

AperTO - Archivio Istituzionale Open Access dell'Università di Torino

## Recenti pronunce in materia di arbitrato societario - aggiornamento febbraio 2012

**This is a pre print version of the following article:**

*Original Citation:*

*Availability:*

This version is available <http://hdl.handle.net/2318/115886> since 2023-01-21T14:01:42Z

*Terms of use:*

Open Access

Anyone can freely access the full text of works made available as "Open Access". Works made available under a Creative Commons license can be used according to the terms and conditions of said license. Use of all other works requires consent of the right holder (author or publisher) if not exempted from copyright protection by the applicable law.

(Article begins on next page)

**Recenti pronunce in materia di arbitrato societario  
raccolte da Stefano A. Cerrato (Università di Torino)**

Argomento	Pagina
Arbitrato societario e validità della clausola arbitrale “vecchio stile”	<b>2</b>
Arbitrato societario e arbitrato irrituale	<b>77</b>
Arbitrato societario, diritti disponibili e potestà cautelare del giudice	<b>87</b>
Arbitrato societario: legittimità costituzionale dell’introduzione a maggioranza della clausola compromissoria ed “estraneità” del designatore	<b>91</b>
Arbitrabilità delle controversie in materia di scioglimento di società	<b>94</b>
Arbitrato societario e diritti disponibili (specialmente in materia di impugnativa di bilancio)	<b>97</b>

avv. prof. Stefano A. Cerrato

Buffa, Bortolotti e Mathis Studi Legali associati

10121 Torino - via Alfieri, n. 19

tel. 0115741111 – fax 0115741141

e-mail: [s.cerrato@bbmpartners.com](mailto:s.cerrato@bbmpartners.com)

<http://www.bbmpartners.com>

**Arbitrato societario e validità della clausola arbitrale “vecchio stile”\***

\* Provvedimenti I – VII, IX, XI – XII, XIV – XVIII pubblicati in *Giurisprudenza Commerciale*, 2006, II, 497 ss. con nota di S.A. CERRATO, *Arbitrato societario e arbitrato di diritto comune: una convivenza ancora difficile*;

Provvedimento VIII pubblicato in *Società*, 2005, 916;

Provvedimento X pubblicato in *www.giurisprudenzabarese.it*;

Provvedimento XIII pubblicato in *Rivista dell'Arbitrato*, 2006, 169 ss.;

Provvedimenti XIX, XXI – XXII pubblicati in *Giurisprudenza Italiana*, 2007, 398 ss. con nota di S.A. CERRATO, *Un tema senza pace: le clausole arbitrali tra vecchio e nuovo diritto*;

Provvedimento XX pubblicato in *Il merito*, 2007, 34;

Provvedimento XXIV pubblicato in *Giurisprudenza Italiana*, 2007, 906 ss., con nota di S.A. CERRATO, *Arbitrato societario e doppio binario: una svolta?*;

Provvedimento XXXII inedito;

Provvedimenti XXIII, XXV – XXVI pubblicati in *Giurisprudenza Italiana*, 2007, 2237 ss., con nota di S.A. CERRATO *Arbitrato societario: nuove conferme per il “doppio binario”*.

Provvedimento XXVII pubblicato in *Guida al diritto*, 2007, n. 45, 106;

Provvedimenti XXVIII – XXXIII, XXXVI, XXXVIII – XXXIX inediti;

Provvedimento XXXIV pubblicato in *Guida al diritto*, 2007, n. 47, 50 ss.;

Provvedimento XXXV pubblicato in *PQM*, 2008, 68;

Provvedimento XXXVII pubblicato in *Giurisprudenza di Merito*, 2008, 1329 ss.;

Provvedimenti XL e XLIV pubblicati in *Giurisprudenza Commerciale*, 2009, II, 1004 ss., con nota di R. GUIDOTTI, *C'è davvero disordine normativo in tema di arbitrato di diritto comune in materia societaria?*

Provvedimenti XLI – XLII inediti;

Provvedimento XLIII pubblicato in *Foro Padano*, 2007, 421 ss.;

Provvedimento XLV pubblicato in *Giustizia a Milano*, 2008, n. 10, 69;

Provvedimento XLVI pubblicato in *www.giurisprudenzabarese.it*;

Provvedimento XLVII in *Banca borsa titoli di credito*, 2009, II, 335 ss., con nota di S.A. CERRATO, *Arbitrato societario e «doppio binario»: qualche riflessione alla luce della giurisprudenza più recente*.

Provvedimento XLVIII inedito;

Provvedimento XLIX pubblicato in *Giustizia a Milano*, 2009, n. 4, 30;

Provvedimento L in *Giurisprudenza Italiana*, 2010, 2096 ss.;

Provvedimenti LI e LIII in *Giurisprudenza Italiana*, 2011, 2306 ss.;

Provvedimenti LI, LIII e LIV in *Giurisprudenza Commerciale*, II, 2011, 1080 ss.;

Provvedimento LII inedito;

Provvedimento LV in *Riv. not.*, 2011, 897 ss.;

Provvedimento LVI inedito;

Provvedimento LVII inedito;

## I.

TRIB. TRENTO, 11 febbraio 2004 (ord.) – CRISCIONE *Giudice* – B. (avv. Benvenuto e dott. proc. Eccher) c. M. e B. M. (avv. Masè e Molinari).

**Arbitrato – Arbitrato societario – Società di persone – Applicabilità.**

(Decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, art. 34).

**Società – Società di persone – Disciplina transitoria per l'adeguamento alla riforma del diritto societario – Inapplicabilità.**

(Decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, artt. 34, 41; Codice civile, disp. att. trans, artt. 223 *bis*, 223 *duodecies*).

**Arbitrato – Arbitrato societario – Clausola compromissoria difforme – Nullità – Sussistenza.**

(Decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, art. 34).

*La disciplina dell'arbitrato societario introdotta dal d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, si applica anche alle società di persone<sup>(1)</sup>.*

*La disciplina transitoria relativa alle modifiche necessarie per l'adeguamento degli statuti e degli atti costitutivi prevista dagli artt. 223 *bis* e 223 *duodecies* disp. att. cod. civ. non si applica alle società di persone<sup>(2)</sup>.*

*A decorrere dal 1° gennaio 2004, è viziata da nullità sopravvenuta la clausola compromissoria contenuta nello statuto di una società (nella specie: di persone), introdotta antecedentemente a quella data e non adeguata al disposto dell'art. 34, comma 2, del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5<sup>(3)</sup>.*

## II.

TRIB. TRENTO, 8 aprile 2004 (ord.) – PALESTRA *Presidente* – GIULIANI *Relatore* – B. (avv. Benvenuto e dott. proc. Eccher) c. M. e B. M. (avv. Masè e Molinari).

**Arbitrato – Arbitrato societario – Società di persone – Applicabilità.**

(Decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, art. 34).

**Società – Società di persone – Disciplina transitoria per l'adeguamento alla riforma del diritto societario – Inapplicabilità.**

(Decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, artt. 34, 41; Codice civile, disp. att. trans, artt. 223 *bis*, 223 *duodecies*).

**Arbitrato – Arbitrato societario – Clausola compromissoria difforme – Inefficacia sopravvenuta – Sussistenza.**

(Decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, artt. 34, 41).

*La disciplina dell'arbitrato societario introdotta dal d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, si applica anche alle società di persone, ivi comprese quelle di fatto<sup>(4)</sup>.*

*La disciplina transitoria relativa alle modifiche necessarie per l'adeguamento degli statuti e degli atti costitutivi prevista dagli artt. 223 *bis* e 223 *duodecies* disp. att. cod. civ. non si applica alle società di persone<sup>(5)</sup>.*

*Salvi i giudizi arbitrali già pendenti, a decorrere dal 1° gennaio 2004 è inefficace la clausola compromissoria contenuta nello statuto di una società (nella specie: di persone), introdotta antecedentemente a quella data e non adeguata al disposto dell'art. 34, comma 2, del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5<sup>(6)</sup>.*

## III.

TRIB. LATINA, 22 giugno 2004 – CATALDI *Presidente ed Estensore* – B. (avv. Lucchetti, Mazzei, Arieta, De Santis) c. M. s.r.l. (avv. A. Pietrosanti, M.L. Pietrosanti, L. Pietrosanti).

**Arbitrato – Arbitrato societario – Clausola compromissoria non adeguata – Nullità – Sussistenza.**

(Decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, art. 34).

**Arbitrato – Arbitrato societario – Clausola compromissoria nulla per mancato adeguamento – Sostituzione automatica – Esclusione.**

(Decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, art. 34; Codice civile, artt. 1418, 1419).

*A decorrere dal 1° gennaio 2004, è viziata da nullità sopravvenuta la clausola compromissoria contenuta nello statuto di una società (nella specie: di capitali), introdotta antecedentemente a quella data e non adeguata al disposto dell'art. 34, comma 2, del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5<sup>(7)</sup>.*

*Non può farsi luogo a sostituzione automatica della clausola compromissoria nulla per mancato adeguamento alle disposizioni inderogabili dettate dall'art. 34, comma 2, del d.lgs. 17 gennaio 2003, n.5, con il modello di clausola compromissoria previsto dal predetto art. 34, comma 2<sup>(8)</sup>.*

IV.

TRIB. TORTONA, 3 agosto 2004 (ord.) – PRIOLO *Presidente* – X. (avv. Zani, Cavanenchi) *Ricorrente*.

**Arbitrato – Arbitrato societario – Clausola compromissoria non adeguata – Nullità – Sussistenza.**

(Decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, artt. 34, 41).

**Arbitrato – Arbitrato societario – Disciplina transitoria per l'adeguamento alla riforma del diritto societario – Limiti.**

(Decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, art. 34; Codice civile, disp. att. trans, art. 223 bis).

*Salvi i giudizi arbitrali già pendenti, a decorrere dal 1° gennaio 2004 è viziata da nullità sopravvenuta la clausola compromissoria contenuta nello statuto di una società (nella specie: di persone), introdotta antecedentemente a quella data e non adeguata al disposto dell'art. 34, comma 2, del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5<sup>(9)</sup>.*

*La disciplina transitoria prevista dall'art. 223 bis disp. att. trans. cod. civ. concerne esclusivamente l'adeguamento degli statuti ed atti costitutivi di società di capitali alle disposizioni inderogabili previste dai dd.lgs.17 gennaio 2003, n. 5 e 17 gennaio 2003, n. 6, senza alcuna incidenza sulla immediata efficacia ed applicabilità dell'art. 34, d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, e dunque sulla procedura di costituzione del collegio arbitrale<sup>(10)</sup>.*

V.

TRIB. TORINO, 27 settembre 2004 – PREMOSELLI *Presidente* – OBERTO *Relatore* – G. e B. (avv. Montalenti, Cagnasso, D'Arrigo) c. A. s.r.l. (avv. Beltramo, Palange).

**Arbitrato – Arbitrato societario – Clausola compromissoria difforme – Efficacia – Limiti.**

(Decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, art. 34).

*La clausola compromissoria contenuta nello statuto di una società (nella specie: di capitali), introdotta antecedentemente a quella data e non adeguata al disposto dell'art. 34, comma 2, del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, è efficace con riferimento a rapporti giuridici sorti in data anteriore al 30 settembre 2004 e non ancora esauriti a tale data<sup>(11)</sup>.*

## VI.

LODO ARBITRALE BOLOGNA, 15 ottobre 2004 – BRENTAZZOLI *Presidente* – Consorzio B. s.c.a.r.l. c. O.

**Arbitrato – Arbitrato societario – Clausola compromissoria difforme – Efficacia – Limiti.**

(Decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, art. 34; Codice civile, disp. att. trans, art. 223 *bis*, 223 *duodecies*).

**Arbitrato – Arbitrato societario – Clausola compromissoria contenuta in un regolamento consortile – Disciplina degli artt. 34, 35, 36 d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 – Applicabilità – Esclusione.**

(Decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, artt. 34, 35, 36; Legge 3 ottobre 2001, n. 366, art. 12).

*Si applica anche alla clausola compromissoria la disciplina transitoria prevista dagli artt. 223 bis e 223 duodecies disp. att. c.c. che dispone la persistente validità delle clausole dello statuto e dell'atto costitutivo di società di capitali e cooperative fino al 30 settembre 2004 e – rispettivamente – 31 marzo 2005, con la conseguenza che la clausola compromissoria introdotta antecedentemente a quella data e non adeguata al disposto dell'art. 34, comma 2, del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, è valida ed efficace fino al termine del periodo transitorio (<sup>12</sup>).*

*Non si applica la disciplina degli artt. 34, 35 e 36 del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, alle clausole arbitrali contenute in regolamenti o contratti o accordi diversi dallo statuto o dall'atto costitutivo (nella specie, il regolamento consortile destinato a disciplinare le modalità di commercializzazione di alcune categorie di beni con marchio del consorzio rinviava, per eventuali controversie, alla clausola arbitrale contenuta nello statuto della società consortile a responsabilità limitata. Il collegio arbitrale ritiene che, in forza del richiamo, il regolamento consortile venga a contenere una clausola compromissoria autonoma e distinta rispetto a quella statutaria) (<sup>13</sup>).*

## VII.

TRIB. UDINE, 4 novembre 2004 (ord.) – COLA *Presidente* – VENIER *Relatore* – Pittau s.n.c. c. S.

**Arbitrato – Arbitrato societario – Disciplina transitoria per l'adeguamento alla riforma del diritto societario – Limiti.**

(Decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, art. 34, 41; Codice civile, disp. att. trans, art. 223 *bis*, 223 *duodecies*).

**Arbitrato – Arbitrato societario – Clausola compromissoria difforme – Nullità – Esclusione.**

(Decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, art. 34; Codice civile, artt. 1418, 1419).

*La disciplina transitoria prevista dagli artt. 223 bis e 223 duodecies disp. att. trans. cod. civ. si applica solo alle società di capitali ed alle società cooperative, non anche alle società di persone (<sup>14</sup>).*

*La clausola compromissoria introdotta nello statuto o nell'atto costitutivo di una società anteriormente all'entrata in vigore del d.lgs. 17 gennaio 2003, n.5 e successivamente non adeguata alle disposizioni inderogabili previste dal suddetto decreto è valida ed efficace, nei limiti di efficacia ad essa riconosciuti dalle norme vigenti (<sup>15</sup>).*

## VIII.

TRIB. LATINA, 4 novembre 2004 – CATALDI *Presidente e Relatore* – B. c. Meccano s.r.l.

**Arbitrato – Arbitrato societario – Disciplina transitoria per l'adeguamento alla riforma del diritto societario – Limiti.**

(Decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, art. 34, 41; Codice civile, disp. att. trans, art. 223 *bis*, 223 *duodecies*).

**Arbitrato – Arbitrato societario – Clausola compromissoria difforme – Nullità – Sussistenza.**

(Decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, art. 34; Codice civile, artt. 1418, 1419).

*La disciplina transitoria prevista dall'art. 223 bis disp. att. trans. cod. civ. concerne esclusivamente l'adeguamento degli statuti ed atti costitutivi di società di capitali alle disposizioni inderogabili previste dal d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, senza alcuna incidenza sulla immediata efficacia ed applicabilità delle norme del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 (1).*

*E' viziata da nullità la clausola compromissoria contenuta nello statuto di una società (nella specie: di capitali), introdotta antecedentemente alla data di entrata in vigore del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, e non adeguata al disposto dell'art. 34, comma 2, del predetto decreto (2).*

## IX.

TRIB. CATANIA, 26 novembre 2004 – MACRÌ *Presidente* – PATERNÒ RADDUSA *Relatore* – T. M.T. e T. A. (avv. Franchina) c. H. s.r.l. (avv. Di Bella).

**Arbitrato – Arbitrato societario – Clausola compromissoria non adeguata – Nullità – Sussistenza.**  
(Decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, artt. 34, 41).

**Arbitrato – Arbitrato societario – Clausola compromissoria nulla per mancato adeguamento – Sostituzione automatica – Esclusione.**  
(Decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, art. 34; Codice civile, artt. 1418, 1419; Codice civile, disp. att. trans, art. 223 bis).

*E' viziata da nullità la clausola compromissoria contenuta nello statuto di una società (nella specie: di capitali), introdotta antecedentemente alla data di entrata in vigore del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, e non adeguata al disposto dell'art. 34, comma 2, del predetto decreto (<sup>16</sup>).*

*Non può farsi luogo a sostituzione automatica della clausola compromissoria nulla per mancato adeguamento alle disposizioni inderogabili dettate dall'art. 34, comma 2, del d.lgs. 17 gennaio 2003, n.5, con il modello di clausola compromissoria previsto dal predetto art. 34, comma 2 (<sup>17</sup>).*

## X.

TRIB. BARI, 24 gennaio 2005 – X *Presidente* – Y *Relatore* – Z c. W.

**Arbitrato – Arbitrato societario – Clausola compromissoria non adeguata – Nullità – Sussistenza.**  
(Decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, artt. 34, 41).

**Arbitrato – Arbitrato societario – Disciplina inderogabile introdotta dalla riforma del diritto societario – Arbitrato irrituale – Applicabilità – Sussistenza.**  
(Decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, artt. 34, 35, 36).

