio si trasformi in una sorta di parlamento con inflazione di onorari”, ma si confida nel buon senso delle parti nell’accordarsi per la nomina di un unico arbitro. Eppure, appare ben specioso che a distanza di cinquant’anni dall’emanazione del codice di rito, di quasi trenta da quando l’Andrioli formulava e rendeva pubblici suoi suggerimenti, persista la chiusura ad un “minimo di pensiero matematico” dei compilatori di statuti, e la famigerata “clausola binaria” continui ad essere tralaticciamente riprodotta nelle clausole addette ai vari statuti di società di persone e di capitali, con i risultati che si leggono sulle riviste di giurisprudenza. Si sospetta, allora, che esista una ragione più profonda, che osta ad uscire fuori dallo schema della clausola binaria, e che questa attenga proprio alla identificazione della nozione di “parte” nei giudizi arbitrali. Abbiamo visto, infatti, come si intenda il principio di cooperazione necessaria delle parti alla designazione dell’arbitro, nel senso che, se le parti aventi diritto alla nomina sono più di due, non si può negare a nessuna di esse (anche se si tratti di titolari di interessi omogenei, ma che non hanno raggiunto l’aggregazione spontanea) il diritto alla nomina del proprio arbitro. In questo modo, però, può avvenire che un unico centro di interessi (parte sostanziale), composto di più soggetti (partiformali) abbia diritto alla nomina di più arbitri, e la controparte (composta da un solo soggetto) no.

In tal modo si altererebbe completamente la formazione dell’organo giudicante. È il caso deciso nella remota sentenza Trib. Napoli 14 settembre 1948 (in Riv. dir. comm., 1949, II, 324), in cui i giudici hanno ritenuto l’inefficacia di una clausola che, in caso di conflitto fra uno dei soci e tutti gli altri, consente ai secondi di nominare un maggior numero di arbitri. In tal caso, si è detto “la maggioranza sarebbe assicurata in ogni caso agli arbitri nominati dai convenuti, i quali avrebbero quindi la possibilità di far decidere nel modo da essi voluto la lite, qualunque fosse il parere e il voto degli altri due arbitri”.

Il problema (come ha sottolineato Andrioli, op. cit., 799) è suscettibile di essere esteso a tutte le clausole compromissorie il cui contenuto subiettivo si puntualizza al momento del sorgere della controversia: si pensi alle controversie in tema di liquidazione della quota di un socio di società di

