

La nuova clausola compromissoria statutaria

di Nicola Soldati

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

La riforma del diritto societario, disegnando nuove forme di risoluzione dei conflitti societari, ha introdotto la previsione nel corpo dello statuto o dall'atto costitutivo di un'apposita clausola compromissoria formalmente inserita al momento della costituzione della società o attraverso una modificazione successiva dei patti sociali. Esame della nuova disciplina.

Nella pratica societaria, l'inserimento di una clausola che devolve ad arbitri la risoluzione delle controversie⁽¹⁾ assume un carattere di sistematicità non riscontrabile, finora, in altri settori del diritto. Pur partendo da esigenze diverse, le scelte compiute da società di persone, di capitali o cooperative sono in ogni caso accomunate dalla medesima intenzione di rimettere al giudizio di arbitri le liti eventualmente insorgenti all'interno della compagine sociale. Tale deferimento non deriva di solito da un compromesso stipulato singolarmente dalle parti al momento dell'insorgere della controversia, ai sensi dell'art. 806 cod. proc. civ., ma, più spesso, da una generale previsione nel corpo dello statuto o dall'atto costitutivo di un'apposita clausola compromissoria formalmente inserita

al momento della costituzione della società o attraverso una modificazione successiva dei patti sociali.

Il D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, che ha disegnato nuove norme per il processo societario, ha introdotto peculiari disposizioni in tema di arbitrato, alla luce della previsione contenuta all'art. 12, comma 3, della legge delega n. 366/2001, la quale aveva espressamente previsto «la possibilità che gli statuti delle società commerciali contengano clausole compromissorie, anche in deroga agli artt. 806 e 808 cod. proc. civ., per tutte o alcune tra le controversie societarie di cui al comma 1».

La nuova disciplina del processo societario, per espressa previsione normativa contenuta all'art. 1 del decreto in parola, trova applicazione con riferimento a tutti i «rapporti societari, ivi compresi quelli concernenti le società di fatto, l'accer-

tamento, la costituzione, la modificazione o l'estinzione di un rapporto societario, le azioni di responsabilità da chiunque promosse contro gli organi amministrativi e di controllo, i liquidatori e i direttori generali delle società, delle mutue assicuratrici e delle società cooperative».

Pertanto, la nuova disciplina processuale trova applicazione anche alle società di persone e, quindi, le sue disposizioni vanno a incidere, non soltanto sui tipi societari oggetto dell'intervento riformatore nell'ambito delle società di capitali e cooperative, ma su tutti i tipi previsti dal nostro Codice civile. E ciò, come si evidenzierà meglio in seguito, può avere effetti dirimpenti sulla validità delle clausole compromissorie statutarie contenute negli atti costitutivi delle società di persone. Per quanto riguarda, invece, le

Note:

(1) V. Salafia, «La clausola compromissoria negli statuti sociali», in *Le Società*, 2001, pag. 1042; E. Bellezza, «La clausola compromissoria negli statuti societari», in *Società & Diritto*, 1994, pag. 321; D. Plenteda, «Arbitrato e società», in *Rass. arb.*, 1989, pag. 1; G. Silingardi, *Il compromesso in arbitri nelle società di capitali*, Milano, 1979.

altre materie contemplate all'art. 1, si ritiene che le nuove norme in tema di clausola compromissoria non possano trovare applicazione, alla luce della prima parte del comma 1 dell'art. 34 che ne limita espressamente l'ambito di operatività agli atti costitutivi delle società. Ne consegue che, alla luce della limitazione contenuta nella legge delega che autorizzava il legislatore delegato a legiferare solo con riferimento alle clausole compromissorie contenute negli statuti delle società, le nuove disposizioni non dovrebbero trovare applicazione alle clausole compromissorie contenute all'interno di patti parasociali⁽²⁾ o in contratti trasferimenti di partecipazioni sociali, né è possibile ritenere che le controversie da essi nascenti possano, comunque, rientrare nell'ambito della delega, ritenendole incluse della sfera di operatività oggettiva delle clausole compromissorie statutarie⁽³⁾.

Il contenuto della clausola

La clausola compromissoria statutaria di ogni tipo di socie-

tà, in base all'art. 34, comma 2, del decreto deve prevedere sotto pena di nullità che la nomina dell'arbitro o degli arbitri debba avvenire ad opera di un soggetto estraneo rispetto alla società. Dal punto di vista pratico-operativo, le s.r.l., le s.p.a. e le società cooperative, ciascuna secondo le tempistiche scandite dal legislatore delegato (art. 223-bis ed art. 223-duodecies disp. att. cod. civ.)⁽⁴⁾, potranno o dovranno procedere 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 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 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⁽⁵⁾.

Dall'interpretazione delle norme del decreto e dalle opinioni espresse in dottrina⁽⁶⁾, appare evidente l'intenzione del legislatore di superare, soprattutto in determinati settori, gli ostacoli fino ad oggi imposti dalla disponibilità del diritto controverso ai fini della arbitrabilità della questione devoluta in arbitri, che ha costituito e costituisce il principale ostacolo della diffusione dell'arbitrato in materia societaria⁽⁷⁾. In quest'ottica, l'art. 34, comma 1, allo scopo di ampliare il novero delle controversie arbitrabili ex clausola compromissoria, anche in considerazione dei vincoli imposti dalla legge delega, pone come presupposto per l'arbitra-

Note:

(2) F. Carpi, «Profili dell'arbitrato in materia societaria», in Riv. arb., 2003, pag. 411; E.F. Ricci, «Il nuovo arbitrato societario», in Riv. trim. dir. e proc. civ., 2003, pag. 523; G. Ruffini, «La riforma dell'arbitrato societario», in Corr. giur., 2003, pag. 1525; contra E. Zucconi Galli Fonseca, «La convenzione arbitrale nelle società dopo la riforma», in Riv. trim. dir. e proc. civ., 2003, pag. 935; A. Briguglio, «Conciliazione e arbitrato nelle controversie societarie», in Atti del Convegno su Conciliazione e arbitrato nelle controversie societarie, Roma, 2003, pagg. 28-29.

(3) F. Carpi, «Profili dell'arbitrato in materia societaria», cit., pag. 416.

(4) B. Ianniello, La riforma del diritto societario, Milano, 2003, pag. 13.

(5) Ovvero forse sarebbe sperabile un intervento chiarificatore da parte del legislatore.

(6) F.P. Luiso, «Appunti sull'arbitrato societario», in Riv. dir. proc., 2003, pag. 708; E.F. Ricci, «Il nuovo arbitrato societario», cit., pagg. 520-521; E. Zucconi Galli Fonseca, «La convenzione arbitrale nelle società dopo la riforma», cit., pag. 932; G. Ruffini, «La riforma dell'arbitrato societario», cit., pag. 1525; M. Bove, «L'arbitrato nelle controversie societarie», in Giust. civ., 2003, II, pag. 474; G. Cabras, «Arbitrato e conciliazione nella riforma del processo societario», in Vita notar., 2003, pag. 566; N. Soldati, «Osservazioni a margine degli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie nella riforma del processo societario», in Le Società, 2003, pag. 792; E. Fazzalari, «L'arbitrato nella riforma del diritto societario», in Riv. arb., 2002, pag. 443; G. Ruffini, «Arbitrato e disponibilità dei diritti nella legge delega per la riforma del diritto societario», in Riv. dir. proc., 2002, pag. 133.