*La disposizione di cui all'art. 34, comma 2, d.lg. 17 gennaio 2003 n. 5, sancisce, "a pena di nullità", che la clausola compromissoria deve conferire in ogni caso il potere di nomina di tutti gli arbitri ad un soggetto estraneo alla società, sia da riferire anche alla clausola compromissoria per arbitrato irrituale, con la conseguenza che la clausola compromissoria, non adeguata alla disciplina imperativa sopravvenuta, deve ritenersi comunque nulla (1).*

*La nuova disciplina dell'arbitrato societario contenuta negli artt. 34, 35, 36 del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, si applica agli arbitrati irrituali (2).*

## XI.

TRIB. BIELLA, 28 febbraio 2005 – GRIMALDI *Presidente* – REGGIANI *Relatore* – B. (avv. Manfredi, G. Bosso, C. Bosso) c. K. s.n.c. (avv. Boggio).

**Arbitrato – Arbitrato societario – Disciplina inderogabile introdotta dalla riforma del diritto societario – Arbitrato irrituale – Applicabilità – Esclusione.**

(Decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, artt. 34, 35, 36).

*La nuova disciplina dell'arbitrato societario contenuta negli artt. 34, 35, 36 del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, non si applica agli arbitrati irrituali<sup>(18)</sup>.*

## XII.

TRIB. GENOVA, 7 marzo 2005 – DI MUNDO *Presidente* – MAGANZA *Relatore* – D'O. (avv. Novelli) c. D. (avv. Iavicoli), N. s.r.l. (avv. Gioffrè).

**Arbitrato – Arbitrato societario – Clausola compromissoria difforme – Nullità – Esclusione.**

(Decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, art. 34; Codice civile, artt. 1418, 1419).

*Dal momento che il nuovo modello di arbitrato endosocietario è venuto ad aggiungersi e non a sostituirsi alla disciplina dell'arbitrato di diritto comune, la clausola compromissoria (nella specie: per arbitrato irrituale) introdotta nello statuto o nell'atto costitutivo di una società anteriormente all'entrata in vigore del d.lgs. 17 gennaio 2003, n.5 e successivamente non adeguata alle disposizioni inderogabili previste dal suddetto decreto conserva piena validità ed efficacia<sup>(19)</sup>.*

## XIII.

LODO ARBITRALE GENOVA, 29 aprile 2005 – BASSO *Presidente* – DITTA e BIAGI *Arbitri* – M.C. (avv. Balda) e G.C. (avv. ti D'Ursi e De Gregori).

**Arbitrato societario - Validità della clausola compromissoria statutaria – Nomina degli arbitri - Violazione norme imperative - Sussistenza - Limiti**

*È affetta da radicale nullità la clausola compromissoria statutaria che demanda alle parti in lite, la nomina degli arbitri. La disciplina dettata dall'art. 34 d.lg. n. 5 del 2003 non consente alcuna ultrattività per le clausole compromissorie statutarie non conformi (1).*

## XIV.

TRIB. MILANO, 4 maggio 2005 – CIAMPI *Presidente e Relatore* – A. (avv. Pavesi) c. G. e G. s.r.l. (avv. Cusumano).

**Arbitrato – Arbitrato societario – Clausola compromissoria non adeguata – Nullità – Sussistenza.**

(Decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, art. 34).

*E' viziata da nullità la clausola compromissoria contenuta nello statuto di una società (nella specie: di capitali), introdotta antecedentemente alla data di entrata in vigore del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, e non adeguata al disposto dell'art. 34, comma 2, del predetto decreto<sup>(20)</sup>.*

## XV.

TRIB. BOLOGNA, 25 maggio 2005 – DE ROBERTIS *Presidente* – PILATI *Relatore* – T. s.r.l. (avv. Mei) c. M. (avv. Vaselli).

**Arbitrato – Arbitrato societario – Clausola compromissoria difforme – Nullità – Esclusione.**  
(Decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, art. 34; Codice civile, artt. 1418, 1419).

*Dal momento che il nuovo modello di arbitrato endosocietario è venuto ad aggiungersi e non a sostituirsi alla disciplina dell'arbitrato di diritto comune, la clausola compromissoria introdotta nello statuto o nell'atto costitutivo di una società anteriormente all'entrata in vigore del d.lgs. 17 gennaio 2003, n.5 e successivamente non adeguata alle disposizioni inderogabili previste dal suddetto decreto conserva piena validità ed efficacia <sup>(21)</sup>.*

## XVI.

TRIB. MILANO, 25 giugno 2005 – FERRARIS *Presidente* – FIECCONI *Relatore* – F. s.r.l. (avv. Orlandi) c. M. (avv. Cerullo).

**Arbitrato – Arbitrato societario – Clausola compromissoria non adeguata – Nullità – Sussistenza.**  
(Decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, art. 34).

**Arbitrato – Arbitrato societario – Clausola compromissoria nulla per mancato adeguamento – Sostituzione automatica – Esclusione.**  
(Decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, art. 34; Codice civile, artt. 1418, 1419).

*E' viziata da nullità la clausola compromissoria contenuta nello statuto di una società (nella specie: di capitali), introdotta antecedentemente alla data di entrata in vigore del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, e non adeguata al disposto dell'art. 34, comma 2, del predetto decreto <sup>(22)</sup>.*

*Non può farsi luogo a sostituzione automatica della clausola compromissoria nulla per mancato adeguamento alle disposizioni inderogabili dettate dall'art. 34, comma 2, del d.lgs. 17 gennaio 2003, n.5, con il modello di clausola compromissoria previsto dal predetto art. 34, comma 2 <sup>(23)</sup>.*

*La nuova disciplina dell'arbitrato societario contenuta negli artt. 34, 35, 36 del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, si applica agli arbitrati irrituali <sup>(24)</sup>.*

## XVII.

TRIB. MILANO, 21 ottobre 2005 – CIAMPI *Presidente* – DAL MORO *Relatore* – R. (avv. Galgano, Ratti) c. C. s.p.a. (avv. Croze, Zambon)

**Arbitrato – Arbitrato societario – Clausola compromissoria non adeguata – Nullità – Sussistenza.**  
(Decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, art. 34).

*E' viziata da nullità la clausola compromissoria contenuta nello statuto di una società (nella specie: di capitali), introdotta antecedentemente alla data di entrata in vigore del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, e non adeguata al disposto dell'art. 34, comma 2, del predetto decreto <sup>(24)</sup>.*

## XVIII.

TRIB. BELLUNO, 26 ottobre 2005 – TOPPAN *Presidente* – GIACOMELLI *Relatore* – P. (avv. Capuzzo) c. D. (avv. Mazzocco).

**Arbitrato – Arbitrato societario – Clausola compromissoria difforme – Nullità – Esclusione.**

(Decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, artt. 34, 41).

*In base al disposto dell'art. 41, comma 2, del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, l'art. 34, comma 2, del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, non si applica nei procedimenti giudiziari pendenti alla data di entrata in vigore della riforma del processo societario (nel caso di specie il procedimento era stato introdotto anteriormente al 1° gennaio 2004 ed i patti sociali della società di persone contenevano una clausola arbitrale "vecchio stile") (25).*

**XIX.**

TRIB. FORLÌ, 4 novembre 2005 – ALLEGRA *Presidente* – VICINI *Relatore* – Capper-No s.p.a. c. Bizzarro s.r.l.

**Arbitrato – Arbitrato societario – Clausola compromissoria difforme – Efficacia – Limiti.**

(D. Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, art. 34; Cod. Civ. Prel, art. 11).

*In applicazione dell'art. 223 bis disp. att. c.c., la clausola compromissoria introdotta antecedentemente al 1° gennaio 2004 e non adeguata al disposto dell'art. 34, comma 2, del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, è valida ed efficace fino al termine del periodo transitorio<sup>(1)</sup>.*

**XX.**

TRIB. BOLOGNA, 9 febbraio 2005 – X *Presidente* – Y *Relatore* – Z c. W

**Arbitrato – Arbitrato di diritto comune – Clausola compromissoria non conforme all'art. 34 D. Lgs. 5/2003 – Nullità – Insussistenza.**

(D. Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, art. 34).

*La disciplina del procedimento arbitrale va considerata inderogabile nel suo complesso, ossia come corpo di norme da applicare tutte assieme, al fine di usufruire delle agevolazioni contemplate dalla riforma; ciò che è derogabile è il modello di arbitrato endosocietario quantomeno da quei soggetti che, non intendendo avvalersi dei benefici e del regime complessivo previsti dal legislatore, abbiano inteso rimanere nella disciplina del diritto comune l'unica vigente al momento dell'approvazione della clausola arbitrale. L'art. 41 d.lg. n. 5 del 2003 non sancisce un obbligo di adeguamento degli statuti nella parte relativa alle clausole compromissorie alle nuove norme dettate per l'arbitrato endosocietario per cui il rispetto della disciplina cui all'art. 34 d.lg. deve considerarsi come un onere solo per coloro che vogliono usufruire dei vantaggi offerti dalla nuova tipologia arbitrale (l'estensione dell'ambito delle controversie compromettibili, l'attribuzione a gli arbitri della competenza in materia cautelare o l'efficacia del lodo nei confronti dell'intera compagine sociale).*

**XXI.**

APP. TORINO, 4 agosto 2006 – GAMBA *Presidente* – PATTI *Relatore* – Grieco e Bello (avv.ti Montalenti, Cagnasso, D'Arrigo) c. Assolvenze s.r.l. (contumace).

**Arbitrato – Arbitrato societario – Clausola compromissoria non adeguata – Nullità sopravvenuta – Sussistenza.**

(D. Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, art. 34; Cod. Civ. Prel, art. 11).

**Arbitrato – Arbitrato societario – Clausola compromissoria non adeguata – Nullità – Sostituzione automatica – Insussistenza.**

(D. Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, art. 34; Cod. Civ., art. 1419).

*Salvi i giudizi arbitrali già pendenti, anche in presenza di un meccanismo residuale di nomina degli arbitri da parte di un terzo estraneo, a decorrere dal 1° gennaio 2004 è viziata da nullità sopravvenuta la clausola compromissoria contenuta nello statuto di una società (nella specie: di capitali), introdotta antecedentemente a quella data e non adeguata al disposto dell'art. 34, comma 2, del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5<sup>(2)</sup>.*

*L'assenza di una disposizione imperativa specifica è di ostacolo alla sostituzione automatica della clausola compromissoria nulla per mancato adeguamento alle disposizioni inderogabili dettate dall'art. 34, comma 2, del d.lgs. 17 gennaio 2003, n.5, (3).*

## XXII.

TRIB. MILANO, 22 settembre 2006 - CIAMPI *Presidente e Relatore* – Dahò (avv. Cociancich) – Polinomia s.r.l. (avv. Renella).

**Arbitrato – Arbitrato societario – Clausola compromissoria non adeguata – Meccanismo residuale di nomina degli arbitri da parte di un terzo estraneo – Nullità parziale – Sussistenza.**

(D. Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, art. 34; Cod. Civ., art. 1419).

*In applicazione dell'art. 1419, primo comma, cod. civ., la presenza di un meccanismo residuale di nomina degli arbitri da parte di un terzo estraneo non comporta la nullità dell'intera clausola compromissoria, contenuta nello statuto di una società (nella specie: di capitali), introdotta antecedentemente alla data di entrata in vigore del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 e non adeguata al disposto dell'art. 34, comma 2, del predetto decreto (4).*

## XXIII.

TRIB. BARI, 2 novembre 2006 – CASSANO *Presidente e Relatore* – E.V. (avv.ti R.M., S.C.) c. P. s.r.l. e G.C. (avv.ti E.A., P.M.).

**Arbitrato – Arbitrato societario – Clausola compromissoria difforme – Nullità – Esclusione.**

(Decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, art. 34; Codice civile, artt. 1418, 1419).

*Dal momento che il nuovo modello di arbitrato endosocietario è venuto ad aggiungersi e non a sostituirsi alla disciplina dell'arbitrato di diritto comune, la clausola compromissoria (nella specie: per arbitrato irrituale) introdotta nello statuto o nell'atto costitutivo di una società anteriormente all'entrata in vigore del d.lgs. 17 gennaio 2003, n.5 e successivamente non adeguata alle disposizioni inderogabili previste dal suddetto decreto conserva piena validità ed efficacia (2).*

## XXIV.

APP. TORINO, 8 marzo 2007 – TROIANO *Presidente* – MACCHIA *Relatore* – BURDINO P. G. (diff.) – Callari Bennati (avv.ti Barosio, Pafundi)

**Arbitrato – Arbitrato di diritto comune – Clausola compromissoria non conforme all'art. 34 D. Lgs. 5/2003 – Nullità – Insussistenza.**

(D. Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, art. 34).

**Arbitrato — Arbitrato societario — Disciplina inderogabile introdotta dalla riforma del diritto societario — Arbitrato irrituale — Applicabilità — Esclusione.**

(D.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, artt. 34, 35, 36).

*E' valida la clausola compromissoria introdotta ex novo nello statuto di una società (nella specie: di persone) e non conforme all'art. 34 D. Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 (nella specie, la clausola prevedeva un arbitrato irrituale e stabiliva*

*che i tre arbitri fossero nominati uno per ciascuno dei due contendenti ed il terzo dai primi due ovvero, in mancanza di accordo, dal Presidente dell'Ordine dei dottori commercialisti) (1).*

*La nuova disciplina dell'arbitrato societario contenuta negli artt. 34, 35, 36 del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, non si applica agli arbitrati irrituali (2).*

## XXV.

APP. TORINO, 29 marzo 2007 – TROIANO *Presidente* – PATTI *Relatore* – BURDINO P. G. (diff.) – Ferreri. (avv. Bironzo)

**Arbitrato – Arbitrato di diritto comune – Clausola compromissoria non conforme all'art. 34 D. Lgs. 5/2003 – Nullità – Insussistenza.**

(D. Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, art. 34).

**Arbitrato — Arbitrato societario — Disciplina inderogabile introdotta dalla riforma del diritto societario — Arbitrato irrituale — Applicabilità — Esclusione.**

(D.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, artt. 34, 35, 36).

*E' valida la clausola compromissoria introdotta ex novo nello statuto di una società (nella specie: di persone) e non conforme all'art. 34 D. Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 (nella specie, la clausola prevedeva un arbitrato irrituale e stabiliva che i tre arbitri fossero nominati uno per ciascuno dei due contendenti ed il terzo dai primi due ovvero, in mancanza di accordo, dal Presidente del Tribunale) (1).*

*La nuova disciplina dell'arbitrato societario contenuta negli artt. 34, 35, 36 del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, non si applica agli arbitrati irrituali (2).*

## XXVI.

APP. TORINO, 4 aprile 2007 – TROIANO *Presidente* – MANNA *Relatore* – Boggio (avv.ti Riscossa, Miele)

**Arbitrato – Arbitrato di diritto comune – Clausola compromissoria non conforme all'art. 34 D. Lgs. 5/2003 – Nullità – Insussistenza.**

(D. Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, art. 34).

**Arbitrato — Arbitrato societario — Disciplina inderogabile introdotta dalla riforma del diritto societario — Arbitrato irrituale — Applicabilità — Esclusione.**

(D.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, artt. 34, 35, 36).

*E' valida la clausola compromissoria introdotta ex novo nello statuto di una società (nella specie: di persone) e non conforme all'art. 34 D. Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 (nella specie, la clausola prevedeva un arbitrato irrituale e stabiliva che i tre arbitri fossero nominati uno per ciascuno dei due contendenti ed il terzo dai primi due ovvero, in mancanza di accordo, dal Presidente dell'Ordine dei dottori commercialisti) (1).*

*La nuova disciplina dell'arbitrato societario contenuta negli artt. 34, 35, 36 del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, non si applica agli arbitrati irrituali (2).*

## XXVII.

TRIB. BOLOGNA, 25 maggio 2007 – LICCARDO *Presidente* – ATZORI *Relatore* – X c. Y

**Arbitrato – Arbitrato di diritto comune – Clausola compromissoria non conforme all'art. 34 D. Lgs. 5/2003 – Nullità – Insussistenza.**

(D. Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, art. 34).

*La norma dell'art. 41, comma 2, d.lg. 5/2003 non sancisce un obbligo di adeguamento degli statuti, nella parte relativa alle clausole compromissorie, alle nuove regole dettate in materia di arbitrato endosocietario: il rispetto della disciplina di cui all'art. 34 d.lg. 5/2003 deve perciò considerarsi come un onere imposto solo a chi vuole fruire dei vantaggi offerti dalla nuova tipologia arbitrale (quali l'estensione dell'ambito delle controversie compromettibili, l'attribuzione agli arbitri della competenza in materia cautelare o l'efficacia del lodo nei confronti della intera compagine sociale). Al mancato adeguamento delle clausole compromissorie preesistenti consegue l'applicazione della disciplina formale e sostanziale dell'arbitrato di tipo "tradizionale" nei limiti di efficacia riconosciuti in precedenza a clausole così redatte.) (1).*

## XXVIII.

APP. TORINO, 7 giugno 2007 – TROIANO *Presidente* – MACCHIA *Relatore* – D'Ambrosi (avv.ti Barosio, Pafundi)

**Arbitrato – Arbitrato di diritto comune – Clausola compromissoria non conforme all'art. 34 D. Lgs. 5/2003 – Nullità – Insussistenza.**

(D. Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, art. 34).

**Arbitrato — Arbitrato societario — Disciplina inderogabile introdotta dalla riforma del diritto societario — Arbitrato irrituale — Applicabilità — Esclusione.**

(D.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, artt. 34, 35, 36).

