

EMANUELE CUSA
Associato dell'Università di Trento

La società di arbitrato amministrato

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. Il problema dell'arbitro non persona fisica. — 2.1. La legge. — 2.2. La dottrina e la giurisprudenza. — 2.3. Tentativo di ribattere le tesi dottrinali. — 3. Nuova impostazione del problema. — 4. La natura dell'arbitrato rituale. — 5. Le norme imperative riguardanti la nomina del tribunale arbitrale. — 5.1. I caratteri del tribunale arbitrale. — 5.2. Gli strumenti a tutela dei caratteri del tribunale arbitrale. — 5.3. Altre norme imperative. — 6. La società di arbitrato amministrato. — 6.1. Confutazione della tesi della suprema Corte. — 6.2. La compatibilità del diritto societario con la disciplina dell'arbitro rituale. — 6.3. La cooperativa di arbitrato amministrato. — 7. Qualificazione giuscommercialistica della società di arbitrato amministrato. — 8. Dall'impresa arbitrale all'arbitrato amministrato di gruppo.

1. — La tesi del presente lavoro è che un organismo di diritto privato costituito per amministrare in modo efficiente e professionale un numero elevato di arbitrati rituali in materia commerciale possa utilizzare come forma organizzativa ottimale la società cooperativa.

Sono convinto infatti che sia meglio immaginare l'arbitrato rituale in tale materia non più come uno strumento elitario di risoluzione delle controversie, ma come un'attività economica ausiliaria a quella esercitata dagli imprenditori e volta dunque a migliorare dall'esterno la stessa organizzazione di questi ultimi ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ Ciò non significa però che condivida, nonostante la chiusa di questo contributo, il pensiero di coloro — M.N. ROTHBARD, *Per una nuova libertà. Il manifesto libertario*, Macerata, 1996 (trad. it. di *For a New Liberty The libertarian manifesto*, seconda edizione, New York, 1978), spec. p. 307 ss. e D. FRIEDMAN, *L'ingranaggio della libertà. Guida a un capitalismo radicale*, Macerata, 1997 (trad. it. di *The Machinery of Freedom: Guide to a Radical Capitalism*, Chicago, 1989), pp. 123-127 e 169-177 — i quali prospettano sì la costituzione di società di arbitrato analoghe a quelle da me ipotizzate, ma allo scopo di sostituire completamente l'inefficiente ordinamento giudiziario.

Affinché si realizzi questo cambiamento, anche e prima di tutto culturale, è necessario concepire le attività usualmente esercitate dalle istituzioni arbitrali ⁽²⁾, con l'aggiunta però dell'attività di arbitrato rituale (d'ora innanzi denominate complessivamente attività di arbitrato amministrato), come un complesso servizio volto a rispondere al bisogno degli imprenditori di vedersi risolte le controversie arbitrabili in materia commerciale in modo celere, professionale e a prezzi contenuti e prefissati.

L'attività di arbitrato amministrato può però essere esercitata da una società, a condizione che si risponda positivamente alla seguente *quaestio iuris*, centrale nello svolgimento di questo scritto: può una società essere nominata arbitro in un arbitrato rituale?

2. — Il problema dell'arbitro non persona fisica è fino ad oggi principalmente astratto ⁽³⁾, atteso che, a quanto mi consta, l'istituzione arbitrale italiana o straniera (normalmente in forma di associazione) non è solitamente nominata arbitro, limitandosi a gestire l'attività di arbitrato rituale assunta da persone fisiche, eventualmente nominate dalla stessa istituzione.

Affrontare il problema testé indicato ha una duplice rilevanza.

Se si accertasse l'impossibilità di nominare arbitri diversi da una persona fisica, si sarebbe costretti a ritenere affetti da nullità, per violazione dell'art. 812 c.p.c., il patto derogatorio della giurisdizione ordinaria che prevedesse tale nomina ⁽⁴⁾, l'atto di nomina dell'arbitro non persona fisica, il conseguente procedimento arbitrale diretto dal predetto arbitro e, infine, l'atto conclusivo di questo procedimento (ai sensi dell'art. 829, comma 1^o, n. 3, c.p.c.).

Se invece si ritenesse ammissibile una tale nomina e tutte le parti del processo arbitrale designassero l'istituzione arbitrale (non già come semplice *appointing authority*, bensì) come unico arbitro competente a decidere la controversia ⁽⁵⁾, si potrebbe mi-

(2) Una descrizione e una qualificazione (come possibili imprese commerciali) delle suddette attività, nessuna delle quali esclusiva, può leggersi in CUSA, *Arbitrati amministrati ed imprese arbitrali*, in *Aida 2006*, Milano, 2007, p. 158 ss., ove si propone anche una classificazione delle istituzioni arbitrali.

(3) Ma non pare essere un falso problema, come invece sostiene GIOVANNUCCI ORLANDI, in *Arbitrato*, a cura di Carpi, Bologna, 2001, p. 162 s.

(4) Da notarsi, tuttavia, che si potrebbe avere la nomina in esame anche nel silenzio del suddetto patto, allorquando la persona non fisica sia comunque scelta da una delle parti del processo arbitrale.

(5) Nell'ipotesi prospettata nel testo, dunque, la convenzione d'arbitrato (sulla

gliorare il procedimento arbitrale sia attraverso un'ulteriore razionalizzazione dell'organizzazione dell'istituzione arbitrale, sia attraverso una migliore e più rapida scelta delle persone fisiche chiamate a sottoscrivere il lodo. Circa il primo profilo, l'istituzione arbitrale, diventando contrattualmente l'unico interlocutore delle parti del processo arbitrale, potrebbe semplificare, ad esempio, la nomina delle persone fisiche chiamate a risolvere la controversia (le quali, specialmente nelle liti minori, potrebbero corrispondere a dipendenti dell'istituzione) e la riscossione (in nome dell'istituzione e non per conto di dette persone fisiche) del credito corrispondente agli onorari e alle spese inerenti al procedimento arbitrale. Circa il secondo profilo si avrebbe la necessaria eliminazione degli arbitri di parte (usualmente non autonomi da chi li ha nominati⁽⁶⁾), la normale riduzione dei tempi (altrimenti regolati dall'art. 810 c.p.c.) necessari per individuare le persone chiamate a risolvere la controversia e, se l'istituzione fosse specializzata o comunque si avvalsesse di persone specializzate, la designazione di persone professionalmente competenti nella materia oggetto della controversia.

quale v. *infra*, n. 4), relativamente all'individuazione dell'arbitro, non sarebbe qualificabile come negozio ad oggetto determinabile *ex art.* 1349 c.c. (o, men che meno, come negozio per persona da nominare *ex art.* 1401 c.c., atteso che gli arbitri non sono parti di detta convenzione), poiché indicherebbe fin da subito l'istituzione arbitrale come l'unica obbligata della prestazione di decidere le controversie già insorte o che insorgeranno.

⁽⁶⁾ Secondo CONSOLO, *Imparzialità degli arbitri. Ricusazione*, in *Riv. arb.*, 2005, p. 729, un « collegio arbitrale con due arbitri davvero di parte non neutrali e con un presidente che funge da unico giudicante equidistante pur con l'apporto utilissimo di conoscenze e di suggerimenti dei due suddetti “non neutral arbitrators” è purtroppo, poiché non alla luce del sole e così neppure bene “bilanciato”, una realtà frequentissima ». Proprio in ragione di questa prassi TARUFFO, *Note sull'imparzialità dell'arbitro di parte*, in *Riv. arb.*, 1997, p. 491, concludeva il proprio scritto ritenendo sempre preferibile un tribunale arbitrale (termine utilizzato spesso nei regolamenti arbitrali per identificare sia l'arbitro unico, sia il collegio giudicante arbitrale) senza arbitri di parte. Per un esempio di arbitro di parte privo del carattere della terzietà si legga il caso commentato da VACCARELLA, *Incompatibilità allo svolgimento della funzione di arbitro in ragione della carica ricoperta all'interno della società parte del giudizio*, in *Riv. arb.*, 2005, p. 110 ss. Sul tema dell'imparzialità degli arbitri di parte è di assoluto interesse uno sguardo all'ordinamento statunitense, sul quale, da ultimo, cfr. H.M. HOLTZMANN-D.F. DONOVAN, *International Handbook on Commercial Arbitration*, a cura di J. Paulsson, The Hague, 2005, p. 31 s. e DE NOVA, *L'arbitrato tra norme inderogabili, norme derogabili e codici etici*, in AA.VV., *Libertà e vincoli nella recente evoluzione dell'arbitrato*, Quaderni di questa rivista, Milano, 2006, p. 58 s.

2.1. — Il primo dato normativo da prendere in considerazione per verificare se un'istituzione arbitrale possa essere direttamente nominata arbitro è l'art. 812 c.p.c., il quale, nella sua nuova versione ⁽⁷⁾, si limita a prevedere che «non può essere arbitro chi è privo, in tutto o in parte, della capacità legale di agire».

Questo dettato normativo, letto singolarmente, non è idoneo a precludere la nomina come arbitro di una persona non fisica, poiché è a tutti noto come tale persona possa avere una capacità generale di agire ⁽⁸⁾.

⁽⁷⁾ Quella vigente prima del d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40 (Modifiche al codice di procedura civile in materia di processo di cassazione in funzione nomofilattica e di arbitrato) era marcatamente concepita avendo a mente una persona fisica, atteso che si riferiva alla cittadinanza, alla minore età, all'interdizione e all'inabilitazione.

Ciononostante, questi riferimenti non avrebbero impedito, di per sé, una nomina di un arbitro non persona fisica (in senso contrario, però, tra gli altri, SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*³, Milano, 1988, p. 377, il quale sosteneva l'impossibilità per le persone giuridiche di essere nominati arbitri, «non potendo, per esse, parlarsi di minorità, di interdizione, inabilitazione o di interdizione dai pubblici uffici»). Si sarebbe potuto ritenere, infatti, i corrispondenti brani del previgente art. 812 c.p.c. applicabili ai soli casi in cui fosse stata nominata una persona fisica come arbitro; dello stesso avviso LARICCIA, *Sul riconoscimento in Italia di un lodo arbitrale emesso dalla Congregazione per il clero nella Città del Vaticano*, in *Riv. arb.*, 1995, p. 281 s.

⁽⁸⁾ Nemmeno specifiche disposizioni penali precludono la nomina ad arbitro di una persona non fisica, poiché, a quanto mi consta, non esistono dei reati propri degli arbitri. Se invece questi reati fossero stati previsti, si sarebbe potuto desumere dalle corrispondenti disposizioni penali una restrizione della capacità di essere arbitri alle sole persone fisiche. Opinando diversamente, infatti, la nomina ad arbitro di una persona non fisica sarebbe potuta servire per impedire di sanzionare penalmente l'incaricato dell'attività di arbitrato.

Si segnala nondimeno che sarebbe possibile introdurre reati propri per gli arbitri, consentendo comunque la nomina ad arbitri di persone giuridiche, precisando in sede penalistica che, in caso di nomina ad arbitro di una persona non fisica risponde penalmente la persona fisica designata dalla persona non fisica. Per un'esemplificazione di ciò cfr., relativamente alla nomina ad amministratore di persone giuridiche, l'art. 5 d.lgs. 23 luglio 1991, n. 240 (Norme per l'applicazione del regolamento n. 85/2137/Cee relativo all'istituzione di un Gruppo europeo di interesse economico Geie): «1. Può essere nominato amministratore anche una persona giuridica, la quale esercita le relative funzioni attraverso un rappresentante da essa designato. 2. Nel caso di cui al comma 1, devono essere depositati presso il registro delle imprese la denominazione e la sede della persona giuridica amministratore, nonché il cognome, il nome, il luogo e la data di nascita, il domicilio e la cittadinanza del rappresentante designato. 3. Il rappresentante assume gli stessi obblighi e le stesse responsabilità civili e penali previste a carico degli amministratori persone fisiche, ferma restando la responsabilità solidale della persona giuridica amministratore».

Diversamente accadrebbe, se nel nostro ordinamento vi fosse una regola analoga a quella presente in altri Stati — come la Spagna ⁽⁹⁾, la Francia ⁽¹⁰⁾ o i Paesi Bassi ⁽¹¹⁾ — laddove il legislatore preclude espressamente alle parti di nominare un arbitro diverso da una persona fisica ⁽¹²⁾.

