

Arbitrato societario

Clausole compromissorie statutarie e questioni di diritto transitorio

TRIBUNALE DI UDINE 4 novembre 2004 (ord.)
Pres. Cola - Est. Venier - Pittau s.n.c. di M.P. & C.

Procedimenti in materia economica - Arbitrato societario - Ambito di applicazione - Applicabilità alle società di capitali - Inapplicabilità alle società di persone

(Artt. 223 bis e duodecies, disp. att. codice civile; art. 41, D.Lgs. n. 5/2003)

- I. Le norme richiamate dal comma 2 dell'art. 41 D.Lgs. n. 5/2003 (oltre all'art. 223 bis, anche l'art. 223 duodecies disp. att. c.c.) possono trovare applicazione solamente con riguardo alle società di capitali ed alle società cooperative, ma non anche alle società di persone, del tutto estranee alla disciplina del D.Lgs. n. 6/2003.

Procedimenti in materia economica - Arbitrato societario - Adeguamento statuti sociali delle società di persone - Mancata previsione disciplina transitoria - Previsione vacatio legis

(D.Lgs. n. 5/2003)

- II. La mancata previsione di una disciplina transitoria che consenta l'adeguamento degli statuti sociali delle società di persone alle modifiche normative che interessano anche questo tipo di società (nuova disciplina dell'arbitrato societario) non è frutto di un difettoso coordinamento: il legislatore ben può avere tenuto conto della maggiore «agilità» decisionale che caratterizza le società di persone, solitamente a base ristretta, e può quindi avere ritenuto sufficiente per adeguare gli statuti alle nuove norme la lunga *vacatio legis* sin dall'inizio prevista per il D.Lgs. n. 5/2003 (che è entrato in vigore il 1 gennaio 2004).

Procedimenti in materia economica - Arbitrato societario - Arbitri - Nomina - Clausola compromissoria statutaria - Nullità - Esclusione

(Artt. 223 bis e duodecies, disp. att. codice civile; artt. 34, 41, D.Lgs. n. 5/2003)

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

Il Tribunale (omissis).

S.I., con ricorso proposto ai sensi del secondo comma dell'art. 2287 c.c., ha chiesto la sospensione dell'esecuzione della decisione di data 7 maggio 2004 con la quale è stato escluso dalla società in nome collettivo «Pittau di M. P. & C.»; la società si

è opposta all'accoglimento del ricorso esclusivamente sull'assunto della non impugnabilità della decisione presa a maggioranza dagli altri soci e ciò in quanto era ormai decorso il termine di trenta giorni previsto dallo stesso art. 2287 c.c. per proporre opposizione avanti al tribunale e la procedura arbitrale nel frattempo avviata dal socio receduto doveva ritenersi *tamquam non esset* a

ragione della sopravvenuta nullità della clausola compromissoria contenuta nell'atto costitutivo della «Pittau s.n.c.», conseguente all'entrata in vigore del D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5.

In linea di fatto è accaduto che, prima ancora di depositare il ricorso cautelare, il S., con comunicazione datata 3 giugno 2004, aveva promosso l'arbitrato previsto dall'art. 13 dell'atto costitutivo, nominando il proprio arbitro ed invitando la società a fare altrettanto; a tale invito la società aveva dato corso con l'atto di data 14 giugno 2004, sottoscritto per accettazione dall'arbitro nominato dalla società (nella persona del suo odierno procuratore *ad litem*). Inopinatamente, nutrendo evidentemente dei dubbi sulla validità della clausola, con successiva comunicazione di data 23 giugno 2004 il S. informava le controparti che, «fermo ed impregiudicato il procedimento arbitrale già promosso e l'oggetto della controversia devoluta al collegio arbitrale, (...) dovendosi ritenere prive di effetto ai sensi dell'art. 34 D.Lgs. n. 5/2003 le nomine degli arbitri (...) effettuate dalle parti», avrebbe provveduto a richiedere al Presidente della camera di commercio di Udine (al quale la clausola compromissoria contenuta nell'atto costitutivo riservava la nomina del terzo arbitro nel caso di disaccordo dei primi due) la nomina di tutti e tre gli arbitri che avrebbero dovuto comporre il collegio competente a decidere il merito della controversia. Pertanto, secondo il ricorrente, essendo stato validamente instaurato il giudizio arbitrale (salva la necessità di ottenere la nomina degli arbitri da un soggetto estraneo alla società, individuato prima, come si è detto, nel Presidente della camera di commercio in base alla applicazione analogica della previsione statutaria, poi, a seguito del diniego di questi, nel presidente del tribunale - come risulta dal documento prodotto nell'odierna camera di consiglio), o essendo comunque ancora possibile instaurarlo, non essendo previsti per tale giudizio (a differenza che per quello ordinario) termini decadenziali, la azione cautelare sarebbe validamente proposta.

La società resistente ribatte, in linea di diritto, affermando che la nullità sopravvenuta della clausola compromissoria avrebbe lasciato aperta al ricorrente la sola possibilità di impugnare avanti al giudice ordinario la decisione di esclusione dalla società, ma ciò avrebbe dovuto essere fatto entro il termine, ormai irrimediabilmente decorso, di trenta giorni dalla comunicazione dell'esclusione. La «Pittau s.n.c.» ha contestato il *fumus* del diritto del ricorrente esclusivamente sotto questo profilo, astenendosi deliberatamente dal discutere nel merito le ragioni dell'esclusione ed, invero, se l'assunto della sopravvenuta nullità della clausola compromissoria fosse fondato, la impossibilità per il S. di vedere invalidata la decisione assunta nei suoi confronti dagli altri soci escluderebbe in radice la rilevanza di ogni altra considerazione sul *fumus* di fondatezza della sua impugnazione. Per contro, la scelta processuale della società resistente la espone ad un sicuro accoglimento del ricorso del S.

(e, in questa sede, alla sicura reiezione del suo reclamo), qualora si ritenga che l'arbitrato sia stato validamente instaurato o sia ancora esperibile, ovvero qualora la pretesa nullità della clausola compromissoria possa venire in qualche modo superata.

In quest'ultimo senso si è orientato il giudice monocratico, che nel provvedimento reclamato ha affermato che la questione della validità della clausola compromissoria avrebbe dovuto essere affrontata dal collegio arbitrale nell'ambito della preliminare verifica dei poteri degli arbitri e, in seconda battuta, dai giudici avanti ai quali la decisione arbitrale avrebbe potuto esser impugnata, dovendo il giudice della cautela limitarsi a «prendere atto dell'avvenuta materiale instaurazione del procedimento arbitrale (con l'attiva collaborazione di entrambe le parti) e dell'oggettiva incertezza della situazione di diritto».

Il collegio non è di questa opinione.

Effettivamente la valutazione del *fumus* del diritto del ricorrente si riduce, per effetto della scelta processuale operata dalla società resistente, alla verifica della possibilità per il S. di ottenere che sulla validità della delibera di esclusione si pronunci un collegio arbitrale, ma, poiché tale verifica dipende esclusivamente dalla interpretazione delle norme vigenti, essa deve essere compiuta *funditus* anche nel presente procedimento: i provvedimenti di natura cautelare, quale è anche quello di sospensione dell'esecuzione della delibera di esclusione del socio di società di persone, si fondano su una cognizione sommaria del fatto, ma neppure in quest'ambito è consentito al giudice di interpretare in maniera solamente «sommara» la legge.

