

Validità della clausola compromissoria statutaria nel periodo transitorio

La sentenza del Tribunale di Torino costituisce una delle prime pronunce in tema di validità della clausola compromissoria statutaria dopo l'entrata in vigore del nuovo processo societario. Esame di problemi e opportunità che si presentano agli operatori giuridici nell'utilizzo dello strumento.

Sentenza Tribunale di Torino
27 settembre 2004,
Presidente Premoselli, Relatore Oberto
(stralcio)

Il disposto delle speciali norme transitorie contenute negli artt. 223-bis disp. att. cod. civ. e 41 D.Lgs. n. 5/2003 deve essere interpretato nel senso che lo stesso non vale ad inibire alle parti di valersi di clausole compromissorie eventualmente non rispondenti ai requisiti novellamente imposti dalla recente riforma del diritto societario, con riguardo a rapporti giuridici sorti in data anteriore al 30 settembre 2004 e non ancora esauriti a tale data.

Ove sia applicabile il disposto dell'art. 34 D.Lgs. n. 5/2003, va comunque fatta applicazione dell'art. 1419 cod. civ., atteso che, in ogni caso, la disposizione negoziale contenuta nella clausola compromissoria di nomina degli arbitri ad opera delle parti manifesta nella maniera più chiara e inequivocabile la volontà delle stesse di sottrarre alla cognizione dell'autorità giurisdizionale ordinaria ogni e qualsiasi tipo di controversia tra i soci e la società, con conseguente operatività della disposizione negoziale contenuta nella clausola arbitrale che rimette al presidente di un ordine professionale (soggetto indubbiamente «estraneo alla società»), la nomina degli arbitri non nominati dalle parti (e, dunque, di tutti gli arbitri).

Sulla questione preliminare sollevata dalla parte convenuta osserva il Collegio che, ai sensi dell'art. 14 dello statuto sociale, «Tutte le controversie che dovessero insorgere tra i soci e la società, o tra gli stessi soci, in dipendenza del presen-

te contratto sociale, qualora non siano inderogabilmente demandate alla competenza dell'Autorità giudiziaria, saranno devolute ad un collegio arbitrale composto da tre membri, nominati, i primi due, da ciascuna delle parti interessate, uno per ognuna, ed il terzo dai primi due o, in difetto di accordo, su istanza della parte più diligente, dal presidente dell'Ordine dei ragionieri commercialisti della città di Torino in carica all'epoca, il quale provvederà anche alla nomina degli arbitri eventualmente non designati dalle parti. Il collegio arbitrale giudicherà "pro bono et aequo" inappellabilmente e senza formalità di procedura. I costi inerenti saranno a carico della parte soccombente». Le parti attrici, nello stesso atto di citazione e, successivamente, negli altri scritti difensivi nonché, in particolare, nella comparsa conclusionale, affrontano il tema della validità di tale clausola, prospettandone la nullità.

Sul punto va osservato che, sotto il profilo della compromettibilità in arbitri della materia di cui si discute nell'odierna controversia, e, più in generale, sulla deferibilità agli arbitri delle impugnazioni delle delibere assembleari, sussiste una situazione di contrasto nella giurisprudenza di merito (la Corte di Cassazione - cfr. Cass. 2 settembre 1998, n. 8699 - si è pronunciata invece sulla diversa questione della compromettibilità in arbitri dell'azione di responsabilità, optando per la soluzione affermativa): cfr., nel senso della validità della relativa clausola compromissoria, anche con riguardo alle azioni di impugnativa delle delibere assembleari, Trib. Milano 18 maggio 1995, in *Le Società*, 1995, pag. 1609; Trib. Milano 29 gennaio

1998, in *Giur. it.*, 1998, pag. 1196; Trib. Milano 10 gennaio 2000, in *Giur. it.*, 2000, pag. 1239; *contra*, Trib. Napoli 2 maggio 2003, in *Giur. merito*, 2004, I, pag. 249.