⁽⁹⁾ Con l'art. 13 *Ley n. 60 del 2003, 23 de diciembre, de Arbitraje*: « Pueden ser árbitros las personas naturales que se hallen en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, siempre que no se lo impida la legislación a la que puedan estar sometidos en el ejercicio de su profesión. Salvo acuerdo en contrario de las partes, la nacionalidad de una persona no será obstáculo para que actúe como árbitro ».

⁽¹⁰⁾ Con l'art. 1451 *c.p.c.* (« 1. La mission d'arbitre ne peut être confiée qu'à une personne physique; celle-ci doit avoir le plein exercice de ses droits civils. 2. Si la convention d'arbitrage désigne une personne morale, celle-ci ne dispose que du pouvoir d'organiser l'arbitrage »), commentato, per esempio, da J.L. DEVOLVÉ-J. ROUCHE-G. H. POINTON, *French Arbitration Law and Practice*, The Hague, 2003, p. 90. Ciononostante, M. DE BOISSÉSON, *Le droit français de l'arbitrage*, Lille, 1990, pp. 154 e 552 s., scrive che l'anzidetto dettato, riformato nel 1981, se non permette più di nominare (come consentiva la giurisprudenza francese prima del 1981) come arbitro una persona giuridica in arbitrati interni, non preclude tuttavia che questa nomina si abbia in arbitrati internazionali.

⁽¹¹⁾ Con l'art. 1023 del codice di procedura civile.

⁽¹²⁾ In Germania ed Austria, come in Italia, non si richiedono particolari qualificazioni per essere nominato arbitro. Ciononostante, la dottrina tedesca (K.H. SCHWAB-G. WALTER, *Schiedsgerichtsbarkeit*⁷, München, 2005, p. 72 s.; W. VOIT, in H.-J. MUSIELAK, *Kommentar zur Zivilprozeßordnung*⁴, München, 2005, § 1035, n. 16) e quella austriaca (H.W. FASCHING, *Schiedsgericht und Schiedsverfahren im österreichischen und im internationalen Recht*, Wien, 1973, p. 56 s. e G. ZEILER, *Schiedsverfahren*, Wien, 2006, § 586, n. 4 s.) ritengono inammissibile la nomina ad arbitro di una persona giuridica; se comunque si verificasse tale nomina, ove l'interpretazione del relativo negozio lo consentisse, la stessa dottrina sostiene che si potrebbe supporre che le parti avessero voluto nominare la persona fisica rappresentante legale della persona giuridica.

Diversamente dai ricordati Paesi di lingua tedesca, in Svizzera, secondo R. BRINER (già segretario della Corte internazionale di arbitrato presso la Camera internazionale del commercio di Parigi), in *International Handbook on Commercial Arbitration*, a cura di J. Paulsson, The Hague, 1998, p. 15, le parti potrebbero nominare come arbitro un ente. Lo stesso potrebbe accadere in Gran Bretagna, almeno per D.S.J. SUTTON-J. GILL, *Russell on Arbitration*²², London, 2003, p. 102, a condizione che l'ente nominato selezioni idonei arbitri tra i propri membri.

Negli Stati membri degli Stati Uniti d'America che hanno adottato l'*Uniform Arbitration Act*, nella sua versione del 2000 (fino ad oggi sono tredici), non dovrebbero poter essere nominati come arbitri delle società, poiché il significato di « arbitrator » corrisponde [secondo il *Section 1(2)* di tale *Act*] a « an individual appointed to render an award, alone or with others, in a controversy that is subject to an agreement to arbitrate », e poiché (secondo il commento ufficiale a tale definizione) il termine « “individual” rather than “person” is used because business entities or organizations do not function as “arbitrators” ».

Da segnalarsi poi la recente tendenza legislativa volta a riconoscere espressamente alla persona non fisica alcune capacità speciali ausiliarie all'attività giurisdizionale (esercitata da altri). Ricordo così la possibilità che sia conferito l'incarico di avvocato ad una società tra avvocati rispettosa degli artt. 16 ss. d.lgs. 2 febbraio 2001, n. 96 (Attuazione della direttiva 98/5/CE volta a facilitare l'esercizio permanente della professione di avvocato in uno Stato membro diverso da quello in cui è stata acquistata la qualifica professionale), che sia conferito l'incarico di consulente tecnico in un processo arbitrale ad un ente (art. 816-ter, comma 5° , c.p.c.) e che sia nominato curatore fallimentare una società tra professionisti, i cui soci siano avvocati, dottori commercialisti, ragionieri o ragionieri commercialisti [art. 28, comma 1° , lett. b, l. fall.]⁽¹³⁾.

Da aggiungere altresì, seppur relativamente ad attività intellettuali non ausiliarie a quella giurisdizionale, che una persona giuridica può rivestire la posizione di arbitro irrituale⁽¹⁴⁾ o quella di arbitratore⁽¹⁵⁾, nonostante debba essere imposta a questi soggetti almeno la terzietà rispetto a chi li nomina, come parrebbe ricavarsi nel primo caso dal richiamo all'art. 812 c.p.c. operato dall'art. 808-ter, comma 2° , n. 3, c.p.c. e nel secondo caso dal sostantivo (appunto « terzo ») utilizzato sia nell'art. 1349 c.c. sia nell'art. 37 d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 (Definizione dei procedimenti in materia di diritto societario e di intermediazione finanziaria, nonché in materia bancaria e creditizia). Non si dimentichi inoltre che da tempo si consente e, a volte, si impone che la revisione legale dei conti — attività per il cui espletamento è necessaria l'indipendenza del soggetto agente — sia assunta da società, anche con personalità giuridica.

2.2. — Proprio in ragione del carattere non decisivo offerto dal dettato dell'art. 812 c.p.c., nelle sue versioni via via succedutesi, la dottrina è da tempo divisa circa la possibile nomina come arbitro di una persona non fisica.

⁽¹³⁾ Sul punto cfr. TEDESCHI, *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, Padova, 2006, p. 159 s.

⁽¹⁴⁾ Secondo Cass., 17 agosto 1962, n. 2587, in *Foro it.*, 1963, I, c. 58, seguita dalla dottrina (da ultimo, RUBINO-SAMMARTANO, *Il diritto dell'arbitrato*⁵, Padova, 2006, p. 464).

⁽¹⁵⁾ Dello stesso avviso è CORSINI, in *Il nuovo processo societario. Commentario*, diretto da Chiarloni, Bologna, 2004, p. 1034.

L'orientamento — comunque assolutamente maggioritario — ne sostiene l'illegittimità, o in quanto si tratterebbe «di incarico strettamente personale (*intuitu personae*)»⁽¹⁶⁾, o in quanto l'attività del giudicare sarebbe «propria della persona umana»⁽¹⁷⁾. Nella stessa direzione pare muoversi chi asserisce che la nomina di una persona non fisica sarebbe da interpretarsi come una sorta di nomina *per relationem*, dovendosi ritenere riferita «all'organo che rappresenta l'ente, ovvero alle persone fisiche che, anche collegialmente, lo compongono»⁽¹⁸⁾; con la conseguenza che anche secondo questa tesi⁽¹⁹⁾ l'arbitro nominato corrisponderebbe a queste persone fisiche e non all'ente da loro rappresentato.

L'opposto orientamento sostiene invece l'ammissibilità di un arbitro (normalmente unico⁽²⁰⁾) che sia persona non fisica, almeno quando quest'ultima abbia una propria personalità giuridica e non persegua lo scopo lucrativo; sicché potrebbero essere nominati arbitri associazioni riconosciute o fondazioni, ma non società lucrative; il che potrebbe accadere grazie agli organi di tali enti, i quali consentirebbero di distinguere l'imputazione psicologica degli atti in cui si estrinseca l'attività di arbitrato, da riferirsi sempre alla persona fisica (titolare dell'organo) che materialmente pone in essere tali atti, dall'imputazione giuridica dei medesimi atti, da riferirsi invece all'ente nominato arbitro⁽²¹⁾.

⁽¹⁶⁾ Così, per tutti, REDENTI, voce *Compromesso (diritto processuale civile)*, in *Noviss. dig. it.*, III, Torino, 1959, p. 796.

⁽¹⁷⁾ VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*², Torino, 2006, p. 79. Dello stesso avviso RUBINO-SAMMARTANO, *Il diritto dell'arbitrato*, cit., p. 463 s., il quale spiegherebbe il suddetto assunto osservando come l'attività arbitrale sarebbe personale e non potrebbe «subire cambiamenti per effetto di modifiche negli organi sociali o addirittura di un dirigente della società». Su quest'ultimo argomento e, più in generale, sul supposto carattere immutabile dei soggetti chiamati a svolgere funzioni giurisdizionali ritornerò al termine del n. 6.1.

⁽¹⁸⁾ CECHELLA, *Il processo e il giudizio arbitrale*, in *L'arbitrato*, a cura dello stesso, Torino, 2005, p. 113.

⁽¹⁹⁾ Sostenuta ad esempio, tra i primi, da ELIA, *Sulla nullità della nomina di persona giuridica ad arbitro*, in *Foro it.*, 1952, IV, c. 69 s., e, da ultimo, da VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, cit., p. 80.

⁽²⁰⁾ «Restando meramente teorica e di ben ardua attuazione la possibilità di nomina degli stessi enti a componenti di collegi arbitrali» (PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, I, Padova, 2000, p. 333).

⁽²¹⁾ Così si potrebbero riassumere le conclusioni a cui perviene PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, cit., pp. 320-334.

Tesi ancor più liberali sono sostenute da CANDIAN (in *Temì*, 1963, pp. 1-3), il quale in una sua breve nota sostiene la possibile nomina ad arbitro di qualsiasi persona

Nel completare il quadro del problema in esame rammento che la poca giurisprudenza sul punto⁽²²⁾ ha costantemente negato, seppur con motivazioni spesso stringate, se non addirittura assenti⁽²³⁾, la legittimità di un arbitro diverso da una persona fisica.

2.3. — A mio parere non sono risolutivi gli argomenti dottrinali sopra riportati a sostegno dell'innammissibilità di un arbitro diverso da una persona fisica.

L'argomento secondo il quale l'incarico di arbitrato sarebbe strettamente personale e pertanto incompatibile con la nomina di una persona non fisica è stato già efficacemente confutato da chi ha evidenziato come le parti siano libere di rimettere a terzi la nomina degli arbitri⁽²⁴⁾; il che trova oggi una testuale conferma nello stesso codice di rito (artt. 810, ult. cpv., e 816-*quater*, comma 1°, c.p.c.).

Parimenti, sembrerebbe essere una petizione di principio sostenere che l'arbitro debba essere una persona fisica, in quanto l'attività del giudicare sarebbe « propria della persona umana ». Tale argomento pare poi dimenticare la necessità di distinguere il conferimento dell'incarico professionale dall'esecuzione dello stesso. Distinguere questi due momenti consentirebbe infatti ad una persona non fisica di esercitare un'attività giurisdizionale, a condi-

giuridica, e da LARICCIA, *Sul riconoscimento in Italia*, cit., p. 283 s., il quale sembrerebbe estendere la capacità di essere arbitro a tutti i « soggetti collettivi ».

⁽²²⁾ Cit., ad es., da LARICCIA, *Sul riconoscimento in Italia*, cit., p. 279 s.; da ultimo cfr. Cass., 5 novembre 1999, n. 12336, in *Giust. civ.*, 2000, I, p. 1439, laddove si dichiarò la nullità di una clausola compromissoria per aver deferito le controversie arbitrabili non a persone fisiche e comunque non a persone sufficientemente determinate (nel caso di specie la clausola letteralmente disponeva: « in caso di controversia [...] la stessa dovrà essere deferita alle rispettive organizzazioni di categoria con funzioni di arbitro [...] »).

⁽²³⁾ Come in Pret. Roma, (decr.) 30 marzo 1994, in *Riv. arb.*, 1995, p. 273, laddove si negò l'*exequatur* ad un lodo pronunciato da un ente, poiché la nomina di un arbitro non persona fisica sarebbe stata « in contrasto con la *ratio* dell'art. 812 c.p.c. ».