persone che vedono contrapposto il socio receduto a tutti gli altri o anche in tema di società di capitali, all'impugnazione di una delibera sociale da parte di una pluralità di soci. Il problema viene posto nei suoi esatti termini quando si afferma (Andrioli, op. cit.), che "questi e molti altri casi che la fantasia e l'esperienza traggono dal mondo delle ombre e avviano sul palcoscenico della realtà, inducono a domandare se il precetto ricavabile dall'art. 810, per il quale ogni parte, salvo accordo unanime, ha diritto di nominare un arbitro, si riferisce alla normale nozione di parte, ovvero induca a ravvisare, ai fini della titolarità e dell'esercizio del diritto di nomina, una sola parte nel caso in cui due o più soci si esibiscano titolari di più interessi concorrenti o, addirittura, inscindibili". Si ripropone così, sotto mutata veste, il dilemma fra "parte in senso formale" (vale a dire la "normale nozione di parte") o parte in senso sostanziale che vede raggruppati in un unico polo titolari di interessi omogenei. Abbiamo visto come la giurisprudenza risolve il dubbio (fin da Cass. SS. UU. 11 ottobre 1957, n. 3758 cit.) nel solo senso concretamente praticabile: evidenziando, cioè che la polarizzazione della lite a molteplicità di "parti formali" non può essere effettuata dal giudice (o, autoritativamente, dall'esterno) valorizzando la qualità degli interessi in gioco e la loro suscettibilità ad essere ricondotti a due soli "esponenti"; soltanto lo spontaneo polarizzarsi di interessi giuridicamente aggregabili consente l'innestarsi, nella lite pluralistica, dello strumento dell'arbitrato che prevede un sistema binario di nomina degli arbitri. Il che val quanto dire che la contrapposizione tra le nozioni di parte in senso formale e di parte in senso sostanziale rileva nel senso che, in nessun caso al giudice spetta il potere "associativo" di più parti formali in un'unica parte sostanziale (se non vi sia stato raggruppamento spontaneo) anche se gli spetta il potere dissociativo quando la collocazione spontanea in due soli gruppi risulti incompatibile con lo schema legale dell'azione esercitata (ed unifichi così in un solo polo più parti sostanziali). Tale mancanza di potere associativo sembra incontestabile sul piano normativo, tenuto conto che un'operazione di raggruppamento "coattivo" presupporrebbe delicati (ed opinabili) accertamenti di merito tra vari interessi in gioco, già nella fase costitutiva del collegio del collegio arbitrale, e che lo schema offerto dall'art. 810 esclude tale valutazione "accontentandosi della sommaria procedura condotta a contraddittorio eventuale e definito con ordinanza non impugnabile" (Andrioli, op. e loc. cit.). Si deve pertanto tenere fermo che ogni singolo socio in quanto tale ha diritto alla nomina di un proprio arbitro (salvo il correttivo dell'unificazione spontanea in un unico fronte): e ciò porterebbe, in difetto di una volontà di aggregazione manifestatasi dopo l'insorgenza della lite, a quella formazione del collegio in modo totalmente squilibrato, che lo priverebbe di ogni garanzia di imparzialità, quale si è sopra descritto. Ma se è così, ciò che mette in crisi la praticabilità del giudizio arbitrale nelle controversie sociali con pluralità di parti, non è la previsione pattizia della clausola compromissoria a schema binario. La riproposizione di essa nei vari statuti, non è dovuta tanto a inerzia tralaticia, o alla mancanza, nei compilatori, di ispirazione matematica.

La resistenza ai suggerimenti volti a introdurre clausole che consentano di nominare il proprio arbitro è dovuta alla percezione che la regola del giudizio arbitrale, tot capita quot iudices, stravolgerebbe, nel processo con pluralità di parti, l'equilibrio nella composizione del collegio giudicante, abolendo ogni garanzia di imparzialità e terzietà del giudice. Per contro, la constatazione empirica che ogni controversia si polarizza intorno ad un "bene della vita" conteso e, che, nella contesa, sono due soltanto le posizioni ipotizzabili (i favorevoli e i contrari) per quanti siano i soggetti i cui interessi si aggregano intorno ad uno dei due poli contrapposti (salva la ricorrenza di litisconsorzio necessario) spiega il successo della clausola binaria. Scontando le parti compromettenti esser minor danno l'inoperatività della clausola, in mancanza di aggregazione spontanea su due fronti dei soggetti portatori di interessi omogenei, che la costituzione di un collegio arbitrale che la corrispondenza parte-arbitro renderebbe composto in modo del tutto inaffidabile.

6. L'art. 4 della l. 5-1-1994 ha novellato l'art. 809 c.p.c. provvedendo alla sostituzione del terzo comma. Viene così abrogata la norma che sanciva (esspressamente) la nullità del patto che non

conteneva numero e modo di nomina degli arbitri, oppure li indicava in numero pari. Si stabilisce, in attuazione del “favor arbitrati” che costituisce la linea ispiratrice di fondo della nuova disciplina, un regolamento legale che volga a sanare – per quanto possibile – il vizio di legittimità della previsione pattizia (facendo sempre salva la facoltà di diverso accordo fra le parti). Così, se la clausola indica un numero pari di arbitri, in sostituzione della clausola difforme, vale la norma di legge (il I° comma dell’art. 809, per cui dispari deve essere il numero degli arbitri), con l’automatica aggiunta dell’ulteriore arbitro. Questi potrà essere designato nel modo che le parti potranno convenire, all’atto del promuovimento del giudizio arbitrale; ma l’assenza di accordo fra le parti sulla modalità di sua designazione non sarà d’impedimento allo svolgimento del giudizio arbitrale potendo in tal caso essere designato dal Presidente del Tribunale a norma dell’art. 810 c.p.c. La legittimazione a proporre istanza – non essendo prefigurabile, secondo lo schema normativo attorno a cui è costruito l’art. 810, una parte diligente contrapposta ad altra inerte – dovrebbe spettare a ciascuna parte del costituendo giuridizio.