È noto che il D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, nell'ambito delle forme alternative di risoluzione delle controversie societarie, ha dettato una disciplina specifica dell'arbitrato, stabilendo, tra l'altro, che la clausola compromissoria «deve prevedere il numero e le modalità di nomina degli arbitri, conferendo, in ogni caso, a pena di nullità, il potere di nomina di tutti gli arbitri a soggetto estraneo alla società». La norma viene prevalentemente interpretata nel senso che la mancata previsione del numero e delle modalità di nomina degli arbitri non è causa di nullità della clausola, in quanto in tal caso sarebbe possibile fare ricorso in via suppletiva al generale disposto dell'art. 809, comma 3, c.p.c., nulla ostando alla sua applicazione anche in ambito societario. La sanzione di nullità sarebbe dunque limitata ai casi in cui la nomina degli arbitri viene attribuita ad un soggetto non «estraneo alla società»; qualunque sia il significato da attribuire alla espressione, è certo che la clausola compromissoria contenuta nell'atto costitutivo della «Pittau s.n.c.» non rispetta la previsione di legge, attribuendo il potere di nominare due dei componenti del collegio arbitrale ai soggetti tra i quali è insorta controversia i quali, per definizione, non possono essere «estranei alla società» visto che la clausola riguarda proprio le liti concernenti i rapporti tra i soci, o quelli tra essi e la società

e, nel caso di specie, gli arbitri dovrebbero essere nominati (ed inizialmente lo sono stati) uno dal socio escluso e l'altro dalla stessa società.

Le questioni relative alla interpretazione della norma del secondo comma dell'art. 34 D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 si intrecciano con quelle di diritto transitorio, ovvero quelle relative alla validità delle clausole contenute negli atti costitutivi ovvero negli statuti sociali già in essere alla data di entrata in vigore della norma che ha introdotto la causa di nullità.

Per vero, anche quest'ultima data non è di immediata individuazione, atteso che, se ai sensi del suo art. 43, il D.Lgs. n. 5/2003 è entrato in vigore il 1 gennaio 2004, il secondo comma dell'art. 41 sembra estendere alle clausole compromissorie suscettibili di adeguamento alle nuove disposizioni il regime transitorio dettato dall'art. 223 bis disp. att. c.c., introdotto dall'art. 9, comma 2, lett. b), D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 6 e successivamente modificato dall'art. 5 D.Lgs. 6 febbraio 2004, n. 37 (la questione potrebbe assumere rilevanza nel caso di specie in quanto le parti hanno dato corso ad un arbitrato in conformità alla clausola statutaria in data anteriore al 30 settembre 2004, termine stabilito dall'art. 223 bis disp. trans. c.c. per l'adeguamento degli statuti sociali).

In realtà, il rinvio contenuto nell'art. 41 D.Lgs. n. 5/2003 all'art. 223 bis disp. trans. c.c. è riferito solamente alle modalità di adeguamento degli statuti sociali alle nuove disposizioni e non anche alla ultrattività delle vecchie previsioni statutarie fino al 30 settembre 2004 (e ciò in quanto il quarto comma di questo articolo conserva l'efficacia delle disposizioni previgenti «non conformi alle previsioni inderogabili del presente decreto», per tale dovendo intendersi il D.Lgs. n. 6/2003, che contiene appunto la nuova disposizione transitoria); ad ogni modo, poco importa, in relazione al caso di specie, se il differimento temporale della invalidità delle disposizioni statutarie difformi dalle nuove norme inderogabili sia estensibile analogicamente anche alle clausole compromissorie suscettibili di adeguamento, visto che le norme richiamate dal secondo comma dell'art. 41 D.Lgs. n. 5/2003 (oltre all'art. 223 bis, anche l'art. 223 duodecies disp. trans. c.c.) possono trovare applicazione solamente con riguardo alle società di capitali ed alle società cooperative, ma non anche alle società di persone, del tutto estranee alla disciplina del D.Lgs. n. 6/2003.

Mentre infatti la nuova disciplina processuale societaria (comprensiva delle norme sull'arbitrato) si applica a tutte le società, comprese quelle di persone, la nuova disciplina sostanziale riguarda solamente le società di capitali e le società cooperative; non necessariamente la mancata previsione di una disciplina transitoria che consenta l'adeguamento degli statuti sociali delle società di persone alle modifiche normative che interessano anche questo tipo di società (in sostanza alla nuova disciplina dell'arbitrato societario) è frutto di un difettoso coordinamento: il legislatore ben può avere tenuto conto della

maggiore «agilità» decisionale che caratterizza le società di persone, solitamente a base ristretta, e può quindi avere ritenuto sufficiente per adeguare gli statuti alle nuove norme la lunga *vacatio legis* sin dall'inizio prevista per il decreto del 17 gennaio 2003 (che, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale del 22 gennaio 2003, è entrato in vigore, come si è detto, il 1 gennaio 2004); inoltre, quella di non derogare al principio di unanimità che vige nell'ambito delle società di persone ben può essere stata una scelta consapevole del legislatore.

Qualunque sia l'effetto della norma dell'art. 34 D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 sulla clausola compromissoria inserita nell'atto costitutivo della Pittau s.n.c., è dunque certo che esso si è prodotto sin dal 1 gennaio 2004.

Come si è detto, l'art. 34 D.Lgs. n. 5/2003 prevede che la clausola compromissoria deve conferire il potere di nomina degli arbitri ad un soggetto estraneo alla società «a pena di nullità»; i primi interpreti si sono divisi tra chi ritiene che la nullità sopravvenuta afferisca all'intera clausola e chi ritiene che essa sia limitata alla parte della clausola che attribuisce ad un soggetto «intraneo» alla società la nomina degli arbitri, con la conseguenza, in questo secondo caso, che la previsione invalida sarebbe sostituita di diritto, a norma del secondo comma dell'art. 1419 c.c., dal disposto dell'art. 809 c.p.c. che attribuisce il potere di nomina al Presidente del tribunale.

La tesi della nullità parziale non convince questo collegio.

Il tenore lessicale della prima parte del secondo comma dell'art. 34 D.Lgs. n. 5/2003 riferisce chiaramente alla intera clausola e non alla sola previsione *contra legem* la nullità conseguente alla violazione della prescrizione relativa al soggetto investito del potere di nomina degli arbitri; per altro verso, l'art. 1419, comma 2, c.c. parla di «nullità di singole clausole» e non di nullità di parti di clausole.

Ma l'art. 1419 c.c. non potrebbe trovare applicazione neppure qualora la clausola compromissoria si ritenesse solo parzialmente nulla: l'art. 809, comma 3, c.c. attribuisce al Presidente del tribunale il potere di nomina degli arbitri quando le parti non li abbiano nominati e non abbiano diversamente convenuto, sicché la funzione della norma è integrativa della volontà delle parti e non mai sostitutiva di essa (essendo libere le parti, al di fuori dell'ambito societario, di determinare a loro piacimento le modalità di nomina degli arbitri); la regola suppletiva dettata dall'ultima parte dell'art. 809 c.p.c., proprio perché destinata ad operare solo in assenza di una diversa volontà delle parti, non può essere qualificata come una norma «imperativa» ai sensi dell'art. 1419 c.c.

Né la statuizione nulla potrebbe essere integrata dalla previsione dell'ultima parte del secondo comma dello stesso art. 34 D.Lgs. n. 5/2003, che è sicuramente imperativa, non essendo suscettibile di deroga ad opera delle parti, ma che concerne (analogamente all'ultima parte

del terzo comma dell'art. 810 c.p.c.) la sola ipotesi che il soggetto estraneo alla società cui è stato attribuito il potere di nomina degli arbitri non provveda.

Se nullità vi deve essere, essa non può che inficiare la validità della intera clausola compromissoria.

Ciò ovviamente vale per le clausole di nuova formulazione, e cioè per quelle pattuite dopo l'entrata in vigore del D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, inserite sia negli statuti delle società di nuova costituzione, sia negli statuti di società preesistenti; può dubitarsi che ciò valga anche per le clausole precedenti al 1 gennaio 2004, rispetto alle quali la sanzione di nullità determinerebbe una invalidità sopravvenuta.

Pur essendo sicuramente consentito al legislatore di incidere retroattivamente sulla validità degli accordi contrattuali dei privati, pare contraddittorio che una legge che ha voluto favorire il ricorso all'arbitrato come strumento alternativo di risoluzione delle controversie societarie abbia determinato la nullità sopravvenuta di clausole compromissorie che erano pienamente valide al momento della loro deliberazione e che potrebbero tuttora trovare applicazione senza dar luogo a quegli inconvenienti cui le nuove disposizioni hanno inteso ovviare.