⁽²⁴⁾ SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, cit., p. 374 s., il quale, benché contrario alla nomina di un ente come arbitro, giustamente si chiede « perché le parti non possano riporre la loro fiducia in una persona giuridica, magari in vista delle persone fisiche particolarmente qualificate che compongono i suoi organi, per competenza, rettitudine o probità »; dello stesso avviso sono CABRAS e SILVESTRI, voce *Capacità*, in *Dizionario dell'arbitrato*, Torino, 1997, p. 139. Un'esemplificazione della situazione appena descritta può considerarsi la controversia decisa nel lodo dichiarato nullo con decreto del Pretore di Roma, 30 marzo 1994, cit.

zione che si avvalga di persone fisiche nell'esecuzione dei relativi incarichi.

A dimostrazione di questa possibile scissione porto l'esempio rappresentato da un'attività che per la sua matrice professionale può senz'altro affiancarsi a quella dell'arbitro: l'attività dell'avvocato. In effetti, rammentavo come quest'ultima attività sia svolgibile da una società, la quale può esercitare «l'attività professionale di rappresentanza, assistenza e difesa in giudizio», a condizione che i relativi incarichi siano eseguiti «da uno o più soci [della stessa società, i quali siano persone fisiche] in possesso dei requisiti per l'esercizio dell'attività professionale richiesta» (art. 24, comma 1^o, d.lgs. n. 96 del 2001); sicché, almeno sul piano negoziale, è la società tra avvocati nominata come avvocato, anche se l'attività contenuta nel suo oggetto sociale deve essere eseguita mediante prestazioni lavorative di determinate persone fisiche⁽²⁵⁾.

Non ho inoltre trovato alcun argomento a sostegno del fatto che l'istituzione arbitrale, se volesse essere nominata arbitro, non potrebbe perseguire uno scopo di lucro⁽²⁶⁾. Questa idea potrebbe forse essere basata sull'inespressa convinzione dell'incompatibilità dell'attività giurisdizionale con l'intento lucrativo di chi l'esercita. Se così fosse, si potrebbe però facilmente replicare che una persona fisica, quando accetta la nomina ad arbitro, difficilmente lo faccia senza avere un intento lucrativo.

Da ultimo, appare indimostrata la tesi di chi ritiene necessaria la personalità giuridica in capo all'ente nominato arbitro. Comunque, senza andare a scomodare l'amplissima letteratura sulla distinzione tra persone giuridiche ed enti non personificati e ricordando soltanto che ormai anche la suprema Corte ha qualificato in più occasioni le società senza personalità giuridica come soggetti di diritto autonomi dai loro soci⁽²⁷⁾, rammento che la società tra avvocati, essendo soggetto distinto dai propri soci, assume in nome proprio

(25) Sulla distinzione tra imputazione giuridica della prestazione ed esecuzione della stessa in presenza di una società tra avvocati cfr., tra i tanti, MINERVINI, *Conferimento, esecuzione ed inadempimento dell'incarico professionale nella nuova disciplina della società tra avvocati*, in *Contr. e impr.*, 2002, p. 617 ss.

(26) Ovviamente la questione sopra esposta non si pone in Spagna, laddove l'art. 14 *Ley* n. 60 del 2003, *de Arbitraje* prevede che le istituzioni arbitrali, certamente non nominabili arbitri, possono essere solo «Corporaciones de derecho público» oppure «Asociaciones y entidades sin ánimo de lucro».

(27) Per le opportune citazioni cfr. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. 2. Diritto delle società*⁶, a cura dello stesso, Torino, 2006, p. 49, nota 86.

l'incarico professionale, anche se non gode della personalità giuridica, essendo disciplinata dalle norme sulla società in nome collettivo (art. 16, comma 2^o, d.lgs. n. 96 del 2001).

3. — Come è stato chiarito da un autorevole giuscommercialista⁽²⁸⁾ rispetto ad un analogo problema — quello della nomina ad amministratore di una società di capitali⁽²⁹⁾ — tornato oggi di estrema attualità⁽³⁰⁾, per verificare se una persona non fisica possa diventare titolare di determinati rapporti giuridici non basta applicare il principio della capacità generale delle persone giuridiche⁽³¹⁾; il che significa che queste persone godrebbero di una capacità tendenzialmente coincidente con quella delle persone fisiche, ad eccezione dei rapporti incompatibili con la particolare natura delle prime e salvo le limitazioni tassativamente poste dal legislatore. Non basta nemmeno affermare che una data attività assunta dall'ente sarebbe esercitata (non tanto dall'ente stesso, quanto) dal suo organo, ossia dalla persona fisica che ne è parte; la metafora dell'organo, infatti, tenderà ad occultare le differenze che intercorrono tra l'ipotesi di nomina di una persona fisica e l'ipotesi di nomina di una persona giuridica.

Certo, si è consapevoli che parlare di soggetti di diritto diversi dalle persone fisiche significa utilizzare espressioni che devono essere tradotte « in enunciati di significato equivalente nei quali compaiano soltanto locuzioni relative ad individui umani »⁽³²⁾. Questa traduzione, tuttavia, per non essere generica e perciò sostanzial-

⁽²⁸⁾ GLIOZZI, *Società di capitali amministratore di società per azioni*, in *Riv. soc.*, 1968, p. 93 ss.

⁽²⁹⁾ L'analogia era stata già rilevata più di quarant'anni fa da CANDIAN, *op. cit.*, p. 1.

⁽³⁰⁾ A séguito della riforma del diritto societario alcuni aa. (da ultimo cfr. BARTALENA, *La partecipazione di società di capitali in società di persone*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, 1, Milano, 2006, p. 123 ss., ove ulteriori citazioni) sostengono che sarebbe ammissibile che una società di capitali assuma la carica di amministratore nella società di persone di cui sia socia.

Un'altra recente esemplificazione di come tendano a crescere le attività svolgibili da una persona non fisica è costituita da Cass., 12 ottobre 2006, n. 22840 (in *Corr. giur.*, 2007, p. 35, con nota critica di VIDIRI, *Una società di capitali può essere nominata amministratore di condominio?*), nella quale si statuisce la legittimità della nomina di una persona giuridica come amministratore del condominio negli edifici.

⁽³¹⁾ Ma lo stesso principio potrebbe oggi essere sostenuto anche relativamente agli enti non personificati.

⁽³²⁾ GLIOZZI, *Società di capitali*, *cit.*, p. 115.

mente inutile nel determinare se una data situazione sia legittima o meno, deve avvenire utilizzando le specifiche regole dell'ente intenzionato ad assumere un determinato incarico⁽³³⁾.

Ma, allora, per rifuggire discorsi ambigui, bisogna esaminare la specifica disciplina dell'attività esercitabile, per ipotesi, anche da enti — nel nostro caso l'attività di arbitrato amministrato — e confrontarla con la specifica disciplina di questi ultimi. Il nostro ordinamento, infatti, ha concepito diverse tipologie di enti, prevedendo per ciascuno di essi un'apposita disciplina.

Secondo il diritto comune può presumersi che le organizzazioni ottimali per svolgere attività economiche complesse siano quelle proprie delle società con personalità giuridica. Di conseguenza, si può supporre che un'istituzione arbitrale intenzionata a svolgere su larga scala l'attività di arbitrato amministrato scelga uno dei predetti tipi societari.

Nel prosieguo, dunque, cercherò di riflettere se vi sia compatibilità tra le norme delle società con personalità giuridica e quelle dell'arbitrato rituale e, solo se avrò accertato l'ipotizzata compatibilità, potrò finalmente concludere per la legittimità di una società nominata arbitro rituale.

4. — Prima di accertare se una società possa essere nominata arbitro, bisogna individuare quali norme imperative contenute nella disciplina comune dell'arbitrato rituale limitino l'autonomia privata, non solo quando preveda le regole per nominare gli arbitri, ma anche quando conferisca l'incarico di risolvere una data controversia ad un determinato arbitro.

Le prime regole si trovano in un apposito negozio, denominato nel codice di rito «convenzione d'arbitrato» (corrispondente al compromesso o alla clausola compromissoria⁽³⁴⁾), la quale, se riguarda arbitrati amministrati, è normalmente eterointegrata dal regolamento arbitrale dell'istituzione arbitrale. Le seconde regole attengono invece ad un ulteriore negozio⁽³⁵⁾, ne-

⁽³³⁾ Così ancora GLIOZZI, *op. cit.*, p. 109 ss.

⁽³⁴⁾ Distinguibili in ragione del loro diverso oggetto: determinato nel compromesso (riferendosi esso a liti già sorte), determinabile nella clausola compromissoria (riferendosi essa a liti future).

⁽³⁵⁾ Condivido pertanto l'orientamento maggioritario (qui rappresentato da CECHELLA, *Il contratto di mandato agli arbitri*, in *L'arbitrato*, cit., pp. 95-97), secondo il quale l'attività di arbitrato dipenderebbe da due autonomi patti.

cessariamente successivo al primo e con diversi stipulanti rispetto al primo⁽³⁶⁾, denominato nella prassi contratto di arbitrato rituale⁽³⁷⁾, il quale è disciplinato tanto nel codice civile quanto nel codice di procedura civile⁽³⁸⁾.

L'attività di arbitrato rituale può essere qualificata come di natura privata⁽³⁹⁾ e giurisdizionale⁽⁴⁰⁾:

a) privata, poiché il potere di giudicare dell'arbitro trova fondamento — secondo la costante giurisprudenza della Corte costituzionale — «nella libera scelta delle parti»⁽⁴¹⁾; da segnalarsi poi che l'arbitro rituale non è un pubblico ufficiale né un incaricato di pubblico servizio (art. 813, comma 2^o, c.p.c.)⁽⁴²⁾, neanche

⁽³⁶⁾ In effetti, la convenzione d'arbitrato è stipulata da quelle che potrebbero essere (nel caso della clausola compromissoria) o sono (nel caso del compromesso) le parti del procedimento arbitrale, mentre il contratto di arbitrato è stipulato tra le parti del procedimento arbitrale e il tribunale arbitrale.

⁽³⁷⁾ Non mi soffermo sul fatto che sottostanti all'arbitrato rituale vi siano due rapporti: uno negoziale, regolato dal contratto di arbitrato, e l'altro processuale, il quale è disciplinato dal codice di rito (con norme applicate direttamente e altre in quanto compatibili o comunque desumibili dai principi processuali valevoli anche per l'arbitrato) e nasce con la domanda di arbitrato (tanto è vero che l'arbitro, prima della sua accettazione, può essere già ricusato).

⁽³⁸⁾ Più precisamente — secondo la convincente tesi di CECHELLA, *Il contratto di mandato agli arbitri*, cit., p. 97 ss. — da un insieme di norme contenute nel titolo VIII del codice di rito e nella disciplina civilistica sia del contratto di mandato sia del contratto d'opera intellettuale. Sulla disciplina del contratto di arbitrato nell'ordinamento tedesco cfr. SANGIOVANNI, *Il rapporto contrattuale tra gli arbitri e le parti nel diritto tedesco*, in *Contratti*, 2005, p. 827 ss.

⁽³⁹⁾ In questo senso la dottrina assolutamente maggioritaria, qui rappresentata da PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, cit., p. 292 ss.

⁽⁴⁰⁾ Dello stesso avviso, già prima dell'ultima riforma dell'arbitrato rituale, una parte della dottrina, qui rappresentata da VERDE, *Pubblico e privato nel processo arbitrale*, in *Riv. arb.*, 2002, p. 633 ss., il quale intende per giurisdizione «l'attività del giudicare con forza imperativa». Dopo la predetta riforma parla invece di «natura para-giurisdizionale della decisione arbitrale» CARPI, *Libertà e vincoli nella recente evoluzione dell'arbitrato*, in AA.VV., *Libertà e vincoli nella recente evoluzione dell'arbitrato*, cit., p. 17.

