

Nullità della clausola compromissoria in seguito a mancato adeguamento

Le clausole compromissorie difformi rispetto alle nuove norme inderogabili in materia di arbitrato societario sono nulle sin dal 1° gennaio 2004. Il Tribunale di Latina, oltre ad affrontare il problema della validità di tali clausole, esamina l'applicabilità della norma processuale nel periodo transitorio.

**Sentenza Tribunale di Latina,
22 giugno 2004,
Presidente e Relatore Cataldi**

La clausola compromissoria statutaria che non prevede la nomina degli arbitri in capo ad un soggetto estraneo alla società è nulla per contrasto con la disciplina cogente imposta dall'art. 34, comma 2, del D.Lgs. n. 5/2003, in ordine al potere di nomina degli arbitri.

È escluso che durante tale fase temporale, tra il 1° gennaio 2004 e il 30 settembre 2004, per l'adeguamento degli statuti societari le clausole compromissorie contrastanti con la disciplina inderogabile di cui all'art. 34, comma 2, D.Lgs. n. 5/2003 possano perpetuare la loro efficacia.

Deve parimenti escludersi che la conseguenza del mancato adeguamento di atti costitutivi e statuti, che già contengano clausole compromissorie contrarie alle nuove norme inderogabili, possa essere quella della conservazione delle clausole in questione, previa la sostituzione automatica delle disposizioni pattizie divenute contra legem con quelle di legge, in applicazione della regola contemplata dal comma 2 dell'art. 1419 cod. civ., in forza del quale le clausole di un contratto contrarie a norme imperative di legge, quali debbono considerarsi le norme in materia di arbitrato, sono da queste ultime sostituite di diritto anche quando il legislatore non abbia espressamente previsto la sostituzione delle clausole e pattizioni in contrasto con le norme imperative di legge.

Con citazione notificata il 29 marzo 2004 alla M.H. s.r.l., F.M.B., nella qualità di socio detentore del 40 per cento del capitale sociale di quest'ultima e di ammini-

stratore delegato della stessa, chiedeva dichiararsi la nullità, o disporsi l'annullamento, delle delibere assembleari, ordinaria e straordinaria, del 12 marzo 2004 della stessa M.H. s.r.l., e delle delibere del cda della stessa società del 24 marzo 2004, per i motivi di cui all'atto introduttivo di questo giudizio.

La M.H. s.r.l., ritualmente convenuta, si costituiva, resistendo alla domanda.

Unitamente al giudizio ordinario, lo stesso attore introduceva procedimento cautelare, con il quale chiedeva la sospensione degli stessi atti sociali impugnati.

Instaurato il contraddittorio con la convenuta, il giudice designato, con provvedimento del 27 aprile 2004, dichiarava inammissibile la domanda cautelare e disponeva per la prosecuzione del giudizio di merito con le forme del giudizio abbreviato di cui all'art. 24, D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5.

Successivamente, con citazione notificata il 30 aprile 2004 alla M.H. s.r.l., F.M.B., nella qualità di socio detentore del 40 per cento del capitale sociale di quest'ultima, e di amministratore delegato della stessa, chiedeva dichiararsi la nullità, o disporsi l'annullamento, delle medesime delibere assembleari, ordinaria e straordinaria, del 12 marzo 2004 della stessa M.H. s.r.l., e delle medesime delibere del cda della stessa società del 24 marzo 2004, per gli identici motivi di cui al giudizio già introdotto.

La M.H. s.r.l., ritualmente convenuta, si costituiva, resistendo alla domanda.

Unitamente al giudizio ordinario, lo stesso attore introduceva procedimento cautelare, con il quale chiedeva la sospensione degli stessi atti sociali impugnati.

Instaurato il contraddittorio con la convenuta,

il giudice designato, con provvedimento cautelare del 27 maggio 2004, sospendeva provvisoriamente tutte le delibere impugnate e disponeva per la prosecuzione del giudizio di merito con le forme del giudizio abbreviato di cui all'art. 24, D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5.

Precisate le conclusioni, all'udienza collegiale del 22 giugno 2004 le due cause venivano riunite e, esaurita la trattazione, decise con lettura della motivazione e del dispositivo che compongono questa sentenza.

Concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto

Preliminarmente, il Collegio ritiene che la causa sia matura per la decisione di merito, come già valutato dal giudice del cautelare, sentite le parti, che non hanno dissentito.

Ancora preliminarmente, il Collegio rileva che la questione relativa all'ammissibilità o meno dell'impugnazione delle delibere assembleari prima della loro necessaria iscrizione nel Registro delle imprese, che si è posta, in sede cautelare, per il primo giudizio instaurato dall'attore, è assorbita interamente dalla successiva riproposizione dell'identica impugnazione, avverso gli stessi atti e per gli stessi motivi, operata dall'attore dopo tale iscrizione, attraverso la notificazione della seconda impugnazione, perfezionatasi comunque nel termine di cui all'art. 2479-ter, comma 1, cod. civ. (e infatti la convenuta non ha eccepito alcuna decadenza). Pertanto, in forza dell'una o dell'altra impugnazione, identiche nel contenuto, il Collegio deve comunque attingere il merito della lite.

Sempre in via preliminare, il Collegio ritiene altresì che l'eccepito difetto di giurisdizione o di competenza, derivante dalla clausola compromissoria di cui all'art. 24 dello statuto della convenuta, non sussiste, poiché la stessa clausola è nulla per contrasto con la disciplina cogente imposta dall'art. 34, comma 2, del D.Lgs. n. 5/2003, in ordine al potere di nomina degli arbitri, alla quale non è stata uniformata, come prescrive invece l'art. 223-bis disp. att. cod. civ., introdotto dall'art. 9, comma 2, lett. b) del D.Lgs. n. 5/2003.