La previsione del conferimento del potere di nomina degli arbitri ad un soggetto estraneo alla società è stata determinata infatti dall'esigenza di evitare che il ricorso all'arbitrato sia impedito nel caso in cui le parti portatrici di interessi contrapposti siano più di due (con conseguente inapplicabilità delle normali clausole compromissorie binarie), ma non è espressione di un principio generale per cui gli arbitri debbono sempre essere nominati da soggetti diversi dai litiganti, tanto che nulla vieta che, a controversia insorta, le parti si accordino per devolverne la risoluzione ad uno o più arbitri da loro direttamente indicati (stipulino cioè un normale compromesso).

Nessun problema si porrebbe ove si ammettesse che la nuova disciplina dell'arbitrato societario non abbia eliminato del tutto la possibilità di un arbitrato «di diritto comune», soggetto cioè alle disposizioni degli artt. 806 ss. c.p.c.; in questo caso, il rispetto della norma dell'art. 34 D.Lgs. n. 5/2003 sarebbe un onere imposto a chi volesse fruire dei vantaggi offerti da questa tipologia arbitrale (quali la estensione dell'ambito delle controversie compromettibili, la attribuzione agli arbitri della competenza in materia cautelare o la efficacia del lodo nei confronti della intera compagine sociale), ma rimarrebbe possibile la pattuizione di una clausola arbitrale di tipo «tradizionale» (ovvero che attribuisse direttamente alle parti il potere di nomina degli arbitri) a chi non fosse interessato a conseguire tali vantaggi, ovviamente nei limiti di efficacia riconosciuti in precedenza a clausole di tal fatta. Tale opzione interpretativa è, a giudizio del collegio, preclusa dallo stesso dettato legislativo, sia perché la sanzione di «nullità» prevista per le clausole difformi è indice di un radicale contrasto tra il contenu-

to della volontà delle parti ed i principi destinati a regolare la materia del nuovo arbitrato societario, sia perché non vi è alcuna valida ragione per considerare in maniera diversa clausole compromissorie inserite negli atti costitutivi e negli statuti sociali (nei confronti delle quali troverebbe senz'altro applicazione l'art. 34 del decreto) e clausole compromissorie inserite in accordi diversi (quali quelle che le parti dovrebbero pattuire per poter ricorrere ad un arbitrato «di diritto comune»), né è facilmente ipotizzabile come tali accordi possano venire stipulati.

La questione si riduce quindi a quella della nullità delle clausole compromissorie contenute negli atti costitutivi e degli statuti societari adottati prima della entrata in vigore del D.Lgs. n. 5/2003 e che, in base alle norme in vigore all'epoca della loro adozione, erano perfettamente valide ed efficaci.

Secondo l'orientamento prevalente (ed anzi pressoché univoco) degli interpreti, che si dividono solamente nel ritenere la nullità estesa all'intera clausola o limitata alla parte relativa al conferimento del potere di nomina degli arbitri, le clausole in questione sarebbero incorse in una nullità sopravvenuta, conclusione che il collegio non ritiene condivisibile, sia sotto un profilo interpretativo, che sotto un profilo dogmatico.

La nullità sopravvenuta conseguirebbe alla retroattività della norma che la prevede, in deroga al principio dell'art. 11 delle disposizioni preliminari al codice civile, secondo cui la legge «non dispone che per l'avvenire»; una tale deroga è senz'altro possibile, ma, avendo carattere eccezionale, richiede una previsione espressa, che non è implicita nella opzione per la forma di invalidità più radicale.

La nullità rimane infatti un vizio genetico dell'accordo delle parti, dipendente dalla situazione di fatto e di diritto esistente nel momento della conclusione del contratto e non è comprensibile perché una sopravvenuta previsione di nullità dovrebbe travolgere degli accordi negoziali già perfezionatisi e che hanno validamente prodotto i loro effetti obbligatori (nel caso delle clausole compromissorie quello di obbligare le parti a sottomettere le controversie future al giudizio degli arbitri, sia pure condizionatamente al concreto insorgere di una controversia).

La retroattività di una previsione di nullità contrattuale potrebbe ricavarsi dalla sopravvenuta contrarietà del contenuto del contratto a principi e valori assunti come fondamentali dall'ordinamento, ma non è certo questo il caso dell'arbitrato societario «tradizionale», posto che le nuove norme, come si è detto, tendono a favorire tale forma alternativa di risoluzione delle controversie e la devoluzione ad un soggetto estraneo alla società del potere di nomina degli arbitri è finalizzata solamente ad evitare gli inconvenienti che derivavano dall'adozione delle vecchie clausole binarie.

Una nullità idonea a travolgere *ex tunc* il contenuto di un accordo contrattuale validamente concluso potrebbe

essere quella determinata dalla sopravvenuta illiceità dell'oggetto (come nel caso in cui le pattuizioni intervenute tra le parti siano in contrasto con una norma penale entrata in vigore successivamente), ma una tale illiceità non può ravvisarsi in tutti i casi di contrasto con una norma sopravvenuta, sia pure avente carattere inderogabile (non a caso l'art. 1418 c.c. prevede disgiuntamente, nei suoi due commi, la nullità per contrarietà a norme imperative e la nullità per illiceità dell'oggetto). Peraltro anche nel più limitato ambito della vera e propria illiceità sopravvenuta, il legislatore non è affatto favorevole alla applicazione retroattiva della invalidità, se è vero che la Corte costituzionale ha affermato che il nuovo testo dell'art. 1938 c.c., introdotto dalla L. 17 febbraio 1992, n. 154 non si applica alle fideiussioni *omnibus* prestate anteriormente alla entrata in vigore della citata legge e se è vero che lo stesso legislatore, con il D.L. 29 dicembre 2000, n. 394, convertito in L. 28 febbraio 2001, n. 24, di interpretazione autentica della L. n. 108/1996, ha chiarito che la nuova norma dell'art. 1815 c.c., che prevede la nullità delle clausole che prevedono la corresponsione di interessi usurari, opera solamente con riguardo alle clausole stipulate nel vigore della norma, senza che possa avere rilevanza nel fenomeno della c.d. usurarietà sopravvenuta.

La sanzione di nullità deve quindi ritenersi limitata alle clausole compromissorie deliberate dopo l'entrata in vigore della nuova normativa processuale societaria, rima-

nendo le clausole preesistenti valide ed efficaci, sia pure nei limiti di efficacia loro riconosciuta dalle norme previgenti.

Poiché nel caso di specie la clausola compromissoria di tipo binario inserita nell'atto costitutivo della «Pittau s.n.c.» ben si presta a trovare applicazione in relazione alla controversia insorta tra il socio escluso e la società, deve ritenersi che il procedimento arbitrale sia stato a suo tempo correttamente e validamente instaurato dal Sebastianis e che la decisione spetti agli arbitri nominati dalle parti ed al terzo che dovrà essere nominato dal Presidente del tribunale di Udine ai sensi dell'art. 810, comma 3, c.p.c. (essendosi il Presidente della camera di commercio di Udine rifiutato di nominarlo, come previsto dalla clausola arbitrale, avendone erroneamente ritenuta la nullità).

Poiché il Tribunale non ritiene di condividere l'assunto del reclamante circa la nullità della clausola compromissoria ed il socio può ancora ottenere un giudizio sulla legittimità della intervenuta esclusione, la assenza di deduzioni in ordine alle ragioni della decisione assunta dagli altri soci impedisce di valutarne la *fumus* di fondatezza e, di converso, avvalora il *fumus* di fondatezza delle ragioni del socio escluso, come già ha ritenuto il giudice monocratico, le cui decisioni, sia sulla domanda cautelare proposta dal S., sia su quella proposta dalla Pittau s.n.c., vanno di conseguenza confermate.

(omissis).

IL COMMENTO di Nicola Soldati

La riforma del diritto societario, attraverso la nuova disciplina del processo, ha inciso profondamente anche in tema di clausole compromissorie statutarie. Si analizza la pronuncia del Tribunale di Udine, che affronta la problematica relativa alla validità della clausola arbitrale che non preveda la nomina degli arbitri ad opera di un soggetto estraneo alla società, così come imposto dall'art. 34, comma 2, D.Lgs. n. 5/2003 e che fornisce interessanti spunti di riflessione.