Il Collegio reputa più convincente la tesi favorevole alla compromettibilità in arbitri (anche) della controversia relativa all'impugnazione delle delibere per vizi attinenti al mancato raggiungimento del *quorum* deliberativo, dal momento che, come insegnato dalla giurisprudenza di legittimità, «Le controversie in materia societaria possono, in linea generale, formare oggetto di compromesso, con esclusione di quelle che hanno ad oggetto interessi della società o che concernono la violazione di norme poste a tutela dell'interesse collettivo dei soci o dei terzi». (Cass. 30 marzo 1998, n. 3322) e che, nel caso di specie, non vengono in considerazione né l'interesse collettivo dei soci, né tanto meno interessi di terzi (si noti che, nel caso risolto dalla decisione testé citata, che concluse nel senso della non compromettibilità in arbitri, si trattava di fattispecie in cui, a differenza di quella in esame, un socio chiedeva l'annullamento di una delibera di approvazione del bilancio sul presupposto che essa risultava inficiata da una irregolare destinazione a riserva oltre il limite minimo stabilito dalla legge con conseguente mancata distribuzione degli utili, e quella in cui un socio chiedeva l'annullamento della delibera con la quale, ai soci di maggioranza aventi la veste di amministratori venivano attribuiti compensi sproporzionati e non coerenti con la situazione economica della società). Per ciò che attiene più specificamente alla (asserita) violazione del *quorum* deliberativo previsto dalla legge o dallo statuto (questione di cui si controverte nel merito del caso di specie), va osservato che la giurisprudenza appare orientata a ritenere siffatto vizio sanzionato dall'annullamento e non dalla nullità (cfr. App. Milano 21 luglio 1992, in *Le Società*, 1993, pag. 342; App. Napoli 8 luglio 1982, *ivi*, 1984, pag. 179, Trib. Napoli 28 settembre 1988, in *Giur. comm.*, 1991, II, pag. 327). Ne consegue che le disposizioni attinenti alla regolare formazione della volontà sociale non appaiono ispirate e giustificate da esigenze di tutela di un principio di ordine pubblico, tanto più che la legge (cfr. art. 2377 cod. civ.) prevede non già un obbligo di impugnazione, ma una mera facoltà per i soggetti legittimati (e non per chiunque vi

abbia interesse), stabilendo che la mancata impugnazione nel termine di novanta giorni renda definitivamente inattaccabile la deliberazione stessa.

Sempre secondo l'impostazione delle parti attrici, la clausola sopra riportata sarebbe nulla perché in contrasto con quanto disposto dall'art. 34, cpv, D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, a mente del quale «La clausola 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 le sede legale».

Replica la convenuta che nella specie dovrebbe trovare applicazione l'art. 223-bis disp. att. cod. civ. con la conseguenza che, non essendo ancora scaduto il termine per l'adeguamento della clausola alle nuove disposizioni, la medesima andrebbe ritenuta valida. Ribattono le parti attrici sul punto asserendo che la citata disposizione di attuazione sarebbe riferibile solo alle norme sostanziali contenute nel D.Lgs. n. 6/2003 e non già a quelle processuali, oggetto del D.Lgs. n. 5/2003. Il Collegio reputa che, comunque si voglia risolvere il problema dell'applicabilità al caso di specie dell'art. 223-bis cod. civ., l'art. 34, cpv. cit. non possa trovare applicazione nel caso di specie. Invero, non vi è dubbio che, partendo dal presupposto dell'applicabilità dell'art. 223-bis cod. civ. non potrebbe certamente affermarsi oggi la nullità di una clausola non rispondente al nuovo dettato normativo, non essendo ancora decorso il termine per l'adeguamento previsto dalla norma citata.

D'altro canto va però osservato che la norma transitoria in discussione, contenuta nel solo D.Lgs. n. 6/2003, per la sua natura eccezionale (derivante dal fatto che la disposizione è posta in deroga al principio generale che vuole operanti solo per il futuro le modifiche normative: cfr. art. 11 disp. prel. cod. civ.), potrebbe essere ritenuta insuscettibile di estensione analogica alle fattispecie di nullità previste dal D.Lgs. n. 5/2003. Per converso, sembrerebbe deporre nel senso dell'applicabilità dell'art. 223-bis cod. civ. al caso di specie il fatto che l'art. 41, comma 2, D.Lgs. n. 5/2003 disponga testualmente che «Alle modifiche deliberate a norma degli articoli 223-bis e 223-duodecies delle disposi-