*E' valida la clausola compromissoria introdotta ex novo nello statuto di una società (nella specie, il professionista era incolpato in relazione a due atti costitutivi, uno di società di persone, uno di società di capitali) e non conforme all'art. 34 D. Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 (nella specie, le due clausole prevedevano un arbitrato irrituale e stabilivano, in un caso, la nomina di un arbitro unico d'intesa fra le parti o, in difetto, da parte del Presidente dell'Ordine dei dottori commercialisti, nell'altro, che i tre arbitri fossero nominati uno per ciascuno dei due contendenti ed il terzo dai primi due ovvero, in mancanza di accordo, dal Presidente del Tribunale) (1).*

*La nuova disciplina dell'arbitrato societario contenuta negli artt. 34, 35, 36 del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, non si applica agli arbitrati irrituali (2).*

## XXIX.

APP. GENOVA, 16 giugno 2007 – FERRO *Presidente* – SANNA *Relatore* – L.D. c. D.B.A.

**Arbitrato – Arbitrato societario – Clausola compromissoria non conforme all'art. 34 D. Lgs. 5/2003 – Nullità – Insussistenza.**

(D. Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, art. 34).

*Dal momento che il nuovo modello di arbitrato endosocietario è venuto ad aggiungersi e non a sostituirsi alla disciplina dell'arbitrato di diritto comune, la clausola compromissoria (nella specie: per arbitrato irrituale) introdotta nello statuto o nell'atto costitutivo di una società anteriormente all'entrata in vigore del d.lgs. 17 gennaio 2003, n.5 e successivamente non adeguata alle disposizioni inderogabili previste dal suddetto decreto conserva piena validità ed efficacia (1).*

## XXX.

APP. TORINO, 22 giugno 2007 – TROIANO *Presidente* – MACCHIA *Relatore* – Goria (avv.ti Barosio, Pafundi)

**Arbitrato – Arbitrato di diritto comune – Clausola compromissoria non conforme all'art. 34 D. Lgs. 5/2003 –**

**Nullità – Insussistenza.**

(D. Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, art. 34).

**Arbitrato — Arbitrato societario — Disciplina inderogabile introdotta dalla riforma del diritto societario — Arbitrato irrituale — Applicabilità — Esclusione.**

(D.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, artt. 34, 35, 36).

*E' valida la clausola compromissoria introdotta ex novo nello statuto di una società (nella specie: di persone) e non conforme all'art. 34 D. Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 (nella specie, la clausola prevedeva un arbitrato irrituale e stabiliva che i tre arbitri fossero nominati uno per ciascuno dei due contendenti ed il terzo dai primi due ovvero, in mancanza di accordo, dal Presidente dell'Ordine dei dottori commercialisti) (1).*

*La nuova disciplina dell'arbitrato societario contenuta negli artt. 34, 35, 36 del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, non si applica agli arbitrati irrituali (2).*

XXXI.

APP. TORINO, 22 giugno 2007 – TROIANO *Presidente* – MACCHIA *Relatore* – Ingaramo (avv.ti Barosio, Pafundi)

**Arbitrato – Arbitrato di diritto comune – Clausola compromissoria non conforme all'art. 34 D. Lgs. 5/2003 – Nullità – Insussistenza.**

(D. Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, art. 34).

**Arbitrato — Arbitrato societario — Disciplina inderogabile introdotta dalla riforma del diritto societario — Arbitrato irrituale — Applicabilità — Esclusione.**

(D.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, artt. 34, 35, 36).

*E' valida la clausola compromissoria introdotta ex novo nello statuto di una società (nella specie, il professionista era incolpato in relazione a tre atti costitutivi, due di società di persone, uno di società di capitali) e non conforme all'art. 34 D. Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 (nella specie, le clausole prevedevano un arbitrato irrituale e stabilivano che i tre arbitri fossero nominati uno per ciascuno dei due contendenti ed il terzo dai primi due ovvero, in mancanza di accordo, dal Presidente dell'Ordine dei dottori commercialisti) (1).*

*La nuova disciplina dell'arbitrato societario contenuta negli artt. 34, 35, 36 del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, non si applica agli arbitrati irrituali (2).*

XXXII.

TRIB. AOSTA, 26 giugno 2007 – GARBELLOTTI *Presidente* – COLAZINGARI *Relatore* – Marta (avv. Stello) c. Marta e altri (avv.ti Sammaritani, Baudino, Sciulli)

**Arbitrato – Arbitrato di diritto comune – Clausola compromissoria non conforme all'art. 34 D. Lgs. 5/2003 – Nullità – Insussistenza.**

(D. Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, art. 34).

*La clausola compromissoria introdotta nello statuto o nell'atto costitutivo di una società anteriormente all'entrata in vigore del d.lgs. 17 gennaio 2003, n.5 e successivamente non adeguata alle disposizioni inderogabili previste dal suddetto decreto è valida ed efficace, nei limiti di efficacia ad essa riconosciuti dalle norme vigenti.*

XXXIII.

APP. TORINO, 27 giugno 2007 – TROIANO *Presidente* – PATTI *Relatore* – Quaglino Rinaudo (avv.ti Camerino, Bertolin)

**Arbitrato – Arbitrato di diritto comune – Clausola compromissoria non conforme all’art. 34 D. Lgs. 5/2003 – Nullità – Insussistenza.**

(D. Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, art. 34).

*E’ valida la clausola compromissoria introdotta ex novo nello statuto di una società (nella specie: di persone) e non conforme all’art. 34 D. Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 (nella specie, la clausola prevedeva un arbitrato irrituale e stabiliva che i tre arbitri fossero nominati uno per ciascuno dei due contendenti ed il terzo dai primi due ovvero, in mancanza di accordo, dal Presidente del Tribunale) (1).*

XXXIV.

APP. TORINO, 4 settembre 2007 – TROIANO *Presidente* – MANNA *Relatore* – A.

**Arbitrato – Arbitrato di diritto comune – Clausola compromissoria non conforme all’art. 34 D. Lgs. 5/2003 – Nullità – Insussistenza.**

(D. Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, art. 34).

**Arbitrato – Arbitrato di diritto comune – Clausola compromissoria non conforme all’art. 34 D. Lgs. 5/2003 – Nullità – Limiti.**

(D. Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, art. 34).

*Il nuovo modello di arbitrato endosocietario è venuto ad aggiungersi e non a sostituirsi alla disciplina dell’arbitrato di diritto comune (1).*

*E’ viziata da nullità la clausola compromissoria introdotta ex novo nello statuto di una società (nella specie: di persone) e non conforme all’art. 34 D. Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 (nella specie, la clausola prevedeva un arbitrato rituale e stabiliva che i tre arbitri fossero nominati uno da ciascun socio ed il terzo dai primi due ovvero, in mancanza di accordo, dal Presidente del Tribunale) quando risulti che i soci avevano inteso adottare la specie di arbitrato delineata dal titolo V del citato decreto (nella specie, la clausola includeva tra le controversie oggetto di arbitrato quelle promesse da o contro amministratori, sindaci o revisori, corrispondentemente al contenuto del 4° comma dell’art. 34 cit.) (2).*

XXXV.

TRIB. PESCARA, 22 ottobre 2007 – X *Presidente* – Y *Relatore* – Z c. W

**Arbitrato – Arbitrato di diritto comune – Clausola compromissoria non conforme all’art. 34 D. Lgs. 5/2003 – Nullità – Sussistenza.**

(D. Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, art. 34).

*L’adeguamento dello statuto operato oltre il termine di cui all’art 223 bis disp. att. c.c., come modificato dall’art 5 d.lg. n. 37/2004 e, successivamente alla cessione di quote da parte del socio, rende inapplicabile nei confronti del medesimo, tanto la nuova clausola compromissoria perché modificata dopo il recesso, quanto quella originaria, poiché contraria alla previsione di cui all’art. 34 d.lg. n. 5/03. (1).*

XXXVI.

APP. TORINO, 30 ottobre 2007 – TROIANO *Presidente* – MACCHIA *Relatore* – Richiardi (avv.ti Barosio, Pafundi)

**Arbitrato – Arbitrato di diritto comune – Clausola compromissoria non conforme all’art. 34 D. Lgs. 5/2003 – Nullità – Insussistenza.**

(D. Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, art. 34).

*E' valida la clausola compromissoria introdotta ex novo nello statuto di una società (nella specie: di capitali) e non conforme all'art. 34 D. Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 (nella specie, la clausola prevedeva un arbitrato rituale e stabiliva che i tre arbitri fossero nominati uno per ciascuno dei due contendenti ed il terzo dai primi due ovvero, in mancanza di accordo, dal Presidente dell'Ordine dei dottori commercialisti) (1).*

XXXVII.

TRIB. BARI, 28 novembre 2007 – X *Presidente* – Y *Relatore* – Z c. W

**Arbitrato – Arbitrato di diritto comune – Clausola compromissoria non conforme all'art. 34 D. Lgs. 5/2003 – Nullità – Insussistenza.**

(D. Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, art. 34).

*L'art. 34 d.lg. 17 gennaio 2003, n. 5, ha introdotto per gli arbitrati in materia societaria un modello concorrente rispetto a quello tradizionale disciplinato dagli artt. 806 ss. c.p.c. e non esclusivo: ne deriva che le parti hanno la facoltà di scegliere liberamente tra i due modelli e che, pertanto, la clausola compromissoria non può essere ritenuta nulla soltanto per la violazione delle regole poste dall'art. 34 d.lg. n. 5 del 2003. (1).*

XXXVIII.

APP. TORINO, 15 novembre 2007 – TROIANO *Presidente* – MACCHIA *Relatore* – Sarto (avv.ti Barosio, Pafundi)

**Arbitrato – Arbitrato di diritto comune – Clausola compromissoria non conforme all'art. 34 D. Lgs. 5/2003 – Nullità – Insussistenza.**

(D. Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, art. 34).

*E' valida la clausola compromissoria introdotta ex novo nello statuto di una società (nella specie: di persone) e non conforme all'art. 34 D. Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 (nella specie, la clausola prevedeva un arbitrato rituale e stabiliva che i tre arbitri fossero nominati uno per ciascuno dei due contendenti ed il terzo dai primi due ovvero, in mancanza di accordo, dal Presidente dell'Ordine dei dottori commercialisti) (1).*

XXXIX.

APP. TORINO, 16 novembre 2007 – TROIANO *Presidente* – MACCHIA *Relatore* – Sindona (avv.ti Barosio, Pafundi)

**Arbitrato – Arbitrato di diritto comune – Clausola compromissoria non conforme all'art. 34 D. Lgs. 5/2003 – Nullità – Insussistenza.**

(D. Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, art. 34).

*E' valida la clausola compromissoria introdotta ex novo nello statuto di una società (nella specie: di persone) e non conforme all'art. 34 D. Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 (nella specie, la clausola prevedeva un arbitrato rituale e stabiliva che i tre arbitri fossero nominati uno per ciascuno dei due contendenti ed il terzo dai primi due ovvero, in mancanza di accordo, dal Presidente dell'Ordine dei dottori commercialisti) (1).*

XL.

TRIB. PARMA, 11 aprile 2008 – MARI *Presidente* – CICCIO *Relatore* – Pelosi ed altri c. Isoltecnica S.r.l. ed altri

**Arbitrato – Arbitrato irrituale – Clausola compromissoria – Mancato adeguamento all’art. 34 del d.lgs. 5/05 – Nullità.**

(D.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, art. 34)

*Il mancato adeguamento della clausola compromissoria per arbitrato irrituale (preesistente all’entrata in vigore del d.lgs. 17 gennaio 2003 n. 5) contenuta nello statuto di una società di capitali (nella specie: s.r.l.) comporta la sua nullità sopravvenuta (1).*

**XLI.**

TRIB. BARI, 3 giugno 2008 – CLAUDIO *Presidente* – MONTELEONE *Relatore* – Ba.Ca. in liquidazione s.r.l. (avv.ti R.G. e M.L.) c. B.M. e B.L. (avv. R.B.)

**Arbitrato – Arbitrato societario – Clausola compromissoria non conforme all’art. 34 D. Lgs. 5/2003 – Nullità – Insussistenza.**

(D. Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, art. 34).

**Arbitrato – Arbitrato societario – Disciplina transitoria per l’adeguamento alla riforma del diritto societario – Limiti.**

(Decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, art. 34; Codice civile, disp. att. trans, artt. 223 bis, 223 duodecies).

*Dal momento che il nuovo modello di arbitrato endosocietario è venuto ad aggiungersi e non a sostituirsi alla disciplina dell’arbitrato di diritto comune, la clausola compromissoria (nella specie: per arbitrato irrituale) introdotta nello statuto o nell’atto costitutivo di una società anteriormente all’entrata in vigore del d.lgs. 17 gennaio 2003, n.5 e successivamente non adeguata alle disposizioni inderogabili previste dal suddetto decreto conserva piena validità ed efficacia (1).*

*La disciplina transitoria prevista dagli artt. 223 bis e 223 duodecies disp. att. trans. cod. civ. concerne esclusivamente l’adeguamento degli statuti ed atti costitutivi di società di capitali alle disposizioni inderogabili previste dai dd.lgs.17 gennaio 2003, n. 5 e 17 gennaio 2003, n. 6, senza alcuna incidenza sulla immediata efficacia ed applicabilità dell’art. 34, d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, che non è norma inderogabile (2).*

**XLII.**

TRIB. BARI, 3 giugno 2008 – CLAUDIO *Presidente* – CASSANO *Relatore* – Ga.Fr.Ci. (avv. V.R.) c. istituto di Vigilanza La. S.n.c. (avv. F.V.P.)

**Arbitrato – Arbitrato societario – Clausola compromissoria non conforme all’art. 34 D. Lgs. 5/2003 – Nullità – Insussistenza.**

(D. Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, art. 34).

**Arbitrato — Arbitrato societario — Disciplina inderogabile introdotta dalla riforma del diritto societario — Arbitrato irrituale — Applicabilità — Esclusione.**

(D.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, artt. 34, 35, 36).

*Dal momento che il nuovo modello di arbitrato endosocietario è venuto ad aggiungersi e non a sostituirsi alla disciplina dell’arbitrato di diritto comune, la clausola compromissoria (nella specie: per arbitrato irrituale) introdotta nello statuto o nell’atto costitutivo di una società anteriormente all’entrata in vigore del d.lgs. 17 gennaio 2003, n.5 e successivamente non adeguata alle disposizioni inderogabili previste dal suddetto decreto conserva piena validità ed efficacia (1).*

*La nuova disciplina dell’arbitrato societario contenuta negli artt. 34, 35, 36 del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, si applica agli arbitrati irrituali (2).*

XLIII.

APP. MILANO, 13 giugno 2008 – X *Presidente* – Y *Relatore* – P.P.G. c. L.A.

**Arbitrato – Arbitrato societario – Clausola compromissoria non conforme all’art. 34 D. Lgs. 5/2003 – Nullità – Ssussistenza.**

(D. Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, art. 34).

*L’art. 34 d.lg. n. 5/2003 prevede, a pena di nullità, che la nomina degli arbitri sia rimessa ad un soggetto estraneo alla società. (1).*

XLIV.

TRIB. BOLOGNA, 17 giugno 2008 – CANDIDI TOMMASI *Presidente* ed *estensore* – Rubini c. Immobiliare Stella S.r.l. ed altri

**Arbitrato - Arbitrato rituale – Clausola compromissoria - Mancato adeguamento all’art. 34 del d.lgs. 5/05 – Nullità – Esclusione – Applicazione disciplina arbitrato comune.**

(Codice di procedura civile, art. 809 ss.; d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, art. 34)

*Il mancato adeguamento della clausola compromissoria per arbitrato rituale (preesistente all’entrata in vigore del d.lgs. 17 gennaio 2003 n. 5) contenuta nello statuto di una società di capitali (nella specie: s.r.l.) non comporta la sua nullità sopravvenuta, ma la loro ultrattività e l’applicazione della disciplina codicistica sull’arbitrato di diritto comune di cui agli artt. 809 ss. c.p.c. (1).*

XLV.

TRIB. MILANO, 9 ottobre 2008 – X *Presidente* – Y *Estensore* – Z c. W

**Arbitrato – Arbitrato societario – Clausola compromissoria non conforme all’art. 34 D. Lgs. 5/2003 – Nullità – Ssussistenza.**

(D. Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, art. 34).

*La disciplina introdotta dalle norme di cui agli art. 34 e ss. d.lg. 5/2003, costruisce in maniera estremamente sintetica, ma completa, uno speciale procedimento arbitrale e destinato a risolvere le controversie interne alla società, prevedendone una sua sostanziale giurisdizionalizzazione, con l’intento di porgere alle parti tenute all’osservanza delle clausole statutarie un modello alternativo di soluzione delle controversie. Sicché la piana formulazione letterale della norma, nonché la "ratio" ivi sottesa, non lascia spazio a residuali dubbi: qualsiasi clausola statutaria non conforme, vecchia o nuova che sia, non permette di accedere al rito arbitrale come previsto. Per quanto riguarda le clausole statutarie non adeguate dopo la riforma si pone un ulteriore problema relativo alla loro eventuale sopravvivenza, posto che la legge non regola che per l’avvenire ex art. 11 preleggi. (1).*

XLVI.

TRIB. TRANI, 15 ottobre 2008 – X *Presidente* – Y *Estensore* – Z c. W

**Arbitrato – Arbitrato societario – Clausola compromissoria non conforme all’art. 34 D. Lgs. 5/2003 – Nullità – Ssussistenza.**

(D. Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, art. 34).

*Il mancato adeguamento dello statuto sociale al contenuto di cui all'art. 34 d.lg. n. 5 del 2003 introduttivo del c.d. rito societario, concernente la nomina degli arbitri comporta la nullità della clausola statutaria difforme. (1).*

## XLVII.

APP. NAPOLI, 14 gennaio 2009 – GALLO *Presidente* – DE DONATO *Relatore* – Gruppo Sorrentino Navigazione (avv. Attanasio) c. De Nicola (avv.ti Rubino De Ritis, Russo)

**Arbitrato — Arbitrato societario — Disciplina inderogabile introdotta dalla riforma del diritto societario — Arbitrato irrituale — Applicabilità — Esclusione.**

(D.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, artt. 34, 35, 36).