La sentenza in commento costituisce, a quanto consta, una delle prime pronunce relativamente ad un questione destinata a divenire una delle più dibattute dei prossimi anni, a seguito dell'entrata in vigore del nuovo rito societario (1).

Il tema della clausola compromissoria, così come delineata dall'art. 34 D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, mentre, risulta ampiamente trattato in dottrina (2), non altrettanto può dirsi in giurisprudenza dove le decisioni sono ancora in numero esiguo, tanto da potersi sola-

Note:

(1) Trib. Trento 11 febbraio 2004, in *Giur. mer.*, 2004, 1699; Trib. Trento 8 aprile, 2004, in questa *Rivista*, n. 8, 2004, 996, con nota di L.M.C. Morellini, *Artt. 34 ss, D.Lgs. n. 5/2003: ambito di applicazione e nullità della clausola compromissoria*; Trib. Latina 22 giugno 2004, in questa *Rivista*, n. 1, 2005, 93, con nota di V. Salafia, *Il nuovo arbitrato societario e altre questioni*; Trib. Bari 24 gennaio 2005, inedita.

(2) Soldati, *Le clausole compromissorie nelle società commerciali*, Milano, 2005; G. Gabrielli, *Clausola compromissoria e statuti sociali*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, 85; R. Sali, *Arbitrato e riforma societaria: la nuova clausola arbitrale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, 114; G. De Nova, *Controversie societarie: arbitrato societario o arbitrato di diritto comune?*, in *Contratti*, 2004, 847; Arieta, De Santis, *Diritto processuale societario*, Padova, 2004, 593; E. Zucconi Galli Fonseca, *Commento sub art. 34*, in Carpi (a cura di), *Arbitrato societario*, Bologna, 2004, 1; N. Soldati, *La nuova clausola compromissoria statutaria*, in *Dir. prat. soc.*, n. 16, 2004, 26; F.P. Luiso, *Appunti sull'arbitrato societario*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, 705; F. Carpi, *Profili dell'arbitrato in materia di società*, in *Riv. arb.*, 2003, 411; E.F. Ricci, *Il nuovo arbitrato societario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, 523; G. Ruffini, *La riforma dell'arbitrato societario*, in *Corr. giur.*, 2003, 1524; E. Zucconi Galli Fonseca, *La convenzione arbitrale nelle società dopo la riforma*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, 929; N. Soldati, *Osservazioni a margine degli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie nella riforma del processo societario*, in questa *Rivista*, n. 6, 2003, 792. Con riferimento alla possibile coesistenza di clausole arbitrali societarie e clausole arbitrali di diritto comune si veda: P.L. Nela, *Oggetto ed effetti di clausole compromissorie statutarie*, in Chiarloni (diretto (segue)

mente ipotizzare quale potrà essere il futuro orientamento dominante.

Il punto nodale del problema è costituito dalla disposizione contenuta all'art. 34, comma 2, D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 la quale stabilisce che la clausola compromissoria statutaria deve prevedere il numero e le modalità di nomina degli arbitri, conferendo in ogni caso, a pena di nullità, il potere di nomina di tutti gli arbitri a soggetto estraneo alla società. Ove il soggetto designato non provveda, la nomina è richiesta al presidente del tribunale del luogo in cui la società ha la sede legale.

Tale meccanismo di nomina viene a differenziarsi nettamente rispetto a quello previsto dal codice di rito, creando una vera e propria *species* di clausola arbitrale in ambito societario, come, peraltro, emerge anche dalla lettura della relazione di accompagnamento al decreto (3).

Nondimeno, il nuovo meccanismo di composizione del collegio arbitrale nasconde alcune insidie in ordine alla validità delle clausole compromissorie contenute all'interno di statuti ed atti costitutivi. Infatti, in base alla giurisprudenza ed alla opinione dominante in dottrina, la mancata previsione all'interno della clausola compromissoria statutaria della nomina degli arbitri da parte di un soggetto estraneo alla società comporta la nullità dell'intera clausola arbitrale, costringendo soci ed organi della società a rivolgersi all'autorità giudiziaria ordinaria per la risoluzione delle controversie, salvo addivenire ad un accordo per la stipulazione di un compromesso arbitrale.

La situazione sul punto ad oggi risulta essere la seguente: buona parte della dottrina e la citata giurisprudenza affermano la nullità della clausola arbitrale che non sia conforme alle previsioni contenute all'art. 34, comma 2, D. Lgs. n. 5/2003; altra parte della dottrina afferma l'ultrattività delle clausole compromissorie statutarie non conformi, ritenendo la sussistenza nell'ambito delle controversie societarie ex art. 34 di forme di arbitrato di diritto comune regolate dal codice di rito.

La pronuncia in commento rappresenta, da un certo punto di vista, un *tertium genus*, dando vita ad un nuovo filone interpretativo che, a quanto consta, non ha precedenti. In estrema sintesi, il tribunale di Udine afferma l'applicabilità del decreto solamente alle società costituite dopo il 1 gennaio 2004, rimanendo pienamente valida la clausola compromissoria nelle società già costituite alla data di entrata in vigore del decreto, anche se difformi da quanto previsto dall'art. 34 in parola.

Le norme transitorie e la relativa applicazione

I. - II. La prima e la seconda massima riguardano l'estensione dell'ambito di applicazione delle disposizioni di attuazione al codice civile, artt. 223 bis e 223 duodecies, introdotte con il D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 6. In particolare, il giudicante ha affrontato il tema dell'applicabilità di tali articoli alle società di persone, arrivando a negarne l'applicazione.

cabilità di tali articoli alle società di persone, arrivando a negarne l'applicazione.

Come è noto, infatti, mentre la riforma sostanziale del diritto societario ha disegnato al suo interno compiute norme transitorie per regolare la fase di transizione e l'eventuale presenza di disposizioni contrarie alle nuove norme (del D. Lgs. n. 6/2003), una volta scaduti i termini per il compimento delle modifiche (artt. 223 bis, comma 4, e 223 duodecies, comma 4), altrettanto non può dirsi per le disposizioni relative al nuovo rito societario.

Più precisamente, le uniche norme transitorie (art. 41) (4) riguardano l'applicabilità temporale della nuova disciplina, nonché l'impossibilità per il socio assente o dissenziente di esercitare il diritto di recesso dalle società di capitali e dalle società cooperative nel periodo transitorio di cui ai citati artt. 223 bis e 223 duodecies disp. att. c.c., nell'ipotesi di adeguamento delle clausole compromissorie alle disposizioni inderogabili del decreto n. 5/2003.

L'orientamento del tribunale di Udine appare conforme a quello espresso nei due citati precedenti dal tribunale di Trento e dal tribunale di Latina, infatti è stata affermata l'applicabilità delle norme del D.Lgs. n. 5/2003 a fare tempo dal 1 gennaio 2004, non solo per le società di capitali, ma anche e, a maggiore ragione, per le società di persone che sono rimaste del tutto estranee alla disciplina del D.Lgs. n. 6/2003 (5).

Le società di capitali e le società cooperative (6), ciascuna secondo le tempistiche scandite dal legislatore delegato (art. 223 bis ed art. 223 duodecies disp. att. c.c.) (7), hanno proceduto all'adeguamento degli statuti, e, quindi, alla modifica delle clausole compromissorie, ove in contrasto con la nuova disciplina al precipuo scopo di evitare, appunto, la loro nullità, allorché pre-

Note:
(segue nota 2)

da), *Il nuovo processo societario*, Bologna, 2004, 933; F. Auletta, *La nullità della clausola compromissoria a norma dell'art. 34 D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5: a proposito di recenti (dis-)orientamenti del notariato*, in *Riv. arb.*, 2004, 361; V. Salafia, *Alcune questioni di interpretazione del nuovo arbitrato societario*, in questa *Rivista*, n. 12, 2004, 1457.

(3) Arnadei, Soldati, *Il processo societario. Prima lettura sistematica delle novità introdotte dal D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5*, Milano, 2004, 255.