⁽⁴¹⁾ Così nella sentenza n. 221 dell'8 giugno 2005 (commentata, ad esempio, da VERDE, *La Corte costituzionale fa il punto su Costituzione e arbitrato*, in *Riv. arb.*, 2005, p. 515), laddove si spiega l'affermazione sopra ricordata nel seguente modo: «perché solo la scelta dei soggetti (intesa come uno dei possibili modi di disporre, anche in senso negativo, del diritto di cui all'art. 24, comma 1^o, cost.) può derogare al precetto contenuto nell'art. 102, comma 1^o, cost. [...], sicché la "fonte" dell'arbitrato non può più ricercarsi e porsi in una legge ordinaria o, più generalmente, in una volontà autoritativa».

⁽⁴²⁾ Nonostante la responsabilità dell'arbitro è in parte modellata su quella del

quando sia legittimato a concedere sequestri o altri provvedimenti cautelari ⁽⁴³⁾;

b) giurisdizionale, come pare evidente leggendo il vigente codice di rito, laddove, ad esempio, riconosce all'arbitro il diritto-dovere di rimettere alla Corte costituzionale una questione di legittimità costituzionale (art. 819-*bis*, comma 1° , n. 3, c.p.c.), qualificandolo pertanto indirettamente come « autorità giurisdizionale » ai sensi dell'art. 23 l. 11 marzo 1953, n. 87 (Norme sulla Costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale), oppure laddove stabilisce che l'atto conclusivo dell'attività dell'arbitro, ossia il lodo sottoscritto, ha « gli effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria » (art. 824-*bis* c.p.c.) e, dunque, è capace di fare « stato a ogni effetto tra le parti, i loro eredi o aventi causa » (art. 2909 c.c.) ⁽⁴⁴⁾.

5.1. — Dalla disciplina legale della convenzione d'arbitrato si ricava pianamente che il tribunale arbitrale deve — a pena di nullità della relativa clausola ai sensi dell'art. 1418, comma 1° , c.c. — essere composto di un numero dispari di componenti (art. 809, comma 1° , c.p.c.) ⁽⁴⁵⁾ e da persone con la richiesta capacità di agire (art. 812 c.p.c.).

Il tribunale arbitrale deve inoltre essere formato in modo tale da evitarsi l'anonimato delle persone fisiche che eseguiranno l'atti-

giudice ai sensi dell'art. 813-*ter* c.p.c., il quale richiama espressamente la l. 13 aprile 1988, n. 117 (*Risarcimento dei danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie e responsabilità civile dei magistrati*).

⁽⁴³⁾ Come può accadere in materia societaria, ex art. 35, comma 5° , d.lgs. n. 5 del 2003 (sul quale cfr., da ultimo, ZUCCONI GALLI FONSECA, in *Comm. breve c.p.c. e disp. proc. soc.*⁵, a cura di Carpi e Taruffo, Padova, 2006, pp. 2520-2522). Il nuovo art. 818 c.p.c. precisa tuttavia il rapporto tra regola ed eccezione in materia di provvedimenti cautelari disposti dall'arbitro.

⁽⁴⁴⁾ Dello stesso avviso è GALLANO, *Il lodo arbitrale vale, dunque, come sentenza*, in *Contr. e impr.*, 2006, p. 297, il quale sottolinea inoltre (alla p. 298 s.) come lo Stato, a séguito del nuovo diritto dell'arbitrato, abbia ormai perso il monopolio della giurisdizione.

Circa il sintagma sopra riportato dell'art. 824-*bis* c.p.c. cfr. il contributo critico di PUNZI, « *Efficacia di sentenza » del lodo*, in *Riv. arb.*, 2005, p. 819 ss.

⁽⁴⁵⁾ Diversamente da quanto può accadere in altri ordinamenti, come quello anglosassone, il quale prevede l'istituto dell'*umpire*; su questo istituto cfr., da ultimo, CARLEVARIS, in *Regolamento di arbitrato della Camera di commercio internazionale. Commentario*, a cura di Brigoglio e Salvaneschi, Milano, 2005, p. 151 ss.

vità di arbitrato; ciò per garantire che queste persone non solo siano ricusabili, trovandosi in una delle situazioni elencate nell'art. 815 c.p.c. ⁽⁴⁶⁾ o, in aggiunta, nel regolamento arbitrale ai sensi dell'art. 832, comma 5^o, c.p.c. ⁽⁴⁷⁾, ma siano anche responsabili personalmente ed illimitatamente dei danni cagionati a seguito di comportamenti attribuibili ai singoli esecutori dell'attività arbitrale (art. 813-ter c.p.c.).

Il tribunale arbitrale deve infine essere contraddistinto dalla terzietà tanto nel suo complesso, quanto nei suoi componenti (anche quelli nominati dalle parti ⁽⁴⁸⁾).

Il carattere di terzietà merita qualche parola di spiegazione.

Esso, corrispondendo all'estraneità dell'arbitro rispetto alle parti in causa (ossia all'equidistanza del primo rispetto alle seconde), contraddistingue chiunque eserciti un'attività giurisdizionale (e perciò anche l'arbitro) in forza dell'art. 111, comma 2^o, cost., così come interpretato dalla Corte costituzionale ⁽⁴⁹⁾.

Questo carattere è garantito non già dal supposto diritto inderogabile di ciascuna parte di nominare un arbitro, bensì dal diritto di ciascuna parte di concorrere in modo paritario alla composizione del tribunale arbitrale (principio di uguaglianza delle parti nella formazione del tribunale arbitrale) ⁽⁵⁰⁾; sicché gli arbitri sono caratte-

⁽⁴⁶⁾ Commentate in modo critico da CONSOLO, *Imparzialità degli arbitri*, cit., p. 729 ss.

⁽⁴⁷⁾ Al fine di evitare possibili lacune nella tipizzazione delle situazioni, la cui presenza legittimi la presentazione di un'istanza di ricusazione dell'arbitro, l'art. 20, comma 1^o, regolamento della Camera arbitrale nazionale e internazionale di Milano opta in modo condivisibile per la seguente disposizione: «Ciascuna parte può depositare una istanza motivata di ricusazione degli arbitri per ogni motivo idoneo a porre in dubbio la loro indipendenza o imparzialità».

⁽⁴⁸⁾ Gli arbitri di parte, infatti, possono essere ricusati sia dalla parte che non li ha nominati, sia dalla parte che li ha nominati, se per motivi conosciuti dopo la loro nomina (art. 815, comma 2^o, c.p.c.).

⁽⁴⁹⁾ Ad esempio, nella sentenza 15 luglio 2003, n. 240, nella quale, dopo aver precisato che «il novellato art. 111 cost. non introduce alcuna sostanziale innovazione o accentuazione» al principio di terzietà-imparzialità della giurisdizione valevole in «qualunque tipo di processo», non solo ribadisce che la locuzione «giudice terzo e imparziale» costituisce «la sintesi di una serie di valori che connotano il modo in cui, nel suo complesso, l'ordinamento deve far sì che il giudice si ponga di fronte alla *res iudicanda*», ma connota anche questo principio, affermando che esso viene garantito, quando «il procedimento è strutturato in modo che [...] il giudice conservi il fondamentale requisito di soggetto *super partes* ed equidistante rispetto agli interessi coinvolti».

⁽⁵⁰⁾ Il principio ricordato nel testo è trattato *funditus* da SALVANESCHI, da ultimo in *Sull'imparzialità dell'arbitro*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, p. 428 ss.

rizzati dalla terzietà anche quando tutte le parti, specie quando siano più di due, concordemente attribuiscano ad un terzo il diritto di nominare l'intero tribunale arbitrale.

Come gli arbitri, così anche il loro designatore (diverso dalle parti) deve essere caratterizzato dalla terzietà, poiché altrimenti verrebbe indirettamente pregiudicata la terzietà degli stessi arbitri⁽⁵¹⁾. Questa regola può ricavarsi oggi dal (forse troppo rigido⁽⁵²⁾) quarto comma dell'art. 832 c.p.c. e, in materia di arbitrato societario, dall'art. 34, comma 2°, d.lgs. n. 5 del 2003⁽⁵³⁾.

Il designatore degli arbitri dovrebbe presumersi in via assoluta terzo, quando corrisponda ad un ente di diritto pubblico (quale è, ad esempio, l'istituzione arbitrale costituita in forma di azienda speciale dalla camera di commercio), essendo tale ente posto a tutela di interessi pubblici (ossia generali) e pertanto, per definizione, non di parte.

Agli arbitri è richiesto non solo di essere equidistanti dalle parti, ma anche di essere imparziali, ossia giudici privati spassionati ed obiettivi⁽⁵⁴⁾. Il che trova ancora fondamento sì nel codice di rito, ma prima e soprattutto nell'art. 111, comma 2°, cost.⁽⁵⁵⁾.

⁽⁵¹⁾ Della stessa opinione la dottrina maggioritaria tedesca, così come riportata da SANGIOVANNI, *La costituzione del tribunale arbitrale nel diritto tedesco*, in *Riv. arb.*, 2001, p. 591 s.

⁽⁵²⁾ Sul punto mi piace ricordare il pensiero di NOBILI, *L'arbitrato delle associazioni commerciali*, Milano, 1957, p. 303, il quale evidenzia sì che « sospetto di parzialità potrà esistere, in ogni modo, solo quando la controversia insorge fra un membro dell'ente incaricato della nomina, e un estraneo », ma aggiunge anche che « in questo caso il giudice dovrà andare molto cauto: e riconoscere la parzialità del terzo solo quando la parte nella controversia ha una speciale influenza nell'associazione, o partecipa indirettamente alla nomina degli arbitri ».

⁽⁵³⁾ Laddove impone « il potere di nomina di tutti gli arbitri a soggetto estraneo alla società ». Sulle due disposizioni citate nel testo ritornerò nel n. 8, cercando di applicarle alla società di arbitrato.

⁽⁵⁴⁾ Circa la controversa distinzione concettuale tra imparzialità ed indipendenza dell'arbitro rimando, da ultimo, al documentato lavoro di ZUCCONI GALLI FONSECA, in *Regolamento di arbitrato della Camera di commercio internazionale. Commentario*, a cura di Briguglio e Salvaneschi, cit., p. 84 ss., ove anche ampi ragguagli comparatistici. Per il diritto tedesco, sullo stesso tema, cfr. P.F. SCHLOSSER, *L'impartialité et l'indépendance de l'arbitre en droit allemand*, in *Riv. arb.*, 2005, p. 1 ss.

⁽⁵⁵⁾ A favore dell'applicazione all'arbitrato dell'art. 6.1 della convenzione europea dei diritti dell'uomo (laddove si prevede che « ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge ») cfr., da ultimo, BERLINGUER, *Arbitrato, arbitrati e autonomia contrattuale*, in *I contratti di composizione delle liti*, a cura di Gabrielli e Luiso, Milano, 2005, p. 752 nota 150, ove ulteriori citazioni.

Da precisare, infine, che non vi è alcuna norma imperativa disciplinante la convenzione d'arbitrato che imponga una determinata qualifica o professionalità all'arbitro; ciò non significa, tuttavia, che alle parti sia precluso di prevederla; con la conseguenza che, qualora non sia rispettata questa eventuale clausola negoziale, l'arbitro sarebbe ricusabile ai sensi dell'art. 815, comma 1^o, n. 1, c.p.c.

5.2. — La mancanza di terzietà o di imparzialità degli arbitri può determinare la ricazione degli arbitri ai sensi dell'art. 815 c.p.c., sempre che la relativa istanza sia stata presentata entro dieci giorni dalla conoscenza della causa di ricazione e comunque entro la sottoscrizione del lodo.

Se la nomina degli arbitri è concepita nella convenzione d'arbitrato in modo da non garantire la terzietà e l'imparzialità degli arbitri⁽⁵⁶⁾ o del loro designatore⁽⁵⁷⁾, detta convenzione potrebbe forse essere dichiarata nulla⁽⁵⁸⁾ e l'arbitro nominato in base ad essa può essere ruscato. Non può invece essere ruscato il designatore degli arbitri⁽⁵⁹⁾, non essendo costui arbitro e potendo essere ruscati gli arbitri da costui nominati in ragione della mancanza di terzietà del designatore.