(7) F. Criscuolo, «L'opzione arbitrale nella delega per la riforma delle società», in Riv. arb., 2002, pag. 46 e segg.; E. Fazzalari, «L'arbitrato nella riforma del diritto societario», in Riv. arb., 2002, pag. 443.

bilità della controversia che, quanto meno, il suo oggetto principale sia disponibile.

Il comma 1 dell'art. 34 del decreto prevede che gli atti costitutivi delle società, ad eccezione di quelle che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, a norma dell'art. 2325-bis cod. civ., vale a dire quelle emittenti azioni quotate in mercati regolamentati o diffuse tra il pubblico in misura rilevante⁽⁸⁾, potranno, mediante clausole compromissorie, prevedere la devoluzione ad arbitri di alcune, ovvero di tutte le controversie insorgenti tra i soci, ovvero tra i soci e la società che abbiano ad oggetto diritti disponibili relativi al rapporto sociale⁽⁹⁾.

La preclusione per le società che fanno ricorso al capitale di rischio⁽¹⁰⁾ all'utilizzo dello strumento arbitrale, che sembra trovare la sua *ratio* nella tipologia di socio, risparmiatore o investi-

tore istituzionale, che difficilmente ha interesse ad una partecipazione diretta alla gestione della società⁽¹¹⁾, ha già suscitato alcune critiche poiché non si comprende la ragione per la quale la natura del capitale possa avere una qualche influenza sulle modalità di composizione della lite tra soci e tra soci e società, non potendo certo l'eventuale estrema diffusione del capitale societario rendere più difficilmente praticabile l'opzione arbitrale⁽¹²⁾. A livello comparatistico, si può evidenziare la grandissima diffusione dell'arbitrato in ambito societario anche laddove il capitale sia ampiamente diffuso⁽¹³⁾.

Inoltre, tale limitazione sembrerebbe, ad una prima lettura, in contrasto con la legge delega, la quale all'art. 12, comma 3, conferiva delega al Governo di disciplinare le clausole compromissorie «per tutte o alcune tra

le controversie societarie di cui al comma 1» il cui rinvio, in verità, non sembra certo legittimare una esclusione di alcuni tipi di società in relazione alla partecipazione al capitale.

Al contempo, nemmeno la previsione contenuta sempre all'interno della legge delega all'art. 4 in base alla quale le società «saranno soggette a regole caratterizzate da un maggiore grado di imperatività in considerazione del ricorso al mercato del capitale di rischio» sembra idonea a legittimare tale esclusione; infatti, la presenza di regole imperative avrebbe potuto essere ampiamente soddisfatta dalla previsione obbligatoria in tale ambito di un giudizio secondo diritto.

Sempre ai fini dell'individuazione dell'arbitrabilità delle controversie, il D.Lgs. n. 5/2003 ha precisato che non possono

Note:

(8) In base alla previsione dell'art. 111-bis disp. att. cod. civ. che rinvia per la definizione di misura rilevante all'art. 116 del D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 e art. 2, lett. f), regolamento Consob n. 11971/1999 sono «emittenti strumenti finanziari diffusi» gli emittenti italiani dotati di un patrimonio netto non inferiore a 5 milioni di euro e con numero di azionisti od obbligazionisti superiore a 200. Un problema assai delicato è dato dalla individuabilità delle società che possono rientrare nell'ambito della definizione di cui al combinato disposto degli artt. 2325-bis cod. civ. e 111 disp. att. cod. civ. Infatti, in considerazione del fatto che tale individuazione dipende da fattori variabili, si porranno all'interprete delicati problemi nell'ipotesi di mutamento nel tempo di tali fattori durante le società. Infatti, resterà da verificare cosa potrà accadere nell'ipotesi in cui muti nel tempo la misura del ricorso al capitale di rischio da parte della società, in modo da oltrepassare, per eccesso o per difetto, i limiti in vigore alla data del 1° gennaio 2004.

(9) F.P. Luiso, «Appunti sull'arbitrato societario», cit., pag. 706; E.F. Ricci, «Il nuovo arbitrato societario», cit., pagg. 520-521; G. Ruffini, «Arbitrato e disponibilità dei diritti nella legge delega per la riforma del diritto societario», cit., pag. 133 e segg.

(10) Che non vale in riferimento al compromesso, con la conseguenza che a lite insorta sarà possibile che le parti si accordino alla risoluzione della controversia in arbitrato mediante la stipulazione di un compromesso arbitrale.

(11) F.P. Luiso, «Appunti sull'arbitrato societario», cit., pag. 707.

(12) E.F. Ricci, «Il nuovo arbitrato societario», cit., pag. 521 afferma che «con una certa approssimazione, dobbiamo dunque prendere atto in limine che parliamo di un istituto utilizzabile dalle "piccole società"». Le società definibili come grandi (perché emittenti azioni quotate fornite di diffusa base azionaria) restano estranee al quadro; in senso critico rispetto alla norma anche P. Bernardini, «Il decreto legislativo in attuazione dell'art. 12 della legge n. 366 del 3 ottobre 2001 per la riforma del diritto societario», in Atti del Convegno su Conciliazione e arbitrato nelle controversie societarie, Roma, 2003, pag. 22; F. Corsini, «L'arbitrato nella riforma del diritto societario», in Giur. it., 2003, pagg. 1291-1292. In senso favorevole alla nuova disposizione: B. Sassani - R. Tiscini, «La riforma dei procedimenti in materia di diritto societario», in Giust. civ., 2003, II, pag. 70, i quali affermano che: «non si può certo considerare infondata la preoccupazione che traspare dalla limitazione, cioè quella che considera l'inconsapevolezza dell'adesione nella grande maggioranza dei casi: si compra un fondo e ci si ritrova impediti dall'esercitare giudizialmente i propri diritti!».

(13) E. Zucconi Galli Fonseca, «La convenzione arbitrale nelle società dopo la riforma», cit., pag. 944, in particolare sub nota 52, la quale rileva che in tale ambito sarà possibile fare ricorso all'arbitrato da compromesso o da clausola compromissoria non statutaria. Nello stesso senso anche G. Ruffini, «La riforma dell'arbitrato societario», cit., pag. 1528.

essere compromesse in arbitri le controversie per le quali la legge preveda l'intervento obbligatorio del pubblico ministero. In questo modo, l'art. 34, comma 5, è venuto a disciplinare una fattispecie su cui la giurisprudenza ante riforma aveva avuto modo più volte di pronunciarsi con particolare riferimento alle gravi irregolarità amministrative ex art. 2409 cod. civ., nonché la fattispecie relativa alle controversie nascenti dalla nomina e dalla revoca dei liquidatori ex art. 2487 cod. civ., ultimo comma. Con riferimento alla denuncia del tribunale, è stato ritenuto decisivo il rilievo per cui, essendo attribuita la legittimazione alla proposizione del ricorso anche al pubblico ministero (art. 2409, ultimo comma, cod. civ.), il procedimento deve ritenersi previsto non solo a tutela degli azionisti di minoranza, ma anche dell'interesse generale connesso alla regolare amministrazione della società⁽¹⁴⁾. Dal punto di vista sostanziale, alla luce delle nuove norme del Codice civile, la previsione della non arbitrabilità delle materie in cui è previsto l'inter-

vento obbligatorio del pubblico ministero può apparire una contraddizione in termini; infatti, il nuovo art. 2409 cod. civ. prevede l'intervento del P.M. solo nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, società nelle quali non è possibile il ricorso all'arbitrato ex clausola compromissoria statutaria ai sensi dell'art. 34, comma 1, del D.Lgs. n. 5/2003.