La seconda ipotesi è quella della clausola o del compromesso che non contenga l’indicazione del numero degli arbitri. In questo caso vi è (non tanto sostituzione, ma) integrazione legale: ove manchi indicazione di numero, gli arbitri sono in numero tre, tutti nominati dal Presidente del Tribunale, salvo diverso accordo fra le parti. L’aver fatto sempre salvo la diversa pattuizione delle parti, sta certamente a sottolineare il valore permanente attribuito alla volontà delle parti, non solo di deferire ad arbitri le loro controversie ma di precisare, in ogni momento, il modo concreto della loro regolazione. Ma da un punto di vista normativo la precisazione, pur opportuna, può apparire quasi pleonastica, in quanto l’unanimità dell’accordo in sede di avvio del procedimento arbitrale equivale ad una rinnovazione del consenso tale che potrebbe anche sostituire completamente il precedente accordo.

Tale nuova regolamentazione legale agevola certamente il compito delle parti di un contratto plurilaterale, che intendono inserire una valida clausola compromissoria; ma non risolve (né era pensabile che lo facesse) tutte le questioni che l’inserimento di clausole binarie negli statuti di società commerciale ha posto, quali sono stati sopra scrutinati.

Solo a una lettura superficiale può apparire che il problema della validità delle clausole contenenti le modalità di nomina degli arbitri più non si ponga per effetto dell’espunzione del terzo comma dell’art. 809 che prevedeva la sanzione di nullità per ogni inosservanza delle regole parte dei comma precedenti:

La permanenza dell’art. 829 I° comma n. 2 per cui il lodo può essere impugnato per nullità “se gli arbitri non sono stati nominati con le forme e nei modi prescritti nel capo primo e secondo di questo titolo” (ossia di inosservanza delle regole dettate per la nomina degli arbitri) sta a significare che l’osservanza delle regole legali sulla nomina degli arbitri continua ad essere richiesta a pena di nullità. Né si può trattare di una permanenza dovuta a difetto di coordinamento nell’attuazione della riforma, perché alla modalità di nomina degli arbitri è legato il fondamentale principio della loro imparzialità.

Il significato di quella abrogazione resta importantissimo. Essa sta a dire che l’inosservanza della regola del numero dispari degli arbitri, e di quella che onera le parti di stabilire esse il numero degli arbitri e le modalità di nomina, non può essere di per sé, causa di nullità della clausola. In entrambe le ipotesi provvede la legge.

Nel primo caso (clausola che prevede un numero pari di arbitri) si ha una sorta di conversione legale della clausola contra legem, che prescinde dalla ricerca della volontà c.d. ipotetica delle parti (presunta, con presunzione iuris et de iure, come rivolta a perseguire lo scopo di fruire di una valida clausola arbitrale, ancorché non possa aversi numero pari degli arbitri).

Nel secondo caso, non v’è alcuna manifestazione di volontà delle parti contraria a norma inderogabile o difforme da essa; ma vi è un vuoto di disciplina convenzionale, che è riempito, in via di integrazione del contratto, con l’inserzione automatica (salva diversa volontà di tutti i precisanti) di disposizioni legali. Ma norme inderogabili sulle modalità di formazione del giudice arbitrale