**Arbitrato — Arbitrato di diritto comune — Clausola compromissoria non conforme all'art. 34 D.Lgs. 5/2003 — Nullità — Esclusione.**

(D.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, art. 34; codice di procedura civile, art. 832).

*La nuova disciplina dell'arbitrato societario contenuta negli artt. 34, 35, 36 del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, non si applica agli arbitrati irrituali (1).*

*E' valida la clausola compromissoria introdotta ex novo nello statuto di una società (nella specie: di capitali) e non conforme all'art. 34 d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 (nella specie, la clausola prevedeva un arbitrato irrituale e rinviava, per la nomina degli arbitri, ad un regolamento di arbitrato amministrato il quale stabiliva che i tre arbitri fossero nominati uno per ciascuno dei due contendenti ed il terzo dalla Corte Arbitrale) (2).*

## XLVIII.

TRIB. PORDENONE, 20 gennaio 2009 – MANZON *Presidente* – MOSCATO *Relatore* – M.F. c. G. s.a.s. (avv. Di Benedetto)

**Arbitrato – Arbitrato societario – Clausola compromissoria non conforme all'art. 34 D. Lgs. 5/2003 – Nullità – Insussistenza.**

(D. Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, art. 34).

*Dal momento che il nuovo modello di arbitrato endosocietario è venuto ad aggiungersi e non a sostituirsi alla disciplina dell'arbitrato di diritto comune, la clausola compromissoria (nella specie: per arbitrato irrituale) introdotta nello statuto o nell'atto costitutivo di una società anteriormente all'entrata in vigore del d.lgs. 17 gennaio 2003, n.5 e successivamente non adeguata alle disposizioni inderogabili previste dal suddetto decreto conserva piena validità ed efficacia (1).*

## XLIX.

TRIB. MILANO, 12 marzo 2009 – X *Presidente* – Y *Relatore* – Z c. W

**Arbitrato – Arbitrato societario – Clausola compromissoria non conforme all'art. 34 D. Lgs. 5/2003 – Inefficacia – Sussistenza.**

(D. Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, art. 34).

*Deve ritenersi infondata l'eccezione di compromesso qualora la clausola compromissoria per arbitrato irrituale invocata si trovi inserita nell'atto costitutivo e non risulti adeguata a quanto disposto nell'art. 34 del d.lg. 5/2003, prevedendo la nomina degli arbitri da parte delle parti stesse e non di un terzo soggetto previamente da queste indicato: pertanto, la clausola in oggetto deve valutarsi come divenuta inefficace, non potendosi nel caso concreto verificare una*

*ipotesi di integrazione parziale della norma affetta da nullità, non prevista dallo stesso legislatore. Diversamente ragionando, si opererebbe una forzatura della volontà delle parti, imponendo per via integrativa di accettare nomine di arbitri da parte di terzi nonché un modello di rito arbitrale certamente non prevedibile al tempo della introduzione della clausola arbitrale. (1).*

L.

APP. TORINO, 23 ottobre 2009 – GRIFFEY *Presidente* – MANNA *Relatore* – Robbiano (avv.ti Piolatto e Cicconi) c. Bovone (avv.ti Vannucci e Bertelli) ed altri.

**Arbitrato — Arbitrato societario — Nuovi soci — Clausola compromissoria — Estensione automatica — Sussistenza.**

(Decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, art. 34, C. c., art. 1372).

**Arbitrato — Arbitrato di diritto comune — Clausola compromissoria non conforme all'art. 34 D.Lgs. 5/2003 — Nullità — Esclusione.**

(D.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, art. 34; codice di procedura civile, art. 832).

**Arbitrato — Pluralità di parti in lite — Clausola compromissoria binaria — Validità — Criteri.**

(D.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, art. 34; codice di procedura civile, art. 832).

**Società – Società di capitali – Cessione quote – Interesse della società nella lite – Insussistenza.**

(C.c. artt. 2470)

*La clausola compromissoria contenuta nello statuto di una società vincola automaticamente i nuovi soci (1).*

*E' valida la clausola compromissoria contenuta nello statuto di una società (nella specie: di capitali) e non conforme all'art. 34 d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 (nella specie, la clausola stabiliva che i tre arbitri fossero nominati uno per ciascuno dei due contendenti ed il terzo dai primi due) (3).*

*E' valida la clausola compromissoria binaria in presenza di una pluralità di parti in lite qualora si accerti, con una indagine ex post e in base al petitum ed alla causa petendi, che i centri di interesse sono polarizzati in due soli gruppi omogenei (4)*

*La società non è portatrice di alcun autonomo interesse nella lite che contrapponga venditore ed acquirente delle partecipazioni sociali (5)*

LI.

CASS., 4 giugno 2010, n. 13664 – PANEBIANCO *Presidente* – SCHIRÒ *Relatore* – S.G. e altri c. Sannascensori s.n.c.

**Arbitrato – Arbitrato societario – Disciplina inderogabile introdotta dalla riforma del diritto societario – Arbitrato irrituale – Applicabilità – Esclusione.**

(Decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, artt. 34, 35, 36).

**Arbitrato — Arbitrato irrituale — Arbitrato di diritto comune — Clausola compromissoria non conforme all'art. 34 D.Lgs. 5/2003 — Nullità — Esclusione.**

(D.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, art. 34).

*La nuova disciplina dell'arbitrato societario contenuta negli artt. 34, 35, 36 del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, non si applica agli arbitrati irrituali.*

*E' valida la clausola compromissoria per arbitrato irrituale contenuta nello statuto di una società (nella specie: di persone) e non conforme all'art. 34 d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5.*

LII.

TRIB. PADOVA, 17 giugno 2010 – LOLLI *Presidente e Relatore* – Sa. An. c. Pe.Ch.

**Arbitrato – Arbitrato societario – Disciplina transitoria per l'adeguamento alla riforma del diritto societario – Società di persone – Applicabilità – Esclusione.**

(Decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, art. 34, 41; Codice civile, disp. att. trans, art. 223 *bis*, 223 *duodecies*).

**Arbitrato — Arbitrato irrituale — Arbitrato di diritto comune — Clausola compromissoria non conforme all'art. 34 D.Lgs. 5/2003 — Nullità — Esclusione.**

(D.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, art. 34).

*La disciplina transitoria prevista dall'art. 223 bis disp. att. trans. cod. civ. concerne l'adeguamento alle disposizioni inderogabili previste dal d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, degli statuti ed atti costitutivi delle sole società di capitali (1).*

*La clausola compromissoria (nella specie: per arbitrato irrituale) introdotta nello statuto o nell'atto costitutivo di una società di persone anteriormente all'entrata in vigore del d.lgs. 17 gennaio 2003, n.5 e successivamente non adeguata alle disposizioni inderogabili previste dal suddetto decreto conserva piena validità ed efficacia. (2).*

LIII.

CASS., 9 dicembre 2010, n. 24867– MORELLI *Presidente* – FILADORO *Relatore* – C.A. c. Archivio notarile di Cosenza

**Arbitrato — Arbitrato di diritto comune — Clausola compromissoria non conforme all'art. 34 D.Lgs. 5/2003 — Nullità — Sussistenza.**

(D.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, art. 34).

*Una clausola compromissoria, anche per arbitrato irrituale, inserita negli atti societari, difforme da quella prevista dal D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, art. 34, (in quanto preveda il deferimento delle eventuali controversie al giudizio di arbitri nominati anche dalle parti) deve considerarsi nulla.*

LIV.

APP. NAPOLI, 27 gennaio 2011 – FRALLICCIARDI *Presidente* – LOPIANO *Relatore* – Eredi Maria Galano s.r.l. (avv.ti A. Fiorentino, G. Fiorentino, Pascariello) c. Cocurullo (avv.ti L. Parrella, D. Parrella)

**Arbitrato – Arbitrato societario – Disciplina inderogabile introdotta dalla riforma del diritto societario – Arbitrato irrituale – Applicabilità – Esclusione.**

(Decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, artt. 34, 35, 36).

**Arbitrato — Arbitrato irrituale — Arbitrato di diritto comune — Clausola compromissoria non conforme all'art. 34 D.Lgs. 5/2003 — Nullità — Esclusione.**

(D.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, art. 34).

*La nuova disciplina dell'arbitrato societario contenuta negli artt. 34, 35, 36 del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, non si applica agli arbitrati irrituali.*

*E' valida la clausola compromissoria per arbitrato irrituale contenuta nello statuto di una società (nella specie: di persone) e non conforme all'art. 34 d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5.*

LV.

CASS., 11 marzo 2011, n. 5913 – FINOCCHIARO *Presidente* – SEGRETO *Relatore* – C.G. (avv.ti Giraldi, D'Arezzo) c. Archivio notarile di Bologna e al.

**Notaio — Redazione di atti costitutivi — Clausola compromissoria non conforme all'art. 34 D.Lgs. 5/2003 — Responsabilità disciplinare — Insussistenza.**

(D.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, art. 34; L. 16 febbraio 1913, n. 89, art. 28).

*Non è soggetto a responsabilità disciplinare il notaio che autentica atti costitutivi di società di persone (nella specie, due s.a.s.) contenenti clausole compromissorie non conformi all'art. 34 d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 in presenza di contrastanti interpretazioni giurisprudenziali e dottrinali in punto di possibile alternatività tra arbitrato societario ed arbitrato di diritto comune.*

LVI.

CASS., 20 luglio 2011, n. 15892 – FILADORO *Presidente* – FRASCA *Relatore* – M.N. (avv.ti Di Porto, Pellicchia) c. Ministero della Giustizia e al. (avv. dello Stato)

**Notaio — Redazione di atti costitutivi — Clausola compromissoria non conforme all'art. 34 D.Lgs. 5/2003 — Responsabilità disciplinare — Insussistenza.**

(D.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, art. 34; L. 16 febbraio 1913, n. 89, art. 28).

**Arbitrato — Arbitrato di diritto comune — Clausola compromissoria non conforme all'art. 34 D.Lgs. 5/2003 — Nullità — Sussistenza.**

(D.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, art. 34).

*Non è soggetto a responsabilità disciplinare il notaio che autentica atti costitutivi di società di persone (nella specie, due s.a.s.) contenenti clausole compromissorie non conformi all'art. 34 d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 in presenza di contrastanti interpretazioni giurisprudenziali e dottrinali in punto di possibile alternatività tra arbitrato societario ed arbitrato di diritto comune.*

*Una clausola compromissoria inserita negli atti societari, difforme da quella prevista dal D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, art. 34, (in quanto preveda il deferimento delle eventuali controversie al giudizio di arbitri nominati anche dalle parti) deve considerarsi nulla.*

LVII.

TRIB. NOCERA INFERIORE, 5 ottobre 2011 – PIZZELLA *Presidente ed Estensore* – R.G. (avv.ti Angrisani, Ferrentino) c. V.G. e V.P. (avv. Della Monica);

**Arbitrato – Arbitrato societario – Clausola compromissoria non adeguata – Nullità – Sussistenza.**

(Decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, art. 34).

*A decorrere dal 1° gennaio 2004, è viziata da nullità sopravvenuta la clausola compromissoria contenuta nello statuto di una società (nella specie: di capitali), introdotta antecedentemente a quella data e non adeguata al disposto dell'art. 34, comma 2, del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 (7).*

LVIII.

CASS., 13 luglio 2011, n. 21202 – FINOCCHIARO *Presidente* – SEGRETO *Relatore* – Z.M. (avv.ti Pappalardo, Calabrese)

c. Archivio Notarile di Ragusa e al.

**Arbitrato — Arbitrato di diritto comune — Clausola compromissoria non conforme all'art. 34 D.Lgs. 5/2003 — Nullità — Sussistenza.**

(D.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, art. 34).

**Notaio — Redazione di atti costitutivi — Clausola compromissoria non conforme all'art. 34 D.Lgs. 5/2003 — Responsabilità disciplinare — Insussistenza.**

(D.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, art. 34; L. 16 febbraio 1913, n. 89, art. 28).

*A decorrere dal 1° settembre 2011, una clausola compromissoria inserita negli atti societari, difforme da quella prevista dal D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, art. 34, (in quanto preveda il deferimento delle eventuali controversie al giudizio di arbitri nominati anche dalle parti) deve considerarsi nulla.*

*Non è soggetto a responsabilità disciplinare il notaio che autentica atti costitutivi di società di persone (nella specie, due s.a.s.) contenenti clausole compromissorie non conformi all'art. 34 d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 in presenza di contrastanti interpretazioni giurisprudenziali e dottrinali in punto di possibile alternatività tra arbitrato societario ed arbitrato di diritto comune.*

\* \* \*

I.

(*Omissis*). – Osservato che le norme contenute negli artt. 223 bis e 223 duodecies disp. att. c.c. riguardano solo ed esclusivamente la tempistica relativa all'adeguamento degli atti costitutivi e degli statuti delle società di capitali e delle società cooperative, sicché tali norme sono state impropriamente richiamate dal ricorrente al fine di opporsi all'eccezione d'inammissibilità del ricorso formulata dai resistenti;

osservato che norme analoghe non esistono per gli atti costitutivi e gli statuti delle società di persone, alle quali è però indubbiamente applicabile la disciplina contenuta negli artt. 34 e ss. d.lgs. 17.1.03 n. 5, anche in virtù dell'ambito di applicazione di tale decreto, così come delimitato dal relativo art. 1;

ritenuto, di conseguenza, che si deve addirittura concludere nel senso della sopravvenuta nullità della clausola compromissoria contenuta nell'art. 12 dello statuto della B. s.n.c., la quale, infatti, attribuisce alle parti il potere di nomina degli arbitri;

ritenuto, pertanto, che il ricorrente avrebbe dovuto opporsi alla deliberazione di esclusione instaurando apposito giudizio avanti a questo Tribunale ai sensi dell'art. 2287 c.c., anziché promuovendo il procedimento arbitrale previsto dal sopra citato art. 12;

osservato che il termine decadenziale di trenta giorni stabilito dal suddetto art. 2287 c.c. è ormai trascorso, poiché lo stesso ricorrente allega che la deliberazione di esclusione, della cui sospensione si discute, gli è stata comunicata in data 18.12.03;

ritenuto che ciò è di per sé sufficiente a escludere ogni *fumus* di fondatezza dell'opposizione all'esclusione, per cui diventa irrilevante ogni questione relativa al *periculum* conseguente all'operatività di tale esclusione sino alla definizione dell'instaurato procedimento arbitrale;

visto l'art. 23 d.lgs. 17.1.03 n. 5;

ritenuto che la novità della questione trattata rende senz'altro equa la integrale compensazione delle spese legali relative al presente procedimento cautelare;

p.q.m.

così provvede: respinge il ricorso; compensa integralmente le spese legali. (*Omissis*).

II.