Le modalità di composizione del collegio arbitrale

Alla luce delle nuove norme introdotte dalla riforma, uno degli aspetti che si presenta maggiormente innovativo è quello relativo alle modalità di composizione del collegio arbitrale, contenute all'interno della clausola compromissoria statutaria⁽¹⁵⁾.

Infatti, l'art. 34, comma 2, impone che la clausola debba 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 de-

signato non provveda, la nomina è richiesta al presidente del tribunale del luogo in cui la società ha la sede legale».

È palese la codificazione di un nuovo meccanismo di nomina che viene a differenziarsi nettamente rispetto a quello disegnato dal Codice di rito, con la conseguenza che si viene a creare una vera e propria *species* di clausola arbitrale in ambito societario la quale, per certi aspetti, si pone in contrasto con le previsioni contenute all'interno del Codice di procedura civile dettate in tema di arbitrato.

L'art. 34, comma 2, del decreto, sancendo la nullità dell'accordo che preveda la designazione degli arbitri ad opera delle parti, 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 una problematica assai rilevante nella pratica in ordine alla terzietà dei membri del collegio arbitrale⁽¹⁶⁾.

Il nuovo meccanismo di composizione del collegio arbitrale na-

Note:

(14) App. Ancona 14 febbraio 1998, in *Le Società*, 1998, pag. 941; Trib. Taranto 17 maggio 1996, in *Gius.*, 1996, pag. 418; Cass., Sez. Un., 23 ottobre 1961, n. 2347, in *Foro pad.*, 1961, I, c. 1225.

(15) C. Consolo, «Esercizi imminenti sul c.p.c.: metodi asistematici e penombre», in *Corr. giur.*, 2002, pag. 1544, avanza qualche dubbio di costituzionalità sul meccanismo di nomina disegnato dal legislatore delegato.

(16) P. Biavati, «Il procedimento nell'arbitrato societario», in *Riv. arb.*, 2003, pag. 31; E.F. Ricci, «Il nuovo arbitrato societario», cit., pagg. 525-526, 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». 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 delle nuove norme che, comunque, non garantirebbe l'indipendenza del terzo nella nomina del collegio arbitrale poiché l'indicazione del terzo verrebbe sempre effettuata, salvo in sede di costituzione della società da un terzo indicato dall'assemblea, cfr. G. Ruffini, «La riforma dell'arbitrato societario», cit., pag. 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. All'evidenza infatti detto terzo, estraneo alla società fin quando non viene prescelto per la designazione degli arbitri, cessa di essere tale una volta investito del predetto incarico, che lo trasforma in mandatario della società; e la nomina degli arbitri, in quanto frutto di una mediata manifestazione di volontà della maggioranza, inidonea a rappresentare la volontà dei soci assenti o dissenzianti che con la società entrino in conflitto, sarà giuridicamente imputabile soltanto a quest'ultima».

sconde, tuttavia, insidie maggiori di quanto una prima semplice lettura della norma possa fare trasparire. Infatti, in base a una interpretazione letterale, che sembra la più corretta, nonché la più consona agli orientamenti della giurisprudenza maggioritaria, 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.

È evidente che la nullità dell'intera clausola arbitrale, a seguito del mancato rispetto del meccanismo di nomina degli arbitri, può apparire una sanzione oltremodo penalizzante, tuttavia l'evidente intento del legislatore di porre definitivamente fine alle problematiche relative alla plurisoggettività delle controversie sociali è più che meritevole ed è degno di ampia approvazione.

Appare difficile 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 riferimento alle società di capitali⁽¹⁷⁾.

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.

In dottrina, nel tentativo di salvare la clausola arbitrale, si è 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⁽¹⁸⁾.

Tuttavia, non si deve dimenticare che a fronte di una giurisprudenza schierata su posizioni tendenzialmente sfavorevoli all'arbitrato, soprattutto in un recente passato, tanto che in dottrina si è parlato più volte di una «linea di maggior rigore»⁽¹⁹⁾, il legislatore della riforma del 1994 è intervenuto ad eliminare ipotesi di nullità legate alla mancata indicazione del numero, nonché all'indicazione di un numero pari di arbitri, proprio in un'ottica di salvaguardia della volontà delle parti che hanno optato per la composizione arbitrale delle controversie. Introdurre una nuova ipotesi di nullità, ovvero due, come sembrava al momento della diffusione dello schema di decreto legislativo⁽²⁰⁾, non costituisce certo un passo in avanti per la fruibilità della giustizia arbitrale. Inoltre, il meccanismo disegnato 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⁽²¹⁾, tale previsione opera soltanto se la sostituzione stessa debba avvenire «di diritto», in forza, cioè, di un'espressa previsione di legge.

Ulteriormente, sempre nel tentativo di salvare l'accordo compro-

Note:

(17) Questa tesi è sostenuta anche da G. Arieta, F. De Santis, *Diritto processuale societario*, Padova, 2004, pagg. 614-615.

(18) F.P. Luiso, «Appunti sull'arbitrato societario», cit., 2003, pag. 717.

(19) G. Silingardi, «L'arbitrato in materia societaria e la "linea di maggior rigore"», in *Giur. comm.*, 1986, II, pag. 2.

(20) Nello schema di decreto legislativo che ha preceduto la pubblicazione in G.U. del D.Lgs. n. 5/2003, si prevedeva, infatti, un'ipotesi di nullità della clausola compromissoria anche in caso di mancata indicazione del numero e delle modalità di nomina degli arbitri.

(21) 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» (segue)

missorio, si potrebbe argomentare 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, essendo la *ratio* della norma quella di sottrarre alle parti il potere diretto di nomina degli arbitri⁽²²⁾.

Anche questa lettura non appare però 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⁽²³⁾.

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.

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 dell'indicazione della sede dell'arbitrato contenuta nell'accordo arbitrale⁽²⁴⁾.

In conclusione, mentre, da una parte, si può affermare che la nullità della clausola compromissoria derivante dalla mancata attribuzione del potere di no-

mina degli arbitri a un terzo estraneo rispetto alla società risulta 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 ed integrativi forniti dal Codice di rito⁽²⁵⁾, ovvero da quelli indicati nel regolamento prescelto, nell'ipotesi di arbitrato amministrato⁽²⁶⁾.

Legittimazione attiva e passiva in capo ad amministratori, sindaci e liquidatori

Un notevole impatto pratico avrà la previsione contenuta al comma 4 dell'art. 34 in base alla quale gli atti costitutivi potranno prevedere nella clausola compromissoria una legittimazione attiva e passiva in capo ad amministratori, sindaci e liquidatori⁽²⁷⁾. Più precisamente tali soggetti potranno attivare o essere convenuti in procedure arbitrali, sia in proprio che in relazione alle funzioni svolte. I presupposti per l'applicabilità

Note:

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

(22) F.P. Luiso, «Appunti sull'arbitrato societario», cit., pag. 717.

(23) Come sostenuto anche da G. Ruffini, «La riforma dell'arbitrato societario», cit., pag. 1530.

(24) L'eventuale indicazione della sede dell'arbitrato rimarrà quindi valida per tutti gli altri aspetti previsti dal Codice di rito e, quindi, con riferimento agli arbitri, per l'individuazione del tribunale a cui indirizzare l'istanza di ricasazione o la domanda di sostituzione dell'arbitro.

(25) 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.

(26) In questo senso P. Biavati, «Il procedimento nell'arbitrato societario», cit., pag. 31; E. Zucconi Galli Fonseca, «La convenzione arbitrale nelle società dopo la riforma», cit., pag. 958.