zioni di attuazione del Codice civile, per adeguare le clausole compromissorie preesistenti alle disposizioni derogabili del presente decreto legislativo non si applica l'articolo 34, comma 6». Tale disposizione, invero, non avrebbe senso se non partisse dal presupposto proprio dell'applicabilità dell'art. 223-bis cod. civ. anche alle fattispecie di nullità novellamente introdotte dall'art. 34, D.Lgs. n. 5/2003 (si noti che la norma parla di adeguamento «alle disposizioni inderogabili del presente decreto legislativo»: cioè, appunto, del D.Lgs. n. 5/2003).

La soluzione del caso in esame comunque non muta neppure partendo dal diverso presupposto secondo il quale i problemi di diritto transitorio relativi alla questione qui agitata dalle parti dovrebbero risolversi a prescindere dall'art. 223-bis cod. civ. e dunque alla sola stregua del principio generale stabilito dall'art. 11 disp. prel. cod. civ. Vero è che l'art. 41, comma 1, D.Lgs. n. 5/2003 stabilisce che «Ai giudizi pendenti alla data di entrata in vigore del presente decreto si applicano le disposizioni anteriormente vigenti» e che su tale disposizione sembra fondarsi l'unico precedente ad oggi edito in termini (cfr. Trib. Trento 8 aprile 2004, in *Le Società*, 2004, pag. 996). Ma è altrettanto vero che la disposizione, proprio perché espressamente riferita ai (soli) «giudizi» e perché inserita in un complesso di norme dal contenuto squisitamente processuale, appare riferibile alle sole regole che disciplinano il compimento dei vari atti procedurali che caratterizzano i processi da celebrarsi secondo il c.d. «nuovo rito societario».

Ben diverse considerazioni vanno invece svolte con riguardo al tema delle norme (sostanziali) che disciplinano l'invalidità degli atti e dei negozi giuridici: argomento, questo, che deve necessariamente venire qui in considerazione, avuto riguardo al fatto che la clausola compromissoria costituisce, per l'appunto, clausola contrattuale, conferente alle parti il diritto di vedere determinati tipi di controversie decise da arbitri e non già da giudici.

Orbene, proprio in materia di diritto transitorio concernente lo specifico aspetto dell'introduzione, da parte dello *jus superveniens* di nuove ipotesi di invalidità di negozi giuridici o di particolari clausole di un contratto, la giurisprudenza di legittimità appare costantemente orientata nel senso

che i requisiti di validità vadano sempre riscontrati con riguardo alla legge del tempo della stipulazione, in quanto la norma sopravvenuta può modificare gli effetti o il regime di esercizio dei diritti scaturenti dal contratto stesso, ma non può provocare retroattivamente la caducazione, invalidandone l'atto costitutivo, salvo specifica statuizione in tale senso (cfr. Cass. 14 maggio 1977, n. 1952; Cass. 5 novembre 1979, n. 5711; nello stesso senso cfr. anche Cass. 12 ottobre 1972, n. 3018): statuizione che, nel caso di specie, fa difetto.

Deve pertanto ritenersi che in quest'ottica vada interpretato il disposto delle speciali norme transitorie contenute negli artt. 223-bis disp. att. cod. civ. e 41 D.Lgs. n. 5/2003; nel senso, cioè, che le stesse non valgono a inibire alle parti di valersi di clausole compromissorie eventualmente non rispondenti ai requisiti novellamente imposti dalla recente riforma del diritto societario, con riguardo a rapporti giuridici sorti in data anteriore al 30 settembre 2004 e non ancora esauriti a tale data.