Infine, il lodo, se è sottoscritto da arbitri nominati sulla base di una convenzione d'arbitrato nulla nella parte disciplinante la loro nomina, può essere dichiarato nullo ai sensi dell'art. 829, comma 1^o, n. 2, c.p.c., sempre che il relativo vizio sia stato dedotto nel procedimento arbitrale.

Nonostante l'arbitro, come il giudice, debba essere terzo ed imparziale, può legittimamente accadere che la controversia sia decisa

⁽⁵⁶⁾ Si pensi al caso in cui nello statuto di un ente associativo si indicasse come tribunale arbitrale un organo di tale ente eletto senza il consenso di tutti i membri di detto ente (sul punto cfr. per tutti CECHELLA, *Il contratto di mandato*, cit., p. 101 ss.); il che non può accadere, nemmeno qualora ciò fosse deciso all'unanimità, se l'ente associativo è una società, stante l'art. 34, comma 2^o, d.lgs. n. 5 del 2003.

⁽⁵⁷⁾ L'art. 34, comma 2^o, d.lgs. n. 5 del 2003 espressamente sanziona con la nullità la convenzione d'arbitrato che indicasse un designatore di arbitri privo di terzietà.

⁽⁵⁸⁾ Tuttavia, la suddetta nullità riguarderebbe normalmente non già l'intera convenzione d'arbitrato, bensì la sola individuazione degli arbitri o del loro designatore privi delle necessarie caratteristiche; sul punto, relativamente alla nullità di cui all'art. 34, comma 2^o, d.lgs. n. 5 del 2003, cfr. LUIISO, in *Il nuovo processo societario*, a cura di Luiso, Torino, 2006, p. 576 s.

⁽⁵⁹⁾ Della stessa opinione è la prevalente dottrina, qui rappresentata da CARPI, *Profili dell'arbitrato in materia di società*, cit., p. 1941.

da un tribunale arbitrale privo delle predette caratteristiche. In effetti, l'arbitro, qualora non si ritenga terzo o imparziale, ha non già il dovere di astenersi (come invece ha il giudice ai sensi dell'art. 51 c.p.c.)⁽⁶⁰⁾, bensì quello di rendere manifesti fatti o circostanze che giustificerebbero la sua astensione (se conosciuti prima di accettare la nomina) o il suo recesso per giusta causa (se conosciuti una volta nominato)⁽⁶¹⁾; sicché, tale arbitro, anche in palese stato di non indipendenza, se non è ricusato entro i termini fissati dall'art. 815 c.p.c., potrà legittimamente decidere la controversia e il relativo lodo sarà valido⁽⁶²⁾.

A garanzia della terzietà e dell'imparzialità dell'arbitro è sicuramente da condividersi la prassi — proveniente dal mondo anglosassone e seguita da molte istituzioni arbitrali internazionali e nazionali in presenza di arbitrati amministrati da esse — di imporre negoziabilmente agli arbitri, anche a quelli nominati dalle parti, una cosiddetta dichiarazione di indipendenza, da trasmettersi all'istituzione arbitrale e alle parti del procedimento assieme alla dichiarazione di accettazione dell'incarico e ogniqualvolta sopraggiungano fatti o circostanze che potrebbero ingenerare dubbi nelle parti circa la terzietà ed imparzialità degli arbitri. Questo dovere di *disclosure* potrebbe poi essere imposto espressamente dal prossimo diritto comune dell'arbitrato⁽⁶³⁾, poiché attraverso questo addizionale flusso informativo si innalza la consapevolezza sia degli arbitri (anche quelli nominati dalle parti) sul potere giurisdizionale che sono chiamati ad esercitare, sia delle parti sul possibile esercizio del diritto di

⁽⁶⁰⁾ Per l'assenza del suddetto dovere cfr., dopo la riforma, RAMPAZZI, in *Comm. breve c.p.c. e disp. proc. soc.*, a cura di Carpi e Taruffo, cit., p. 2196.

⁽⁶¹⁾ Di questa opinione è la dottrina maggioritaria, qui rappresentata da GIOVANNUCCI ORLANDI, in *Arbitrato*, cit., p. 209 s.

Negli Stati Uniti d'America l'ultima versione dell'*Uniform Arbitration Act* ha introdotto l'obbligo per qualsiasi arbitro, prima di accettare l'incarico e dopo aver condotto una ragionevole indagine (« a reasonable inquiry »), di rivelare agli altri arbitri e a tutte le parti del contratto di arbitrato e del procedimento arbitrale « any known facts that a reasonable person would consider likely to affect the impartiality of the arbitrator in the arbitration proceeding ».

⁽⁶²⁾ Così anche GIOVANNUCCI ORLANDI, *op. ult. cit.*, p. 207.

⁽⁶³⁾ Un analogo dovere legale è stato recentemente introdotto per i sindaci di società, i quali devono render noti all'assemblea che li nomina « gli incarichi di amministrazione e di controllo da essi ricoperti presso altre società » (art. 2400, ult. cpv., c.c.); il che facilita una valutazione sulla loro (professionalità) ed indipendenza; requisito, quest'ultimo, essenziale non solo per chi deve giudicare (come gli arbitri), ma anche per chi deve controllare (come i sindaci).

ricusare gli arbitri parziali, tutelandosi così *ex ante* dal rischio di dover subire un lodo per loro ingiustamente sfavorevole. Da segnalarsi infine che la violazione del dovere di *disclosure* imposto dal regolamento arbitrale, se rilevata prima della sottoscrizione del lodo, potrebbe forse portare alla nullità di quest'ultimo (almeno quando tale invalidità fosse prevista negozialmente) ai sensi dell'art. 829, comma 1°, n. 2, c.p.c., il quale richiama l'art. 832 c.p.c. e perciò detto regolamento.

5.3. — Dalla disciplina dell'arbitrato rituale ritengo di poter ricavare altre due norme imperative rilevanti nell'economia del presente scritto.

La prima, a salvaguardia dell'indipendenza dell'arbitro, desumibile dall'art. 813-*bis* c.p.c. ⁽⁶⁴⁾, consiste nell'impossibilità di sostituire unilateralmente l'arbitro senza giusta causa ⁽⁶⁵⁾. Dunque, e rimanendo al tema dell'arbitrato amministrato, un'istituzione arbitrale potrebbe sostituire l'arbitro, quand'anche non lo avesse nominato, a condizione che vi sia una giusta causa e che la convenzione d'arbitrato (eventualmente eterointegrata dal regolamento arbitrale ⁽⁶⁶⁾) attribuisca questo potere all'istituzione in parola.

La seconda, a salvaguardia di un esercizio diligente dell'incarico assunto dall'arbitro, consiste nella responsabilità personale, il-limitata e non solidale di ciascun componente del tribunale arbitrale. Il che si ricava dall'intero art. 813-*ter* c.p.c. (e, specialmente, dal suo ultimo comma), il quale applica al contratto di arbitrato un principio generale valevole per tutti i contratti aventi ad oggetto un'opera intellettuale (quand'anche il relativo incaricato sia una persona diversa da una fisica ⁽⁶⁷⁾). Naturalmente, nell'esecu-

⁽⁶⁴⁾ Laddove consente al « terzo a ciò incaricato dalla convenzione d'arbitrato » di sostituire « l'arbitro che omette, o ritarda di compiere un atto relativo alle sue funzioni ».

⁽⁶⁵⁾ Analoghe regole sono previste in presenza di attività, per il cui esercizio è necessaria l'indipendenza del relativo esecutore; si pensi così ai sindaci e ai revisori legali dei conti, i quali possono essere revocati dalla società solo per giusta causa, ai sensi, rispettivamente, degli artt. 2400, comma 2°, e 2409-*quater*, comma 3°, c.c.

⁽⁶⁶⁾ Un'esemplificazione di ciò si trova nel regolamento arbitrale della Camera arbitrale nazionale e internazionale di Milano, il cui art. 21, comma 1°, lett. *d*) stabilisce che il Consiglio arbitrale « rimuove l'arbitro per la violazione dei doveri imposti dal Regolamento al Tribunale Arbitrale o per altro grave motivo ».

⁽⁶⁷⁾ L'ultima regola enunciata nel testo trova la più recente conferma nel cosiddetto decreto Bersani [d.l. 4 luglio 2006, n. 225 (Disposizioni urgenti per il rilancio economico e sociale, per il contenimento e la razionalizzazione della spesa pubblica, nonché

zione negligente dell'incarico v'è anche il caso in cui l'arbitro si sia concretamente comportato in modo parziale (ossia senza la cosiddetta indipendenza in concreto).

6.1. — Dalla disciplina dell'arbitrato rituale ho desunto che l'esecutore di questa attività, oltre a dover avere la piena capacità di agire, deve essere equidistante ed indipendente dalle parti del processo arbitrale e, in caso di suo comportamento negligente, deve poter essere chiamato a rispondere personalmente ed illimitatamente. Se poi l'attività in parola è esercitata da un collegio, questo deve essere composto di un numero dispari di componenti.

Rimane ora da verificare se alcuni segmenti indefettibili della disciplina dell'arbitrato rituale siano inapplicabili all'arbitro che non sia una persona fisica e così precludano il verificarsi di tale eventualità.

Secondo la suprema Corte⁽⁶⁸⁾ sarebbe impossibile la nomina di una persona giuridica per le seguenti tre ragioni: detta nomina precluderebbe di valutare la capacità di essere arbitro, impedirebbe l'applicazione dell'istituto della riconsunzione e sarebbe incompatibile con il necessario carattere immutabile dei soggetti chiamati a svolgere funzioni giurisdizionali.

Circa la prima ragione, osservo che la persona giuridica, dovendo agire mediante persone fisiche, ha normalmente la capacità di porre in essere determinati atti, se le persone fisiche attraverso cui agisce hanno tale capacità; sicché, per valutare la capacità di essere arbitro di una persona giuridica basta verificare la capacità di essere arbitri delle persone fisiche mediante le quali agisce la persona giuridica; dunque, ai sensi dell'art. 1389 c.c., così come integrato dall'art. 812 c.p.c., per accertare se una persona giuridica possa essere arbitro, basta accertare se le persone fisiche che la rappresentano (non necessariamente membri dell'organo

interventi in materia di entrate e di contrasto all'evasione fiscale), conv. con modificazioni con l. 4 agosto 2006, n. 248], il cui art. 2, comma 1°, lett. c), prevede la « personale responsabilità » dei soci professionisti di società di persone professionali nella fornitura di servizi professionali di tipo interdisciplinare. *De iure condendo*, sul punto cfr. l'art. 9, comma 3°, d.d.l. governativo n. 2160 Camera dei deputati, XV legislatura, presentato il 24 gennaio 2007, laddove si prevedono i principi e i criteri direttivi a quali si dovrebbe attenere il Governo nel disciplinare la responsabilità delle società tra professionisti e dei loro soci.

⁽⁶⁸⁾ Cass., 17 agosto 1962, n. 2587, cit.

al quale è attribuita la rappresentanza dell'ente⁽⁶⁹⁾) abbiano la capacità di agire.

Circa poi la seconda ragione, pare doversi applicare la disciplina della ricusazione dell'arbitro sia direttamente alla persona giuridica arbitro⁽⁷⁰⁾, sia analogicamente anche alle persone fisiche mediante le quali la prima esegue il proprio incarico di arbitro; in effetti, se è vero che l'art. 815 c.p.c. è l'emersione di un principio generale, secondo il quale chi decide controversie deve essere terzo ed imparziale rispetto alle parti in causa, allora sembrerebbe ricusabile non solo l'arbitro formale (ossia la persona giuridica, anche se questa si limita a designare chi deciderà la controversia), ma anche l'arbitro sostanziale (ossia le persone fisiche rappresentanti la persona giuridica). Con la conseguenza che, in caso di accoglimento dell'istanza di ricusazione da presentarsi entro la sottoscrizione del lodo, il sostituto sarà scelto dalle parti (o da un terzo scelto dalle parti o dal presidente del tribunale) ai sensi dell'art. 810 c.p.c., se la ricusazione riguardava l'arbitro formale⁽⁷¹⁾, mentre sarà scelto dall'arbitro formale ai sensi dell'art. 811 c.p.c., se la ricusazione riguardava l'arbitro sostanziale⁽⁷²⁾.