(27) E.F. Ricci, «Il nuovo arbitrato societario», cit., pag. 522.

della norma sono due: la previsione di tali liti all'interno della clausola compromissoria e la semplice accettazione dell'incarico⁽²⁸⁾.

Questa previsione normativa avrà un notevole impatto sull'attuale giurisprudenza, infatti, l'arbitrabilità delle controversie in materia di responsabilità degli amministratori e di loro revoca⁽²⁹⁾ ha costituito e costituisce una delle questioni più ampiamente dibattute; sul punto la posizione dottrinale⁽³⁰⁾ e giurisprudenziale⁽³¹⁾ non è del tutto univoca. Il legislatore, contemplando le figure di amministratori, sindaci e liquidatori, ha però tralasciato di prevedere l'applicazione dell'istituto arbitrale ai componenti dei consigli di gestione e di sorveglianza contemplati dall'art. 2409-octies cod. civ. nonché al revisore di s.r.l. ex art. 2477 cod. civ. Tuttavia, si ritiene che possa farsi un'applicazione estensiva della norma anche a tali figure, poiché sono chiamate a svolgere funzioni,

su di un certo piano, equivalenti a quelle dei soggetti esplicitamente indicati nella norma⁽³²⁾. Inoltre, l'art. 223-septies delle disp. att. cod. civ. prevede espressamente che «le norme del Codice civile che fanno riferimento agli amministratori e ai sindaci trovano applicazione, in quanto compatibili, anche ai componenti del consiglio di gestione e del consiglio di sorveglianza, per le società che abbiano adottato il sistema dualistico, e ai componenti del consiglio di amministrazione e ai componenti del comitato interno per il controllo sulla gestione, per le società che abbiano adottato il sistema monista. Ogni riferimento al collegio sindacale o ai sindaci presente nelle leggi speciali è da intendersi effettuato anche al consiglio di sorveglianza e al comitato per il controllo sulla gestione o ai loro componenti, ove compatibile con le specificità di tali organi». Qualche problema interpretativo viene posto anche dalla di-

sposizione in esame. Infatti, dal punto di vista operativo, al fine di evitare ogni dubbio di costituzionalità della norma⁽³³⁾, a seguito dell'imposizione dell'arbitrato ai membri degli organi di gestione e controllo della società, sarebbe consigliabile, almeno nella prima fase di attuazione della riforma, fino quindi, al crearsi di un orientamento certo anche ad opera della giurisprudenza, richiedere una espressa accettazione dell'incarico da parte di tali soggetti, accettazione che contempli anche quella della clausola compromissoria contenuta all'interno dello statuto⁽³⁴⁾.

Il tema per certi aspetti è simile a quello di quel soggetto che contesta la propria qualità di socio, infatti, ove amministratori, liquidatori e sindaci neghino di avere mai accettato l'incarico, difficilmente potrebbero essere vincolati dalla clausola compromissoria contenuta nei patti sociali, salvo non volere ritenere che, nonostante la mancata ac-

Note:

(28) F.P. Luiso, «Appunti sull'arbitrato societario», cit., pag. 714; F. Auletta, «Commento sub art. 34», in B. Sassani (a cura di), *La riforma delle società. Il processo*, Torino, 2003, pag. 348, il quale evidenzia che nei confronti di amministratori, sindaci e liquidatori sarebbe applicabile anche l'istituto dell'intervento coatto; P.L. Nela, «Oggetto ed effetti di clausole compromissorie statutarie», in *Il nuovo processo societario*, diretto da S. Chiarloni, Bologna, 2004, pag. 959.

(29) Trib. Cagliari 17 novembre 1997, in Riv. giur. sarda, 2002, pag. 51; Trib. Trieste 12 dicembre 1990, in *Le Società*, 1991, pag. 818; Trib. Padova 20 giugno 1989, in *Foro pad.*, 1989, I, c. 327; Pret. Sestri Ponente 2 marzo 1989, in *Foro it.*, 1989, I, pag. 2356; Cass. 18 febbraio 1988, n. 1739, in *Foro it.*, 1988, I, c. 334.; contra: Trib. Catania 28 marzo 1998, in *Giur. comm.*, 2000, II, pag. 507.

(30) G. Cabras, *La responsabilità per l'amministrazione delle società di capitali*, Torino, 2002, pag. 177; G. Frè, «Società per azioni», in *Comm. cod. civ.*, a cura di A. Scialoja e C. Branca, Bologna-Roma, 1982, pag. 520; G. Ferri, «Le Società», in *Tratt. dir. civ. it.*, a cura di F. Vassalli, Torino, 1987, pag. 717; G. Silingardi, «Il compromesso in arbitri nelle società di capitali», cit., pag. 78.

(31) Trib. Catania 20 aprile 1999, in *Giur. comm.*, 2000, II, pag. 507; Cass. 2 settembre 1998, n. 8699, cit.; App. Milano 14 gennaio 1992, in *Le Società*, 1992, pag. 655; Trib. Milano 2 dicembre 1982, in *Le Società*, 1983, pag. 631; Trib. Torino 13 giugno 1966, in *Riv. dir. comm.*, 1967, II, pag. 469; Cass. 11 agosto 1972, n. 2681, in *Giust. civ.*, 1972, I, pag. 1933, con nota di G. Ferri, «Arbitrato libero e responsabilità degli amministratori nei confronti della società»; App. Milano 19 dicembre 1958, 1959, I, pag. 937.

(32) A. Proto Pisani, «La nuova disciplina del processo societario (note a prima lettura)», in *Foro it.*, 2003, V, 1.

(33) F.P. Luiso, «Appunti sull'arbitrato societario», cit., pag. 714, il quale paventa il rischio di una fattispecie di arbitrato obbligatorio, non imposta dalla legge, bensì dall'atto costitutivo; G. Ruffini, «La riforma dell'arbitrato societario», cit., pag. 1525; M. Bove, «L'arbitrato nelle controversie societarie», cit., pag. 479; E. Fazzalari, «L'arbitrato nella riforma del diritto societario», cit., pag. 446.

(34) Il che non vale per i primi amministratori e sindaci che vengono nominati direttamente nell'atto costitutivo ai sensi dei nuovi art. 2328, comma 2, n. 11 (per le s.p.a.) e art. 2521, comma 3, n. 12 (per le cooperative).

cettazione, risultino, comunque, sottoposti a un patto arbitrario unilateralmente scelto dalla società e imposto loro in forza di una norma di legge.

L'estensione della clausola ai nuovi soci

Alla luce della previsione contenuta al comma 3 dell'art. 34, D.Lgs. n. 5/2003, la clausola compromissoria è vincolante per tutti i soci «inclusi coloro la cui qualità di socio è oggetto della controversia». In questo modo il legislatore, avallando la tesi sostenuta in giurisprudenza⁽³⁵⁾, è venuto a spazzare via ogni dubbio in merito alla

vincolatività della clausola nei confronti dei nuovi soci, superandosi, peraltro, ogni problematica relativa all'applicabilità dell'art. 1341 cod. civ. al contratto di società⁽³⁶⁾. Il problema, come è evidente, sorgeva solamente in caso di ingresso di un nuovo socio nella compagine, poiché quest'ultimo non aveva partecipato alla stipulazione dell'atto costitutivo e si trovava di fronte a una deroga alla giurisdizione ordinaria da lui non specificatamente approvata⁽³⁷⁾.