In conclusione, e *ad abundantiam*, potrà ancora aggiungersi che, se anche si dovesse accedere alla tesi dell'applicabilità al caso di specie del disposto dell'art. 34 cit. andrebbe comunque fatta applicazione dell'art. 1419 cod. civ. atteso che, in ogni caso, la citata disposizione negoziale contenuta nella clausola compromissoria in esame manifesta nella maniera più chiara e inequivocabile la volontà delle parti (liberamente espressa, a quanto pare) di sottrarre alla cognizione dell'Autorità giurisdizionale ordinaria ogni e qualsiasi tipo di controversia tra i soci e la società, con conseguente (nella peraltro qui in via principale comunque denegata ipotesi di applicabilità dell'art. 34 cit.) operatività della disposizione negoziale che rimette al «presidente dell'Ordine dei ragionieri commercialisti della città di Torino in carica all'epoca» (soggetto indubbiamente «estraneo alla società», per usare le parole del citato art. 34), la nomina degli arbitri non nominati dalle parti (e dunque, sempre secondo la qui ipoteticamente - e solo subordinatamente - prospettata soluzione, di tutti gli arbitri).

Non rimarrà pertanto che procedere alla declaratoria di improponibilità delle domande delle parti attrici.

IL COMMENTO

di **Nicola Soldati**

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

La sentenza in esame costituisce una tra le prime pronunce in tema di validità della clausola compromissoria statutaria a seguito dell'entrata in vigore il 1° gennaio 2004 del nuovo processo societario⁽¹⁾.

Le nuove disposizioni in tema di arbitrato

Come è noto, l'art. 34 del D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, ha espressamente previsto 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. Attraverso questa disposizione è stato codificato un nuovo meccanismo di nomina degli arbitri che viene a differenziarsi nettamente rispetto a quello previsto dal Codice di rito, dando vita ad una vera e propria *species* di clausola ar-

bitrale in ambito societario che, per certi aspetti, si pone in contrasto con le previsioni contenute all'interno del Codice di procedura civile dettate in tema di arbitrato⁽²⁾.

L'art. 34, comma 2, del decreto, sancendo la nullità dell'accordo che preveda la designazione degli arbitri ad opera delle parti, viene però a sacrificare il principio della libera e paritaria partecipazione delle stesse alla nomina dei componenti del collegio arbitrale, ma, in ogni caso, comunque, è in grado di superare due problematiche di notevole rilievo nella pratica, la prima relativa alla potenziale multilateralità di una lite societaria e la seconda relativa all'imparzialità degli arbitri⁽³⁾.

Le problematiche ancora irrisolte relative all'uso dell'arbitrato

Il quadro che, fino ad oggi, si è venuto a delineare in giurisprudenza appare talmente diversificato da risultare alquanto preoccupante e non può, di conseguenza, che lasciare ampiamente perplessi e preoccupati gli operatori nel-

l'utilizzo delle clausole arbitrali in ambito societario e ciò in aperto contrasto con le reali intenzioni manifestate dal legislatore in modo estremamente chiaro all'interno della relazione di accompagnamento al decreto legislativo in parola e con l'orientamento venutosi a creare, sempre in giurisprudenza, negli ultimi anni favorevole all'ampliamento della sfera di arbitrabilità delle controversie in materia societaria.

Infatti, ove il legislatore avesse voluto paralizzare e disincentivare l'utilizzo dell'arbitrato in un settore assai specialistico e delicato quale quello societario non avrebbe potuto ideare un sistema maggiormente efficace.

Il paradosso della situazione è costituito dal fatto che tale "servizio" viene oggi offerto dalla logica diversificazione dai primi arresti dei tribunali di merito investiti della questione relativa alla validità della clausola arbitrale.

Non di meno, la dottrina si è oggi attestata su due posizioni nettamente contrapposte che, comunque, nella loro linearità

Note:

(1) *Amadei, Soldati*, Il nuovo processo societario. Prima lettura sistematica delle novità introdotte dal D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, II ed. agg., Milano, 2004; *Arieta, De Santis*, Il processo commerciale, Padova, 2004; *AA.VV.*, I procedimenti (D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5), Milano, 2004; *Sassani (a cura di)*, La riforma delle società. Il processo, Torino, 2003; *Alpa, Galletto (a cura di)*, Processo, arbitrato e conciliazione nelle controversie societarie, bancarie e del mercato finanziario, Milano, 2004.