(*Omissis*). – Con il primo motivo il reclamante censura l'impugnata ordinanza laddove il G.D. ha rilevato la nullità della clausola compromissoria di cui all'art. 12 dei patti sociali della B. s.n.c., per contrasto con l'art. 34, comma 2, D. Lgs. 17/01/2003 n. 5 (di seguito: il Decreto), il quale prevede che la clausola deve conferire in ogni caso, a pena di nullità, il potere di nomina di tutti gli arbitri a soggetto estraneo alla società, mentre nel caso concreto tale potere è affidato alle parti (ciascuna delle quali nomina un arbitro, mentre il terzo sarà nominato dagli altri due, o in difetto dal Presidente dell'Ordine dei Dottori commercialisti di Trento);

secondo il reclamante, la disposizione richiamata dal G.D. non è applicabile alle società di persone (quale è la B. s.n.c.), ma solo alle società di capitali (e alle cooperative), valendo esclusivamente per queste le norme transitorie di cui agli artt. 222-*bis* (per le società di capitali) e 222-*duodecies* (per le cooperative), disp. att. c.c., che stabiliscono i termini (rispettivamente del 30/09/2004 e del 31/12/2004) per l'adeguamento degli atti costitutivi e degli statuti alle norme inderogabili previsti dalla riforma del diritto societario, facendo salva l'efficacia, sino alla scadenza dei termini, delle previgenti disposizioni dell'atto costitutivo e dello statuto non conformi a dette disposizioni inderogabili, con la conseguenza che, seguendo l'interpretazione del G.D., si giungerebbe alla conclusione che la quasi totalità delle clausole compromissorie contenute negli atti costitutivi delle società di persone sarebbero divenute irrimediabilmente nulle a seguito dell'entrata in vigore del Decreto;

l'ambito di applicazione dell'art. 34 ss. del Decreto, in tema di arbitrato societario, è al contrario tale da comprendere anche le società di persone;

l'intera disciplina del nuovo processo societario introdotta dal Decreto, a differenza della riforma del diritto sostanziale (di cui al D.Lgs. 17/01/2003 n. 6), si estende a tutti i rapporti societari, com'è reso evidente dal disposto dell'art. 1 del Decreto – vedi in particolare il comma 1, lett. a) e b) –, senza alcuna distinzione tra società di capitali e società di persone (comprese quelle di fatto);

inoltre, l'art. 34, comma 1, del Decreto riguarda espressamente gli “atti costitutivi delle società, ad eccezione di quelle che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio a norma dell'art. 2325-bis, del codice civile”, senza alcuna ulteriore eccezione per altri tipi di società, ed in particolare per le società di persone;

in terzo luogo, la stessa legge delega (L. 03/10/2001 n. 366), nell'attribuire al Governo il potere di emanare norme in tema di arbitrato societario, si riferiva alle clausole compromissorie contenute negli statuti delle “società commerciali” (art. 12, comma 3), espressione che, tradizionalmente, indica le società aventi per oggetto l'esercizio di un'attività commerciale, che ai sensi dell'art. 2249 c.c. devono costituirsi secondo uno dei tipi regolati nei capi III e seguenti del titolo V del libro V del codice civile, ivi comprese le società in nome collettivo ed in accomandita semplice;

accanto agli elementi letterali vi è un argomento sistematico: la *ratio* dell'art. 34, comma 2, è individuata dall'unanime dottrina nel fine di superare le note difficoltà di applicazione dell'arbitrato endosocietario (tali da ostacolarne seriamente la diffusione, ritenuta dal legislatore, invece, meritevole di incentivo) nei casi di clausola “binaria” in presenza di una pluralità di parti, insuscettibili di aggregazione in due posizioni contrapposte, nonché nei casi di intervento di terzi (su questo aspetto si sofferma in particolare la relazione governativa al Decreto), dove l'impossibilità di garantire a tutti gli interessati la designazione dell'arbitro si traduce nel pregiudizio delle concrete possibilità di difesa: la previsione, a pena di nullità, della designazione del giudice privato (singolo o collegiale) da parte di un terzo imparziale ha risolto in modo rigoroso il problema, eliminando ogni autonomia negoziale sul punto: la predetta esigenza, tuttavia, riguarda tutte le società nei cui statuti sia contenuta una clausola compromissoria, pertanto non vi sono ragioni sistematiche che inducono ad interpretare restrittivamente, oltre alle eccezioni espressamente previste, l'ambito di applicazione della norma, apparendo al contrario irragionevole la diversità di trattamento che ne conseguirebbe;

l'obiezione sollevata dal reclamante, sulla sopravvenuta nullità di moltissime clausole compromissorie preesistenti, non è decisiva, poiché *adducere inconvenientes non est solvere argumentum*, non senza considerare che nulla vieta l'adeguamento delle clausole statutarie delle società di persone alle disposizioni inderogabili dell'art. 34, comma 2, anche in assenza, per questi tipi sociali, di una norma transitoria analoga a quelle dell'art. 222-bis e dell'art. 222-duodecies, disp. att. c.c., espressamente richiamati dall'art. 41, comma 2, del Decreto: richiamo il quale dimostra, d'altro canto, che nella riforma societaria vi è una chiara previsione risolutiva dell'efficacia ulteriore delle clausole statutarie difformi rispetto alle disposizioni inderogabili non solo del D. Lgs. 6/2003, in tema di diritto sostanziale, ma anche del Decreto, in tema di arbitrato;

deve peraltro precisarsi che, anche per le preesistenti clausole compromissorie difformi contenute negli statuti delle società personali, si tratta di inefficacia sopravvenuta operante solo per il futuro, ai fini della compromettibilità in arbitri delle controversie societarie dalla data (non già di scadenza dei termini ex artt. 222-bis e 222-duodecies, disp. att. c.c., com'è previsto per le società di capitali e le cooperative, ma) di entrata in vigore del *jus superveniens*, nel senso che, sulla base dei principi propri dei contratti in materia di successione delle norme nel tempo, le anteriori clausole compromissorie difformi sono ultrattive in relazione alle controversie arbitrali già pendenti alla predetta data, in mancanza di espressa previsione circa l'applicazione retroattiva della norma sopravvenuta (e vedi sul punto l'art. 41, comma 1, del Decreto, dove l'espressione “*giudizi pendenti*” è suscettibile di essere riferita anche ai giudizi arbitrali);

l'ulteriore dato letterale sottolineato dal reclamante, che fa leva sul disposto dell'art. 37, comma 1, del Decreto, è inconferente, sia perché il c.d. “*arbitrato economico*”, previsto da quest'ultima norma, non è limitato alle società di persone, ma è espressamente esteso anche alle società a responsabilità limitata, sicché viene meno l'argomento interpretativo *a contrario* che il deducente pretende di trarre dalla mancata menzione delle società del primo tipo nell'art. 34, comma 1; sia perché (ed il rilievo è assorbente) l'istituto previsto dall'art. 37 non ha nulla a che vedere con l'arbitrato in senso stretto, dovendosi invece considerare una forma di arbitraggio, come lascia agevolmente intendere il rinvio all'art. 1349 c.c., di cui al comma 4 della disposizione in esame;

nel caso concreto non rileva l'eventuale applicabilità, *in subiecta materia*, dell'art. 1419, 2° co., c.c., sulla nullità parziale, sostenuta da autorevole dottrina sulla base della considerazione che la norma imperativa sostitutiva della clausola difforme sarebbe rinvenibile nel combinato disposto degli artt. 809, 3° co., c.p.c., e 24, comma 2, del Decreto, in relazione al potere di designazione del Presidente del tribunale: il tema non deve essere esaminato in questa sede, poiché il provvedimento di sospensione è richiesto nella dichiarata pendenza di un giudizio arbitrale di opposizione all'esclusione di cui il Tribunale delibera incidentalmente la nullità, in quanto promosso mediante una designazione arbitrale non conforme all'art. 24, comma 2, del Decreto, e solo in relazione a tale giudizio il Tribunale è chiamato a valutare il *fumus boni iuris* dell'opposizione, sul quale influisce negativamente la suddetta prognosi: rimane quindi ferma la possibilità per l'istante, ove si ritenesse condivisibile l'opinione dottrinale sopra menzionata, di promuovere un nuovo giudizio arbitrale sulla base del meccanismo di designazione risultante dalla norma imperativa sostitutiva, non essendo applicabile nel giudizio arbitrale il termine di decadenza di trenta giorni previsto dall'art. 2287, 2° co., c.c., per proporre opposizione davanti al tribunale (cfr. Cass. 12/11/1998 n. 11436);

(*Omissis*). – Il reclamo dev'essere dunque rigettato. (*Omissis*).

### III.

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

È vero, peraltro che lo stesso art. 223-bis disp. att. cod. civ. individua il periodo compreso tra il 1° gennaio 2004 e il 30 settembre 2004 per l'adeguamento degli statuti societari, ma deve escludersi che durante tale fase temporale le clausole compromissorie contrastanti con la disciplina inderogabile di cui all'art. 34, 2° comma, d. lgs. n. 5/2003, per quanto interessa ai fini di questo giudizio, pos-

sano perpetuare la loro efficacia. A tale conclusione, infatti, non conduce il 5° comma dell'art. 223-bis disp. att. cod. civ., secondo cui le disposizioni statutarie, ancorché non conformi a norme inderogabili della riforma, mantengono efficacia sino al 30 settembre 2004: l'ultrattività è infatti prevista per le disposizioni statutarie che «non sono conformi alle disposizioni inderogabili del presente decreto» e cioè del d. lgs. n. 6 del 2003, mentre nulla è previsto per il caso di non conformità al d. lgs. n. 5 del 2003, sicché è da ritenere che le disposizioni statutarie in contrasto con la nuova disciplina processuale cessino di avere efficacia con l'entrata in vigore di quest'ultima. Deve parimenti escludersi, ad avviso del Giudicante, che la conseguenza del mancato adeguamento di atti costitutivi e statuti, che già contengano clausole compromissorie contrarie alle nuove norme inderogabili, possa esser quella della conservazione delle clausole in questione, previa la sostituzione automatica delle disposizioni patrizie divenute *contra legem* con quelle di legge, in applicazione della regola contemplata dal 2° comma dell'art. 1419 cod. civ. (in forza del quale le clausole di un contratto contrarie a norme imperative di legge, quali debbono considerarsi le norme in materia di arbitrato, sono da queste ultime sostituite di diritto anche quando il legislatore non abbia espressamente previsto la sostituzione delle clausole e pattuizioni in contrasto con le norme imperative di legge). Infatti il meccanismo conservativo invocato pare non adeguato alla fattispecie oggetto del giudizio, atteso che:

– la sostituzione automatica non sarebbe operata integralmente, essendo solo ipotizzabile che la clausola che continui a prevedere la nomina degli arbitri ad opera delle parti, e non di un soggetto terzo, sia, dal 1° gennaio 2004, ai sensi del 2° comma dell'art. 1409 cod. civ., integrata dal solo ultimo periodo del 2° comma dell'art. 34, il quale stabilisce che, se il terzo estraneo non provveda alla nomina di tutti gli arbitri, la designazione degli stessi va chiesta al Presidente del Tribunale del luogo in cui la società ha sede legale. Quindi non sarebbe applicabile interamente la nuova disciplina legale, ma solo quella parte di essa – il ricorso al Giudice per la nomina degli arbitri – che il legislatore configura come *extrema ratio*, ma che, per le società inadempienti all'onere di adeguamento della clausola preesistente, diverrebbe la regola, con un capovolgimento della *ratio* della norma e con la formazione di una nuova disciplina negoziale solo in parte mutuata da quest'ultima (sulla necessità che la sostituzione automatica non possa riguardare soltanto una parte della clausola ed una parte della norma cogente cfr. Cass. 16 febbraio 1983, n. 1184);

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

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

#### IV.

(*Omissis*). – Letti gli atti ed in particolare il ricorso in data 4-18 giugno 2004 presentato da X ai sensi dell'art. 34 D.Lgs. 17-1-2003 n. 5 in relazione all'art. 12 (clausola compromissoria) del contratto sociale della s.n.c. Y,

ritenuto che ricorso sostanzialmente analogo presentato dallo stesso X il 23-2-2004 per la nomina del collegio arbitrale è stato rigettato dal presidente f.f. con provvedimento 25-2-2004, sul rilievo che la clausola compromissoria di cui all'art. 12 cit. deve ritenersi ormai colpita da "nullità" per *ius superveniens* in quanto l'art. 34 D.Lgs. n. 5 del 2003, entrato in vigore l'1-1-2004, dispone, appunto "a pena di nullità", che la clausola compromissoria pattizia deve prevedere che il potere di nomina di tutti gli arbitri debba essere conferito a soggetto terzo estraneo alla società (e, solo ove il soggetto designato non provveda, la nomina è richiesta ai presidente del tribunale del luogo in cui la società ha la sede legale),

ritenuto che col secondo ricorso il X assume che la clausola compromissoria non ha perso la sua validità ed efficacia per situazioni pregresse all'1-1-2004, perché, se così fosse, esso X si vedrebbe ingiustificatamente privato dall'1-1-2004 del suo diritto di impugnativa, essendo ormai decaduto anche da quello davanti al giudice ordinario ed essendo pacifico in giurisprudenza che in presenza di una clausola compromissoria non è applicabile il termine di 30 gg. previsto dall'art. 2287 c. 2 c.c.,

ritenuto che anche questo secondo assunto non può essere condiviso perché l'art. 34 cit. che trova applicazione dall'1-1-2004, ha colpito di nullità per *ius superveniens* tutte le pregresse clausole compromissorie che non conferivano ad un terzo estraneo alla società la nomina dell'intero collegio arbitrale, tanto che al successivo art. 41 il legislatore ha previsto l'applicazione delle disposizioni anteriormente vigenti solo "ai giudizi pendenti alla data di entrata in vigore del presente decreto" e cioè solo a quelli già pendenti alla data dell'1-1-2004,

ritenuto che simile disciplina, peraltro emergente dalla chiara volontà del legislatore, non ha privato il X del suo potere di impugnativa, perché quest'ultimo dal 9-10-2003, data della delibera sociale, ha lasciato decorrere inutilmente dapprima l'obiettivo possibilità di instaurare un giudizio "pendente" davanti al giudice ordinario e poi di avviare sino al 31-12-2003 la procedura arbitrale, così instaurando sempre un giudizio "pendente", sulla scorta della clausola ancora valida ed efficace, essendo peraltro notorio che il D. Lgs. n. 5 del 2003 ha avuto una *vacatio legis* di quasi un anno, ritenuto che un'ultrattività della clausola compromissoria in questione sulla base di quanto disposto dall'art. 223 bis disp. att. e trans. c.c., che consente l'adeguamento alla nuova disciplina sostanziale degli statuti delle società di capitali già costituite alla data di entrata in vigore della riforma (1-1-2004) sino al 30-9-2004 non è condivisibile perché la predetta disposizione concerne esclusivamente l'adeguamento degli statuti delle società di capitali alle nuove e complesse disposizioni inderogabili previste dalla riforma, senza alcuna incidenza sulla immediata efficacia ed applicabilità dell'art. 34 cit. e quindi sulla procedura di costituzione del collegio arbitrale,

p.q.m.

Rigetta il ricorso presentato da X in data 4-18 giugno 2004. (*Omissis*).

#### V.

(*Omissis*). – 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 presente 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.

(*Omissis*). – 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 la sede legale». Replica la convenuta che nella specie dovrebbe trovare applicazione l'art. 223 bis disp. att. c.c., 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 c.c., 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 c.c., 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. c.c.), 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 c.c. al caso di specie il fatto che l'art. 41, comma secondo, d. lgs. n. 5/2003 disponga testualmente che «Alle modifiche operate a norma degli articoli 223-bis e 223-duodecies delle disposizioni di attuazione del codice civile, per adeguare le clausole compromissorie preesistenti alle disposizioni inderogabili 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 c.c. 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 c.c. e dunque alla sola stregua del principio generale stabilito dall'art. 11 disp. prel. c.c.

Vero è che l'art. 41, comma primo, 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). 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 cd. «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 od il regime di esercizio dei diritti scaturenti dal contratto stesso, ma non può provocarne 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. c.c. e 41, d.lgs. n. 5/2003: nel senso, cioè, che le stesse non valgano 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.

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 c.c., atteso che, in ogni caso, la citata disposizione negoziale contenuta nella clausola compromissoria in esame manifesta nella maniera più chiara ed 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, secondo la qui ipoteticamente e solo subordinatamente prospettata soluzione, tutti gli arbitri).

Non rimarrà pertanto che procedere alla declaratoria di improponibilità delle domande delle parti attrici. (*Omissis*).

## VI.

(*Omissis*). – Il Consorzio B., nel dedurre che il presente giudizio arbitrale è stato promosso sulla base della clausola compromissoria inserita nell'art. 25 dello statuto del Consorzio, ha sollevato eccezione di nullità di detta clausola per contrasto con l'art. 34 D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5. Da tale assunta nullità discenderebbe la carenza in capo al Collegio arbitrale del potere di adottare una decisione vincolante per le parti nonché la nullità di tutti gli atti del relativo procedimento. La società O. s.r.l. ha dedotto l'infondatezza di tale eccezione sul rilievo che la clausola compromissoria di cui all'art. 25 dello Statuto deve ritenersi aver mantenuto la propria efficacia sino al 30 settembre 2004.

Il Collegio reputa che l'eccezione di nullità dedotta dal Consorzio non possa trovare accoglimento e ciò sotto due distinti ordini di considerazioni.

Innanzitutto non può mancare di rilevarsi che in dottrina sono stati sviluppati diversi orientamenti in ordine all'incidenza dell'entrata in vigore del citato D.Lgs. n. 5/2003 sulle clausole compromissorie statutarie già esistenti che non abbiano ad affidare a soggetto estraneo alla società il potere di nomina di tutti gli arbitri.

Vi è chi ha sostenuto che le dette clausole sono prive di ogni effetto sin dal 1° gennaio 2004 (data di entrata in vigore dei decreti Legislativi nn. 5 e 6/2003): ciò sul rilievo che le norme transitorie di cui agli artt. 223 bis e 223 duodecies disp. trans. c.c., nel fissare termini con scadenza rispettivamente al 30 settembre 2004 per le società di capitali ed al 31 dicembre 2004 per le società cooperative ai fini dell'adeguamento dell'atto costitutivo e dello statuto a tutte le nuove norme inderogabili introdotte con i decreti legislativi attuativi della L. n. 366/2001 e nel prevedere particolari ed agevolati quorum per l'adozione delle relative delibere di adeguamento, al comma 4 disporrebbero il perdurare sino alle date suindicate dell'efficacia delle sole disposizioni statutarie non conformi alle disposizioni inderogabili del D.Lgs. n. 6/2003 (e non invece delle norme statutarie non conformi alle disposizioni inderogabili del D.Lgs. n. 5/2003).

Altri invece ha sostenuto che non solo alle clausole contrastanti con norme inderogabili del D.Lgs. n. 6/2003 ma anche alle clausole compromissorie statutarie difformi dal paradigma di cui all'art. 34 D.Lgs. n. 5/2003 quanto alla modalità di nomina degli arbitri deve trovare applicazione il periodo di ultrattività stabilito dalla disciplina transitoria (sino al 30 settembre 2004 per le società di capitali e sino al 31 dicembre 2004 per le società cooperative): ciò sul rilievo che pure per le clausole compromissorie statutarie è stato contemplato dall'art. 41, comma 2, D.Lgs. n. 5/2003 un termine per l'adeguamento (senza applicazione dell'art. 34, comma 6, D.Lgs. n. 5/2003) mediante espresso riferimento agli artt. 223 bis e 223 duodecies disp. trans. c.c. e che la determinazione di un lasso temporale anche per tale adeguamento non può non significare che si sia voluto mantenere operanti, sino alle scadenze previste, pure le clausole compromissorie contrastanti con le norme inderogabili del D.Lgs. n. 5/2003.