Per contro, è evidente che la situazione appare diversa per chi subentri *mortis causa* in qualità

di erede⁽³⁸⁾, ma anche per chi assuma la qualità di socio in conseguenza di una cessione a titolo gratuito od oneroso di quote o di azioni⁽³⁹⁾; in questi casi, infatti, il nuovo socio subentra nella posizione del suo dante causa e la clausola si estende a lui automaticamente, senza che sia necessaria un'espressa approvazione per iscritto⁽⁴⁰⁾, essendo sufficiente la dichiarazione di conoscere e approvare lo statuto⁽⁴¹⁾. È da rilevare, a questo proposito, un'interessante sentenza della Suprema Corte in cui si afferma che, in caso di cessione del contratto, la clausola compromissoria inserita

Note:

(35) Cass. 5 settembre 1992, n. 10240, in Foro it., 1992, I, c. 3298; Cass. 11 ottobre 1960, n. 2640, in Giur. it., 1961, I, c. 909, con nota di A. Genovese, «Clausola vessatoria in un contratto di società?»; contra Trib. Torino 23 gennaio 1986, in Giur. piem., 1986, pag. 137.

(36) G. Ruffini, «La riforma dell'arbitrato societario», cit., pag. 1531; F.P. Luiso, «Appunti sull'arbitrato societario», cit., pagg. 712-713; E.F. Ricci, «Il nuovo arbitrato societario», cit., pag. 524, il quale afferma che «la clausola compromissoria, quando esiste come regola del gruppo per il suo avvenuto inserimento nell'atto costitutivo o nello statuto, vincola anche coloro che non hanno concorso a formarla»; E. Zucconi Galli Fonseca, «La convenzione arbitrale nelle società dopo la riforma», cit., pag. 946.

(37) E. Protetti, «Adesione di nuovi soci ed approvazione della clausola compromissoria», in Le Società, 1985, pag. 937.

(38) Cass. 12 luglio 1957, n. 2840, in Dir. fall., 1957, II, pag. 773; Cass. 22 giugno 1982, n. 3784, in Mass. Giur. it., 1982, c. 962; Trib. Como 2 marzo 1987, in Le Società, 1987, pag. 816, con nota di E. Protetti, «Liquidazione di quota di società di fatto».

(39) Cass. 14 febbraio 1979, n. 965, in Rep. Foro it., 1981, voce «Arbitrato», n. 68; Cass. 17 settembre 1970, n. 1529, in Foro it., 1971, I, c. 447, con nota di L. Di Nanni; in dottrina V. Andrioli, «La clausola compromissoria nello statuto di società commerciali», in Riv. dir. comm., 1942, II, pag. 36; A. Nigro, «Questioni vecchie e nuove in materia di clausola compromissoria negli statuti di società», in Riv. soc., 1968, pag. 175.

(40) E. Zucconi Galli Fonseca, «La convenzione arbitrale nelle società dopo la riforma», cit., pag. 947, la quale rileva che «la nuova norma non risolve il problema della non coincidenza fra successione e assunzione dello status di socio, quando cioè l'avente causa o l'erede non subentri nella qualità di socio attribuita intuitu personae; e, più in generale, in tutti i casi in cui il terzo, pervenendo a contatto con la società, non assume il ruolo di socio in senso stretto. Si pensi per esempio al mero cessionario di diritti patrimoniali inerenti la quota, per il quale, a rigore, il limite soggettivo opera benché, da un punto di vista oggettivo, la clausola statutaria sia in grado di prevedere le controversie che lo riguardano».

(41) Cass. 9 aprile 1993, n. 4351, in Contratti, 1993, pag. 473; Cass. 7 ottobre 1991, n. 10444, in Riv. soc., 1992, pag. 316 e in Giur. it., 1992, I, 1, c. 1072; Trib. Genova 18 maggio 1988, in Nuova giur. civ., 1989, I, pag. 317, con nota di E. Corradi; Cass. 18 febbraio 1985, n. 1367, in Le Società, 1985, pag. 951; Cass. 30 marzo 1981, n. 1826, in Giust. civ., 1981, I, pag. 2666; Cass. 21 ottobre 1980, n. 5635, in Giur. it., 1981, I, 1, c. 42, con nota di G. Colafranceschi, «Arbitrato e competenza», la quale afferma che: «La clausola compromissoria può essere validamente contenuta nell'atto costitutivo e nello statuto di una società o cooperativa; detta clausola, riservando la decisione di controversie insorte tra lo stesso ente e i soci su questioni non attinenti materia indisponibile o di ordine pubblico ad arbitri rituali, è vincolante nei confronti di qualunque soggetto che assuma la qualità di socio successivamente all'acquisto della personalità giuridica da parte della società, senza necessità di un'espressa approvazione scritta (ex art. 1341 cod. civ.): non richiesta, indubbiamente, in considerazione della particolare pubblicità che caratterizza la nascita e le ulteriori vicende della società e della cooperativa»; Cass. 21 ottobre 1980, n. 5631, in Foro it., 1980, I, c. 2694, con nota di C.M. Barone; Trib. Monza 9 maggio 1974, in Giur. it., 1976, I, 2, c. 164; Cass. 3 febbraio 1968, n. 353, in Giust. civ., 1968, I, pag. 179; App. Brescia 24 febbraio 1965, in Giust. civ., 1965, I, pag. 2127, con nota di C. Giannattasio; Cass. 11 ottobre 1960, n. 2640, cit.; in senso contrario, isolate: Trib. Torino 23 gennaio 1986, cit., pag. 137; App. Milano 7 febbraio 1955, ord., in Foro pad., 1955, I, c. 1283.

nel contratto originario è valida solo se è oggetto di specifico richiamo nella scrittura di cessione⁽⁴²⁾.

Prima dell'entrata in vigore dell'art. 34 del D.Lgs. n. 5/2003, nella pratica, per evitare ogni tipo di possibile cavillazione, appariva, comunque, consigliabile procedere⁽⁴³⁾, in sede di domanda di ammissione di un nuovo socio, alla presentazione di una domanda all'interno della quale fosse contenuta l'approvazione dello statuto, ovvero alla sottoscrizione un atto con il quale il nuovo socio affermasse di aver preso visione e di accettare il suddetto statuto mediante la sottoscrizione del verbale di assemblea con il quale il socio veniva ammesso alla società⁽⁴⁴⁾.

Il ragionamento su cui, fino ad oggi, si è basata la giurisprudenza fonda le sue radici, in primo luogo, sul tradizionale assunto

che la *ratio* dell'art. 1341 cod. civ., presupponeva la presenza nella stipulazione del contratto di un contraente debole che dovesse essere tutelato rispetto al contraente forte che lo predisponneva. Tale circostanza che non sembrava, però, potersi riscontrare in un contratto di società dove la «comunanza d'interessi rivolti al perseguimento di finalità comuni» sembrava rendere inutile questa forma di tutela⁽⁴⁵⁾, venendo al suo posto evidenziata la natura essenzialmente collaborativa del contratto⁽⁴⁶⁾, indipendentemente da ogni valutazione di carattere economico. Infatti, all'interno della società le regole statutarie sono disegnate allo scopo di perseguire l'oggetto sociale e non certo, invece, per vessare uno o più soci ad opera di altri soci, per cui i soci non si sarebbero trovati in una posizione di contrapposizione

di interessi, bensì in una posizione di perfetta parità suggellata anche dal principio della democraticità nella formazione delle volontà assembleare.