(4) Come modificato dall'Avviso di rettifica relativo al D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, pubblicato in G.U. 9 settembre 2003, n. 209.

(5) Ove necessario, questa interpretazione appare ulteriormente suffragata dal principio *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*.

(6) Con la pubblicazione in G.U. n. 302 del 27 dicembre 2004 della conversione del decreto «milleproroghe» (n. 266/2004) è stato posticipato al 31 marzo 2005 il termine per l'adeguamento degli statuti delle società cooperative, nonché per l'iscrizione degli organismi a mutualità prevalente nell'apposito albo costituito con D.M. 23 giugno 2004, in G.U. 13 luglio, n. 162, recante: «Istituzione dell'Albo delle società cooperative, in attuazione dell'art. 9 del decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 6, e dell'art. 223 *sexiesdecies* delle norme di attuazione e transitorie del codice civile».

(7) Ianniello, *La riforma del diritto societario*, Milano, 2004, 13.

vedano un meccanismo di nomina degli arbitri in capo direttamente alle parti, sulla base del modello disegnato dal codice di rito all'art. 810.

Ne consegue che, se è vero, come è vero, che la disciplina transitoria trova applicazione solamente alle società interessate dal D.Lgs. n. 6/2003, vale a dire alle società di capitali ed alle società cooperative, allora, occorre evidenziare che, in considerazione del fatto che gli statuti delle società di persone non debbano essere sottoposti per legge a modifiche, le relative clausole compromissorie potrebbero risultare nulle per le ragioni sopra esposte. Pertanto, sarà necessario, comunque, ai meri fini arbitrali, procedere ad una modifica di tali clausole al fine di non frustrare la volontà delle parti di dirimere le controversie eventualmente insorgenti mediante lo strumento arbitrale, così come originariamente previsto all'interno del contratto sociale, fatta salva, ovviamente, la possibilità di stipulare un compromesso arbitrale.

La sentenza in commento conferma, quindi, l'applicazione delle norme del nuovo rito societario a tutte le società, sia di persone che di capitali (8) a far tempo dall'entrata in vigore del decreto, vale a dire dal 1 gennaio 2004, affermando che «qualunque sia l'effetto della norma dell'art. 34 D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 sulla clausola compromissoria inserita nell'atto costitutivo della Pittau s.n.c., è dunque certo che esso si è prodotto sin dal 1 gennaio 2004».

Tale affermazione viene giustamente motivata sulla base del fatto che il comma 5 dell'art. 223 bis disp. att. c.c., secondo cui le disposizioni statutarie, ancorché non conformi a norme inderogabili della riforma, mantengono efficacia sino al 30 settembre 2004, dispone che l'ultrattività sia prevista solamente con riferimento alle disposizioni statutarie che «non sono conformi alle disposizioni inderogabili del presente decreto» e cioè del D.Lgs. n. 6/2003, mentre nulla è previsto per il caso di non conformità al D.Lgs. n. 5/2003, sicché è da ritenere che le disposizioni statutarie in contrasto con la nuova disciplina processuale cessino di avere efficacia con l'entrata in vigore di quest'ultima.

Questo orientamento è conforme a quanto già espresso in giurisprudenza da altro tribunale di merito (9) che aveva affermato che «gli art. 223 bis e 223 duodecies disp. att. c.c. riguardano solo ed esclusivamente la tempistica relativa all'adeguamento degli atti costitutivi e degli statuti delle società di capitali e delle società cooperative, e non sono, pertanto, applicabili alle società di persone alle quali è però indubbiamente applicabile la disciplina contenuta negli artt. 34 ss. D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, anche in virtù dell'ambito di applicazione di tale decreto, così come delimitato dal relativo art. 1».

Per quanto attiene all'adeguamento delle clausole compromissorie statutarie nelle società di persone, la sentenza in commento afferma non trattarsi di un mero difetto di coordinamento della normativa, infatti «il legislatore ben può avere tenuto conto della maggiore

«agilità» decisionale che caratterizza le società di persone, solitamente a base ristretta, e può quindi avere ritenuto sufficiente per adeguare gli statuti alle nuove norme la lunga *vacatio legis* - della normativa processuale - sin dall'inizio prevista per il decreto del 17 gennaio 2003 (che, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale del 22 gennaio 2003, è entrato in vigore, come si è detto, il 1 gennaio 2004); inoltre, quella di non derogare al principio di unanimità che vige nell'ambito delle società di persone ben può essere stata una scelta consapevole del legislatore».

I quorum deliberativi delle modificazioni statutarie

Con particolare riferimento a quest'ultimo aspetto, deve, comunque, notarsi come l'ultimo comma dell'art. 34 preveda che le modifiche dell'atto costitutivo volte all'introduzione od alla soppressione di una clausola compromissoria debbano essere approvate con una maggioranza che rappresenti almeno i due terzi del capitale sociale, fatta salva la possibilità per i soci assenti o dissenzienti di esercitare il diritto di recesso nel termine di novanta giorni (10).

Come è noto, il regime legale disegnato dal codice civile per le modificazioni del contratto sociale prevede che per le società in cui vige, in mancanza di contraria disposizione pattizia ex art. 2252 c.c., la regola dell'unanimità, impone che la clausola sia approvata specificatamente da ciascun socio, anche per iscritto, pur se solo ai fini dell'iscrizione nel registro delle imprese (11).

Per contro, quando nelle società di persone sia prevista la regola della maggioranza, la modifica dello statuto non richiede l'espressa approvazione da parte del singolo socio (12), ma ciò non influisce, comunque, sulla forma scritta, requisito che può dirsi sicuramente rispettato anche dalla presenza del notaio verbalizzante.

Se è vero, quindi, come è vero, che le nuove norme processuali trovano applicazione anche alle società di persone, il problema dei quorum costitutivi e deliberativi deve essere esaminato anche da un diverso punto di vista. Infatti, è evidente che, se il legislatore ha voluto determinare un quorum deliberativo all'interno di una norma processuale con specifico riferimento alle modifi-

Note:

(8) *Contra*, Trib. Bari 7 dicembre 2004, inedita, la quale afferma che «il decreto delegato 17 gennaio 2003 n. 5, all'art. 34 non può che riferirsi alla disciplina degli arbitrati in materia di società di capitali (o cooperative)».

(9) Trib. Trento 11 febbraio 2004, cit.; Trib. Trento 8 aprile 2004, cit.; Trib. Latina 22 giugno 2004, cit.

(10) T. Galletto, *L'arbitrato nel diritto societario: cosa cambia con la riforma*, in *Foro pad.*, 2003, II, 56.

(11) Soldati, in Amadei, Soldati, *Il processo societario. Prima lettura sistematica delle novità introdotte dal D.Lgs. 17 gennaio 2003*, n. 5, Milano, 2004, 161 ss.

(12) App. Bologna 22 febbraio 1997, in questa *Rivista*, 1997, 1156, con nota di A. Stesuri, *Sul regime di modificabilità delle clausole arbitrali societarie*.

che relative ad una clausola oggi presente nella quasi totalità dei patti sociali, tale *quorum* non può che avere un'incidenza su quelli ordinariamente stabiliti nei diversi tipi di società dal codice civile.

Conseguentemente, occorre porsi la domanda se il D.Lgs. n. 5/2003 possa considerarsi norma speciale rispetto alla regole del codice civile. Se questa interpretazione fosse corretta, come pare esserlo per specialità delle fonti (13), allora la maggioranza di almeno i due terzi richiesta dal comma 6 dell'art. 34 del decreto medesimo verrebbe a derogare alla disciplina generale dettata dall'art. 2252 c.c. per le società di persone (14), che richiede l'unanimità dei consensi per la modifica dell'atto costitutivo, ove non diversamente pattuito all'interno dell'atto costitutivo.

Ne consegue che, nelle società di persone, le modifiche dell'atto costitutivo, introduttive o soppressive di clausole compromissorie, dovranno essere adottate sempre da almeno i due terzi dei soci, quindi anche con un *quorum* inferiore rispetto a quello ordinariamente previsto dal codice civile, ovvero superiore rispetto a quello pattiziamente convenuto all'interno dell'atto costitutivo per una semplice modifica dei patti sociali (15).