permangono; e la loro violazione – se non può portare alla conversione legale e alla sostituzione della clausola convenzionale illegittima con quella legale – induce invalidità della clausola e nullità del lodo che, sulla base di essa, sia stato emesso. E la regola legale che si ricava dalla trama normativa degli artt. 809 e 810 continua ad essere quella per cui, in caso di pluralità di parti, o gli arbitri sono scelti di comune accordo fra tutte le parti, o la nomina è rimessa ad un soggetto terzo, ovvero ogni parte sceglie il proprio arbitro, salva la designazione di quello mancante per raggiungere il numero dispari, ad opera di un terzo, o di comune accordo. La norma che non può essere violata rimane così quella per cui, intanto ciascuna delle parti può rinunciare alla nomina del proprio arbitro in quanto vi sia nomina consensuale di tutti gli arbitri (o ricorso all'arbitrato c.d. amministrato che veda l'istituzione prescelta fissare un regolamento arbitrale conforme alle regole legali) ovvero affidamento della designazione degli arbitri ad un terzo o all'autorità giudiziaria. Rimane dunque, nei termini sopra esposti, il problema della validità della clausola binaria, in presenza di un giudizio pluripolare che non assicuri la corrispondenza parte-arbitro, né la designazione consensuale (o ad opera di un soggetto-terzo) degli arbitri.

Lo spunto che, sul piano interpretativo, potrebbe trarsi dalla innovazione legislativa, per un recupero di validità di clausole binarie, in giudizi pluripolari, che non garantiscono la cooperazione di tutte le parti alla formazione del collegio arbitrale è quello di ricavare dallo *ius superveniens* un argomento formulato sull'analogia. Si potrebbe ritenere che la norma introdotta in sostituzione del comma che sanciva espressamente la nullità delle clausole compromissorie che non osservano i canoni legali, abbia una "ratio legis": quella di fare salva la volontà delle parti chiaramente espressa nel senso di dar vita al giudizio arbitrale; e di fare ciò, togliendo di mezzo quella parte della clausola negoziale concernente le modalità di designazione degli arbitri che si pone in contrasto con norme imperative. In questo caso supplisce la norma legale, che prevede un numero fisso di tre arbitri (per quante siano le parti, formali o sostanziali, della controversia), e la loro nomina ad opera del Presidente del Tribunale (sempre fatto salvo, ovviamente, il diverso accordo di tutti gli interessati). Verrebbe così positivamente accolto il suggerimento (sopra ricordato) di Schizzerotto, per cui, non potendo gli arbitri essere scelti secondo il meccanismo prefigurato dalle parti, essi dovrebbero essere designati dal Presidente del Tribunale ex art. 810 c.p.c.. Cade l'obiezione dell'inutilizzabilità di tale norma dettata per il superamento della resistenza passiva, o inerzia di una parte ad effettuare "una nomina che è in suo potere compiere, dato che la novella legislativa ha esteso l'applicazione dell'art. 810 alla nomina dell'arbitro ulteriore per raggiungere il numero dispari, ed a quella in cui si tratti di porre riparo alla mancata indicazione del numero degli arbitri, e della loro nomina ad opera delle parti (o nel modo da esse determinato). Né resterebbe inutiliter data la previsione di nullità del lodo di cui al n. 2 del I° comma dell'art. 829, perché tale ipotesi si riferirebbe alla fattispecie in cui si sia dato corso al giudizio arbitrale senza utilizzare il rimedio posto dalla legge per correggere il vizio di designazione contenuto nella clausola pattizia, e comunque, nelle ipotesi di inosservanza delle forme validamente stabilite della parti per la nomina degli arbitri, nonché nel caso di violazione di legge relative alla nomina degli arbitri da parte della stessa autorità giudiziaria (ad esempio in sede di controllo, sul corso del provvedimento arbitrale, dell'ordinanza, pur non impugnabile, con cui il Presidente del Tribunale provvede alla sostituzione dell'arbitro inerte).

E tuttavia, un'operazione ermeneutica di tal tipo non appare priva di forzature.