È vero, peraltro, che lo stesso art. 223-bis disp. att. cod. civ. individua il periodo compreso tra il 1° gennaio 2004 e il 30 settembre 2004 per l'adeguamento degli statuti societari, ma deve escludersi che durante tale fase temporale le clausole compromissorie contrastanti con la disciplina inderogabile di cui all'art. 34, comma

2, D.Lgs. n. 5/2003, per quanto interessa ai fini di questo giudizio, possano perpetuare la loro efficacia.

A tale conclusione, infatti, non conduce il comma 5 dell'art. 223-bis disp. att. cod. civ., secondo cui le disposizioni statutarie, ancorché non conformi a norme inderogabili della riforma, mantengono efficacia sino al 30 settembre 2004: l'ultrattività è infatti prevista per le 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.

Deve parimenti escludersi, ad avviso del giudicante, che la conseguenza del mancato adeguamento di atti costitutivi e statuti, che già contengano clausole compromissorie contrarie alle nuove norme inderogabili, possa essere quella della conservazione delle clausole in questione, previa la sostituzione automatica delle disposizioni patrizie divenute *contra legem* con quelle di legge, in applicazione della regola contemplata dal comma 2 dell'art. 1419 cod. civ., in forza del quale le clausole di un contratto contrarie a norme imperative di legge, quali debbono considerarsi le norme in materia di arbitrato, sono da queste ultime sostituite di diritto anche quando il legislatore non abbia espressamente previsto la sostituzione delle clausole e pattuizioni in contrasto con le norme imperative di legge.

Infatti il meccanismo conservativo invocato pare non adeguato alla fattispecie oggetto del giudizio, atteso che:

- la sostituzione automatica non sarebbe operata integralmente, essendo solo ipotizzabile che la clausola che continui a prevedere la nomina degli arbitri ad opera delle parti, e non di un soggetto terzo, sia, dal 1° gennaio 2004, ai sensi del comma 2 dell'art. 1409 cod. civ., integrata dal solo ultimo periodo del comma 2 dell'art. 34, il quale stabilisce che, se il terzo estraneo non provveda alla nomina di tutti gli arbitri, la designazione degli stessi va chiesta al Presidente del tribunale del luogo in cui la società ha sede legale. Quindi 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 (sulla necessità che la sostituzione automatica non possa riguardare soltanto una parte della clausola ed una parte della norma cogente, cfr. Cass. 16 febbraio 1983, n. 1184);

- avendo il legislatore configurato una *vacatio legis* destinata appositamente anche all'adeguamento dei negozi societari alla nuova normativa, l'inerzia delle società preesistenti potrebbe essere sintomatica della consapevole volontà delle stesse di lasciare elidere, per effetto della nuova disciplina cogente, la clausola compromissoria dal proprio ordinamento, alla quale non dovrebbe quindi sovrapporsi necessariamente una sorta di ultrattività della clausola per effetto della sua sostituzione automatica;

- la conservazione della clausola compromissoria non è resa necessaria dal fine di garantire comunque alle parti la produzione o la persistenza di un diritto che le stesse perderebbero altrimenti a causa della nullità radicale della stessa pattuizione: essendo l'arbitrato comunque uno strumento di tutela dei diritti, la sua inoperatività consentirà, ovviamente, comunque di adire la tutela giudiziaria, con garanzie ancora maggiori per gli interessati. Per lo stesso motivo, la nullità della clausola compromissoria inadeguata non comporta la nullità dell'intero negozio societario ai sensi dell'art. 1419, comma 1, cod. civ., e quindi la sostituzione automatica della disciplina della stessa clausola non è resa necessaria neppure dal fine maggiore di conservare la fonte negoziale della società.

Ancora preliminarmente, riguardo all'eccezione d'inammissibilità sollevata dalla M. s.r.l., il Collegio osserva che la circostanza che la delibera impugnata sia stata iscritta nel registro delle imprese a norma dell'art. 2436, commi 3 e 4, cod. civ., e che contro il decreto del Tribunale non sia stato proposto reclamo, non può costituire certo causa di inammissibilità della successiva impugnazione della medesima delibera, come invoca invece parte convenuta.

Infatti il procedimento ed il provvedimento di cui all'art. 2436, commi 3 e 4, cod. civ., come da richiamo espresso operato dall'art. 29 del D.Lgs. n. 5/2003, appartengono alla volontaria giurisdizione, e alla specie dei procedimenti

camerali nei confronti di una sola parte, rappresentata dalla stessa società istante per l'iscrizione.

Pertanto deve escludersi che un provvedimento per sua natura inidoneo all'irrevocabilità, privo dell'istruttoria propria della piena cognizione e, soprattutto, reso all'esito di un procedimento al quale il socio dissenziente rimane estraneo (potendo egli soltanto limitarsi a rendere note al notaio le pretese censure di legittimità del deliberato da iscrivere, sperando che questi le faccia proprie e non proceda all'iscrizione ai sensi dell'art. 2436, comma 3, cod. civ.), possa precludere al socio dissenziente il diritto di impugnare successivamente la stessa delibera, una volta iscritta ed efficace, come invece espressamente consente, senza riserve di sorta in ordine all'iter pregresso del deliberato assembleare, l'art. 2479-ter cod. civ.

Sempre in sede preliminare, il Collegio rileva che l'eccezione della convenuta, relativa al preteso difetto di legittimazione dell'attore all'impugnazione, per non essere quest'ultimo titolare almeno del 5 per cento del capitale sociale, come aumentato proprio in forza della delibera impugnata, è infondata.