(69) Potendo le persone fisiche rappresentare la suddetta persona giuridica, ad esempio, in ragione di una specifica procura loro conferita dall'organo competente di tale persona.

(70) E così si può tra l'altro verificare se l'indipendenza della persona giuridica arbitro sia stata compromessa da rapporti associativi che la legano «ad una delle parti, a una società da questa controllata, al soggetto che la controlla, o a società sottoposta a comune controllo» (art. 815, comma 1^o, n. 5, c.p.c.).

(71) Nel suddetto caso il sub-procedimento avente ad oggetto la ricusazione dell'arbitro sarà disciplinato solamente dall'art. 815 c.p.c.

Probabilmente, il fatto che l'arbitro non sia più nominato dall'istituzione arbitrale non preclude che il relativo arbitrato rimanga qualificabile come amministrato; con la conseguenza che il nuovo tribunale arbitrale dovrà rispettare il regolamento arbitrale della predetta istituzione, almeno nella parte in cui non presupponga per la sua applicazione l'intervento di tale istituzione nel procedimento arbitrale.

(72) Nel suddetto caso il sub-procedimento avente ad oggetto la ricusazione dell'arbitro sarà alternativamente disciplinato dall'art. 815 c.p.c. o dal regolamento arbitrale.

Circa la ricusazione decisa dall'istituzione arbitrale sulla base del regolamento arbitrale il vero problema è se, in sua presenza e nelle stesse circostanze, permanga la possibilità di presentare un analogo ricorso al presidente del tribunale ai sensi dell'art. 815 c.p.c.; sul punto, prima della riforma del 2006, cfr. Trib. Lucca, 20 luglio 2004 e Camera arbitrale di Lucca del 11 ottobre 2004, tutte in *Corr. giur.*, 2005, p. 840, con nota di PRENDINI, *Questioni in tema di ricusazione nell'arbitrato amministrato*, il quale condivide la tesi (direi prevalente) secondo cui vi sarebbe un concorso di mezzi di tutela a presidio dell'imparzialità dell'arbitro: da un lato l'istanza all'istituzione arbitrale

Infine è da rigettare anche il terzo motivo sopra riportato, poiché l'arbitro non è immutabile. In effetti, l'arbitro non solo può essere sostituito in diverse ipotesi — quando sia inadempiente ai propri obblighi (come si ricava dall'art. 813-*bis* c.p.c.) o sia comunque⁽⁷³⁾ revocato congiuntamente dalle parti del processo arbitrale, muoia, perda le capacità di essere arbitro o sia sostituito a seguito dell'accoglimento della domanda di ricusazione —, ma potrebbe anche rinunciare all'incarico (ossia recedere dal relativo contratto di arbitrato)⁽⁷⁴⁾, pure senza giusta causa⁽⁷⁵⁾. Certo però — come rileva la suprema Corte — non sarebbe ammissibile nominare come arbitro una persona giuridica, quando ciò significasse lasciare a quest'ultima la piena libertà di mutare durante il processo arbitrale l'esecutore dell'attività di arbitrato⁽⁷⁶⁾; tale eventualità, infatti, consentirebbe a chi designa l'arbitro di sostituirlo anche in assenza di sue inadempienze; ma ciò contrasterebbe con la regola imperativa d'anzì ricavata dal diritto dell'arbitrato rituale, secondo la quale l'arbitro non può unilateralmente essere sostituito senza giusta causa.

6.2. — Circoscrivendo ora il mio campo di indagine, come avevo premesso nell'impostare il problema dell'arbitro non persona fisica, occorre verificare se v'è nella disciplina delle società con personalità giuridica una o più disposizioni che non consentano l'osservanza dei requisiti imposti all'arbitro rituale.

A me pare che tali disposizioni manchino nel diritto societario.

Anzi, nel diritto speciale delle società sono rinvenibili specifiche norme da cui è lecito trarre che la società possa diventare l'or-

secondo il regolamento arbitrale e, dall'altro, il ricorso al presidente del tribunale secondo il codice di rito.

(73) La revoca congiunta può infatti avvenire anche senza giusta causa (dello stesso avviso, seppur implicitamente, VERDE, *Lineamenti*, cit., p. 85); in tal caso l'arbitro sostituito potrà agire in giudizio al solo fine di ottenere il compenso e gli eventuali danni.

(74) Sulla rinuncia dell'arbitro *a latere* cfr. Cass., 9 marzo 2004, n. 4756, in *Corr. giur.*, 2005, p. 835 con nota di CONSOLO, *Rinuncia dell'arbitro «di parte»: una singolare decisione di merito, ma con rinvio, della S.C.*

(75) Ma dal suddetto recesso deriverebbe ovviamente un inadempimento contrattuale dell'arbitro, con la sua conseguente responsabilità civile, come espressamente stabilisce l'art. 813-*ter*, comma 1°, n. 1, c.p.c.

(76) Si pensi al caso in cui fosse genericamente nominata come arbitro una società per azioni; questa, dovendo agire mediante i propri rappresentanti, potrebbe mutare, nel corso del processo, la persona fisica chiamata a decidere la controversia, senza che ciò possa costituire sostituzione dell'arbitro *ex art.* 811 c.p.c.

ganizzazione ottimale per esercitare in modo imprenditoriale attività professionali che presuppongano nel relativo esecutore imparzialità ed indipendenza.

Ho in mente, in particolare, la disciplina delle società di revisione.

Questi enti, in quanto controllori (della contabilità altrui), devono essere indipendenti dai controllati, analogamente a ciò che è imposto agli arbitri, i quali, in quanto giudici privati, devono essere indipendenti dalle parti del processo arbitrale. Il legislatore ha così imposto alla società di revisione di rispettare sia specifiche incompatibilità generali e relative, sia determinate regole organizzative per salvaguardare i tratti salienti dell'attività (esclusiva, stante il diritto comunitario, da ultimo modificato con la direttiva n. 2006/43/Ce del 17 maggio 2006) di revisione legale dei conti.

Parimenti, nel silenzio della legge, l'autonomia contrattuale deve prevedere per la società di arbitrato amministrato specifiche norme — contenute nell'atto costitutivo o in regolamenti assembleari o consiliari, oppure nel regolamento arbitrale disciplinante i procedimenti amministrati da tale società — volte ad assicurare il costante rispetto della disciplina imperativa dell'arbitrato rituale dianzi ricostruita.

Ciò significa che regole di fonte negoziale devono garantire la terzietà e l'imparzialità non solo della società di arbitrato, ma anche degli esecutori dell'attività (non esclusiva, stante l'art. 812 c.p.c.) di arbitrato esercitata in nome di detta società.

Ciò significa altresì che la società di arbitrato deve nominare un numero dispari di persone fisiche componenti del tribunale arbitrale, le quali abbiano una piena capacità di agire, siano sempre identificabili e siano sostituibili da tale società solo per giusta causa.

Ciò significa inoltre che la società di arbitrato deve designare stabilmente le persone fisiche chiamate ad eseguire un determinato incarico di arbitrato rituale, analogamente a quanto il legislatore ha già espressamente imposto nel caso della società nominata amministratore⁽⁷⁷⁾, avvocato⁽⁷⁸⁾, curatore⁽⁷⁹⁾ o, direi, revisore legale dei conti⁽⁸⁰⁾.

⁽⁷⁷⁾ Di un gruppo europeo di interesse economico ai sensi del comb. disp. dell'art. 19.2, comma 2°, regolamento (Cee) n. 2137/85 [Regolamento relativo all'istituzione di un Gruppo europeo di interesse economico (Geie)] e del già riportato art. 5 d.lgs. n. 240 del 1991, o di una società europea ai sensi dell'art. 47.1, comma 2°, regolamento (Ce) n. 2157 del 2001 [Regolamento relativo allo statuto della Società europea (Se)], o di

Ciò significa, infine, che la società di arbitrato non potrebbe diventare lo schermo per rendere irresponsabili verso le parti processuali gli esecutori dell'attività arbitrale; alla società di arbitrato, dunque, al pari della società di revisione (art. 2409-*sexies*, comma 2°, c.c.) o della società tra avvocati (art. 26, comma 1°, d.lgs. n. 96 del 2001)⁽⁸¹⁾, si applicherà l'inderogabile regola legale — inespresa nel caso di specie, ma ricavabile dall'art. 813-*ter* c.p.c. — secondo la quale il professionista intellettuale designato dalla (e rappresentante della) società di arbitrato amministrato risponderà verso le parti in modo personale ed illimitato (e a titolo di responsabilità extracontrattuale, non essendo detto esecutore parte del contratto di arbitrato). Diversamente poi dall'ipotesi in cui l'istituzione arbitrale si limita a nominare gli arbitri, senza diventare parte essa stessa del contratto di arbitrato⁽⁸²⁾, nel caso di specie, per i danni cagionati personalmente dagli esecutori dell'attività di arbitrato indicati dalla società in parola risponderà direttamente e solidalmente anche quest'ultima ai sensi dell'art. 1218 c.c.

6.3. — Come ho anticipato all'inizio del presente scritto, a mio parere la forma societaria ottimale per esercitare l'attività di arbitrato amministrato è quella cooperativa, eventualmente con scopo consortile se i relativi soci siano imprenditori.

Quest'assunto dipende essenzialmente da due motivazioni.

una società cooperativa europea ai sensi dell'art. 46.1, comma 2°, regolamento (Ce) n. 1435 del 2003 [Regolamento relativo allo statuto della Società cooperativa europea (SCE)].

⁽⁷⁸⁾ Ai sensi dell'art. 24, commi 2°, 3° e 4°, d.lgs. n. 96 del 2001; sul rapporto tra questa disposizione e l'art. 2232 c.c. cfr. MONTAGNANI, *Il rapporto fra la società e i soci*, in *La società tra avvocati*, a cura di De Angelis, Milano, 2003, p. 192 s.

⁽⁷⁹⁾ Ai sensi dell'art. 28, comma 1°, lett. b), l. fall., la società tra professionisti deve, «all'atto dell'accettazione dell'incarico», designare «la persona fisica responsabile della procedura».

⁽⁸⁰⁾ Argomentando sulla base specialmente degli artt. 155, comma 3°, 156, comma 1° e 160, comma 1-*quater*, tuf.

⁽⁸¹⁾ Circa la suddetta società cfr. VISCUSI, *La società tra avvocati: il regime della responsabilità patrimoniale, professionale e disciplinare*, in *La società tra avvocati*, cit., p. 244 ss.

⁽⁸²⁾ Il che non significa, ovviamente, che nell'ipotesi tradizione di arbitrato amministrato l'istituzione arbitrale sia irresponsabile; sulla responsabilità di tale istituzione cfr., *ex multis*, MIRABELLI, *Contratti nell'arbitrato (con l'arbitro; con l'istituzione arbitrale)*, in *Rass. arb.*, 1990, pp. 22-24, e CAPONI, *L'arbitrato amministrato dalle Camere di commercio in Italia*, in *Riv. arb.*, 2000, p. 686 ss.

La prima consiste nella possibilità di escludere completamente lo scopo di lucro nell'esercizio dell'attività sociale e così concentrarsi soltanto sull'offerta di un servizio efficiente e a prezzi contenuti. Ciò però non significa che per svolgere un'attività intellettuale in modo indipendente si debba escludere il lucro, come stanno a dimostrare le società lucrative che esercitano l'avvocatura e la revisione contabile.

La seconda e più importante ragione consiste nel necessario carattere democratico di questo ente. Il che impedisce generalmente il predominio di alcuni soci sugli altri e, dunque, permette la massima terzietà dell'istituzione arbitrale, allorquando deve nominare gli esecutori dell'attività di arbitrato rituale in controversie tra soci della società di arbitrato; la forma cooperativa dell'istituzione arbitrale potrebbe perciò ridurre i casi di sostituzione di tale istituzione (e, conseguentemente, delle persone fisiche da essa designati) a causa dell'accoglimento di istanze di ricusazione ai sensi dell'art. 815 c.p.c.

La cooperativa di arbitrato, dunque, può diventare l'organizzazione di diritto privato più appropriata per gestire in modo efficiente un numero rilevante di arbitrati rituali⁽⁸³⁾.