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

(3) *F. Carpi*, «Profili dell'arbitrato in materia societaria», in *Riv. arb.*, 2003, pag. 411; *P. Biavati*, «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, pagg. 525-526; *G. Ruffini*, «La riforma dell'arbitrato societario», in *Corr. giur.*, 2003, pag. 1530; *M. Bove*, «L'arbitrato nelle controversie societarie», in *Giust. civ.*, II, 2003, pag. 488.

di costruzione giuridica del problema, appaiono entrambe meritevoli di attenzione e di studio.

In ogni caso, dal punto di vista pratico, occorre immediatamente tranquillizzare gli operatori del settore che si occupano della redazione dei contratti di società; infatti, le problematiche in parola riguardano, non tanto le clausole arbitrali dei nuovi statuti ed atti costitutivi delle società di persone, di capitali e cooperative, naturalmente conformi alle nuove disposizioni di legge, quanto piuttosto quelle contenute negli statuti e negli atti costitutivi delle società costituite in epoca anteriore al 1° gennaio 2004, che non siano state oggetto di intervento da parte dei soci, volto ad adeguarle alle nuove previsioni contenute all'interno del comma 2 dell'art. 34, D.Lgs. n. 5/2003.

Le posizioni di dottrina e giurisprudenza

Sul punto la dottrina, benché divisa sull'ammissibilità in ta-

le ambito di clausole arbitrali societarie nelle quali la nomina degli arbitri può avvenire solamente ad opera di soggetti estranei rispetto alle parti in lite⁽⁴⁾, e clausole compromissorie di diritto comune⁽⁵⁾, nelle quali alle parti permane il potere di scelta dei propri arbitri, è concorde nell'ammettere e propugnare l'utilizzo dell'arbitrato nelle liti societarie, arrivando addirittura a sostenere la validità delle clausole non conformi ai dettati del decreto legislativo in parola.

Ne consegue, quindi, che, dal punto di vista dottrinario, l'utilizzo dell'arbitrato per la soluzione delle liti societarie continua a rimanere la via principale da perseguire anche dopo l'introduzione del nuovo rito commerciale.

Per contro, in giurisprudenza, si è assistito, dopo l'entrata in vigore del D.Lgs. n. 5/2003, ad una serie di pronunce⁽⁶⁾, tutte assai apprezzabili nella loro ampia ed esaustiva motivazione, ma che possono lasciare, come ricordato in pre-

cedenza, notevoli dubbi, dal punto di vista pratico, agli operatori giuridici nella scelta della via da percorrere, una volta sorta la lite all'interno di una compagine sociale nel cui statuto è contenuta una clausola arbitrale.

È evidente che viene imposta al ricorrente una scelta procedimentale non semplice che, pur nella sua dicotomia, ha sempre una motivazione sottostante meritevole di pregio ed attenzione e ciò, soprattutto, nell'ambito di una società il cui statuto contiene una clausola compromissoria non conforme alle previsioni contenute all'interno del comma 2 dall'art. 34 del decreto.

Infatti, ove si optasse per la via arbitrale, ritenendo pienamente valida la clausola arbitrale, non tanto come clausola societaria, bensì come clausola arbitrale di diritto comune⁽⁷⁾, la controparte potrebbe opporre l'invalidità del patto arbitrale per violazione di norma inderogabile e, ove gli arbitri si ritenessero validamen-

Note:

(4) Soldati, *Le clausole compromissorie negli statuti delle società commerciali*, Milano, 2005, pag. 22; Stesuri, *Gli arbitrati societari*, Torino, 2005, pagg. 167-168; E. Picaroni, «L'arbitrato nella riforma societaria», in *Corr. giur.*, 2005, pag. 502; P. Bivati, «Il procedimento nell'arbitrato societario», cit., pagg. 30-31; E.F. Ricci, «Il nuovo arbitrato societario», cit., pagg. 525-526; G. Ruffini, «La riforma dell'arbitrato societario», cit., pag. 1530; E. Zucconi Galli Fonseca, «La convenzione arbitrale nelle società dopo la riforma», in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2003, pag. 958; F. Carpi, «Profili dell'arbitrato in materia societaria», cit., pagg. 422-423; F. Corsini, «L'arbitrato nella riforma del diritto societario», in *Giur. it.*, 2003, pagg. 1293-1294.