Infatti l'art. 2479-ter cod. civ. che disciplina, per le s.r.l., l'impugnazione delle decisioni dei soci invalide, nell'ultimo comma richiama l'art. 2377 cod. civ., che disciplina la stessa materia per le s.p.a., non integralmente, ma solo per i commi 1, 5, 7, 8 e 9, escludendo pertanto i commi 3 e 4, che introducono la limitazione alla legittimazione invocata dalla convenuta. Né, peraltro, potrebbe sostenersi che i predetti commi siano invece applicabili alle s.r.l. per effetto del richiamo che lo stesso art. 2479-ter cod. civ., nell'ultimo comma, fa dell'art. 2378 cod. civ., che, a sua volta, nel comma 2 rinvia all'art. 2377, comma 3, cod. civ., assegnando al ricorrente l'onere di dare prova della propria legittimazione. È infatti da escludersi che un mero, e generico, richiamo indiretto - dall'art. 2479-ter, comma 4, cod. civ. all'art. 2378 cod. civ. e dal comma 2 di quest'ultimo all'art. 2377, comma 3, cod. civ. - pertinente all'*onus probandi* possa prevalere sull'esplicito e specifico richiamo parziale operato dallo stesso art. 2479-ter, comma 4, cod. civ. ad alcuni soltanto dei commi dell'art. 2377 cod. civ., giacché pare logico che se il legislatore avesse inteso richiamare, in materia di s.r.l., il comma 3 dell'art. 2377 cod. civ., con la relativa limitazione alla legittimazione, lo avrebbe fatto includendo tale comma

accanto agli altri che ha espressamente richiamato, e non si sarebbe servito del tramite dell'art. 2378 cod. civ. Quindi la mancata inclusione del comma 3 dell'art. 2377 cod. civ. tra i commi della stessa norma richiamati dall'art. 2479-ter cod. civ. è sintomatica della volontà del legislatore di non porre limiti alla legittimazione del socio impugnante.

Peraltro, se pure non si condividesse tale interpretazione, non si potrebbe non rilevare come il meccanismo invocato dalla convenuta, per cui il socio che impugni una delibera assembleare che determini l'aumento di capitale sarebbe legittimato soltanto se detenesse almeno il 5 per cento del capitale sociale come aumentato dallo stesso atto censurato, finirebbe, nella gran parte dei casi, per vanificare la richiesta di sospensione della stessa delibera poiché, per impedirne l'efficacia tramite pronuncia giudiziaria, il ricorrente dovrebbe prima darvi esecuzione, sottoscrivendo l'aumento quanto meno sino al limite minimo della propria legittimazione a impugnare.

Quanto poi alla contestazione che l'attore non abbia dato prova di possedere almeno il 5 per cento del capitale sociale prima dell'aumento impugnato, è sufficiente rimandare ai patti parasociali depositati e sottoscritti dagli unici due soci, che nella premessa riconoscono nello stesso attore il titolare del 40 per cento del capitale totale.

Venendo poi al merito della lite, la fattispecie concreta d'invalidità che in via principale ed assorbente deve considerarsi è quella relativa al preteso difetto di legittimazione del presidente del cda della s.r.l. convenuta alla convocazione dell'assemblea, ordinaria e straordinaria, del 12 marzo 2004. Il dato normativo da cui occorre muovere è rappresentato dall'art. 2479-bis, comma 1, cod. civ., che rimette all'atto costitutivo «i modi di convocazione dell'assemblea dei soci». L'atto costitutivo della s.r.l. convenuta prevede, all'art. 9, che la convocazione sia effettuata «a cura dell'organo amministrativo», che l'art. 13 identifica o in un amministratore unico, o in un cda composto da tre a sette membri. Pertanto, poiché la forma concretamente assunta dall'organo amministrativo è quella del cda di tre membri, come non è contestato tra le parti ed è anzi documentalmente provato, è quest'ultimo organo collegiale che è legittimato alla convocazione, e che avrebbe potuto pertanto convocare l'assemblea che ha assunto le deliberazioni impuginate. La volontà

dell'organo collegiale, ovviamente, non poteva identificarsi con quella del suo presidente (che è anche il socio di maggioranza), ma presupponeva una deliberazione votata dalla maggioranza dei membri. Tuttavia, come risulta dal verbale del cda del 25 febbraio 2004, tale maggioranza non si raggiunse, poiché l'amministratore delegato, socio di minoranza e attuale attore, votò a sfavore della relativa proposta, avanzata dal presidente del cda, mentre il terzo membro del collegio, avendo fatto pervenire le proprie dimissioni dalla carica, non partecipò affatto alla seduta. Nonostante tale situazione, il presidente del cda convocò egualmente l'assemblea, i cui deliberati sono pertanto viziati, secondo la tesi attorea, *ab origine*.

Sostiene tuttavia la convenuta che il presidente della cda poteva egualmente convocare l'assemblea in forza dell'art. 2479 cod. civ., che attribuisce ad uno o più amministratori il potere di sottoporre all'assemblea argomenti che non sarebbero di competenza di questa in base all'atto costitutivo. La tesi non può essere accolta. Infatti l'art. 2479, comma 1, cod. civ., disciplina la competenza per materia dell'assemblea, consentendone l'ampliamento, rispetto alle previsioni dell'atto costitutivo, agli amministratori, ma non incide sulle modalità di convocazione della stessa, che restano disciplinate, *ex art. 2479-bis* cod. civ., dallo statuto. Pertanto gli amministratori che volessero sottoporre all'assemblea ulteriori argomenti, dovrebbero comunque attivarne la convocazione nei modi statutari.