Tuttavia, la dottrina⁽⁴⁷⁾ non era concorde in ordine all'atteggiamento assunto dalla giurisprudenza e, almeno la corrente più garantista e meno filoarbitrale, contestava queste motivazioni, dubitando del fatto che potesse esistere una situazione di assoluta parità tra i soci: infatti, avrebbero dovuto essere tenute distinte la comunanza di interessi fra soggetti che decidono di far parte della medesima società, dall'effettiva posizione dei soci all'interno della stessa che raramente può definirsi paritaria⁽⁴⁸⁾. Ciò avrebbe comportato il verificarsi, nella realtà, proprio del caso di un contraente debole che doveva essere tutelato in base ai disposti dell'art. 1341 cod. civ.,

Note:

(42) Cass., Sez. Un., 3 giugno 1985, n. 3285; Società Zimmer Usa Europa c. Ditta Cremascoli, in Dir. mar., 1986, pag. 497, la quale afferma che: «In caso di cessione di contratto la clausola compromissoria contenuta nel contratto originario deve, per essere efficace nei confronti del cessionario, essere oggetto di specifico richiamo nella scrittura di cessione».

(43) Cass. 30 marzo 1981, n. 1826, cit., la quale sostiene che «Ai fini dell'osservanza della forma scritta richiesta dall'art. 808 cod. proc. civ., per la valida approvazione della clausola compromissoria contenuta in uno statuto sociale, è sufficiente la sottoscrizione, da parte del socio aderente, della domanda di ammissione alla società con la correlativa approvazione dello statuto, non essendo necessaria una specifica approvazione scritta della clausola compromissoria ex art. 1341 cod. civ.».

(44) Cass. 18 febbraio 1985, n. 1367, cit.

(45) La Suprema Corte nella sentenza 18 febbraio 1985, n. 1367, cit., pag. 952, ha affermato «Con riguardo alla clausola compromissoria (nella specie: per arbitrato irrituale) contenuta nello statuto di una società di persone, ed al fine della sua operatività nei confronti di chi assuma successivamente la qualità di socio, il requisito della forma scritta resta soddisfatto dalla sottoscrizione, da parte di detto nuovo socio, di un atto con il quale esso affermi di aver preso visione e di accettare il suddetto statuto (nella specie: con dichiarazione apposta sul verbale della deliberazione assembleare di ammissione), tenuto conto della inapplicabilità dell'art. 1341 cod. civ., sull'esigenza di una specifica approvazione per iscritto della clausola medesima, non vertendosi in ipotesi di condizioni generali di contratto predisposte da uno dei contraenti, né di contratti conclusi mediante moduli o formulari». Al riguardo cfr. G. De Nova, in R. Sacco, G. De Nova, Il contratto, Torino, 1998, I, pag. 82. Si veda anche la relazione del guardasigilli al progetto ministeriale delle obbligazioni, n. 167 nei lavori preparatori del Codice civile.

(46) Cass. 7 ottobre 1991, 10444, cit., la quale afferma che «La clausola compromissoria contenuta in un atto costitutivo o in uno statuto di società o cooperativa è vincolante nei confronti dei soci, senza necessità di un'espressa approvazione scritta ex art. 1341 cod. civ.».

(47) A. Nigro, «Questioni vecchie e nuove in materia di clausola compromissoria negli statuti di società», cit., pag. 175 e segg.; G. Schizzerotto, «Dell'arbitrato», cit., pag. 175; R. Teti, «La giurisprudenza e l'arbitrato nelle società», in L'arbitrato. Fondamenti e tecniche, a cura di E. Caterini, G. Chiappetta, Napoli, 1995, pag. 100; C. Punzi, «Disegno sistematico dell'arbitrato», cit., I, pag. 206 e segg.

(48) G. Auletta, «Clausole arbitrali nell'atto costitutivo di società cooperativa», in Foro pad., 1961, I, c. 825, il quale sostiene che comunione di scopo non significa identità di interessi.

con la conseguenza che sarebbe risultata necessaria l'espressa approvazione della clausola compromissoria.

Infatti, la realtà societaria è dominata essenzialmente dal formarsi della maggioranza e, di fronte a questo fenomeno, sembrava difficile non ammettere che l'interesse del singolo soggetto potesse, in realtà, risultare sacrificato e, conseguentemente, poteva non essere pienamente giustificabile la privazione della possibilità di adire la giurisdizione ordinaria, per una scelta, soprattutto, non direttamente compiuta dallo stesso socio. L'orientamento, del resto ormai consolidato prima dell'entrata in vigore la riforma del processo societario, in precedenza ediviziato sembra, comunque, del tutto condivisibile: l'idea di non aggiungere costrizioni in un settore, già di per sé angusto come quello societario, offre e ha offerto la possibilità di usufruire in misura più ampia e con maggiore libertà dello strumento arbitrale, il quale rappresenta un'importante risorsa per le imprese e, anche se le motivazioni opposte dalla dottrina danno risalto a un problema tutt'altro che secondario, come quello della tutela del singolo di fronte alla maggioranza, la soluzione esiste e va trovata nella gestione vera e propria della procedura, come, per esempio, nella scelta degli arbitri, nominati tutti da soggetto estraneo alla società (art. 34, comma 2, D.Lgs. n. 5/2003) che, se imparziali ed indipendenti (come del

resto prevede l'art. 815, con richiamo all'art. 51 cod. proc. civ.), offrono di per sé più che idonee garanzie di tutela per il contraente più debole.

L'introduzione e la soppressione della clausola arbitrale

La clausola compromissoria può essere introdotta, non solamente all'atto della costituzione della società, ma anche in un qualsivoglia momento successivo, mediante un'apposita modificazione dei patti sociali, ecco allora nascere un'altra serie di difficoltà legate, in particolare, al modo in cui le modifiche statutarie devono essere approvate in sede di assemblea e ciò anche alla luce delle disposizioni contenute agli artt. 34, comma 6, e 41, comma 2, D.Lgs. n. 5/2003. Fino all'entrata in vigore del decreto in parola, per le società in cui vigeva, in mancanza di contraria disposizione pattizia ex art. 2252 cod. civ., la regola dell'unanimità per le modifiche del contratto sociale, non sembravano intravedersi particolari difficoltà visto che la clausola doveva essere approvata specificatamente da ciascun socio, anche per iscritto, pur se solo ai fini dell'iscrizione nel Registro delle imprese. Per contro, quando nelle società di persone fosse stata prevista la regola della maggioranza, oppure nel caso delle società di capitali o cooperative dove tale regola era espressamente prevista dalla legge agli artt. 2368, 2369 e 2486 cod. civ. prev., la modifica dello statuto non ri-

chiedeva l'espressa approvazione da parte del singolo socio⁽⁴⁹⁾, ma ciò non influiva comunque sulla forma scritta, requisito che poteva dirsi sicuramente rispettato anche dalla presenza del notaio verbalizzante.

Il nuovo processo societario ha previsto come regola generale, all'ultimo comma dell'art. 34, che le modifiche dell'atto costitutivo volte all'introduzione o 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 90 giorni⁽⁵⁰⁾.

Pur sembrando questa previsione apparentemente chiara, tuttavia, il legislatore nulla dice, creando un qualche imbarazzo interpretativo, con riferimento alle semplici modifiche che i soci potrebbero decidere di apportare alla clausola medesima per adeguarla alle reali esigenze della società⁽⁵¹⁾. L'ambito di operatività di tali modifiche può essere anche molto ampio, basti pensare a interventi parzialmente soppressivi o ampliativi di alcuni disposti della clausola, come potrebbe accadere, a titolo esemplificativo, in caso di limitazione, ovvero aggiunta di materie che i soci vogliono devolvere alla cognizione degli arbitri, ovvero in ipotesi di modificazioni *tout court*, quali quelle inerenti al cambio di tipo di arbitrato, ovvero al numero degli arbitri.