In ogni caso, la nuova disciplina viene ad avvicinare od equiparare la clausola compromissoria ad una qualsiasi altra clausola statutaria la cui soppressione od introduzione non richiede più l'unanimità dei consensi, bensì una particolare maggioranza in sede di assemblea straordinaria, forse sottovalutando la circostanza che la clausola compromissoria costituisce un negozio giuridico autonomo rispetto allo statuto a cui accede, il quale necessiterebbe, pertanto, di specifica approvazione da parte del socio.

Altresì, a seguito delle modificazioni introdotte dalla riforma del diritto societario, la previsione dell'art. 2252 c.c. dovrebbe essere letta nel senso che anche la legge può prevedere *quorum* diversi dall'unanimità dei consensi (16), come accade, a titolo esemplificativo all'art. 2500 *ter* c.c., relativamente alla trasformazione di una società di persone in società di capitali (17), nonché all'art. 2502 c.c., in materia di decisione in ordine alla fusione (18), dove è stato espressamente previsto che la deliberazione possa essere assunta con il voto favorevole della maggioranza dei soci, secondo la parte attribuita a ciascuno negli utili. In entrambe le fattispecie, la deroga al regime dell'art. 2252 c.c. proviene da norma di rango equivalente, poiché contenuta sempre all'interno del codice civile. Abbracciando questa tesi, non pare possano esservi ostacoli nell'affermare che anche una *lex specialis* di natura processuale, quale il D.Lgs. n. 5/2003, sia in grado di derogare la disciplina legale dell'art. 2252 c.c. (19), una volta che il dogma dell'unanimità dei consensi per la modifica dell'atto costitutivo, derogabile unicamente per volontà pattizia di tutti i soci che preveda un diverso *quorum*, risulti oggi essere stato superato anche dalla espressa volontà dello stesso legislatore all'interno del codice civile (20).

Ad ulteriore conferma della tesi espressa viene la *ratio* della disposizione in parola che è chiaramente quella di tutelare la minoranza nei confronti della maggioranza, affinché la prima non sia costretta a subire una, più o meno, radicale modifica del regime processuale da e nei confronti della società e degli altri soci (21). Al sacrificio del principio dell'unanimità dei consensi, si pone come rimedio la possibilità per il socio assente o dissenziente di recedere dalla società. In virtù della eccezionalità del norma ed in conformità di ogni altra disposizione introduttiva di un'ipotesi legale di recesso dalla società, pare da negarsi tale diritto al socio che, pur presente all'assemblea si sia astenuto (22).

In merito alla mancata previsione di una normativa transitoria per le società di persone, il citato tribunale di Latina era arrivato ad una diversa conclusione, affermando che ove la società non abbia provveduto all'adeguamento della clausola compromissoria statutaria alla nuova disciplina del processo commerciale ciò sarebbe sintomatico «della consapevole volontà... di lasciare elidere, per effetto della nuova disciplina cogente, la clausola compromissoria dal proprio ordinamento, alla quale non dovrebbe quindi sovrapporsi necessariamente una

Note:

(13) N. Soldati, *Le clausole compromissorie nelle società commerciali*, cit., 58.

(14) Dello stesso avviso: E. Zucconi Galli Fonseca, *La convenzione arbitrata nelle società dopo la riforma*, cit., 953.

(15) *Contra*, F. Corsini, *L'arbitrato nella riforma del diritto societario*, cit., 1291 s., il quale ritiene non applicabile alle società di persone tale previsione.

(16) Auletta, Salanitro, *Elementi di diritto commerciale*, Milano, 2003, 75, dove si afferma che «il contratto sociale può essere modificato soltanto con il consenso di tutti i soci, a meno che nella legge o nello stesso contratto non sia stabilito diversamente».

(17) G. Marasà, *Sprunti sulla nuova disciplina di trasformazioni e fusioni*, in *Giur. comm.*, 2004, I, 784; O. Cagnasso, *Commento sub art. 2500 ter - 2500 quinquies*, in *Il nuovo diritto societario*, commentario diretto da Cottino, Bonfante, Cagnasso, Montalenti, Bologna, 2004, III, 2258; A. Spena, *Commento sub art. 2500 ter*, in Sandulli, Santoro (a cura di), *La riforma delle società*, Torino, 2003, 370; F. Galgano, *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, a cura di F. Galgano, Padova, 2003, 518.

(18) O. Cagnasso, *Commento sub art. 2502 - 2502 bis*, in *Il nuovo diritto societario*, commentario diretto da Cottino, Bonfante, Cagnasso, Montalenti, cit., 2258.

(19) G. Olivieri, G. Presti, F. Vella, *Il diritto delle società*, Bologna, 2004, 366.

(20) Interessante è anche il dibattito dottrinale con riferimento al principio di unanimità e principio di maggioranza nelle deliberazioni dei soci nelle società di persone. Infatti, l'art. 2252 c.c. regola solamente le modificazioni dell'atto costitutivo, mentre il codice tace sui *quorum* necessari per l'assunzione delle altre deliberazioni aventi oggetto diverso dalla modificazione dell'atto costitutivo. Per tutti, v., F. Galgano, voce *Società semplice*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. comm., Torino, 1997, XIV, 438.

(21) F.P. Luiso, *op. cit.*, 707.

(22) F. Tassinari, *Scioglimento e liquidazione*, in Caccavale, Magliuolo, Maltoni, Tassinari, *La riforma della società a responsabilità limitata*, Milano, 2004, 530.

sorta di ultrattività della clausola per effetto della sua sostituzione automatica».

La nullità della clausole compromissorie statutarie

III. La terza massima, come ricordato in precedenza, viene a fornire una soluzione completamente nuova e, peraltro, non priva di fascino nella sua semplicità, del problema attinente alla validità delle clausole compromissorie statutarie non conformi alla previsione di cui all'art. 34, comma 2, D. Lgs. n. 5/2003.

Nel caso di specie lo spartiacque tra validità e nullità della clausola compromissoria è costituito, in base all'opinione dei giudicanti, dalla data di costituzione della società, con la conseguenza che «la sanzione di nullità deve quindi ritenersi limitata alle clausole compromissorie deliberate dopo l'entrata in vigore della nuova normativa processuale societaria, rimanendo le clausole preesistenti valide ed efficaci, sia pure nei limiti di efficacia loro riconosciuta dalle norme previgenti».

Come ricordato in precedenza, fino ad oggi è stata affermata la nullità della clausola compromissoria in tutte le ipotesi in cui non sia rispettata la previsione contenuta all'art. 34, comma 2, che impone, a pena di nullità, che il potere di nomina di tutti gli arbitri sia affidato ad un soggetto estraneo rispetto alla società.

L'art. 34, comma 2, viene a sacrificare il principio della libera e paritaria partecipazione delle stesse alla nomina dei componenti del collegio arbitrale, ma, comunque, è in grado di superare due problematiche assai rilevanti nella pratica: la pluralità di parti nel processo arbitrale e la terzietà dei membri del collegio arbitrale (23).

Alla luce del nuovo meccanismo di composizione del collegio arbitrale, ne consegue che la mancata previsione all'interno della clausola compromissoria statutaria della nomina degli arbitri da parte di un soggetto estraneo alla società, prevista sotto pena di nullità, comporta la nullità dell'intera clausola arbitrale, costringendo soci ed organi della società a rivolgersi all'autorità giudiziaria ordinaria per la risoluzione delle controversie, fatta salva l'ipotesi di trovare un accordo, una volta insorta la lite, per la stipulazione di un compromesso arbitrale.

Nella approfondita motivazione della sentenza in esame che in parte abbraccia l'orientamento in parola, il tribunale analizza anche le diverse opinioni espresse in dottrina a sostegno della validità delle clausole compromissorie statutarie non conformi alla previsione del decreto.