E stata inoltre propugnata la tesi secondo cui la clausola compromissoria statutaria preesistente, che si ritenga affetta da nullità per contrasto con l'art. 34 D.Lgs. n. 5/2003, a norma degli artt. 808, ult. comma, c.p.c. e 1424 c.c. si convertirebbe in clausola compromissoria di diritto comune in quanto contenga i requisiti di sostanza e di forma del diverso contratto descritto nel codice di rito. Si è in proposito rilevato che il legislatore, nel conferire la delega al governo (relazione all'art. 12 L. n. 366/2001), ha inteso che fosse disciplinato un nuovo tipo di arbitrato specificamente destinato alla soluzione delle controversie aventi ad oggetto il rapporto sociale e dotato di particolare efficacia *erga omnes*, ma non ha certo voluto escludere dall'orizzonte delle società l'arbitrato di diritto comune.

Il Collegio osserva che se quest'ultimo orientamento pare non facilmente condivisibile poiché tale a ben vedere da privare di concreta efficacia la riforma dell'arbitrato da clausola compromissoria statutaria (giungendo a consentire che trovi spazio e legittimazione un parallelo istituto modellato invece sui tradizionali canoni dell'arbitrato di diritto comune) parimenti non può accogliersi il primo dei tre indirizzi testé richiamati. Invero, oltre a ragioni di organicità sistematica e di uniformità ed armonicità della riforma del diritto societario (che hanno condotto i commentatori a leggere unanimemente i primi tre commi degli artt. 223 bis e 223 duodecies disp. trans. c.c. come riferiti alle norme inderogabili di cui a tutti i decreti legislativi attuativi della L. n. 366/2001), viene al riguardo in rilievo il risultato dell'esegesi del testo letterale delle tra loro del tutto conformi disposizioni del comma 4 dell'art. 223 bis e del comma 4 dell'art. 223 duodecies disp. trans. c.c. («Fino alla data indicata al primo comma, le previgenti disposizioni dell'atto costitutivo e dello statuto conservano la loro efficacia anche se non sono conformi alle disposizioni inderogabili del presente decreto»).

A parte invero la notazione secondo cui la proposizione «del presente decreto» dovrebbe intendersi univocamente riferita (il detto testo neppure è stato modificato e corretto con il D.Lgs. n. 37/2004) al R.D. 30 marzo 1942, n. 318 - nel cui ambito le dette disposizioni si trovano collocate - piuttosto che al D.Lgs. n. 6/2003 (che ha introdotto le citate due norme transitorie), appare ad evidenza che volontà normativa diretta a mantenere ferma - per un periodo di tempo ben delimitato - l'efficacia delle previgenti disposizioni dell'atto costitutivo e dello statuto nonostante l'entrata in vigore in data 1° gennaio 2004 delle norme di cui ai decreti attuativi della L. n. 366/2001 si esprime attraverso le parole «Fino alla data indicata al primo comma, le previgenti disposizioni dell'atto costitutivo e dello statuto conservano la loro efficacia». Giova allora sottolineare che detta espressa statuizione circa la temporanea proroga dell'efficacia delle previgenti disposizioni statutarie ha ad evidenza un concreto significato precettivo, a ben vedere, solo con riferimento a quelle clausole che, per essere in contrasto con norme inderogabili dettate dai decreti legislativi nn. 5 e 6 del 2003, avrebbero altrimenti dovuto reputarsi prive di effetti a far tempo dall'entrata in vigore della riforma societaria e così dal 1° gennaio 2004 (è appena il caso di ribadire in proposito che i commentatori sono unanimi nel reputare che il riferimento alle «nuove disposizioni inderogabili» contenuto nei commi 1 e 2 degli artt. 223 bis e 223 duodecies disp. trans. c.c. non sia limitato solamente a quelle di cui al D.Lgs. n. 6/2003 che ha introdotto le norme transitorie in parola). Invero per le clausole statutarie contrastanti con norme derogabili del nuovo diritto delle società, non potendo certo ipotizzarsi il venir meno della loro efficacia a seguito dell'entrata in vigore dei citati decreti attuativi, non ha certo alcuna ragion d'essere la previsione in sede di regime transitorio di una loro temporanea ultrattività (posto che esse sono destinate a rimanere operanti ed efficaci a tempo indeterminato, sino all'eventuale loro modificazione o sostituzione da parte della compagine sociale).

Rilevato quindi che il precetto normativo che ha disposto il temporaneo permanere dell'efficacia delle clausole statutarie in contrasto con norme inderogabili è da individuare nella (già richiamata) prima parte del comma 4 delle citate due norme transitorie può allora osservarsi che la seconda parte («anche se non sono conformi alle disposizioni statutarie del presente decreto») si presenta invero ul-

tronea e tautologica e comunque tale da non poter in alcun modo limitare l'ambito di applicazione della chiara ed univoca statuizione di cui alla prima parte.

Da un lato infatti non vi era alcuna necessità di precisare che la temporanea ultrattività delle previgenti disposizioni statutarie opera «anche» per quelle non conformi alle norme inderogabili del D.Lgs. n. 6/2003 (così si sostiene doversi intendere la locuzione «presente decreto»): invero, poiché come si è più sopra rilevato la statuizione circa il temporaneo permanere della efficacia delle preesistenti disposizioni dell'atto costitutivo e dello statuto ha concreto significato dispositivo univocamente e soltanto per quanto attiene alle clausole statutarie in contrasto con le norme inderogabili di cui ai decreti legislativi nn. 5 e 6/2003 entrati appunto in vigore in data 1 gennaio 2004, non vi era alcuna necessità di precisare che tale peculiare disciplina di carattere transitorio si applica «anche» alle disposizioni dell'atto costitutivo e dello statuto non conformi alle norme inderogabili del D.Lgs. n. 6/2003.

In secondo luogo, si noti, la (superflua) precisazione circa la riferibilità della transitoria ultrattività delle previgenti disposizioni statutarie «anche» a quelle non conformi a norme inderogabili del D.Lgs. n. 6/2003 non può in alcun modo valere, pure per l'inequivoco significato della locuzione «anche», a restringere il campo di applicazione della regola transitoria all'esame, che invero come già detto si estende a tutte le clausole dell'atto costitutivo e dello statuto in contrasto con norme inderogabili di cui ai decreti legislativi nn. 5 e 6/2003 (e quindi suscettibili di rimanere prive di efficacia a seguito dell'entrata in vigore dei medesimi due decreti).

Da quanto sopra consegue allora che l'eccezione concernente assunta carenza di potere di decidere in capo al collegio arbitrale per la dedotta nullità della clausola compromissoria di cui all'art. 25 dello Statuto si palesa infondata sotto un primo profilo di per sé assorbente: non poteva infatti ritenersi inoperante ed inefficace, stante la previsione di ultrattività di cui all'art. 223 bis, comma 4, disp. trans. c.c., la clausola statutaria che controparte identifica come fondamento dei poteri del collegio quando la O. s.r.l. ha dichiarato la volontà di dare avvio a procedimento arbitrale nominando uno dei tre arbitri, quando il Consorzio B. ha nominato altro arbitro, quando il Presidente del Tribunale di Bologna con provvedimento del 6 luglio 2004 ha designato il terzo arbitro, quando si è costituito con verbale in data 16 luglio 2004 il Collegio arbitrale - con successiva sostituzione in data 8 settembre 2004 di un componente che ha rinunciato all'incarico - ed in particolare allorché la menzionata società consorziata in data 16 agosto 2004 ha depositato il ricorso introduttivo. Invero, si noti, l'avvio del presente giudizio arbitrale - con la nomina degli arbitri e la costituzione del Collegio - e la proposizione della domanda introduttiva sono intervenuti nel periodo (compreso tra il 1 gennaio 2004 ed il 30 settembre 2004) di prorogata efficacia dell'art. 25 dello Statuto del Consorzio B., con ogni conseguente effetto, stante la già rilevata natura rituale del presente arbitrato ed alla luce del principio generale di cui all'art. 5 c.p.c., circa il radicamento della competenza a decidere in capo al Collegio così investito della controversia in oggetto.

Al rilievo di cui sopra, avente carattere assorbente e decisivo, può poi aggiungersi che l'eccezione di nullità della clausola compromissoria sollevata dal Consorzio convenuto pare potersi reputare, sotto altro profilo, non pertinente e quindi parimenti non accoglibile: ciò ove si consideri che nell'ambito del presente giudizio si controverte invero in ordine a sanzioni irrogate dal consiglio di amministrazione per la dedotta violazione di norme inerenti la commercializzazione dei prodotti con marchio «S.» e che la società O. s.r.l. ha espressamente richiesto la costituzione del Collegio arbitrale ai sensi dell'art. 11 del regolamento generale (comma 13).

Al riguardo il collegio osserva:

- che i commentatori del D.Lgs. n. 5/2003 sono concordi nel rilevare come l'arbitrato di diritto comune sia destinato anche in futuro a rimanere operante non solo per le controversie che attengono a società quotate in borsa - espressamente escluse dal campo di applicazione dell'art. 34 D.Lgs. n. 5/2003 - ma anche in tutte quelle ipotesi in cui l'arbitrato in materia societaria sia disciplinato da un compromesso oppure da una clausola compromissoria contenuta, anziché nello statuto o nell'atto costitutivo, in altri contratti o patti ovviamente vincolanti solo per coloro che ad essi hanno prestato la loro adesione: invero viene, tra l'altro, da più parti richiamato il testo della relazione all'art. 12 legge delega n. 366/2001, laddove si precisa che «la formulazione del testo contribuisce alla creazione di una compiuta species arbitrale, che si sviluppa senza pretesa di sostituire il modello codicistico (naturalmente ultrattivo anche in materia societaria)»;

- che (come afferma autorevole dottrina) i regolamenti che nell'ambito delle società consortili disciplinano i rapporti di scambio tra la società ed i soci, fissando le condizioni e le modalità di fruizione da parte dei singoli consorziati dei servizi prodotti dalla società, sono contratti normativi predisposti dalla società ed accettati dai soci che vincolano questi ultimi solo a seguito della loro accettazione e non possono quindi essere assimilati allo statuto ed all'atto costitutivo, i quali regolano la vita del gruppo sociale e sono per loro natura vincolanti per i partecipanti al medesimo gruppo,

- che al regolamento generale del Consorzio B. ed al regolamento prodotti «S.», destinati a disciplinare le specifiche condizioni ed i peculiari presupposti per la commercializzazione da parte dei soci dei prodotti con marchio C. o con altri marchi di titolarità del medesimo Consorzio, pare potersi riconoscere la natura di atti contrattuali ed in particolare di contratti normativi,

- che conseguentemente alla clausola compromissoria che sia in essi contemplata non sembra potersi fare applicazione dell'innovativa disciplina di cui agli artt. 34 ss. D.Lgs. n. 5/2003, dettata invero espressamente ed esclusivamente per le «clausole compromissorie statutarie» (contenute nell'atto costitutivo o nel documento autonomo ad esso allegato indicato come «statuto») e così per quelle clausole arbitrali che sono di per sé idonee a vincolare tutti i soci, anche se subentrati successivamente alla formazione dei medesimi atti fondamentali, - che nella fattispecie in esame può ritenersi, e ciò in virtù del principio di conservazione di cui all'art. 1367 c.c. - tanto più ove si reputasse che la clausola compromissoria di cui all'art. 25 Statuto del Consorzio sia divenuta inefficace sin dal 1° gennaio 2004, che con il comma 13 dell'art. 11 del regolamento generale del Consorzio approvato in data 30 aprile 2004 (e così dopo l'entrata in vigore dei decreti legislativi nn. 5 e 6/2003) sia stata voluta e contemplata un'autonoma clausola compromissoria concernente la devoluzione delle controversie in materia di sanzioni per inosservanza di norme sulla commercializzazione dei prodotti con marchi consortili ad un arbitrato rituale di diritto comune da intendersi regolato, oltre che dalle norme del codice di procedura civile, dalle medesime disposizioni dettate dalla clausola arbitrale statutaria: ciò in virtù dell'espresso rinvio a tale clausola contenuto nel citato comma 13 dell'art. 11 del Regolamento Generale e ben potendo invero una clausola compromissoria essere validamente stipulata *per relationem perfectam* mediante il richiamo dei contraenti ad altro atto scritto che espressamente la contempli (tra le altre, Cass., sez. I, 13 gennaio 1987, n. 136).

Alla luce delle considerazioni che precedono può quindi osservarsi che, anche sotto l'ulteriore profilo testé illustrato, non appare accoglibile l'eccezione di nullità sollevata per la prima volta in sede di comparsa conclusionale dal Consorzio convenuto. (*Omissis*).

## VII.

(*Omissis*). – S., con ricorso proposto ai sensi del secondo comma dell'art. 2287 c.c., ha chiesto la sospensione dell'esecuzione della decisione di data 7 maggio 2004 con la quale è stato escluso dalla società in nome collettivo "P."; la società si è opposta all'accoglimento del ricorso esclusivamente sull'assunto della non impugnabilità della decisione presa a maggioranza dagli altri soci e ciò in quanto era ormai decorso il termine di trenta giorni previsto dallo stesso art. 2287 c.c. per proporre opposizione avanti al Tribunale e la procedura arbitrale nel frattempo avviata dal socio receduto doveva ritenersi *tamquam non esset* a ragione della sopravvenuta nullità della clausola compromissoria contenuta nell'atto costitutivo della "P. s.n.c.", conseguente all'entrata in vigore del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5.

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

Per contro, la scelta processuale della società resistente la espone ad un sicuro accoglimento del ricorso del S. (e, in questa sede, alla sicura reiezione del suo reclamo), qualora si ritenga che l'arbitrato sia stato validamente instaurato o ancora esperibile, ovvero qualora la pretesa nullità della clausola compromissoria possa venire in qualche modo superata.

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

Il collegio non è di questa opinione.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

La tesi della nullità parziale non convince questo collegio.

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

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

Né la statuizione nulla potrebbe essere integrata dalla previsione dell'ultima parte del secondo comma dello stesso art. 34, D.Lgs. n. 5/2003, che è sicuramente imperativa, non essendo suscettibile di deroga ad opera delle parti, ma che concerne (analogamente all'ultima parte del terzo comma dell'art. 810 c.p.c.) la sola ipotesi che il soggetto estraneo alla società cui è stato attribuito il potere di nomina degli arbitri non provveda.

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

Ciò ovviamente vale per le clausole di nuova formulazione, e cioè per quelle pattuite dopo l'entrata in vigore del D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, inserite sia negli statuti delle società di nuova costituzione, sia negli statuti di società preesistenti; può dubitarsi che ciò valga anche per le clausole precedenti al 10 gennaio 2004, rispetto alle quali la sanzione di nullità determinerebbe una invalidità sopravvenuta.

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

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

Nessun problema si porrebbe ove si ammettesse che la nuova disciplina dell'arbitrato societario non abbia eliminato del tutto la possibilità di un arbitrato "di diritto comune", soggetto cioè alle disposizioni degli artt. 806 e segg. c.p.c.; in questo caso, il rispetto della norma dell'art. 34, D.Lgs. n. 5/2003 sarebbe un onere imposto a chi volesse fruire dei vantaggi offerti da questa tipologia arbitrale (quali la estensione dell'ambito delle controversie compromettibili, la attribuzione agli arbitri della competenza in materia cautelare o la efficacia del lodo nei confronti della intera compagine sociale), ma rimarrebbe possibile la pattuizione di una clausola arbitrale di tipo "tradizionale" (ovvero che attribuisse direttamente alle parti il potere di nomina degli arbitri) a chi non fosse interessato a conseguire tali vantaggi, ovviamente nei limiti di efficacia riconosciuti in precedenza a clausole di tal fatta. Tale opzione interpretativa è, a giudizio del collegio, preclusa dallo stesso dettato legislativo, sia perché la sanzione di "nullità" prevista per le clausole difformi è indice di un radicale contrasto tra il contenuto della volontà delle parti ed i principi destinati a regolare la materia del nuovo arbitrato societario, sia perché non vi è alcuna valida ragione per considerare in maniera diversa clausole compromissorie inserite negli atti costitutivi e negli statuti sociali (nei confronti delle quali troverebbe senz'altro applicazione l'art. 34 del decreto) e clausole compromissorie inserite in accordi diversi (quali quelle che le parti dovrebbero pattuire per poter ricorrere ad un arbitrato "di diritto comune"), né è facilmente ipotizzabile come tali accordi possano venire stipulati.

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

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

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

La nullità rimane infatti un vizio genetico dell'accordo delle parti, dipendente dalla situazione di fatto e di diritto esistente nel mo-

mento della conclusione del contratto e non è comprensibile perché una sopravvenuta previsione di nullità dovrebbe travolgere degli accordi negoziali già perfezionatisi e che hanno validamente prodotto i loro effetti obbligatori (nel caso delle clausole compromissorie quello di obbligare le parti a sottomettere le controversie future al giudizio degli arbitri, sia pure condizionatamente al concreto insorgere di una controversia).

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

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

La sanzione di nullità deve quindi ritenersi limitata alle clausole compromissorie deliberate dopo l'entrata in vigore della nuova normativa processuale societaria, rimanendo le clausole preesistenti valide ed efficaci, sia pure nei limiti di efficacia loro riconosciuta dalle norme previgenti.

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

## VIII.

Motivazione non disponibile.

## IX.

(*Omissis*). – Sulla nullità della clausola compromissoria statutaria.