La migliore interpretazione della norma non può che portare,

Note:

(49) App. Bologna 22 febbraio 1997, in *Le Società*, 1997, pag. 1156, con nota di A. Stesuri, «Sul regime di modificabilità delle clausole arbitrali societarie».

(50) A. Papa Malatesta, «Revisione delle clausole compromissorie negli statuti di società di capitali», in *Diritto e Pratica delle Società* n. 10/2004, pag. 21.

(51) Per esempio, la semplice modifica delle modalità di nomina degli arbitri.

in via analogica, a ritenere che la disposizione in esame sia applicabile anche alle semplici modificazioni della clausola compromissoria, sia con riferimento alle materie arbitrabili, che al tipo di arbitrato da utilizzare⁽⁵²⁾.

Diversamente argomentando potrebbe, altresì, sostenersi che la semplice modifica non rientrerebbe nell'ambito di applicazione dell'ultimo comma dell'art. 34 che fa espresso riferimento all'introduzione o alla soppressione dell'intera clausola arbitrale nell'ambito, con la conseguenza che, non trovando applicazione le maggioranze ivi previste, per tali modifiche si applicherebbero gli ordinari *quorum* di assemblea straordinaria.

La codificazione di queste modalità operative consente, quindi, sicuramente di dissipare buona parte dei dubbi sollevati in giurisprudenza sulla necessità del consenso di tutti i soci per l'introduzione o modificazione dell'accordo arbitrale nei patti sociali⁽⁵³⁾.

La norma viene, quindi, ad equiparare la clausola compromissoria a una qualsiasi altra clausola statutaria la cui soppressione o

introduzione richiede le maggioranze dell'assemblea straordinaria. Per contro, il diritto di recesso accordato al socio assente o dissenziente, viene a introdurre una nuova fattispecie di recesso, tradizionalmente legato alla modifica di essenziali aspetti strutturali e organizzativi della società. Ciononostante, la previsione dell'art. 34 si pone in sintonia con la volontà del legislatore delegante di consentire ai soci ulteriori ipotesi di recesso, basti pensare, anche alla facoltà di recedere in caso di proroga della durata della società.

Dubbi di costituzionalità

Qualche dubbio di costituzionalità è stato sollevato in dottrina⁽⁵⁴⁾ relativamente all'introduzione o soppressione a maggioranza di una clausola compromissoria. Mentre la prima ipotesi può ritenersi, nella pratica, alquanto marginale, essendo assai limitato il numero degli statuti che non contengano *ab origine* una clausola compromissoria, dall'altra parte, l'ipotesi di soppressione della clausola può senza dubbio abbracciare una

casistica potenzialmente più ampia. Infatti, l'introduzione a maggioranza della clausola compromissoria potrebbe essere ritenuta in contrasto con l'art. 2 della Costituzione, alla luce del quale il diritto ad agire ed il diritto al giudice naturale preconstituito (artt. 24 e 25 Cost.) sono riconosciuti e garantiti ai singoli ed alle formazioni sociali⁽⁵⁵⁾.

Il problema 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 modifiche relative a una clausola oggi presente nella quasi totalità dei patti sociali, tale *quorum* non può che avere, quindi, 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 alle regole del Codice civile. Se questa interpretazione fosse corretta, come pare esserlo per specialità delle fonti⁽⁵⁶⁾, allora la maggioranza di almeno i due terzi richiesta

Note:

(52) F. Tassinari, «Scioglimento e liquidazione», in C. Caccavale, F. Magliuolo, M. Maltoni, F. Tassinari, La riforma della società a responsabilità limitata, Milano, 2003, pag. 526, il quale ritiene che la norma trovi applicazione anche con riferimento alle ipotesi «di modificazione essenziale, sostanzialmente ampliative o diminutive dell'ambito delle controversie compromettibili oppure idonee a modificare le regole fondamentali dell'organo arbitrale (es. sostituendo all'arbitrato rituale un arbitrato libero o viceversa)».

(53) L'introduzione nello statuto societario di una clausola compromissoria deliberata dalla maggioranza dei soci, ancorché qualificata, con effetto vincolante anche per i soci assenti o dissenzienti era sostenuta prima della riforma da: G. Bianchi, L'arbitrato nelle controversie societarie, Padova, 2001, pag. 9; G. Cabras, E. Silvestri, «Arbitrato in materia di società», in AA.VV., Dizionario dell'arbitrato, con prefazione di N. Irti, Torino, 1997, pagg. 58-59; e in giurisprudenza da Trib. Milano 5 aprile 1971, Poli c. Società cooperativa Operaia Metallurgica, in Mon. trib., 1971, pag. 413; contra: V. Andrioli, «La clausola compromissoria nello statuto di società commerciale», in Riv. dir. comm., 1942, pag. 36; C. Cecchella, L'arbitrato, Torino, 1991, pag. 297; G. Silingardi, «Il compromesso in arbitri nelle società di capitali», cit., pag. 105; e in giurisprudenza Trib. Roma 20 maggio 1952, in Foro it., 1953, I, c. 309.

(54) G. Ruffini, «La riforma dell'arbitrato societario», cit., pag. 1529.

(55) Sembrerebbe ingiusto costringere un socio che è parte di una compagine sociale il cui statuto non contiene una clausola compromissoria a sottoporsi al giudizio di arbitri, poiché così vuole la maggioranza, ove questo non voglia recedere dalla società.

(56) Utilizzando il mero criterio cronologico ci si troverebbe innanzi alla aberrante conseguenza che le norme del D.Lgs. n. 5/2003 andrebbero a derogare le norme del Codice civile solamente con riferimento alle società di persone, poiché con riferimento alle società di capitali, queste sono state modificate con una legge posteriore, vale a dire con il D.Lgs. n. 6/2003.

dal comma 6 dell'art. 34 del decreto medesimo verrebbe a derogare alla disciplina generale dettata dall'art. 2252 cod. civ. per le società di persone⁽⁵⁷⁾, che richiede l'unanimità dei consensi per la modifica dell'atto costitutivo, ove non diversamente pattuito all'interno dell'atto costitutivo⁽⁵⁸⁾.

Diversamente argomentando, vale a dire sostenendo che la regola dei patti sociali relativamente al *quorum* deliberativo prevale sempre su quella determinata dall'ultimo comma dell'art. 34, significherebbe porre nel nulla la nuova regola processuale, salvo non volerla interpretare come limite minimo di consensi richiesti. Ne conseguirebbe che, ove nella società di persone fosse seguita la regola codicistica, sarebbe sempre necessaria l'unanimità dei consensi, mentre, al contrario, se, a titolo esemplificativo, fosse pattiziamente prevista la maggioranza semplice, per la modifica della clausola compromissoria sarebbe sempre necessaria la volontà di tanti soci che rappresentino almeno i

due terzi del capitale sociale⁽⁵⁹⁾. Tuttavia, questa interpretazione si troverebbe in contrasto, e, al contempo, verrebbe a spogliare di significato l'ultima parte del comma 6 dell'art. 34 dove si legge che il socio assente o dissenziente può esercitare il diritto di recesso. Inoltre, dopo la riforma del diritto societario, la previsione dell'art. 2252 cod. civ. dovrebbe essere letta nel senso che anche la legge può prevedere *quorum* diversi dall'unanimità dei consensi⁽⁶⁰⁾: ciò accade, in particolare, all'art. 2500-ter cod. civ., relativamente alla trasformazione di una società di persone in società di capitali, nonché all'art. 2502 cod. civ., in materia di decisione in ordine alla fusione, dove si prevede che la decisione 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 cod. civ. proviene da norma di rango equivalente, poiché contenuta sempre all'interno del Codice civile. Così argomentando, 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 cod. civ., 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⁽⁶¹⁾.