(5) V. Salafia, «Alcune questioni di interpretazione del nuovo arbitrato societario», in *Le Società*, 2004, pag. 1458; 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; G. De Nova, «Controversie societarie: arbitrato societario o arbitrato di diritto comune?», in *Contratti*, 2004, pag. 847.

(6) Trib. Trento 11 febbraio 2004, in *Giur. merito*, 2004, pag. 1699; Trib. Trento 8 aprile 2004, in *Le Società*, 2004, pag. 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 *Diritto e Pratica delle Società* n. 2/2005, pag. 73, con nota di N. Soldati, «Nullità della clausola compromissoria in seguito a mancato adeguamento», e in *Le Società*, 2005, pag. 93, con nota di V. Salafia, «Il nuovo arbitrato societario e altre questioni»; Trib. Udine 4 novembre 2004, in *Le Società*, 2005, n. 6, con nota di N. Soldati, «Clausole compromissorie statutarie e questioni di diritto transitorio», (in corso di pubblicazione); Trib. Bari 24 gennaio 2005, inedita.

(7) 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., pag. 361; V. Salafia, «Alcune questioni interpretative del nuovo rito societario», cit., pag. 1457; 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"».

te investiti del potere di decidere la controversia, il lodo potrebbe essere suscettibile di impugnazione per nullità, ai sensi dell'art. 829, comma 1, n. 1, cod. proc. civ.

Appare chiaro che tale prospettiva non può che preoccupare le parti le quali, dopo avere investito tempo e denaro in un processo arbitrale, potrebbero rischiare di vedere travolta la decisione resa in sede di impugnazione in Corte d'appello.

Allora, al fine di evitare tale evenienza, il ricorrente, valutando come invalida la clausola arbitrale per violazione dei dettati dell'art. 34 del decreto, potrebbe presentare le proprie domande in sede giudiziaria innanzi al tribunale. A questo punto, però, il convenuto potrebbe nel proprio primo scritto difensivo sollevare la c.d. eccezione di compromesso e, nell'eventualità in cui, come nel caso in esame, il tribunale ritenesse valida la clausola arbitrale, potrebbe rigettare la domanda attorea, costringendo l'attore a intraprendere la via arbitrale.

Questa ricostruzione rappresenta le due differenti vie che si prospettano oggi a chi deve decidere di intraprendere un giudizio su materie disponibili in ambito societario, ove lo statuto o l'atto costitutivo contengano una clausola arbitrale, infatti, come è noto, in sua mancanza, l'unica via perse-

guibile rimane quella giudiziaria, salvo che le parti non addivengano alla stipulazione di un compromesso arbitrale. Ma, se solo per un attimo arrivassimo a ipotizzare che le due vie sopra indicate possano risultare l'una la naturale conseguenza dell'altra, come ben potrebbe accadere, anche grazie evidentemente ad una diversa prospettiva giuridica del problema, allora si potrebbe giungere ad un risultato aberrante: né il tribunale, né gli arbitri potrebbero essere validamente investiti della decisione di una controversia. Né in materia, purtroppo, come è noto, sarebbe ammissibile un ricorso per regolamento di competenza volto a individuare il giudice competente a cui rivolgere le proprie istanze.

Alla luce di questa estremizzazione pratica del problema, emerge chiaro il travaglio logico-giuridico che si presenta dinnanzi a chi oggi si trova a dovere intraprendere un giudizio in materia societaria.

Ma, per comprendere al meglio quale sia lo stato dell'arte della giurisprudenza in materia, è importante porre l'attenzione alle decisioni fino ad oggi emesse dai tribunali investiti dalla problematica in parola. I punti cardine oggetto dell'attenzione dai giudici di merito sono stati, fino ad oggi, principalmente tre: il primo è costituito dalla validità delle clau-

sole compromissorie non adeguate alla disciplina inderogabile dettata dal comma 2 dell'art. 34 del decreto⁽⁸⁾; il secondo dall'applicabilità alle clausole compromissorie del periodo transitorio disegnato dagli artt. 223-bis (30 settembre 2004) e 223-duodecies (31 marzo 2005) disp. att. cod. civ.⁽⁹⁾; il terzo dall'applicabilità delle disposizioni del decreto in tema di arbitrato alle società già costituite alla data di entrata in vigore del decreto⁽¹⁰⁾.