Preliminarmente va vagliata – e, per quanto si dirà da qui a poco, superata – l'eccezione di improponibilità della domanda articolata dalla convenuta in comparsa di risposta. Ritiene infatti il Tribunale fondata la controeccezione di nullità della relativa previsione statutaria – ritualmente sollevata dalla difesa delle attrici con la memoria di replica resa ai sensi dell'art. 6 del decreto legislativo 5/03 – per la sopravvenuta contrarietà della clausola in questione al principio dettato dall'art. 34, comma II, stesso decreto.

In particolare, in punto di fatto va osservato come lo statuto della H. s.r.l., all'art. 25 preveda che "qualunque controversia dovesse insorgere... tra i soci e la società, ...in relazione alla esecuzione o alla interpretazione del contratto sociale verrà devoluta alla cognizione di un Collegio di arbitri composto di tre membri nominati uno da ciascun contendente ed il terzo d'accordo tra le parti o in mancanza dal Presidente del Tribunale di Catania".

E' poi noto che in tema di arbitrato societario l'art. 34 comma II del decreto legislativo nr. 5/03 impone oggi, a pena di nullità, il conferimento statutario del potere di nomina degli arbitri ad un soggetto estraneo alla compagine sociale e che ai sensi del combinato disposto di cui al comma VI del medesimo articolo e dell'art. 223 bis disp. att. del cod. civ. era in facoltà delle società di capitali adeguare il relativo statuto ai nuovi principi dettati dal citato decreto legislativo entro il termine ultimo del 30 settembre 2004.

Infine, sempre in punto di fatto, è incontrovertito che la società, nel termine ultimo sopra citato non ha adeguato lo statuto mantenendo quindi immutata la previsione statutaria che occupa.

Occorre, quindi, definire la sorte delle clausole statutarie non adeguate alla data del 1° ottobre 2004 le quali, come nella specie, prevedono il conferimento del potere di nomina in capo a soggetti intranei alla compagine.

Sono tre gli orientamenti interpretativi sostanzialmente emersi nel panorama dottrinario con riferimento alla tematica che occupa.

Il primo, cui il Tribunale ritiene di aderire, considera radicalmente nulla la relativa clausola non adeguata finendo per espungerla dal contratto sociale; il secondo, pur condividendo la sanzione della nullità, ritiene tuttavia applicabile alla specie il disposto di cui all'art. 1419 cc limitando l'invalidità alla sola previsione del conferimento di nomina a soggetti intranei alla società e facendo salva la scelta compromissoria tramite il meccanismo sostitutivo previsto dal comma II del citato articolo, qui garantito dalla seconda parte del comma II dell'art. 34 che prevede l'intervento sostitutivo del Presidente del Tribunale; infine, il terzo ritiene che accanto all'arbitrato societario sopravviva, anche per le controversie sussunte sotto l'egida dell'art. 1 del dlgo nr. 5/03, l'arbitrato comune e che le regole tipicamente proprie dell'arbitrato societario possano trovare applicazione solo nel caso in cui la compagine, adeguando

lo statuto, abbia inteso aderire a siffatta nuova forma di definizione delle controversie ferma restando, in caso contrario, la validità della scelta compromissoria originale, regolata dalle norme di diritto comune dettate dal codice di rito.

L'ultima di siffatte opzioni normative non convince il Collegio. Essa si fonda principalmente sul dato letterale dell'art 34 nella parte in cui si limita a prevedere che gli atti costitutivi delle società "possono" prevedere la devoluzione ad arbitri delle controversie mediante clausole compromissorie; e, per il vero, trova una (immediata ma equivoca) conferma nella relazione al decreto delegato nella quale si legge che "la formulazione del testo contribuisce alla creazione di una compiuta *species* arbitrale che si sviluppa senza pretese di sostituire il modello codicistico (naturalmente ultrattivo anche in materia societaria) comprendendo numerose opzioni di rango processuale... che appaiono assolutamente funzionali alla promozione della cultura dell'arbitrato endosocietario". E' a dirsi, tuttavia, che, fermandosi al dato letterale, il riferimento al "possono" di cui al I comma dell'art 34 appare evidentemente volto a garantire non tanto la sopravvivenza dell'arbitrato di diritto comune anche per le controversie societarie quanto la libertà; per le società, di scegliere, per la definizione delle controversie, la via arbitrale quale alternativa a quella giurisdizionale sottoponendosi, tuttavia, in caso di previsione della clausola compromissoria, alle previsioni procedurali da ritenersi, per come riportato dalla stessa formulazione del successivo art 35, inderogabili (e qui, al contrario del richiamo precedente, il dato letterale assume un significato interpretativo certamente più pregnante nel senso della imprescindibilità delle regole ivi dettate per gli arbitrati che coinvolgano le materie segnalate dall'art 1 del decreto).

Quanto al rapporto tra disciplina arbitrale comune e societaria appare corretto parlare di coesistenza ma non nel senso, suggerito dall'orientamento che qui si avversa, della alternatività tra i due sistemi di arbitrato per le medesime controversie, quanto di comprensione, in ciascun arbitrato societario, sia delle regole comuni - che ne costituiscono il substrato - che di quelle speciali che si aggiungono alle prime, integrandole e se del caso anche derogandole.

Il tenore della norma che occupa non può, quindi, che far ritenere nulle le clausole che attribuiscono ad un intraneo alla compagine il potere di nomina degli arbitri; e ciò sia in caso di nuova costituzione che di società già costituite alla data del 1/1/04 che non abbiano provveduto ad adeguare lo statuto nel termine ultimo del 30/9/04.

Ed è, a parere del Collegio, una nullità radicale che priva di qualsivoglia effetto nella sua interezza la originaria scelta compromissoria non potendo nella specie trovare applicazione il meccanismo di salvezza di cui al comma II dell'art 1419 cc per le ipotesi di nullità parziale.

In particolare, la possibilità di mantenere valida la scelta arbitrale salvando la clausola per il tramite della forzata sostituzione della invalida attribuzione del potere di nomina ad un intraneo riferendosi al potere di intervento sostitutivo del Presidente del Tribunale sancito dalla II parte del comma II dell'art 34 appare ostacolata da più considerazioni.

In primo luogo dalla circostanza che l'attribuzione ad un estraneo della società del potere di nomina rappresenta un momento qualificante dell'arbitrato societario perché in essa si concreta l'intenzione di consolidare l'indipendenza e l'imparzialità dell'arbitro senza la quale si finirebbe per vanificare una parte importante della ratio sottesa alla nuova disciplina. Il sistema esterno di nomina costituisce, cioè, un passaggio decisivo per accedere all'arbitrato societario sì che appare certamente inesatto affermare che la nullità che inerisce alle modalità della nomina con il conferimento del relativo potere ad un intraneo non involge in se la scelta arbitrale, travolgendola, bensì solo una sua declinazione, *id est* il modo di nominare gli arbitri. Piuttosto, la relativa nullità deve ritenersi tale da travolgere per intero la scelta compromissoria, da ritenersi compatibile con l'arbitrato societario solo in caso di conferimento a terzi estranei del potere di nomina.

La letterale formulazione della norma non sembra poi lasciare adito ad equivoci di sorta: la nullità opera immediatamente in caso di attribuzione ad un intraneo del potere di nomina mentre il potere sostitutivo del Presidente del Tribunale, lungi dal costituire regola generale suppletiva in caso di mancata designazione, è destinato a divenire operativo solo ed esclusivamente se il terzo estraneo indicato in statuto non provvede restando inerte alla sollecitazione degli interessati. Ne viene la conseguenziale inadeguatezza del richiamo all'art 1419 comma II il quale presuppone la presenza di una norma imperativa che consenta una immediata sostituzione della scelta convenzionale al fine di garantire la conservazione del contratto. Nel caso dell'arbitrato societario, l'intervento suppletivo del Presidente del Tribunale presuppone, piuttosto, che già a monte le parti abbiano inteso attribuire ad un terzo il potere di nomina degli arbitri e che quest'ultimo sia rimasto inerte; laddove, invece, il conferimento sia stato attribuito ad un intraneo, è la stessa scelta compromissoria a risultare minata in radice e l'intervento giudiziale del tutto estraneo (oltre che invasivo) rispetto alla volontà negoziale delle parti che, in violazione di una norma imperativa, non volevano riferire ad un terzo estraneo il potere di nomina. A rimanere caducata è quindi l'intera previsione statutaria contraria a legge e non solo la modalità di nomina dell'arbitro.

La clausola statutaria in oggetto va pertanto dichiarata priva di effetti e come tale non ostativa alla disamina del merito della presente controversia. (*Omissis*).

## X.

Motivazione non disponibile.

## XI.

(*Omissis*). – Occorre pertanto prima accertare la fondatezza dell'eccezione di carenza di potestas iudicandi del giudice adito sollevata da parte convenuta in virtù della clausola compromissoria contenuta nei patti sociali della K. s.n.c.

III. Com'è noto, in tema di arbitrato, sia esso rituale o irrituale, stabilire se la controversia debba essere decisa dal giudice o da arbitri non integra una questione di competenza in senso tecnico ma di merito, perché riguarda la validità e l'operatività del compromesso o della clausola compromissoria (da intendersi come patto di rinuncia all'azione giudiziaria e alla giurisdizione dello Stato), con la conseguenza che, anche nell'ipotesi in cui l'eccezione sia stata impropriamente formulata, la sentenza che statuisce sul punto costi-

tuisce pur sempre una pronuncia di merito relativa alla proponibilità della domanda (Cass. S.U. 03.08.00 n. 527; Cass., 30.12.03 n. 19865; 03.09.03 n. 12855; 04.06.03 n. 8910; 26.03.03 n. 4478).

Sia l'arbitrato rituale che quello irrituale costituiscono espressione della stessa autonomia negoziale, dal momento che in entrambi i casi le parti decidono di rinunciare alla giurisdizione statale.

Tuttavia vi è una profonda differenza tra l'arbitrato rituale e quello irrituale, che in questa sede deve essere chiaramente evidenziata, perché è decisiva ai fini della statuizione.

Si consideri che l'arbitrato irrituale è un fenomeno creato dalla prassi, allo scopo principale di evitare le formalità del rito relativo all'arbitrato rituale, disciplinato da codice di rito.

Scegliendo l'arbitrato rituale le parti infatti affidano a privati una decisione, suscettibile di essere resa esecutiva e di produrre effetti di cui all'art. 825 c.p.c., ove sia osservato il regime formale minimo del procedimento arbitrale (artt. 816 e ss. c.p.c.), mentre scegliendo l'arbitrato irrituale esse affidano a privati una soluzione della controversia che ha il valore un qualsiasi accordo tra esse intercorso (Cass. 30.08.02 n. 12714; 08.08.02 n. 11976; 13.04.01 n. 5527).

In altre parole, a differenza di quanto accade con l'arbitrato rituale – che deve soddisfare determinati requisiti formali e procedurali per essere suscettibile di divenire un titolo esecutivo – con l'arbitrato irrituale le parti si obbligano ad adottare la determinazione degli arbitri come frutto diretto di un loro accordo, dando loro mandato di esprimere la loro volontà, con l'impegno di considerarla come propria: la statuizione finale non può assurgere a titolo esecutivo ed ha i caratteri di un contratto, frutto (a seconda dei casi) o di un mandato a transigere o di un mandato ad accertare.

Stante la riconducibilità dell'arbitrato irrituale, in ogni sua fase, alla mera dimensione negoziale, la relativa disciplina si discosta da quella prevista dal codice di rito per l'arbitrato rituale.

Ciò concerne in primo luogo la forma della clausola compromissoria

A differenza di quanto previsto degli artt. 806 e ss. c.p.c. infatti, il compromesso e la clausola compromissoria per arbitrato irrituale devono essere a pena di nullità redatti per iscritto solo se relativi a rapporti giuridici per i quali la forma scritta è richiesta *ad substantiam*, mentre se sono relativi ad altri rapporti, necessitano soltanto di prova scritta secondo le regole di cui all'art. 1967 c.c. (Cass. 22.02.99 n. 1476; 25.08.98 n. 8417; 14.05.97 n. 4258; 05.09.92 n. 10240).

Inoltre in caso di arbitrato irrituale le parti hanno la piena libertà nella determinazione del numero e delle modalità di nomina degli arbitri ed è ammessa anche la possibilità di conferire il mandato ad una persona giuridica.

Allo stesso modo il procedimento arbitrale irrituale è svincolato dal rispetto di forme, dovendo essere assicurata la sola tutela sostanziale del contraddittorio (Cass. 08.09.04 n. 18049), tant'è che la decisione può anche essere non motivata (Cass. 09.08.04 n. 15353) e non sottoscritta da tutti gli arbitri che hanno partecipato alla decisione (Cass. 15.05.03 n. 7516).

Si è già evidenziato come solo il lodo rituale è suscettibile di valere come titolo esecutivo, previa omologazione ex art. 825 c.p.c., mentre il lodo irrituale ha la stessa forza vincolante di un qualsiasi contratto.

Infine, mentre il lodo rituale è soggetto alle impugnazioni previste all'art. 827 c.p.c., da promuoversi davanti alla Corte d'Appello, i vizi che possono infirmare il lodo irrituale sono quelli che, secondo il diritto sostanziale, giustificano l'impugnazione dei contratti e devono essere fatti valere secondo le vie ordinarie davanti al giudice di primo grado (Cass. 08.08.90 n. 8010).

Ciò premesso, si deve subito rilevare che nella specie deve ritenersi provato che la clausola compromissoria inserita nel contratto sociale preveda un arbitrato irrituale.

L'art. 10 del menzionato atto (doc. 1 fasc. att. e doc. I fasc. conv.) recita infatti come segue: *“qualsiasi controversia sorgesse per la interpretazione ed esecuzione del presente contratto fra i soci, sarà deferita inappellabilmente ad un arbitro amichevole compositore nominato d'accordo tra i soci o in mancanza di accordo dal Presidente dello Ordine dei Commercialisti di Biella su istanza della parte più diligente. Detto arbitro deciderà inappellabilmente, secondo equità e diritto e con dispensa dall'osservare le formalità di rito”*.

Ed è stato già evidenziato che l'arbitrato rituale, come quello irrituale, ha natura privata, configurandosi sempre la devoluzione della controversia ad arbitri come rinuncia all'azione giudiziaria ed alla giurisdizione dello Stato e come opzione per la soluzione della controversia sul piano privatistico, secondo il “dictum” di soggetti privati; pertanto, la distinzione tra arbitrato rituale e arbitrato irrituale non può imperversare sul rilievo che nel primo le parti abbiano demandato alle parti una funzione sostitutiva di quella del giudice; la differenza va, invece, ravvisata nel fatto che, nell'arbitrato rituale, le parti vogliono che si pervenga ad un lodo suscettibile di essere reso esecutivo e di produrre gli effetti di cui all'art. 825 c.p.c., con l'osservanza del regime formale del procedimento arbitrale; nell'arbitrato irrituale esse intendono affidare all'arbitro la soluzione di controversie solo attraverso lo strumento negoziale, mediante una composizione amichevole o un negozio di accertamento riconducibili alla volontà delle parti stesse, le quali si impegnano a considerare la decisione degli arbitri come espressione della loro volontà (Cass. 13.04.01 n. 5527; 04.07.02 n. 9687).

Essendo il dato distintivo dell'arbitrato irrituale quello di regolamentare gli interessi contrapposti mediante una composizione amichevole, conciliante o transattiva, o un negozio di accertamento riconducibile alla loro volontà, libero da forme, destinato ad avere effetti esclusivamente negoziali ed impugnabile con le ordinarie azioni dirette a far valere i vizi della volontà, la definizione dell'arbitro come “amichevole compositore”, la mancanza di qualsiasi riferimento al regime formale del procedimento (“*qualsiasi controversia .... verrà risolta in via inappellabile e senza formalità di sorta...*”) e alla volontà di pervenire ad un lodo suscettibile di *exequatur*, consentono di ritenere dal tenore letterale della clausola (art. 1362 c.c.) che i contraenti abbiano voluto prevedere un caso di arbitrato irrituale (così Cass. 30.08.02 n. 12714; 08.08.02 n. 11976).

(*Omissis*). – Non può ritenersi nulla (o comunque non operativa) la clausola compromissoria in virtù del sopravvenuto art. 34 comma 2 d.lvo 5/03.

Come rilevato dalla migliore dottrina, deve infatti ritenersi che la nuova disciplina dell'arbitrato societario, contenuta agli artt. 34, 35 e 36 d.lvo cit., non si occupa dell'arbitrato irrituale (salvo l'accento all'art. 35 comma 5 d.lvo cit., su cui v. *infra*), ma introduce e disciplina una speciale forma di arbitrato rituale, che può essere denominata ‘arbitrato statutario’.

Ciò significa che, a seguito della novella, la libertà delle parti di deferire ad arbitri irrituali le controversie scaturenti dal contratto sociale non è stata in alcun modo esclusa o limitata.

Com'è noto, la legge che ha delegato la riforma del diritto societario all'art.12 comma 3 l. 366/01 ha autorizzato il governo a prevedere la possibilità che «gli statuti delle società commerciali contengano clausole compromissorie, anche in deroga agli artt. 806 e 808 del codice di procedura civile, per tutte o alcune tra le controversie societarie», e che, nel caso in cui la controversia concerna que-

stioni che non possono formare oggetto di transazione, “la clausola compromissoria dovrà riferirsi ad un arbitrato secondo diritto, restando escluso il giudizio di equità, ed il lodo sarà impugnabile anche per violazione di legge”.