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⁽⁶²⁾. Al sacrificio del principio dell'unanimità dei consensi, si pone come rimedio la possibilità per il socio assente o dissenziente di recedere dalla società. Alla luce dell'eccezionalità della norma e in conformità di ogni altra

Note:

(57) Dello stesso avviso: E. Zucconi Galli Fonseca, «La convenzione arbitrale nelle società dopo la riforma», cit., pag. 953, la quale afferma che «Maggiori difficoltà sorgono con riguardo alle società di persone, perché la modifica dello statuto richiede, salvo patto contrario, l'unanimità ed occorre perciò chiedersi se la norma, che si applica a tutte le società "commerciali", sia in tal senso derogatoria: sembrerebbe di sì, in mancanza di una espressa distinzione».

(58) Lo stesso principio è stato più volte ribadito anche in giurisprudenza con riferimento a tutti i tipi di società di persone: cfr.: Trib. Milano 31 maggio 2001, in *Le Società*, 2002, pag. 372; Trib. Cagliari 13 aprile 2001, cit.; Cass. 12 giugno 1996, n. 5416, in *Giust. civ.*, 1997, I, pag. 157; Cass. 10 maggio 1984, n. 2860, in *Dir. fall.*, 1984, II, pag. 728; Pret. Cuneo 7 marzo 1983, in *Giur. comm.*, 1983, II, pag. 925, nota di G. Cottino, E. Ghiozzi, «Sulla modificazione a maggioranza del contratto di società in accomandita semplice e sulla nomina di un secondo accomandatario contro la volontà del primo».

(59) Nelle società di capitali, che dopo la riforma si trovano ad avere *quorum* deliberativi inferiori rispetto a quelli previgenti, la norma processuale avrebbe sempre la prevalenza su quella dei patti sociali essendo di gran lunga superiore, fatta salva l'ipotesi in cui lo statuto ai sensi degli artt. 2369, comma 4, e 2479-bis, comma 3, cod. civ. non prevedesse maggioranze più elevate per le modifiche dei patti sociali.

(60) G. Auletta, N. Salanitro, *Elementi di diritto commerciale*, Milano, 2003, pag. 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».

(61) 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 cod. civ. 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 cfr.: F. Galgano, voce «Società semplice», in *Dig. disc. priv.*, Sez. comm., Torino, 1997, XIV, pag. 438.

(62) F.P. Luiso, «Appunti sull'arbitrato societario», cit., 707.

disposizione introduttiva di un'ipotesi legale di recesso dalla società, pare da negarsi tale diritto al socio che, pur presente all'assemblea di sia astenuto⁽⁶³⁾.

Alla luce di quanto sopra, 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 patteggiamente convenuto all'interno dell'atto costitutivo per la modifica dei patti sociali.

Lo stesso ragionamento vale nelle società di capitali, dove il *quorum* necessario potrà risultare anche superiore a quello ordinariamente richiesto per le modificazioni dell'atto costitutivo. In particolare, con riferimento alle s.r.l., salvo diversa disposizione dei patti sociali, l'assemblea, sulla base del combinato disposto degli artt. 2479-bis, comma 3, e 2479, comma 2, n. 4, cod. civ., delibera con il voto favorevole dei soci che rappresentano la metà del capitale sociale. Nelle s.p.a., in base all'art. 2368 cod. civ. le modifiche dei patti sociali vengono deliberate dall'assemblea straordinaria in prima convocazione con il voto favorevole di tanti soci che rap-

presentino più della metà del capitale sociale, salvo che lo statuto non richieda una maggioranza più elevata. In seconda convocazione, l'assemblea straordinaria, che è regolarmente costituita con la partecipazione di oltre un terzo del capitale sociale, delibera con il voto favorevole di almeno i due terzi del capitale sociale rappresentato in assemblea; lo statuto può richiedere comunque maggioranze più elevate.

Nelle società di capitali, alla luce delle disposizioni introdotte dalla riforma, potrebbe essere ipotizzabile una apposita previsione pattizia in base alla quale i soci determinino il necessario *quorum* deliberativo per le modifiche attinenti all'atto costitutivo che riguardino la clausola compromissoria, *quorum* che, nelle sole s.r.l., potrebbe essere determinato da un minimo di almeno i due terzi ad un massimo dell'unanimità dei consensi⁽⁶⁴⁾.

La norma in esame troverà applicazione nella fase di adeguamento degli statuti delle società di capitali e delle cooperative. Infatti, giovi evidenziare come in base alla disposizione contenuta all'art. 41, comma 2 del decreto, nel periodo transitorio, le maggioranze necessarie saranno 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.) ed alla «maggioranza semplice dei presenti» (art. 223-duodecies disp. att. cod. civ.). Per contro, la norma transitoria non potrà trovare 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.

Da ultimo, sempre nelle disposizioni transitorie all'art. 41, D.Lgs. n. 5/2003⁽⁶⁵⁾ è stato disposto che il socio non possa esercitare il diritto di recesso in quelle società il cui lo statuto verrà modificato in attuazione degli artt. 223-bis e 223-duodecies delle disp. att. cod. civ. In questo modo, il legislatore ha evidentemente voluto evitare una facile via di uscita del socio in mancanza di una reale giusta causa di recesso prevista dalla legge o dal contratto sociale. Sarà, quindi, necessario provvedere alla modifica delle clausole compromissorie contenute nei patti sociali nel periodo transitorio previsto dalle norme di attuazione al Codice civile, al fine di evitare che una successiva introduzione della clausola possa permettere, ad uno o più soci, di recedere dalla società, in assenza di qualsivoglia altro motivo giustificativo.

Note:

(63) F. Tassinari, «Scioglimento e liquidazione», in C. Caccavale, F. Magliuolo, M. Maltoni, F. Tassinari, La riforma della società a responsabilità limitata, pag. 526.

(64) Nelle s.r.l. alla luce della previsione dell'ultimo comma dell'art. 2479 cod. civ. si ritiene ammissibile anche la previsione dell'unanimità dei consensi, tale orientamento era stato affermato anche prima della riforma. Al riguardo, cfr. A. Nicolini, «S.r.l. e deroga al principio maggioritario», nota a Trib. Bologna 28 settembre 1995, in Notariato, 1996, pag. 359 a cui si rinvia per i richiami di dottrina e di giurisprudenza. Nelle s.p.a., per contro, tale unanimità pare non ammissibile alla luce del dato testuale dell'art. 2368 cod. civ. il quale afferma che «lo statuto può richiedere maggioranze più elevate, tranne per l'approvazione del bilancio e per la nomina e la revoca delle cariche sociali» e da cui si desume, quindi, che una maggioranza più elevata, essendo maggioranza, non potrà mai coincidere con l'unanimità.

(65) Come modificato dall'Avviso di rettifica relativo al D.Lgs. n. 5/2003, pubblicato in G.U. 9 settembre 2003, n. 209. Nella precedente versione dell'art. 41 il riferimento era al comma 5 anziché al 6, con la conseguenza che la lettura della norma avrebbe portato ad una interpretazione in base alla quale alle modifiche deliberate per l'adeguamento degli statuti non avrebbero trovato applicazione la previsione in base alla quale non potevano essere oggetto di clausola compromissoria le controversie nelle quali la legge preveda l'intervento obbligatorio del pubblico ministero. Tale lettura sarebbe stata in aperto contrasto con l'orientamento costante della giurisprudenza.