Nella sentenza in esame il tribunale, nell'affermare e nel confermare la validità della clausola arbitrale di diritto comune non conforme ai disposti dell'art. 34 del decreto, e, quindi, di conseguenza, della validità della clausola arbitrale di diritto comune anche oltre la scadenza del periodo transitorio, 30 marzo 2004 per le società di capitali e 31 marzo 2005 per le società cooperative, arriva a sostenere 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 riferimento alle società di capitali⁽¹¹⁾.

È evidente che il Tribunale di Torino ha, nella fattispecie, abbracciato una tesi isolatamente sostenuta in dottrina affermata da uno dei primissimi commentatori⁽¹²⁾, ma poi con-

Note:

(8) Trib. Trento 11 aprile 2004, cit.; Trib. Latina 22 giugno 2004, cit.; Trib. Bari 24 gennaio 2005, cit.

(9) Trib. Trento 8 aprile 2004, cit.; Trib. Trento 11 aprile 2004, cit.

(10) Trib. Udine 4 novembre 2004, cit.

(11) Questa tesi è sostenuta anche da G. Arieta, F. De Santis, *Diritto processuale societario*, cit., pagg. 614-615.

(12) F.P. Luiso, «*Appunti sull'arbitrato societario*», in Riv. dir. proc., 2003, pag. 717; nel medesimo senso: G. Gabrielli, «*Clausole compromissorie e statuti sociali*», in Riv. dir. civ., 2004, II, pag. 90, il quale sostiene 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)

testata dall'orientamento oggi dominante⁽¹³⁾.

Infatti, nel tentativo di salvare la clausola arbitrale, è stato 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.

Siffatta ricostruzione, tuttavia, appare contraria all'orientamento precedentemente espresso dalla giurisprudenza che non ritiene applicabile l'art. 1419 cod. civ. in mancanza di una espressa indicazione normativa in tale senso⁽¹⁴⁾, infatti tale previ-

sione opererebbe solamente ove la sostituzione stessa debba avvenire "di diritto", in forza, cioè, di un'espressa previsione di legge⁽¹⁵⁾.

Altresì, con riferimento all'applicabilità del decreto al periodo transitorio, giovi ricordare come altro giudice di merito⁽¹⁶⁾ ha espressamente affermato che «deve escludersi che durante - il periodo transitorio - le clausole compromissorie contrastanti con la disciplina inderogabile di cui all'art. 34, comma 2, D.Lgs. n. 5/2003» possano considerarsi valide.

Tale affermazione veniva motivata dal Tribunale di Trento in ragione del 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».

Secondo il citato tribunale, mancherebbe, quindi, una specifica previsione normativa di ultrattività delle clausole considerate nulle alla luce della disciplina contenuta all'interno dei disposti del D.Lgs. n. 5/2003.

E ciò, a prescindere dalla circostanza che la citata norma transitoria non trovi applicazione con riferimento all'adeguamento degli statuti delle società di persone, proprio in ragione del fatto che queste società non sono assolutamente interessate dall'ambito di applicazione dei disposti del D.Lgs. n. 6/2003, infatti, all'interno della normativa processuale con specifico riferimento alle clausole arbitrali non è prevista alcuna norma transitoria che sia applicabile sia alle società di persone, sia alle società di capitali e cooperative, che legittimi una ultrattività, seppur transitoria, delle clausole arbitrali

Note:

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»; 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., pag. 363.

(13) V. Salafia, «Il nuovo arbitrato societario e altre questioni», in *Le Società*, 2005, pag. 100; E. Zucconi Galli Fonseca, «Commento sub. art. 34», in F. Carpi (a cura di), *Arbitrato societario*, Bologna 2004, pag. 33.

(14) 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, 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, fasc. 6; Cass. 4 settembre 1980, n. 5100, in *Giust. civ. Mass.*, 1980, fasc. 9; Cass. 25 giugno 1979, n. 3551, in *Giust. civ. Mass.*, 1979, fasc. 6. Contra: Cass. 21 agosto 1997, n. 7822, in *Giust. civ. Mass.*, 1997, pag. 1467.