In particolare, viene analizzata un'opinione autorevolmente espressa in dottrina (24), la quale, nel tentativo di salvare la clausola arbitrale, ha sostenuto che la regola che impone l'attribuzione al terzo del potere di nomina degli arbitri «a pena di nullità» non si riferisce all'intera clausola (come accade per la previsione contenuta nell'art. 808, comma 2, seconda parte, c.p.c., nel caso in cui, nell'arbitrato delle controversie di lavoro, la clausola compromissoria autorizzi gli arbitri a pronuncia-

re secondo equità, oppure dichiarare il lodo non impugnabile), e che, quindi, sia applicabile il meccanismo sostitutivo di cui all'art. 1419, comma 2, c.c. con la conseguenza che si può conservare l'efficacia della clausola, sostituendo con la previsione *ex lege*, la regola statutaria che attribuisce alle parti la nomina degli arbitri (25).

Tuttavia, i giudici, al pari di quanto già affermato dalla dottrina maggioritaria, arrivano ad affermare che il meccanismo disegnato dall'art. 1419, comma 2, c.c. non appare applicabile in mancanza di una espressa indicazione normativa in tale senso, infatti, come sostenuto in giurisprudenza (26), tale previsione opera soltanto se la sostituzione stessa debba avvenire «di diritto», in forza, cioè, di un'espressa previsione di legge.

Ulteriormente viene rilevato come, sempre nel tentativo di salvare l'accordo compromissorio, sia stato argomentato che in caso di nullità del meccanismo di nomina, trovi applicazione il meccanismo suppletivo di cui all'ultima parte del secondo comma dell'art. 34. In altre parole, ove colpito da nullità il tradizionale meccanismo binario di nomina degli arbitri affidato alle parti, la nomina degli arbitri verrebbe effettuata dal presidente del tribunale del luogo in cui la società ha la sede legale (27), essendo la *ratio* della norma quella

Note:

(23) P. Biavati, *Il procedimento nell'arbitrato societario*, in *Riv. arb.*, 2003, 31; E.F. Ricci, *op. cit.*, 525 s., il quale afferma che «Poiché si è in presenza di una particolare forma di giustizia del gruppo organizzato, la garanzia dell'indipendenza dell'arbitro richiede che lo stesso sia scelto da soggetto estraneo all'organizzazione societaria». Aggiunge, inoltre, che: «Affidare la nomina degli arbitri ad un terzo era dunque la soluzione più consigliabile sotto tutti i profili». In senso parzialmente critico G. Ruffini, *op. cit.*, 1530, il quale afferma che «L'espedito di imporre alla società di conferire ad un soggetto ad essa estraneo il potere di nomina di tutti gli arbitri non consente infatti di ritenere rispettato detto principio se ed in quanto la scelta del terzo designatore sia comunque rimessa alla volontà della maggioranza assembleare».

(24) F.P. Luiso, *Appunti sull'arbitrato societario*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, 717.

(25) V. Salafia, *Il nuovo arbitrato societario ed altre questioni*, cit., 100.

(26) Cass. 28 giugno 2000, n. 8794, in *Contratti*, 2001, 236, la quale afferma che «l'inserzione automatica delle norme imperative in sostituzione della clausola contrattuale affetta da nullità può dirsi legittima, a norma dell'art. 1419, comma 2, c.c., soltanto se la sostituzione stessa debba avvenire «di diritto», in forza, cioè, di un'espressa previsione di legge, la quale, oltre a comminare la nullità di una determinata clausola, ne imponga anche la sostituzione con una normativa legale, mentre la predetta inserzione non è attuabile qualora il legislatore, nello stabilire la nullità di una clausola o di una pattuizione, non ne abbia espressamente prevista la sostituzione con una specifica norma imperativa»; nel medesimo senso: Cass. 2 settembre 1995, n. 9266, in *Mass. Giust. civ.*, 1995, 1594; Cass., sez. un., 11 febbraio 1982, n. 835, in *Foro it.*, 1983, I, 1081; Cass., 11 giugno 1981, n. 3783, in *Mass. Giust. civ.*, 1981, f. 6; Cass. 4 settembre 1980, n. 5100, in *Mass. Giust. civ.*, 1980, f. 9; Cass. 25 giugno 1979, n. 3551, in *Mass. Giust. civ.*, 1979, f. 6; *contra*: Cass. 21 agosto 1997, n. 7822, in *Mass. Giust. civ.*, 1997, 1467.

(27) G. Gabrielli, *op. cit.*, 90, il quale condivide la tesi della nullità parziale della clausola compromissoria con rinvio della nomina di tutti gli arbitri, ex art. 809 c.p.c., al presidente del tribunale affermando che: «se è vero, come sopra prospettato, che non nuoce alla validità della clausola la mancata indicazione del terzo titolare del potere di nomina, potendo

(segue)

di sottrarre alle parti il potere diretto di nomina degli arbitri (28).

Ma anche in questo caso il Tribunale, aderendo agli orientamenti espressi in dottrina, rileva che, anche tale lettura non appare corretta, in considerazione del fatto che proprio lo stesso articolo precisa che l'intervento dell'autorità di nomina si verifica «ove il soggetto designato non provveda» e non in caso di nullità della previsione, il che lascia presupporre un intervento *ad adiuvandum* solamente nel caso di inerzia nella nomina da parte del soggetto estraneo alla società (29).

Sul punto, anche il Tribunale di Latina aveva affermato che «non sarebbe applicabile interamente la nuova disciplina legale, ma solo quella parte di essa - il ricorso al giudice per la nomina degli arbitri - che il legislatore configura come *extrema ratio*, ma che, per le società inadempienti all'onere di adeguamento della clausola preesistente, diverrebbe la regola, con un capovolgimento della *ratio* della norma e con la formazione di una nuova disciplina negoziale solo in parte mutuata da quest'ultima».

Altresì, il Tribunale di Udine afferma, ancora una volta correttamente ed in conformità agli orientamenti espressi in dottrina, che la mancata indicazione del numero e delle modalità di nomina degli arbitri portano semplicemente le parti a ricorrere ai meccanismi supplementari ed integrativi forniti dal codice di rito (30), ovvero da quelli indicati nel regolamento prescelto, nell'ipotesi di arbitrato amministrato (31).

La problematica ultrattività delle clausole di diritto comune

La sentenza in esame non affronta, invece, se non solamente in parte, la problematica relativa alla possibilità di sopravvivenza dell'arbitrato c.d. di diritto comune all'interno del mondo societario, escludendola, peraltro, per tutte le società costituite dopo il 1 gennaio 2004, nella quali una clausola compromissoria contenuta all'interno dei patti sociali con conforme alla previsione del comma 2 dell'art. 34 sarebbe radicalmente nulla poiché in contrasto con i «principi destinati a regolare la materia del nuovo arbitrato societario» e nemmeno potrebbe essere ritenuta valida come clausola di arbitrato di diritto comune.

Come è noto, tale dibattito, ha visto la luce dopo le prime pronunce dei tribunali di merito, che hanno dichiarato la nullità di clausole compromissorie non conformi ai disposti dell'art. 34, comma 2 del decreto (32) e, in particolare, della citata sentenza del tribunale di Latina del 22 giugno 2004.

I sostenitori di questo orientamento affermano che la posizione giurisprudenziale espressa dalle citate sentenze del tribunale di Trento, di Latina e di Bari, e della gran parte della dottrina non colgono a pieno la novità dell'arbitrato societario (33), pervenendo ad un risultato contraddittorio (34).

Infatti, secondo tale orientamento, l'intervento del

legislatore delegato avrebbe innovato la disciplina del codice di procedura civile mediante l'introduzione di un arbitrato speciale che ha quale sua caratteristica quella di integrare il modello organizzativo delle società di capitali, in quanto la decisione degli arbitri viene ad inserirsi nella sequenza procedimentale del sistema delle decisioni societarie anche laddove la società non sia parte della controversia.