Nel concepire una struttura societaria massimamente funzionale all'esercizio dell'attività di arbitrato, si dovrebbe innanzi tutto impedire in via statutaria alle cariche elettive dell'ente in parola di poter influenzare gli esecutori dell'attività sociale, al pari di quanto prescrive il legislatore comunitario (undicesimo considerando della direttiva n. 2006/43/Ce⁽⁸⁴⁾) ed italiano (art. 160, comma 1-*bis*, tuf) in materia di revisione legale.

⁽⁸³⁾ Se invece si optasse per l'esercizio dell'attività di arbitrato amministrato mediante un ente di diritto pubblico, la soluzione ottimale (o comunque quella meglio collaudata fino ad ora in Italia) corrisponderebbe all'azienda speciale ai sensi del comb. disp. degli artt. 32, n. 4, r.d. 20 settembre 1934, n. 2011 (Approvazione del testo unico delle leggi sui consigli provinciali dell'economia corporativa e sugli uffici provinciali dell'economia corporativa) e 2, comma 2^o, ultimo periodo, l. 29 dicembre 1993, n. 580 (Riordinamento delle camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura), il quale recita che le camere di commercio « possono inoltre costituire aziende speciali operanti secondo le norme del diritto privato ». Il che è avvenuto per le Camere di commercio di Milano e di Roma.

⁽⁸⁴⁾ Laddove si consente ad enti senza scopo di lucro di effettuare la revisione legale dei conti delle cooperative ad essi aderenti, a patto che « un terzo obiettivo, ragionevole e informato non giungerebbe alla conclusione che il rapporto di partecipazione compromette l'indipendenza dei revisori legali »; il legislatore comunitario precisa poi che non è compromessa l'indipendenza dei revisori legali, « a condizione che, quando l'ente

Questo non significa che sia necessariamente precluso all'organo gestorio della cooperativa di arbitrato di nominare gli esecutori dell'attività di arbitrato, poiché nessuna parte in conflitto, essendovi il voto capitaro, è in grado da sola di eleggere almeno la maggioranza degli amministratori; chi designa tali esecutori potrebbe pertanto essere considerato equidistante dalle parti in lite. In aggiunta segnalo che il procedimento decisionale dell'organo gestorio, quando ha per oggetto la nomina degli esecutori dell'attività di arbitrato, deve rispettare l'art. 2391 c.c.

Ciononostante, per un'ottimale *governance* societaria, si potrebbe prevedere un apposito organo statutario, esercente le stesse funzioni che usualmente svolge il consiglio arbitrale nelle attuali istituzioni arbitrali. In tal modo si scinderebbero le questioni attinenti alla gestione dell'attività economica, di spettanza del consiglio di amministrazione, dalla (sola) scelta e monitoraggio degli esecutori dell'attività arbitrale, di spettanza del consiglio arbitrale. In via alternativa si potrebbe prevedere che vi sia un apposito organo sociale, costituito dagli arbitri agenti in nome della società, competente per bocca del suo presidente ad individuare chi deciderà una data controversia.

Naturalmente, gli esecutori dell'attività di arbitrato in nome della società di arbitrato non devono per forza essere lavoratori dipendenti di quest'ultima⁽⁸⁵⁾, potendo essere anche soci (avremmo così una cooperativa di lavoro tra arbitri) o prestatori di lavoro autonomo⁽⁸⁶⁾.

di revisione effettua la revisione legale di uno dei suoi soci, venga applicato il principio d'indipendenza ai revisori che effettuano la revisione e alle persone che potrebbero essere in grado di influenzare la revisione legale dei conti ».

⁽⁸⁵⁾ Ovviamente, quando l'esecutore dell'incarico di arbitrato sia un dipendente della società di arbitrato, potendo costui subire pressioni e ricatti dai propri superiori, bisognerà con più rigore valutare la terzietà della società di arbitrato rispetto alle parti del processo arbitrale. Inoltre, a tutela dell'indipendenza concreta dell'esecutore dell'incarico, si potrebbe prevedere nel suo contratto di lavoro un'apposita clausola, mediante la quale il lavoratore dipendente, nell'esercizio dell'attività decisoria di controversie arbitrabili, non sia assoggettato al potere organizzativo, gerarchico e disciplinare del datore di lavoro. Tale previsione, ovviamente, lascerebbe comunque salvo il potere di intervento della società di arbitrato sul proprio dipendente, quando costui violasse il regolamento arbitrale.

⁽⁸⁶⁾ Diversamente accade nelle società di avvocati (alle quali l'art. 24, comma 1°, d.lgs. n. 96 del 2001 impone che gli esecutori del mandato professionale assunto da tale società siano soltanto i soci della stessa) e nelle società di revisione iscritte nell'albo speciale delle società di revisione (alle quali l'art. 156, comma 1°, tuf impone che la relazione

Sempre al fine di garantire in massimo grado l'indipendenza degli esecutori dell'incarico di arbitrato rituale, gli organi della società di arbitrato dovrebbero prefissare i criteri sia per determinare i compensi da corrispondere a questi esecutori⁽⁸⁷⁾, sia per assegnare i lavori agli appartenenti all'organizzazione⁽⁸⁸⁾, di modo da non privilegiare il professionista che nel decidere le controversie arbitrabili si sia dimostrato (o possa diventare) ossequente alle direttive degli organi sociali o ai desiderata di una delle parti in lite. Questo rischio potrebbe essere ridotto, allorquando tali esecutori siano soci lavoratori della cooperativa di arbitrato, poiché, in tal caso, gli amministratori (o comunque l'organo competente ad assegnare le cause) devono osservare l'art. 2516 c.c., ossia la parità di trattamento tra i soci nella costituzione e nell'esecuzione dello scambio mutualistico (avente ad oggetto l'attività lavorativa di decidere controversie arbitrabili).

Ancora a titolo esemplificativo, evidenzio come la terzietà e l'imparzialità della società di arbitrato possa essere rafforzata prevedendo un suo oggetto sociale esclusivo⁽⁸⁹⁾ e una serie di incompa-

di revisione, ossia l'atto conclusivo dell'attività professionale assunta dalla società di revisione, sia sottoscritta solamente da un socio o un amministratore di questa società).

A me pare che una diversa regola possa valere per la società di arbitrato amministrato (e pertanto questa società possa indicare come esecutori dell'attività di arbitrato rituale persone estranee alla sua organizzazione societaria od imprenditoriale), in quanto — come già osservato — l'attività di arbitrato rituale (diversamente da quella di rappresentanza, assistenza e difesa in giudizio per l'avvocato e da quella di controllo legale dei conti per l'esperto contabile) non è riservata a persone con determinate qualifiche, essendo esercitabile da chiunque abbia una piena capacità legale d'agire (art. 812 c.p.c.).

⁽⁸⁷⁾ Sulle norme a tutela (anche) dell'indipendenza delle società di revisione relative al loro compenso e dei loro dipendenti cfr. gli artt. 159, comma 7°, lett. a), e 160, comma 1-*septies*, tuf.

⁽⁸⁸⁾ Si pensi così, ad esempio, alla regola di non assegnare la controversia allo stesso arbitro che ha già deciso un'altra controversia riguardante una parte presente in entrambe le controversie. Sull'obbligatoria rotazione del revisore contabile cfr. l'art. 160, comma 1-*quater*, tuf.

⁽⁸⁹⁾ Limitato cioè all'attività di arbitrato amministrato, con l'eventuale esercizio di attività di studio e promozione dell'attività di arbitrato amministrato.

Sul fatto che l'imposizione alle società di revisione di un oggetto sociale esclusivo [ai sensi dell'art. 6, comma 1°, lett. a), d.lgs. 27 gennaio 1992, n. 88 (Attuazione della direttiva 84/253/Cee, relativa all'abilitazione delle persone incaricate del controllo di legge dei documenti contabili)] contribuisca a salvaguardare l'indipendenza e la professionalità di tali società cfr. CUSA, *I requisiti delle società abilitate alla revisione legale*, Trento, 1997, p. 177 ss. Da ultimo, per una preclusione (non assoluta, ma) relativa a svolgere determinate attività, la quale è stata anch'essa concepita per garantire

tibilità (relative⁽⁹⁰⁾) riguardanti sia la stessa società di arbitrato, sia i componenti dei suoi organi sociali, sia gli esecutori degli incarichi di arbitrato rituale da essa designati⁽⁹¹⁾. Si potrebbero prevedere anche limitazioni (con correlate sanzioni civili in caso di loro violazione) alla possibilità che i membri del tribunale arbitrale e i loro designatori instaurino rapporti negoziali con le parti del processo arbitrale dopo che questo si sia concluso⁽⁹²⁾. Sarebbe poi certamente consigliabile, mediante un'apposita disciplina nel regolamento arbitrale, che si imponga sia alla società di arbitrato (potendo anch'essa essere ricusata⁽⁹³⁾) sia alle persone designate provvisoriamente da tale società come componenti del tribunale arbitrale di rilasciare la cosiddetta dichiarazione di indipendenza, da trasmettersi alla società di arbitrato (se proveniente dalle persone designate) e alle parti prima che, decorso un certo termine, diventi definitiva; questa dichiarazione dovrebbe inoltre essere ripetuta nel corso del procedimento arbitrale, ogniqualvolta sopraggiungesse fatti o circostanze tali da poter pregiudicare la terzietà e l'imparzialità della società di arbitrato e delle persone da essa designate.

Tutto ciò contribuirebbe certamente a tutelare la reputazione d'imparzialità (la cosiddetta *independence in appearance*)⁽⁹⁴⁾ di cui deve godere sia la società di arbitrato ed i suoi organi, sia gli esecutori della corrispondente attività professionale.

l'indipendenza di chi è iscritto nell'albo speciale delle società di revisione, cfr. l'art. 160, comma 1-ter, tuf.

⁽⁹⁰⁾ Riguardanti cioè lo specifico rapporto tra le parti del processo arbitrale, da un lato, e la società di arbitrato amministrato e i rappresentanti di quest'ultima nell'esecuzione dell'incarico professionale, dall'altro. In effetti, come il rapporto di revisione contabile potrebbe essere minato da conflitti di interesse tra il controllore e il controllato, così il rapporto di arbitrato potrebbe essere minato da analoghi conflitti tra il tribunale arbitrale e le parti del processo arbitrale; su questi possibili conflitti cfr., da ultimo, per la dottrina, CARRARA, *Il conflitto di interessi degli arbitri*, in *Foro pad.*, 2005, II, p. 40 ss. e, per la deontologia arbitrale a livello internazionale, *Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration*, approvato il 22 maggio 2004 dal *Council dell'International Bar Association*.

⁽⁹¹⁾ In senso analogo, circa la disciplina delle società abilitate al controllo legale dei conti, cfr. gli artt. 2409-*quinquies*, comma 3°, c.c. e 160 tuf.

⁽⁹²⁾ *Mutatis mutandis*, una regola simile è presente per le società di revisione ai sensi dell'art. 160, comma 1-*quinquies*, tuf.

⁽⁹³⁾ Come ho sostenuto, più in generale, nel n. 6.1.

⁽⁹⁴⁾ Circa la necessità di tutelare anche l'apparenza di imparzialità ed indipendenza dell'arbitro cfr. Trib. Benevento, 10 giugno 2004, in *Corr. giur.*, 2005, p. 552 con nota di GLENDI, *La ricazione degli arbitri rituali anche per «gravi ragioni di convenienza»*.

7. — Non v'è dubbio che la società di arbitrato amministrato, in qualsiasi forma costituita, eserciti un'attività che è qualificabile prima di tutto come economica e poi come imprenditoriale.

Economica, essendo questo carattere imposto dall'art. 2247 c.c. ⁽⁹⁵⁾ e corrispondendo ad un'organizzazione dell'attività sociale astrattamente compatibile almeno con l'obiettivo del pareggio del bilancio ⁽⁹⁶⁾; il che è consentito dall'art. 814, comma 1^o, c.p.c., laddove disciplina con norma dispositiva la normale onerosità dell'attività di arbitrato rituale.