Inoltre la formula testuale «uno o più amministratori» è in realtà la riproduzione dell'analoga espressione («uno o più soci» cui è affidata l'amministrazione della s.r.l.), e quindi presuppone che l'affidamento dell'amministrazione a più persone/soci coincida, di regola e a norma del comma 3 dell'art. 2475 cod. civ., con il cda. Quindi, per effetto del combinato disposto tra gli artt. 2479 e 2475 cod. civ., se la società è amministrata da un cda, è a tale organo collegiale, e non ai singoli membri di questo (privi, in quanto tali, di alcuna autonomia competenza), che spetta anche il potere di ampliare, rispetto all'atto costitutivo, la competenza assembleare a norma dell'art. 2479 cod. civ.

Sostiene ancora la convenuta che il presidente del cda poteva convocare l'assemblea ai sensi dell'art. 2258, comma 3, cod. civ., richiamato dall'art. 2475, comma 3, cod. civ., sussistendo l'urgenza di evitare un danno alla società. La

tesi è tuttavia palesemente contraddetta dal tenore letterale delle norme: l'art. 2258, comma 3, cod. civ. richiama l'art. 2475 cod. civ. soltanto quando l'amministrazione della s.r.l. sia affidata a più persone congiuntamente, non anche quando, come nel caso di specie, le più persone costituiscano, come è la regola, l'unico organo amministrativo collegiale, ovvero il cda.

Peraltro l'art. 2379 cod. civ. che, nel comma 3, considera espressamente estranea alla fattispecie della mancata convocazione dell'assemblea della s.p.a. l'ipotesi in cui l'avviso provenga da «un componente dell'organo d'amministrazione», non è espressamente richiamato dall'art. 2479-ter, comma 4, cod. civ., per la s.r.l., per cui deve escludersi l'applicabilità di tale sorta di sanatoria al caso *sub iudice*.

Infine, il richiamo (peraltro neppure dedotto da parte convenuta tra i motivi di validità della delibera), contenuto nell'art. 9 dello statuto, all'art. 2366, comma 3 (ora 4), cod. civ., non è rilevante per la decisione della presente controversia, anche a prescindere dalla sua interpretazione, che pare riferita alle formalità della convocazione (forma, termine di consegna e contenuto dell'avviso), ma non al potere di effettuare la convocazione stessa, che di tali formalità è comunque un necessario presupposto. Infatti, nel caso di specie, non era presente alle sedute assembleari l'intero capitale sociale, essendo assente il socio di minoranza, attuale

attore, per cui non sono applicabili né l'art. 2366, comma 3, cod. civ., né l'art. 2479-bis, ultimo comma.

Escluso pertanto che il presidente del cda, in quanto tale, potesse legittimamente convocare l'assemblea, deve rilevarsi che tale vizio - radicale e non sanato dalla condotta del socio di minoranza, attuale attore, che non comparve nella seduta assembleare ordinaria e straordinaria, e che ha impugnato i relativi deliberati - si riflette inevitabilmente sulla validità della stessa assemblea e delle decisioni che questa assunse il 12 marzo 2004. Peraltro il vizio procedimentale, motivo di annullabilità (per un precedente specifico cfr. Cass. 2 agosto 1977, n. 3422), è tanto radicale, per essere a monte di tutte le successive fasi degli atti collegiali censurati, da non rendere opportuno, ed anzi possibile, che il Tribunale in questa sede assegni il termine di cui al secondo periodo del comma 1 dell'art. 2479-ter cod. civ., come richiesto dalla convenuta, poiché tale provvedimento non contribuirebbe a far adottare una nuova decisione esente dalle invalidità denunciate, ma si risolverebbe, nel caso di specie, nell'emissione di un'ordine di convocare l'assemblea, rivolto all'organo amministrativo, ovvero in un'ingerenza che sarebbe del tutto eccedente rispetto alla finalità conservativa della norma invocata.

Va quindi accolta la domanda di annullamento degli atti societari impugnati.

IL COMMENTO

di Nicola Soldati

avvocato, ricercatore e docente di Diritto commerciale,
Alma Mater Studiorum, Università di Bologna

La sentenza in commento costituisce, a quanto consta, uno dei primi arresti in tema di validità della clausola compromissoria contenuta all'interno degli statuti delle società⁽¹⁾.

Le novità introdotte dalla riforma societaria

Come è noto, la riforma del diritto societario è venuta a incidere nella sua parte processuale in modo assai pro-

fondo con riferimento alle clausole compromissorie statutarie⁽²⁾.

In particolare, l'art. 34, comma 2, sancisce che la clausola deve prevedere il numero e le modalità di nomina de-

Note:

(1) Cfr. anche Trib. Trento 8 aprile 2004, in *Le Società*, 2004, pag. 996, la quale afferma che «la clausola compromissoria che non affida il potere di nomina degli arbitri ad un terzo estraneo è nulla», con nota di L.M.C. Morellini, «Artt. 34 e segg., D.Lgs. n. 5/2003: ambito di applicazione e nullità della clausola compromissoria».

(2) C. Consolo, «Esercizi imminenti sul Codice di procedura civile: metodi asistemati e penombre», in *Corr. giur.*, 2002, pag. 1544, avanza qualche dubbio di costituzionalità sul meccanismo di nomina disegnato dal legislatore delegato.

gli 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.

La nuova previsione normativa codifica un meccanismo di nomina che viene a differenziarsi nettamente rispetto a quello previsto dal codice di rito, creando una vera e propria *species* di clausola arbitrale in ambito societario.

Infatti, attraverso la previsione della nullità dell'accordo che preveda la designazione degli arbitri ad opera delle parti mentre, da una parte, è stato sacrificato il principio della libera e paritaria partecipazione delle stesse alla nomina dei componenti del collegio arbitrale, tuttavia, dall'altra, è stato creato un meccanismo di nomina in grado di superare due problematiche assai sentite nella pratica: quella relativa alla terzietà dei membri del collegio arbitrale⁽³⁾ e quella relativa alla plurisoggettività delle controversie societarie.