La nuova disciplina dell'arbitrato societario nascente da clausola compromissoria statutaria riguarderebbe solamente le controversie «che abbiano ad oggetto diritto disponibili relativi al rapporto sociale», dettando norme inderogabili *ad hoc* quali la necessità per gli arbitri di decidere secondo diritto allorché «per decidere abbiano conosciuto di questioni non compromettibili ovvero quando l'oggetto del giudizio sia costituito dalla validità di delibere assembleari» in base alla disposizione contenuta all'art. 36 del decreto, oppure l'obbligo di iscrizione al registro imprese in capo agli amministratori dei «dispositivi dell'ordinanza di sospensione e del lodo che decide sull'impugnazione» ai sensi dell'art. 35 del decreto, nonché disposizioni volte ad assicurare al giudizio arbitrale più soggetti attraverso interventi e chiamate in causa.

Alla luce di tali considerazioni, le nuove disposizioni non verrebbero a sostituire il sistema disegnato dal codice di rito, ma ad esso si verrebbero ad aggiungere, come del resto sarebbe stato evidenziato anche dalla relazione ministeriale al decreto legislativo (35), nella quale di legge che «la formulazione del testo contribuisce alla creazione di una compiuta *species* arbitrale, che si sviluppa senza pretesa di sostituire il modello codicistico (na-

Note:

(segue nota 27)

applicarsi la regola suppletiva generale dell'art. 809, comma 3, c.p.c., allora anche l'indicazione nulla, da equipararsi all'omissione, può venire sostituita da quella, operare *ex lege*, dal presidente del tribunale»; dello stesso avviso anche F. Corsini, *op. cit.*, 1294; *contra* F. Auletta, *La nullità della clausola compromissoria a norma dell'art. 34 D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5: a proposito di recenti (dis-)orientamenti del notariato*, cit., 363.

(28) F.P. Luiso, *op. cit.*, 717.

(29) Come sostenuto anche da: Arieta, De Santis, *Diritto processuale societario*, Padova, 2004, 640 s.; G. Ruffini, *op. cit.*, 1530.

(30) Ciò risulta ulteriormente suffragato dalla modifica apportata al testo della bozza di decreto legislativo prima della sua approvazione definitiva, nella quale la sanzione della nullità era comminata anche da mancata indicazione del numero e delle modalità di nomina degli arbitri.

(31) In questo senso P. Biavati, *op. cit.*, 31; E. Zucconi Galli Fonseca, *La convenzione arbitrale nelle società dopo la riforma*, cit., 958.

(32) Trib. Trento 11 febbraio 2004, cit.; Trib. Trento 8 aprile 2004, cit., si vedano anche gli articoli apparsi su *Il Sole 24 Ore* del 2 settembre 2004 «Doppia chance in arbitrato per le società» e del 9 settembre 2004 «Arbitrato e società, la svolta è "piena"».

(33) V. Salafia, *Il nuovo arbitrato societario ed altre questioni*, cit., 99.

(34) F. Auletta, *op. cit.*, 361; V. Salafia, *Alcune questioni interpretative del nuovo rito societario*, cit., 1457.

(35) Amadei, Soldati, *Il processo societario. Prima lettura sistematica delle novità introdotte dal D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5*, cit., 255.

turalmente ultrattivo anche in materia societaria) comprendendo numerose opzioni di rango processuale ... che appaiono assolutamente funzionali alla promozione della cultura dell'arbitrato endo-societario» (36).

Tale ricostruzione appare senza dubbio corretta, però si mostra debole per sostenere la possibile coesistenza nell'ambito dei patti sociali di clausole di diritto comune e di clausole di diritto societario. Infatti, la volontà espressa dal legislatore con la previsione di una creazione di una nuova *species* arbitrale che non vada a sostituire il modello codicistico, può essere anche, e forse più correttamente, interpretata nel senso che gli arbitrati nascenti da clausola compromissoria statutaria sono regolati dal codice di rito, laddove il decreto n. 5/2003 non sia venuto a dettare una specifica disciplina. Ciò apparirebbe anche dimostrato dal fatto che le nuove disposizioni degli artt. 34, 35 e 36 del decreto toccano aspetti marginali del procedimento arbitrale, mentre l'ossatura di base rimane sempre quella del codice di rito (ad esempio, capacità ad essere nominati arbitri, ovvero istruzione probatoria e assunzione delle testimonianze) (37).

Più precisamente, mi sembra corretto evidenziare come la coesistenza di due differenti tipi di arbitrato in ambito societario non sia mai stata messa in discussione: infatti, esiste oggi un arbitrato societario nascente da clausola compromissoria statutaria ex art. 34 ed un arbitrato societario c.d. di «diritto comune» nascente da compromesso arbitrale regolato dai disposti del codice di procedura civile. Peraltro, clausola compromissoria e compromesso costituiscono storicamente le due differenti fonti mediante le quali la parti di una controversia possono dare vita ad una procedura arbitrale.

Sul punto è stato, peraltro, giustamente rilevato come la forma tradizionale di arbitrato rimane «l'unica forma praticabile nelle società per azioni che ricorrono al mercato del capitale di rischio, alle quali espressamente l'art. 34 vieta l'applicazione della nuova forma, senza però inibire la loro facoltà di compromettere in arbitri tutte le controversie entro i limiti fissati dal codice di procedura civile» (38).

Tale orientamento appare suffragato anche dalla lettura dell'art. 12 della legge delega 3 ottobre 2001, n. 366 mediante il quale il governo era stato delegato a prevedere la possibilità di introdurre negli statuti di clausole compromissorie anche in deroga agli artt. 806 e 808 c.p.c., nell'intento di ampliare l'arbitrabilità delle controversie in materia e, quindi, il ricorso allo strumento arbitrale per la risoluzione delle controversie.

La nuova previsione dell'art. 34 va proprio in questo senso, e, al pari di quanto previsto anche dal successivo art. 35, è venuta a creare un tipo di arbitrato societario nascente da clausola compromissoria statutaria ex art. 34 di gran lunga più praticabile rispetto a quello disciplinato dal codice di rito. Ecco che, in questo modo, il legislatore delegato ha dato, quindi, vita ad una compiuta *species* arbitrale che si viene ad affiancare, senza

pretesa di sostituirla, a quella codicistica riservata, dopo la riforma, al compromesso arbitrale (art. 806 c.p.c.) che potrà, comunque, sempre continuare ad essere utilizzato anche in presenza di clausola compromissoria statutaria, valida od invalida.

Infatti, in ambito societario le controversie deferite ad arbitri mediante la sottoscrizione di un compromesso arbitrale, non essendo stato questo oggetto di alcun intervento riformatore da parte del legislatore, continueranno necessariamente ad essere regolate dalle norme del codice di rito, al pari di tutte quelle controversie di natura *latu sensu* societaria che esulano dall'ambito di applicazione dell'art. 34 del decreto (39).

Note:

(36) F. Auletta, *op. cit.*, 363 s.

(37) Fatta salva l'ipotesi che, ai sensi dell'art. 816 c.p.c. le parti non abbiano previsto come regole della procedura quelle del nuovo processo societario.

(38) V. Salafia, *Il nuovo arbitrato societario e altre questioni*, cit., 99.

(39) Si fa riferimento alle controversie nascenti dal trasferimento di partecipazioni sociali (F. Carpi, *Profili dell'arbitrato in materia di società*, cit., 416; R. Nobili, *Conciliazione e arbitrato nelle controversie societarie*, Roma, 2003, 64) ed a quelle nascenti all'interno di patti parasociali (S. Chiarloni, *Appunti sulle controversie deducibili in arbitrato societario e sulla natura del lodo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, 133; F. Carpi, *Profili dell'arbitrato in materia di società*, cit., 411; E.F. Ricci, *op. cit.*, 523; G. Ruffini, *La riforma dell'arbitrato societario*, cit., 1525; F. Corsini, *op. cit.*, 1290; *contra* E. Zucconi Galli Fonseca, *Commento sub art. 34*, in F. Carpi (a cura di), *Arbitrato societario*, cit., 5 s.; E. Zucconi Galli Fonseca, *La convenzione arbitrale nelle società dopo la riforma*, cit., 935; A. Briguglio, *Conciliazione e arbitrato nelle controversie societarie*, in *Atti del Convegno, Conciliazione e arbitrato nelle controversie societarie*, in *Atti del Convegno, Conciliazione e arbitrato nelle controversie societarie*, Roma, 2003, 28 s.).