(15) Nel medesimo senso anche: Trib. Latina 22 giugno 2004, cit.

(16) Trib. Trento 11 febbraio 2004, cit.

difforni da quanto previsto dall'art. 34, comma 2, del decreto. L'unica norma transitoria della disciplina processuale con riguardo alle clausole compromissorie statutarie è quella contenuta all'art. 41, comma 2, in base alla quale, nel periodo transitorio designato dalla normativa sostanziale, le maggioranze necessarie all'introduzione e alla soppressione delle clausole compromissorie erano 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,

mentre erano pari alla «maggioranza semplice dei presenti» (art. 223-duodecies disp. att. cod. civ.) nelle società cooperative.

L'orientamento più sopra menzionato è, peraltro, conforme a quanto espresso anche successivamente in giurisprudenza da altri tribunali di merito⁽¹⁷⁾ i quali avevano affermato che «gli artt. 223-bis e 223-duodecies disp. att. cod. civ. 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 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».

Note:

(17) Trib. Trento 8 aprile 2004, cit. e Trib. Latina 22 giugno 2004, cit.

I LIBRI DI DIRITTO E PRATICA DELLE SOCIETÀ

LA SCELTA DEL TIPO DI SOCIETÀ

Mario Sirtoli

Aspetti civilistici, contabili e fiscali. Responsabilità dei soci. Aggiornato con la riforma del diritto societario e le disposizioni fiscali in vigore dal 2005

Il volume, che vuole essere una guida per gli operatori del settore, illustra con una prospettiva concreta le norme del diritto commerciale che presiedono alla costituzione di una società.

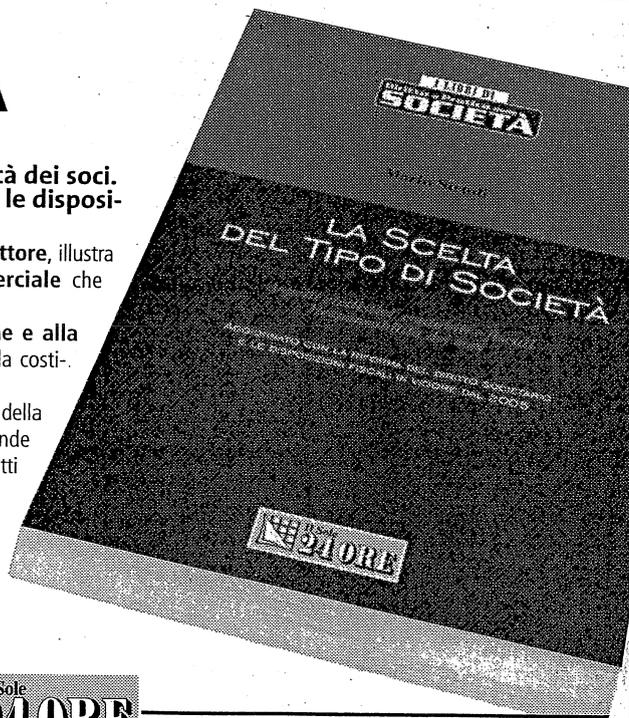
L'autore espone tutte le problematiche inerenti alla costituzione e alla gestione delle società in rapporto al capitale necessario per la costituzione e il trasferimento delle quote.

Affronta - avvalendosi di numerosi esempi - la delicata questione della determinazione del reddito di impresa, dalla quale dipende l'applicazione del regime di tassazione, diverso a seconda che si tratti di società di capitali o di società di persone.

Utili sono, infine, gli schemi di sintesi delle caratteristiche e degli adempimenti relativi alle diverse forme societarie per permettere una comparazione fra i vari tipi di società.

La presente edizione è stata aggiornata con le norme tributarie in vigore dall'anno 2005.

Pagg. 264 - € 27,00



Per ulteriori informazioni: tel. 02.4587010



Disponibile anche nelle migliori librerie

SHOPPING24 Disponibile anche sul sito www.shopping24.it