Tuttavia, il nuovo meccanismo di composizione del

collegio arbitrale nasconde non poche insidie in ordine alla validità delle clausole compromissorie contenute all'interno di statuti ed atti costitutivi. Infatti, in base alla sentenza in esame, 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 e organi della società a rivolgersi all'Autorità giudiziaria ordinaria per la risoluzione delle controversie, salvo trovare un accordo, una volta insorta la lite, per la stipulazione di un compromesso arbitrale.

L'importanza della pronuncia del Tribunale di Latina

Il Tribunale di Latina, con una sentenza assai articolata, dimostra di conoscere i primi orientamenti dottrinali che sono stati espressi in materia ed affronta non solo il problema della validità delle clausole compromissorie incompatibili con la nuova normativa, ma anche il tema dell'applicabilità della norma processuale nel periodo transitorio.

La sentenza, infatti, prende in esame un'opinione autorevolmente espressa in dottrina⁽⁴⁾, 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, cod. proc. civ., nel caso in cui, nell'arbitrato delle controversie di lavoro, la clausola compromissoria autorizzi gli arbitri a pronunciare secondo equità, oppure dichiarare il lodo non impugnabile), e che, quindi, sia applicabile il meccanismo sostitutivo di cui all'art. 1419, comma 2, cod. civ. 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.

Tuttavia, il meccanismo designato dall'art. 1419, comma 2, cod. civ. non appare applicabile in mancanza di una espressa indicazione normativa in tale senso; infatti come sostenuto in giurisprudenza⁽⁵⁾, tale previsione opera soltanto se la sosti-

Note:

(3) P. Bivanti, «Il procedimento nell'arbitrato societario», in Riv. arb., 2003, pag. 31; E.F. Ricci, «Il nuovo arbitrato societario», in Riv. trim. dir. e proc. civ., 2003, pag. 525, 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. Si parte qui dall'idea che la controversia, pur svolgendosi tra soggetti ben determinati, possa in realtà coinvolgere direttamente o indirettamente l'interesse di tutti i membri del gruppo e il gruppo stesso come ente; e proprio per questo si diffida delle designazioni in qualche modo legate alla scelta compiuta da membri del gruppo o da suoi organi».

(4) F.P. Luiso, «Appunti sull'arbitrato societario», in Riv. dir. proc., 2003, pag. 717.

(5) Cass. 28 giugno 2000, n. 8794, in Contratti, 2001, pag. 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, cod. civ., 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,

(segue)

tuzione stessa debba avvenire "di diritto", in forza, cioè, di un'espressa previsione di legge.

Ulteriormente, sempre nel tentativo di salvare l'accordo compromissorio, è stato argomentato che in caso di nullità del meccanismo di nomina, trovi applicazione il meccanismo suppletivo di cui all'ultima parte del comma 2 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⁽⁶⁾, essendo la *ratio* della norma quella di sottrarre alle parti il potere diretto di nomina degli arbitri⁽⁷⁾.

L'interpretazione da parte dei giudici di merito delle nuove norme

Nondimeno, anche questa lettura non appare corretta, poiché 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⁽⁸⁾. Sul punto la sentenza in esame afferma, infatti, 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». Giovi rilevare un'ulteriore problema che si evidenzia dalla lettura della norma: l'art. 34, comma 2, prevede che il presidente del tribunale competente per la nomina sia quello del luogo in cui la società ha sede. Tale

previsione contrasta con quella contenuta all'art. 810 cod. proc. civ. alla luce della quale il presidente del tribunale, quale autorità di nomina, è quello nella cui circoscrizione è la sede dell'arbitrato, e, nell'ipotesi in cui questa non sia ancora stata determinata dalle parti, quello del luogo in cui è stato stipulato il compromesso o il contratto al quale la clausola compromissoria si riferisce.

I nuovi criteri interpretativi

Quindi, il legislatore della riforma ha deciso di utilizzare un differente criterio rispetto a quello individuato nel codice di rito, forse più vicino alla interpretazione di diritto sostanziale che viene strettamente a collegare la sede della società e il tribunale competente, ma che, da una diversa prospettiva, viene a limitare la portata codicistica della indicazione della sede dell'arbitrato contenuta nell'accordo arbitrale⁽⁹⁾.

Note:

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 Giust. civ. Mass., 1995, pag. 1594; Cass., Sez. Un., 11 febbraio 1982, n. 835, in Foro it., 1983, I, c. 1081.; Cass. 11 giugno 1981, n. 3783, in Giust. civ. Mass., 1981, n. 6; Cass. 4 settembre 1980, n. 5100, in Giust. civ. Mass., 1980, n. 9; Cass. 25 giugno 1979, n. 3551, in Giust. civ. Mass., 1979, n. 6; contra: Cass. 21 agosto 1997, n. 7822, in Giust. civ. Mass., 1997, pag. 1467.

(6) G. Gabrielli, «Clausole compromissorie e statuti sociali», in Riv. dir. civ., 2004, II, pag. 90, il quale condivide la tesi della nullità parziale della clausola compromissoria con rinvio della nomina di tutti gli arbitri, ex art. 809 cod. proc. civ., 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 applicarsi la regola suppletiva generale dell'art. 809, comma 3, cod. proc. civ., 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, «L'arbitrato nella riforma del diritto societario», in Giur. it., 2003, II, pag. 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», in Riv. arb., 2004, pag. 363.

(7) F.P. Luiso, op. cit., pag. 717.