Imprenditoriale, in quanto l'attività sociale equivarrà ad un servizio composto sì di attività esclusivamente intellettuali non esclusive (a conclusione delle quali v'è normalmente un lodo), ma anche di attività certamente commerciali. Per le costituende società di arbitrato, quindi, potrebbe valere quanto a suo tempo è stato argomentato per le società di progettazione (o di *engineering*) ⁽⁹⁷⁾, le quali esercitano un'impresa commerciale, essendo le prestazioni intellettuali da loro offerte solo un elemento di un più complesso servizio, appunto commerciale.

Esaminando ora la sola attività di arbitrato rituale, le parti del procedimento arbitrale, nella convenzione d'arbitrato o nel contratto di arbitrato, conferiranno l'incarico di decidere controversie alla società di arbitrato, la quale si avvarrà a sua volta di determinate persone fisiche per l'esecuzione dell'anzidetto incarico. Queste ultime, poi, a conclusione della loro attività, redigeranno normalmente un lodo, da loro sottoscritto, ma pronunciato in nome della società di arbitrato.

Poiché l'incarico sarà assunto dalla società di arbitrato, le spese e gli onorari degli arbitri spetteranno alla società ⁽⁹⁸⁾, la quale poi

⁽⁹⁵⁾ Applicabile anche alle cooperative, salvo la sua ultima frase, come è stato sostenuto da CUSA, *Il socio finanziatore nelle cooperative*, Milano, 2006, pp. 53, 114 e 368.

⁽⁹⁶⁾ Osservazioni analoghe sono state espresse da DE ANGELIS, *La società tra avvocati: uno sguardo d'insieme*, in *La società tra avvocati*, cit., p. 51 s., relativamente alle società tra avvocati.

⁽⁹⁷⁾ Sulle quali rinvio a LEOZAPPA, *Società e professioni intellettuali. Le società professionali tra codice civile e leggi speciali*, Milano, 2004, p. 84 ss., per un esame in chiave giuscommercialistica.

⁽⁹⁸⁾ Conseguentemente, gli onorari degli arbitri costituirebbero dei crediti della società, al pari di quanto espressamente prevede l'art. 25, comma 1^o, d.lgs. n. 96 del 2001 per i compensi derivanti dall'attività professionale svolta in nome della società tra avvocati.

deciderà se, quando e quanto pagare i propri rappresentanti per l'attività decisoria da loro svolta.

Il corrispettivo pagato dalle parti del processo arbitrale, dunque, concorrerà a formare la base imponibile della società di arbitrato e dovrebbe pertanto essere qualificato fiscalmente come reddito d'impresa⁽⁹⁹⁾.

8. — La società di arbitrato, per conseguire il suo oggetto sociale, deve poter esercitare un certo numero di arbitrati. Questa società, dunque, al fine di garantirsi la sostenibilità economica, dovrebbe avere come soci dei soggetti interessati ad avvalersi direttamente o indirettamente (ossia mediante loro aderenti⁽¹⁰⁰⁾) dell'attività sociale.

A mio parere le massime sinergie si possono raggiungere prevedendo una società di arbitrato amministrato — avente come oggetto sociale, ad esempio, l'amministrazione e la decisione di controversie su questioni di diritto societario⁽¹⁰¹⁾ od industriale⁽¹⁰²⁾ — costituita da società o da enti rappresentativi di società, i quali impongano o suggeriscano ai loro aderenti di includere nei loro atti costitutivi una clausola compromissoria designante come arbitro detta società di arbitrato⁽¹⁰³⁾. In tal caso, sarebbero di spettanza della società di arbitrato tutte le controversie, nelle suddette materie, insorte tra i

⁽⁹⁹⁾ Al pari di quanto recentemente ha stabilito l'Agenzia delle entrate con la risoluzione 4 maggio 2006, n. 56/E per le società di *engineering* con personalità giuridica. Sempre secondo l'amministrazione finanziaria (con risoluzione 28 maggio 2005, n. 118/E), il reddito delle società di avvocati (necessariamente senza personalità giuridica) sarebbe da qualificarsi invece come da lavoro autonomo (sul punto cfr. DE ANGELIS, *La società tra avvocati: uno sguardo d'insieme*, cit., p. 81 ss.).

⁽¹⁰⁰⁾ Circa l'adesione del socio alla società o dell'associato all'associazione, quando questi enti prevedano nei loro statuti una clausola compromissoria, cfr., *ex multis*, CECHELLA, *Il contratto di arbitrato*, in *L'arbitrato*, cit., p. 54.

⁽¹⁰¹⁾ Sull'oggetto della clausola compromissoria in materia societaria cfr., da ultimo, OCCHIPINTI, *L'oggetto della clausola compromissoria e la nomina dell'organo giudicante nell'arbitrato societario*, in *Riv. arb.*, 2005, p. 595 ss.

⁽¹⁰²⁾ Si legga il contributo di PATRONI GRIFFI, *Arbitrabilità e privative ulteriori non titolate*, in *Aida 2006*, Milano, 2007, p. 75 ss., per alcuni esempi di controversie societarie su materie di diritto industriale.

⁽¹⁰³⁾ Sul fatto che l'art. 1341 c.c. non si applicherebbe ai contratti con comunione di scopo e pertanto la clausola compromissoria contenuta in uno statuto di una società o di un'associazione non necessiterebbe di una specifica approvazione per iscritto cfr., tra gli altri, FESTI, *La clausola compromissoria*, in *I contratti di composizione delle liti*, cit., pp. 1017-1019. In materia, relativamente allo statuto societario, ricordo altresì l'art. 34, comma 3°, d.lgs. n. 5 del 2006.

soci della società di arbitrato, tra una società aderente (direttamente o indirettamente alla società di arbitrato) e i suoi soci, tra amministratori, sindaci e liquidatori di una società aderente e quest'ultima e tra queste cariche sociali e i rispettivi soci.

Affinché ciò accada è però necessario che la società di arbitrato rispetti gli artt. 832, comma 4^o, c.p.c. e, per le controversie in materia societaria, 34, comma 2^o, d.lgs. n. 5 del 2003. Queste due disposizioni, infatti, hanno il comune e principale scopo di salvaguardare il principio di uguaglianza delle parti nella formazione del tribunale arbitrale⁽¹⁰⁴⁾. L'applicazione di queste disposizioni, tuttavia, necessita di un adattamento al caso di specie, poiché la società di arbitrato, diversamente dall'istituzione arbitrale presupposta in dette disposizioni, è contemporaneamente arbitro e designatore della persona fisica chiamata a decidere la controversia arbitrabile.

L'art. 832, comma 4^o, c.p.c., se è l'emersione del predetto principio, si applicherà analogicamente all'arbitro coincidente colla società di arbitrato; con la conseguenza che questa società non potrà essere nominata arbitro in controversie che contrappongano a terzi gli aderenti (anche in modo indiretto) alla società di arbitrato o le persone appartenenti alla categoria professionale dei predetti aderenti.

L'art. 34, comma 2^o, d.lgs. n. 5 del 2003, avendo il duplice obiettivo sia di ovviare a possibili stalli decisionali nella fase di avvio degli arbitrati multiparti sia di garantire la nomina di un tribunale arbitrale estraneo agli interessi coinvolti nella controversia⁽¹⁰⁵⁾, non pare precludere in via assoluta la nomina della società di arbitrato nella clausola compromissoria statutaria. In effetti, questa disposizione, se in ultima analisi impone la terzietà del designatore⁽¹⁰⁶⁾, impedisce la nomina dell'arbitro-designatore corrispondente alla società in parola, solo quando quest'ultima non sia qualificabile come un « soggetto estraneo alla società », ossia un soggetto non equidistante dalle parti della convenzione d'arbitrato⁽¹⁰⁷⁾; sicché la società di arbitrato, al pari di qualsiasi altro designatore evocato nell'art. 34, comma 2^o, d.lgs. n. 5 del

⁽¹⁰⁴⁾ Analogamente ZUCCONI GALLI FONSECA, in *Comm. breve*, cit., p. 2512.

⁽¹⁰⁵⁾ Dello stesso avviso è LUISO, in *Il nuovo processo societario*, cit., pp. 574-576.

⁽¹⁰⁶⁾ Così, esattamente, Trib. Milano, 7 luglio 2005, in *Società*, 2006, p. 1155. Sul punto, per la dottrina, cfr., da ultimo, ZUCCONI GALLI FONSECA, *op. loc. ultt. citt.*

⁽¹⁰⁷⁾ Se la società di arbitrato nominata non godesse dell'estraneità sopra eviden-

2003⁽¹⁰⁸⁾, potrebbe godere di detta estraneità, nonostante sia nominata solamente da una delle predette parti (ossia dalla società nominante).

In tutti i casi in cui più imprenditori (magari attraverso le loro associazioni di rappresentanza) si accorderanno per costituire insieme un'organizzazione di diritto privato esercente l'attività di arbitrato amministrato e perciò capace di pronunciare — in modo celere, efficiente e, *last but not least*, a prezzi calmierati⁽¹⁰⁹⁾ — decisioni aventi «gli effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria» (art. 824-*bis* c.p.c.), si avrà un'istituzione arbitrale incaricata di gestire e di decidere arbitrati amministrati di gruppo⁽¹¹⁰⁾, ossia un ente in grado di offrire «una particolare forma di giustizia di gruppo»⁽¹¹¹⁾.

In conclusione, dunque, in forza di una serie ordinata di atti di autonomia privata⁽¹¹²⁾, gli imprenditori potrebbero da soli raggiungere un obiettivo simile a quello che si era prefisso l'aspirante legislatore fino ad un mese prima dell'approvazione in un ramo del Parlamento di ciò che sarebbe diventata la l. 3 ottobre 2001, n. 366 (Delega al Governo per la riforma del diritto societario): l'istituzione, presso alcuni tribunali, relativamente ai «procedimenti in materia di diritto societario» [art. 11, comma 1^o, lett. b), n. 1, A.C. n. 1137], di «sezioni specializzate nella trattazione dei proce-

ziata, la relativa clausola statutaria potrebbe essere dichiarata nulla e, una volta iniziato il procedimento arbitrale, la stessa società potrebbe essere riusata.

⁽¹⁰⁸⁾ In Trib. Milano, 7 luglio 2005, cit., è stato ritenuto «estraneo» ai sensi dell'art. 34, comma 2^o, d.lgs. n. 5 del 2003 il designatore corrispondente al presidente del sindacato di categoria a cui era iscritta la società, nello statuto della quale v'era la clausola compromissoria oggetto del contendere.

⁽¹⁰⁹⁾ Per l'opinione secondo la quale le istituzioni arbitrali sarebbero in grado di calmierare i costi dell'arbitrato cfr., tra gli altri, CARPI e ZUCCONI GALLI FONSECA, in *Arbitrato*, cit., p. 71.

⁽¹¹⁰⁾ Nelle ipotesi prospettate nel testo, quindi, l'arbitrato di gruppo sarebbe non già una categoria a sé stante di arbitrato (di questa opinione, tra gli altri, CAPONI, *L'arbitrato amministrato*, cit., p. 669, testo e nota 21), ma una *species* di arbitrato amministrato.

⁽¹¹¹⁾ Espressione usata da E.F. RICCI, *Il nuovo arbitrato societario*, in questa rivista, 2003, p. 522 s., relativamente alla disciplina speciale dell'arbitrato societario.

⁽¹¹²⁾ E.F. RICCI, *Note sull'arbitrato «amministrato»*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, p. 19 s., già prima della riforma del 2006, concludeva questo suo scritto, scrivendo che «l'arbitrato amministrato segna [...] il momento, nel quale la giustizia privata si dà un'apposita organizzazione sino a proporsi come qualcosa di istituzionale: e, se si riflette che tutto questo si fonda sul consenso delle parti, evidente è il suo significato come attuazione di un fondamentale principio di libertà».

dimenti che richiedono un elevato grado di conoscenza nei settori economico e finanziario» [art. 11, comma 1^o, lett. *a*) dello stesso d.d.l.]. Obiettivo, quello appena descritto, che, di lì a poco, fu effettivamente raggiunto in materia di proprietà industriale ed intellettuale in forza del d.lgs. 27 giugno 2003, n. 168 (Istituzione di sezioni specializzate in materia di proprietà industriale ed intellettuale presso tribunali e corti d'appello).