Delle due ipotesi previste dal nuovo terzo comma dell'art. 809 c.p.c. soltanto la prima (indicazione, nella clausola pattizia, di un numero pari di arbitro) riguarda una fattispecie in cui le parti avevano espresso una volontà (sul numero degli arbitri) che si pone *contra legem*. Ed il rimedio apprestato è quello della conversione legale, in base al quale si ritiene valida la manifestazione di volontà di compromettere in arbitri, e si sostituisce, per volontà di legge, la clausola nulla, con la norma legale. Più correttamente si può riportare tale ipotesi sul quadro della nullità parziale di cui al II° comma dell'art. 1419, nel senso che la nullità della clausola relativa al numero degli arbitri, non importa la nullità del compromesso (o della clausola compromissoria) in quanto la clausola nulla è sostituita di diritto da norma imperativa. Essendovi sostituzione *ex lege*, non vi ha da essere indagine sulla

volontà ipotetica delle parti. E il vulnus che, in tal modo, viene portato al principio di autonomia contrattuale, appare fondato su base di ragionevolezza, non apparendo sensato che le parti abbiano voluto sottoporre una controversia al giudizio arbitrale, senza volere anche il mezzo (quale è il numero dispari degli arbitri) che tecnicamente quel giudizio rende possibile.

La seconda ipotesi, che porta all'applicazione dell'art. 810, non vede intervenire la nomina giudiziale degli arbitri, in presenza di una volontà contraria (sia pure invalidamente espressa) delle parti, ma in mancanza di volontà delle parti.

Il "favor arbitrati" opera, così, nel vuoto di una disciplina pattizia; non già contro una manifestazione di volontà delle parti di cooperare nella scelta degli arbitri.

D'altra parte, se appare scelta ragionevole quella di ritenere che parti che abbiano realmente voluto deferire ad arbitri una controversia, debbono volere anche il numero dispari degli arbitri, non altrettanto ragionevole sarebbe (stato) presumere che parti che si sono volute garantire la cooperazione nella scelta degli arbitri, siano comunque disponibili al giudizio arbitrale anche in caso di scelta giudiziale e autoritativa degli arbitri. La possibilità di cooperazione delle parti alla scelta dell'arbitro è connaturale alla natura stessa dell'arbitrato, e all'ordine c.d. "isonomico" (in quando formulato sull'eguaglianza dei soggetti del giudizio e sull'autorevolezza dell'organo decidente, sorretto dal consenso delle parti) che lo caratterizza, rispetto al giudizio asimmetrico della giustizia statale. Di qui la difficoltà ad estendere, in via di interpretazione analogica, il criterio di scelta degli arbitri (in numero di tre) per designazione del Presidente del Tribunale, all'ipotesi in cui le parti abbiano pur invalidamente, optato per un collegio arbitrale caratterizzato dalla corrispondenza parte-arbitro, facendo difetto il requisito della *eadem ratio*. Se, dunque, appare difficilmente praticabile un rimedio formulato nella sostituzione della (parte di) clausola nulla, con quella posta di norma di legge, prescindendo da ogni indagine sulla volontà effettiva delle parti, non può escludersi, per la sua portata generale, l'applicabilità della norma sulla nullità parziale posta dal I° comma dell'art. 1419. Per essa, la clausola compromissoria manterrebbe validità se (si dimostra che) i contraenti l'avrebbero voluta senza la parte colpita da nullità. Caduta questa parte – quella che prevede la cooperazione delle parti nella scelta del collegio arbitrale, senza garantire la corrispondenza parte-arbitro, – si verifica la seconda delle ipotesi previste nel novellato terzo comma dell'art. 809, e non vi è alcun ostacolo a ritenere che gli arbitri siano tre, tutti designati a norma dell'art. 810 c.p.c.. Tale via appare processualmente praticabile quando tutte le parti (in senso formale) dell'instaurando giudizio arbitrale sottoscrivano il ricorso al Presidente del Tribunale essendo ciò indice della "hipotetischer Porteiwille"; diversamente, ed in difetto di un previo accertamento sulla validità della clausola compromissoria, tolta di mezzo quella parte di essa affetta da nullità, lo schema procedimentale offerto dall'art. 810 non pare idoneo a costituire la sede per definire la questione, e l'eventuale lodo resterebbe assoggettato all'azione di nullità per vizio di costituzione del collegio arbitrale.