(8) Come sostenuto anche da G. Arieta, F. De Santis, Diritto processuale societario, Padova, 2004, pag. 640; G. Ruffini, «La riforma dell'arbitrato societario», in Corr. giur., 2003, pag. 1530.

(9) L'eventuale indicazione della sede dell'arbitrato rimarrà quindi valida per tutti gli altri aspetti previsti dal codice di rito e,

(segue)

Pertanto, mentre da una parte si può affermare che la nullità della clausola compromissoria derivante dalla mancata attribuzione del potere di nomina degli arbitri a un terzo estraneo rispetto alla società risulti insanabile, dall'altra parte, la mancata indicazione del numero e delle modalità di nomina degli arbitri portano semplicemente le parti a ricorrere ai meccanismi suppletivi e integrativi forniti dal codice di rito⁽¹⁰⁾, ovvero da quelli indicati nel regolamento prescelto, nell'ipotesi di arbitrato amministrato⁽¹¹⁾.

L'arbitrato c.d. di diritto comune

A seguito dell'introduzione dell'art. 34 del D.Lgs. n. 5/2003, si è aperto un dibattito dottrinario particolarmente acceso relativamente alla possibilità di sopravvivenza dell'arbitrato c.d. di diritto comune all'interno del mondo societario.

Tale dibattito, nato 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⁽¹²⁾ e in particolare della sentenza in commento, al di là delle astrazioni puramente dot-

trinarie, sembra avere come obiettivo pratico quello di salvaguardare la validità di tutte quelle clausole compromissorie contenute nei patti sociali che non siano state oggetto di modifica dopo l'entrata in vigore del menzionato art. 34 e, in particolare modo, ma non solo, quelle delle società di persone che continuano a prevedere la nomina degli arbitri ad opera delle parti in lite.

Parte della dottrina sostiene che la posizione giurisprudenziale, tra cui anche la sentenza in commento, e della gran parte della dottrina non colga a pieno la novità dell'arbitrato societario, pervenendo ad un risultato contraddittorio⁽¹³⁾. 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

La nuova disciplina dell'arbitrato societario nascente da clausola compromissoria statutaria riguarderebbe solamente le controversie «che abbiano ad oggetto diritti 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 deliberare 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 sostituiscono il sistema disegnato dal codice di rito, ma ad esso si vanno ad aggiungere, come del resto sarebbe stato evidenziato anche dalla relazione ministe-

Note:

quindi, con riferimento agli arbitri, per l'individuazione del tribunale a cui indirizzare l'istanza di ricsuzione o la domanda di sostituzione dell'arbitro.

(10) 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.

(11) In questo senso P. Biavati, op. cit., pag. 31; E. Zucconi Galli Fonseca, «La convenzione arbitrale nelle società dopo la riforma», in Riv. trim. dir. e proc. civ., 2003, pag. 958.

(12) Trib. Trento 8 aprile 2004, cit.; cfr. 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"».

(13) F. Auletta, op. cit., pag. 361; V. Salafia, «Alcune questioni interpretative», in Le Società, 2004, pag. 1457.

riale al decreto legislativo⁽¹⁴⁾, nella quale si legge che «la formulazione del testo contribuisce alla creazione di una compiuta *species* arbitrale, che si sviluppa senza pretesa di sostituire il modello codicistico (naturalmente ultrattivo anche in materia societaria) comprendendo numerose opzioni di rango processuale... che appaiono assolutamente funzionali alla promozione della cultura dell'arbitrato endo-societario»⁽¹⁵⁾.

La difficile coesistenza nei patti sociali delle clausole di diritto comune e di diritto societario

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 la nuova disciplina non sia venuta a fornire 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 (per esempio, capacità a essere nominati arbitri, ovvero istruzione probatoria e assunzione delle testimonianze)⁽¹⁶⁾.

Del resto 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⁽¹⁷⁾.

Ad ulteriore conferma, giovi rilevare come anche le nuove norme del processo di cognizione societario contengono numerosi rinvii a quelle del codice di rito,

basti pensare, a titolo esemplificativo, all'art. 2 del decreto che rinvia all'art. 163 cod. proc. civ. relativamente al contenuto dell'atto di citazione.

Il summenzionato orientamento dottrinale porta a ritenere che la situazione delle società di fronte alla nuova disciplina dell'arbitrato è rappresentabile nei termini dell'onere, infatti, ove la società volesse potere conseguire i peculiari effetti dell'arbitrato societario dovrebbe introdurre una clausola compromissoria ex art. 34 del decreto; in caso contrario le controversie societarie continuerebbero ad essere regolate dalla disciplina del codice di rito, con tutte le relative limitazioni. Pertanto, il mancato adeguamento non minerebbe in alcun modo la validità delle clausole arbitrali di diritto comune contenute negli statuti, contrariamente a quanto affermato dai primi arresti giurisprudenziali, con la conseguenza che, alla luce del combinato disposto degli artt. 808, ultimo comma, cod. proc. civ. e 1424 cod. civ., la clausola compromissoria potrebbe sì risultare nulla ai sensi dell'art. 34 del decreto, e pur tuttavia con-

Note:

(14) D. Amadei, N. Soldati, Il processo societario. Prima lettura sistematica delle novità introdotte dal D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, Milano, II ed., 2004, pag. 255.

(15) F. Auletta, op. cit., pag. 363.

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

(17) Si fa riferimento alle controversie nascenti dal trasferimento di partecipazioni sociali (F. Carpi, «Profili dell'arbitrato in materia di società», in Riv. arb., 2003, pag. 416; R. Nobili, «Conciliazione e arbitrato nelle controversie societarie», in Atti del Convegno su «Conciliazione e arbitrato nelle controversie societarie», Roma, 2003, pag. 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. e proc. civ., 2004, pag. 133; F. Carpi, op. cit., pag. 411; E.F. Ricci, op. cit., pag. 523; G. Ruffini, op. cit., pag. 1525; F. Corsini, op. cit., pag. 1290; contra E. Zucconi Galli Fonseca, «Commento sub art. 34», in F. Carpi (a cura di), Arbitrato societario, Bologna, 2004, pag. 5; E. Zucconi Galli Fonseca, op. cit., pag. 935; A. Briguglio, «Conciliazione e arbitrato nelle controversie societarie», loc. cit., pag. 28).

tinuare a valere come clausola compromissoria di diritto comune, laddove contenga tutti i requisiti di forma e di sostanza imposti dal codice di rito⁽¹⁸⁾.

Alcuni rilievi critici agli orientamenti dominanti

Tali argomentazioni, per vero, non sembrano totalmente convincenti. Infatti, mentre, da una parte, non pare assolutamente in discussione che la novità della riforma sia rappresentata «dalla costruzione di un nuovo istituto giurisdizionale con incremento del potere decisorio, bilanciato dalla limitazione dell'autonomia delle parti nella formazione del giudice arbitrale»⁽¹⁹⁾, dall'altra, però non sembra condivisibile l'affermazione in base alla quale se «la nuova forma arbitrale fosse interpretata come esclusiva di quella tradizionale, si potrebbe dubitare della sua costituzionalità, sul rilievo che essa fa alle società commerciali e ai loro soci un trattamento diverso e irrazionale rispetto a quello ri-

servato dalle norme generali a tutti gli altri soggetti di diritto»⁽²⁰⁾. Infatti, ove i patti sociali non contenessero una clausola arbitrale i soci sarebbe tenuti⁽²¹⁾ a risolvere la lite innanzi a un giudice societario e, quindi, con un apparato processuale in ogni caso differente rispetto a quello di «tutti gli altri soggetti di diritto».

Occorre tenere a mente che le intenzioni del legislatore delegante erano nel senso di aumentare le facoltà dei soci⁽²²⁾ e tale aumento è sicuramente stato realizzato attraverso la previsione di norme processuali *ad hoc* per l'arbitrato societario. Ma se, al contrario, si sostiene che sia ancora possibile utilizzare nell'ambito dei patti sociali clausole di diritto comune, ciò significa non certo aumentare tali facoltà quanto piuttosto diminuirle, basti pensare, a titolo esemplificativo, all'impossibilità nella scelta dell'arbitrato di diritto comune di chiedere agli arbitri provvedimenti cautelari⁽²³⁾. Questo orientamento, pur ispirato ad un'ampia libertà di scelta della forma di arbitrato da

adottare, finirebbe per ostacolare la riforma, facendo perdurare lo stato di inoperatività dell'istituto.

Clausola compromissoria e patti sociali

Il fatto che la clausola compromissoria possa essere introdotta nei patti sociali a discrezione dei soci è di palmaria evidenza nel testo stesso dell'art. 34 del decreto laddove espressamente il legislatore ha ritenuto di fare uso del termine «possano»⁽²⁴⁾. Ma se i soci non intendano avvalersi di tale possibilità, in caso di controversia potranno alternativamente rivolgersi alle proprie istanze al giudice societario, sempre ai sensi dei disposti del D.Lgs. n. 5/2003, ovvero all'arbitrato di diritto comune nascente da compromesso ovvero, da ultimo, alla conciliazione stragiudiziale *ex art. 38* del decreto⁽²⁵⁾.

Alla luce delle considerazioni svolte, pare potersi sostenere allo stato⁽²⁶⁾, conformemente alla sentenza in esame, che, in presenza di una clausola compromissoria

Note:

(18) F. Auletta, *op. cit.*, pag. 363.

(19) V. Salafia, *op. cit.*, pag. 1458.

(20) V. Salafia, *op. cit.*, pag. 1458.

(21) Fatta salva l'ipotesi della stipulazione di un compromesso arbitrale.

(22) Come giustamente rileva anche V. Salafia, *op. cit.*, pag. 1458.

(23) Chiaramente nelle fattispecie previste dalla legge e con le relative caratteristiche.

(24) Tale opzione terminologica era quasi imposta proprio per scongiurare l'incostituzionalità della previsione laddove questa avesse potuto essere interpretata nel senso di un obbligo di inserimento di clausole compromissorie all'interno degli statuti.

(25) Al riguardo cfr. V. Salafia, *op. cit.*, pag. 1458, il quale rileva giustamente che «a questa situazione l'art. 34 non mostra di voler derogare, se non per quanto concerne la modalità di organizzazione del giudice arbitrale e la qualità del suo potere cognitivo e decisorio. Nel dettato legislativo non si rinvengono alcuna espressione linguistica che possa essere intesa come diretta a consentire alle società commerciali di avvalersi in futuro, ove lo vogliano, solo della nuova forma arbitrale».

(26) Per un periodo di tempo era stata ventilata l'ipotesi di un intervento correttivo del legislatore sul punto che legittimasse la tesi dell'ultrattività delle clausole compromissorie statutarie di diritto comune, ma tale intervento allo stato non è stato effettuato e difficilmente potrà essere effettuato entro il periodo di un anno concesso dalla legge delega dall'entrata in vigore dei decreti delegati, anche alla luce della bozza di decreto legislativo approvata dal Consiglio dei ministri del 28 ottobre del 2004 che non contiene alcuna modifica in relazione all'arbitrato.

soria difforme dalle nuove norme inderogabili che impongono all'art. 34 del decreto la nomina degli arbitri in capo a un soggetto estraneo alla società, se i soci vogliono utilizzare l'opzione arbitrale per la soluzione delle controversie siano tenuti a modificarne il contenuto laddove difforme dalla nuova previsione processuale prima dell'insorgere della controversia, in mancanza, la clausola risulterà radicalmente nulla⁽²⁷⁾.

Infatti, non pare dirimente per sostenere il contrario basarsi su di un'assenza di un obbligo di adeguamento previsto dalle disposizioni di attuazione del Codice civile introdotte dal D.Lgs. n. 6/2003, in quanto la clausola compromissoria statutaria, avendo natura negoziale, è nulla ed inefficace quando contrasta con una norma inderogabile, quantanche sopravvenuta⁽²⁸⁾.

Conseguenze del mancato adeguamento statutario

Pertanto, appare arduo ipotizzare una sostituzione automatica del meccanismo legale di cui all'art. 34, comma 2, in tutte quelle ipotesi in cui le società non abbiano provveduto all'adeguamento dello statuto in armonia con quanto previsto dal D.Lgs. n. 6/2003 con ri-

ferimento alle società di capitali⁽²⁹⁾. Infatti, mentre la riforma sostanziale del diritto societario disegna al suo interno compiute norme transitorie per regolare la fase di transizione e l'eventuale presenza di disposizione contrarie alle nuove norme, 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 la riforma del processo societario. Pertanto, in base al principio *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit* tale interpretazione pare ulteriormente supportata.

Proprio con riferimento alle norme transitorie, la sentenza in commento prende in esame l'applicabilità della previsione di cui all'art. 34 del decreto al periodo transitorio previsto dal legislatore della riforma per l'adeguamento degli statuti.

Dal punto di vista pratico-operativo, le s.r.l., le s.p.a. e le società cooperative⁽³⁰⁾, ciascuna secondo le tempistiche scandite dal legislatore delegato (art. 223-bis e art. 223-duodecies disp. att. cod. civ.)⁽³¹⁾, hanno proceduto o procederanno 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 prevedano 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 decreto n. 6/2003, vale a dire alle società di capitali e 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 a 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.

Il periodo di validità ed efficacia delle nuove norme

La sentenza in commento conferma l'applicazione delle norme del nuovo rito

Note:

(27) Tale è anche l'orientamento espresso nelle massime del Consiglio notarile di Milano.

(28) Contra F. Auletta, op. cit., pag. 366.

(29) Questa tesi è sostenuta anche da G. Arieta, F. De Santis, op. cit., pag. 614.

(30) 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».

(31) B. Immiello, La riforma del diritto societario, Milano, 2003, pag. 13.

societario a tutte le società, sia di persone che di capitali⁽³²⁾ a far tempo dall'entrata in vigore del decreto, vale a dire dal 1° gennaio 2004, affermando che «deve escludersi che durante tale fase temporale le clausole compromissorie contrastanti con la disciplina inderogabile di cui all'art. 34, comma 2, D.Lgs. n. 5/2003, per quanto interessa ai fini di questo giudizio, possano perpetuare la loro efficacia». Tale affermazione viene motivata dal fatto che il comma 5 dell'art. 223-bis disp. att. cod. civ., 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». Tale orientamento è conforme a quanto già espresso in giurisprudenza da altro tribunale di merito⁽³³⁾ che aveva affermato che «gli artt. 223-bis e 223-duodecies disp. att. cod. civ. riguardano solo ed esclusivamente la tempisti-

ca 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 nell'art. 34 e segg. D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, anche in virtù dell'ambito di applicazione di tale decreto, così come delimitato dal relativo art. 1. Conseguentemente, l'entrata in vigore del citato decreto determina la sopravvenuta nullità della clausola compromissoria contenuta nello statuto di una società di persone che non sia conforme alla norma di cui all'art. 34, comma 2, D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, nella parte in cui prevede la nomina di tutti gli arbitri, a pena di nullità, da parte di soggetto estraneo alla società».

Considerazioni conclusive

La sentenza, alla luce di tali considerazioni, arriva ad affermare 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 do-

vrebbe quindi sovrapporsi necessariamente una sorta di ultrattività della clausola per effetto della sua sostituzione automatica».

In conclusione, sempre con riferimento alle disposizioni transitorie all'art. 41 del D.Lgs. n. 5/2003⁽³⁴⁾ giovi ricordare come sia stato disposto che il socio non possa esercitare il diritto di recesso in quelle società il cui statuto verrà modificato in attuazione degli art. 223-bis e 223-duodecies delle disp. att. cod. civ.

Pertanto, la norma in esame ha trovato e trova applicazione nella fase di adeguamento degli statuti delle società di capitali e delle cooperative. Infatti, è opportuno ricordare come in base alla disposizione contenuta all'art. 41, comma 2, del decreto, nel periodo transitorio, le maggioranze necessarie sono state inferiori a quelle ordinariamente previste, pari alla «maggioranza semplice, qualunque sia la parte di capitale rappresentata dai soci partecipanti» (art. 223-bis disp. att. cod. civ.) nelle società di capitali e sono pari alla «maggioranza semplice dei presenti» (art. 223-duodecies disp. att. cod. civ.) nelle società cooperative.

Per contro, la norma transitoria non ha trovato applicazione con riferimento all'adeguamento degli statuti delle società di persone, poiché escluse dall'ambito di applicazione delle disposizioni del D.Lgs. n. 6/2003. ■

Note:

(32) Contra: Trib. Bari 7 dicembre 2004, inedita, la quale afferma che «il D.Lgs. 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)».

(33) Trib. Trento 11 febbraio 2004, in Giur. merito, 2004, pag. 1699 e Trib. Trento 8 aprile 2004, cit.

(34) Come modificato dall'avviso di rettifica relativo al D.Lgs. n. 5/2003, pubblicato in G.U. 9 settembre 2003, n. 209.