A seguito di tale delega, il decreto legislativo n. 5/03 agli artt. 34, 35 e 36 ha introdotto una nuova figura di arbitrato delimitando l’ambito soggettivo e oggettivo di applicazione, disciplinando i requisiti di forma delle relative clausole compromissorie (art. 34 d.lvo cit.), prevedendo una disciplina procedimentale inderogabile (art.35 d.lvo cit.) ed anche norme speciali che ne regolano la decisione e l’impugnazione (art. 36 d.lvo cit.).

Passando al caso di specie, in questa sede occorre verificare la rilevanza del disposto dell’art. 34 comma 2 d.lvo cit., ove, con riguardo alla clausola compromissoria inserita negli atti costitutivi delle società, è stabilito quanto segue: “*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 sede*”.

L’accertamento riguarda pertanto il fatto che nella clausola compromissoria contenuta nell’atto costitutivo della società convenuta è invece prevista la nomina di un arbitro a cura delle parti o in difetto a cura del Presidente dell’Ordine dei commercialisti di Biella (v. *supra*).

Tuttavia, come già evidenziato, della disposizione non può ritenersi applicabile ai casi di arbitrato irrituale, qual è quello in esame.

Tale conclusione balza agli occhi se solo si legge l’art. 35 commi 2 e 3 (“2. *Nel procedimento arbitrale promosso a seguito della clausola compromissoria di cui all’art. 34, l’intervento di terzi a norma dell’articolo 105 del codice di procedura civile nonché l’intervento di altri soci a norma degli articoli 106 e 107 dello stesso codice è ammesso fino, alla prima udienza di trattazione. Si applica l’articolo 820, comma secondo, del codice di procedura civile. 3. Nel procedimento arbitrale non si applica l’articolo 819, primo comma, del codice di procedura civile; tuttavia il lodo è sempre impugnabile, anche in deroga a quanto previsto per l’arbitrato internazionale dall’art. 838 del codice di procedura civile, a norma degli articoli 829, primo comma, e 831 dello stesso codice*”) e l’ad. 36 d.lvo cit. (“1. *Anche se la clausola compromissoria autorizza gli arbitri a decidere secondo equità ovvero con lodo non impugnabile, gli arbitri debbono decidere secondo diritto, con lodo impugnabile anche a norma dell’articolo 829, secondo comma, del codice di procedura civile quando per decidere abbiano conosciuto di questioni non compromettibili ovvero quando l’oggetto del giudizio sia costituito dalla validità di delibere assembleari. 2. La presente disposizione si applica anche al lodo emesso in un arbitrato internazionale*”).

Nelle disposizioni appena richiamate sono disciplinate (mediante riferimento alle disposizioni generali del codice di rito o a quelle tipiche dell’arbitrato rituale) regole procedimentali inderogabili e forme di impugnazione che sono incompatibili con la figura dell’arbitrato irrituale, libero nella forma della clausola compromissoria, del tutto svincolato da regole procedimentali e suscettibile di impugnazione come un qualsiasi contratto e non secondo le forme previste per il lodo rituale (v. *supra*).

E in effetti, come rilevato da attenta dottrina, se per assurdo si dovessero estendere le disposizioni contenute negli artt. 34 e ss. d.lvo cit. (esclusa la questione relativa all’art. 35 comma 5 d.lvo cit. su cui v. *infra*) ai casi di arbitrato irrituale, ciò comporterebbe che di irrituale non vi sarebbe più nulla.

Come già evidenziato, il legislatore delegato ha menzionato l’arbitrato irrituale soltanto all’art. 35 comma 5 d.lvo cit., con un inciso, nella parte in cui ha previsto che “la devoluzione in arbitrato anche non rituale, di una controversia, non preclude il ricorso alla tutela cautelare a norma dell’art. 669 quinquies del codice di procedura civile, ma se la clausola compromissoria consente la devoluzione in arbitrato di controversie aventi ad oggetto la validità di delibere assembleari agli arbitri compete sempre il potere di disporre, con ordinanza non reclamabile, la sospensione dell’efficacia della delibera”.

Il richiamo compiuto all’arbitrato irrituale in un contesto normativo in cui viene disciplinato “*il procedimento arbitrale promosso a seguito della clausola compromissoria di cui all’art. 34*” (art. 35 comma 2 d.lvo cit.) è una conferma del fatto che il legislatore abbia effettivamente voluto dedicare la nuova disciplina al solo arbitrato rituale e che, quando ha voluto interferire anche nell’ambito di applicazione dell’arbitrato irrituale, si è sentito in dovere di specificare che la norma vale anche per esso.

D’altronde la volontà di non introdurre una disciplina generale e onnicomprensiva in materia di arbitrato societario è evidente nella relazione di accompagnamento al d.lvo 5/03, ove, con riguardo alla disciplina introdotta in materia, si precisa quanto segue: “*La formulazione del testo contribuisce alla creazione di una compiuta species arbitrale, che si sviluppa senza pretesa di sostituire il modello codicistico (naturalmente ultrattivo anche in materia societaria) comprendendo numerose opzioni di rango processuale (ma non soltanto: si pensi alla soluzione ex lege dell’opponibilità della clausola compromissoria contenuta nello statuto a soggetti astrattamente terzi rispetto alla fonte del mandato arbitrale, quali amministratori e sindaci che appaiono assolutamente funzionali alla promozione della cultura dell’arbitrato endosocietario...)*”.

Da tale relazione si evince non solo che l’istituto di riferimento è il solo arbitrato rituale – denominato modello codicistico – ma anche che la nuova figura costituisce una *species* nel *genus* dell’arbitrato rituale.

È pertanto evidente la mancanza di alcuna incidenza del disposto dell’art. 34 comma 2 d.lvo cit. sulla disciplina del lodo irrituale.

Né può ritenersi che il disposto normativo appena citato debba essere applicato in via estensiva o analogica anche all’arbitrato irrituale.

In primo luogo rileva quanto già evidenziato in ordine alla informalità connaturata all’arbitrato irrituale, che ha inciso in termini di autonomia di disciplina proprio in tema di libertà anche per quanto riguarda la clausola compromissoria e la scelta degli arbitri (v. *supra*).

In secondo luogo rileva la specialità di tali nuove norme, peraltro connotate da peculiarità configgenti con tali caratteri (v. *supra*).

VII. Deve pertanto essere dichiarata l’improponibilità la domanda attorea, per essere la controversia devoluta ad arbitrato irrituale in virtù della clausola compromissoria presente nell’art. 10 del contratto sociale. (*Omissis*).

## XII.

(*Omissis*). – Deve essere anzitutto esaminata la eccezione pregiudiziale sollevata dal D. nella comparsa di costituzione e risposta (eccezione alla quale ha aderito altresì la N. S.r.l.) secondo la quale l’azione di responsabilità introdotta dall’attrice ai sensi del già citato art. 2393-bis c.c. risulterebbe inammissibile e/o improcedibile in virtù della clausola compromissoria contenuta nell’art. 21 dello Sta-

tuto sociale prodotto in atti. Prevede l'art. 21 che "Tutte le controversie fra i Soci e la Società fra i Soci e l'Assemblea, fra i Soci e gli Amministratori ed i Liquidatori dovranno essere devolute al giudizio di tre arbitri amichevoli compositori nominati due dalle Parti in contrasto ed il terzo dai due così nominati... Il Collegio Arbitrale giudicherà senza formalità di procedura e con giudizio inappellabile". Posto che la controversia instaurata dalla D'O. con l'atto di citazione rientra sicuramente, in ragione del suo contenuto e delle sue finalità tra quelle che la riferita norma statutaria ha affidato alla decisione degli arbitri, si rileva che la difesa della attrice ha contrastato, fin dalla memoria di replica redatta ai sensi dell'art. 6 del D.Lgs. 5/2003, la fondatezza della eccezione avversaria in esame, sull'assunto della sopravvenuta nullità della clausola compromissoria a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 34 della disciplina di riforma del processo societario: norma questa, che stabilisce al secondo comma che la clausola compromissoria deve in ogni caso conferire – a pena di nullità – il potere di nomina di tutti gli arbitri "a soggetto estraneo alla società", aggiungendo che, qualora il soggetto designato non provveda, la nomina andrà richiesta al Presidente del tribunale del luogo in cui la società ha sede legale.

Il richiamo a detta norma ed al nuovo modello di arbitrato così introdotto in materia societaria, non conduce tuttavia, ad avviso del Collegio, alle conseguenze prospettate dalla difesa della D'O., ed a ritenere perciò non più operativa, perché colpita dalla nullità prevista dal secondo comma del citato art. 34, la clausola compromissoria invocata dal convenuto D. E' stato invece, messo in luce da autorevole dottrina – le argomentazioni della quale vengono qui condivise – come la norma "de qua" abbia introdotto nell'ordinamento il cd. arbitrato endosocietario, caratterizzato da specifiche regole proprie ed esclusive di esso, e precisamente da quelle degli artt. 35 e 36 del medesimo D.Lgs. 5/2003: trattasi, tuttavia, di un modello di arbitrato che è venuto ad aggiungersi, e non già a sostituirsi, seppure limitatamente all'istituto delle società, alla disciplina dell'arbitrato di diritto comune, dettata anzitutto dagli artt. 806 ss. c.p.c. La riforma ha, in altri termini, inteso – come si evince altresì dalle previsioni, al riguardo, della legge Delega n. 366/2001 – offrire la possibilità di un arbitrato speciale destinato alle Società commerciale, che costituisce tuttavia per le stesse una facoltà dall'esercizio della quale deriva peraltro per la società l'onere descritto appunto dall'art. 34, comma II – e non già un obbligo, da osservarsi in ogni caso in cui si intenda deferire in arbitrato la risoluzione di determinate controversie (come nella specie è accaduto per lo Statuto della N. s.r.l.). Si evidenzia ancora, in proposito, che il nuovo istituto configurato dagli artt. 34-35-36 del D.Lgs. 5/2003 determina un incremento del potere decisorio conferito agli arbitri, che risulta però bilanciato – a tutela del maggior grado possibile di terzietà di essi – dalla significativa limitazione della autonomia delle Parti nella designazione degli arbitri, i quali non possono più – come già ricordato – venire scelti da soggetto appartenenti alla compagine sociale. Le peculiarità – in termini da un lato, di ampiezza del potere decisorio degli arbitri, e, dall'altro, di compressione della autonomia dei soci nelle modalità di designazione di essi – tipiche della normativa ora in esame conducono dunque a ritenere che detta disciplina si affianchi a quella sul compromesso di diritto comune nel senso che le Società commerciali ben potranno continuare ad inserire validamente nel loro Statuto una clausola compromissoria di quest'ultimo tipo ma, optando esse, invece, per il nuovo modello introdotto dal D Lgs 5/2003 (e quindi per l'arbitrato che si è definito "endosocietario"), saranno allora vincolate dalla previsione inderogabile di designazione degli arbitri interna al modello anzidetto. Ritenere la nuova forma arbitrale non già incompatibile, anche per le Società commerciali, con la disciplina dell'arbitrato di diritto comune, ma a quest'ultima affiancata, sicché rientra nella disponibilità delle parti interessate orientarsi per l'uno o per l'altro modello – con tutte le conseguenze che l'una o l'altra scelta comporta – significa, come è stato osservato, adottare una interpretazione costituzionalmente conforme degli artt. 34 segg. del D. Lgs. 5/2003 che, ove letti diversamente (e precisamente nel senso prospettato alla difesa della attrice D'O.) si presterebbero invece a dubbi di legittimità costituzionale con riferimento al principio di eguaglianza di cui all'art. 3 ed a quello di tutela della autonomia economica provata sancito dall'art. 41 della Costituzione.

Per le considerazioni fin qui esposte va dunque affermata la perdurante validità della clausola compromissoria, assoggettata al diritto comune, contenuta nell'art. 21 dello Statuto della N. s.r.l. e, rientrando la azione svolta dalla D'O. nell'ambito decisionale riservato agli arbitri dalla clausola prevista, va dichiarata la conseguente improponibilità delle domande dalla attrice introdotte nel presente giudizio. (*Omissis*).

### XIII.

(*Omissis*). – La questione che deve essere affrontata dal Collegio è, allora, quella di stabilire, vigendo la nuova normativa di diritto societario (D.Lgs. 5/2003) se tale normativa si applichi anche alle Società di persone e se la clausola compromissoria, contenuta in uno statuto sociale o in un atto costitutivo, antecedenti a tale riforma legislativa e, quindi, perfettamente valida ed efficace al momento della sua stipulazione, mantenga tale sua validità ed efficacia, anche in presenza della nuova normativa sopravvenuta o, per converso, rimanga dalla stessa travolta. Si deve, subito, precisare che la nuova disciplina (D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5), entrata in vigore il 10 gennaio 2004, deve riguardare anche le Società di persone « in virtù dell' ambito di applicazione di tale decreto, così come delimitato dal relativo art. 1 » (Trib. Trento, 8/4/04). Tale norma, infatti, non solo non distingue fra società di capitali e società di persone, ma, richiamando l'applicabilità di tale decreto ai « rapporti societari », include, espressamente, negli stessi, anche quelli dipendenti da società di fatto: sarebbe, quindi, assolutamente arbitrario escludere dall'applicabilità di detta normativa le società di persone. Venendo, ora, all'altra questione sopra delineata, si deve rilevare che è pacifico che la clausola compromissoria, di cui trattasi, alla luce della vigente normativa, è affetta da radicale nullità, così come, per converso, è assolutamente pacifica la sua validità nell'ambito della precedente normativa societaria. Orbene, si deve rilevare come la disciplina dettata dal D.Lgs. 5/03 non consenta alcuna ultrattività per le preesistenti clausole compromissorie. Di tale ultrattività, già presa in esame in alcuni provvedimenti di merito (ord. del Tribunale di Trento in data 11 febbraio 2004 - sent. Tribunale di Trento in data 8 aprile 2004 - sent. del Tribunale di Latina in data 22 giugno 2004) è stata negata l'esistenza, già solo per il periodo transitorio, dettato per le Società di capitali, per l'adeguamento dei loro statuti sociali, con motivazione concorde ed assolutamente condivisibile: l'ultrattività è prevista, nel D.Lgs. 6/03, e, quindi, ha valore per le disposizioni statutarie non conformi alla nuova disciplina inderogabile, dettata in tale decreto legislativo, e non con riferimento a quanto dettato nel D.Lgs. 5/03, nel quale, appunto, è inserita la nuova disciplina per l'arbitrato societario. Nella fattispecie in esame, è pacifico, risultando dai documenti prodotti, che la procedura arbitrale è stata, comunque, introdotta, anche a voler andare di contrario avviso rispetto a quanto appena ricordato (e, cioè, inapplicabilità del periodo transitorio alle Società di persone) decorso il termine finale del periodo transitorio

(30 settembre 2004). Ciò che rileva, è che, neppure laddove sia prevista un'ultrattività di disposizioni statuarie precedentemente valide, questa non riguarda, comunque, le clausole compromissorie preesistenti, con la conseguenza che, se la loro efficacia non permane neppure nel periodo (laddove previsto) transitorio, ancor meno, evidentemente, si può configurare una loro proroga di efficacia a tempo indeterminato, dopo l'entrata in vigore della nuova normativa. Il Collegio arbitrale è ben conscio che parte della giurisprudenza di merito, ad oggi formata, non condivide la tesi della sopravvenuta nullità delle preesistenti clausole compromissorie. Secondo il Tribunale di Udine (sent. 4 novembre 2004), infatti, le clausole compromissorie contenute negli atti costitutivi adottati prima dell'entrata in vigore del D.Lgs. 5/03, avendo riguardo ad accordi negoziali già perfezionatisi, e che hanno validamente prodotto i loro effetti obbligatori, non possono essere affette da una sopravvenuta previsione di nullità, essendo quest'ultima un vizio genetico dell'accordo delle parti. D'altronde, sempre secondo la motivazione di tale sentenza, opinare diversamente contrasterebbe con l'art. 11 delle Preleggi, secondo cui « la Legge non dispone che per l'avvenire: norma, questa, derogabile, ma che (sempre secondo detta sentenza), avendo carattere eccezionale, richiede una previsione espressa ». Non sembra però al Collegio che tale parte della motivazione e, quindi, della conclusione alla quale perviene il Tribunale di Udine, possa essere condivisa. In primo luogo, il Collegio non condivide l'affermazione secondo la quale la clausola arbitrale, stipulata, ma non attivata anteriormente al 10 gennaio 2004, abbia già prodotto i propri effetti. L'obbligo della parte di attivare la procedura arbitrale, anziché ricorrere all'autorità giudiziaria, è, infatti, obbligo del tutto ipotetico, ed andrà a sorgere solo nel momento in cui, in concreto, e per il verificarsi di una situazione che una delle Parti litiganti di dover sottoporre all'autorità giudicante, sarà dato ingresso alla procedura (ed, infatti, né dottrina, né giurisprudenza, pongono in dubbio che gli arbitrati già radicati, ancorché la nomina degli arbitri sia avvenuta secondo la precedente normativa, siano validamente ed efficacemente portati a compimento). Al riguardo, il Collegio osserva che, più correttamente, sembra doversi parlare non di nullità dell'originaria clausola arbitrale (ancorché, impropriamente, nel testo legislativo sia stato utilizzato detto termine), quanto, piuttosto, di sopravvenuta inefficacia, proprio a seguito dell'entrata in vigore di successive norme cogenti, di detta clausola: la quale, quindi, non è nulla, come esattamente rilevato dal Tribunale di Udine (e come, d'altronde, si evince anche dalla surricordata disciplina transitoria che salva le procedure arbitrali già radicate), ma, successivamente all'entrata in vigore della nuova normativa, diventa ineseguibile e perde, quindi, la sua efficacia. In secondo luogo, il Collegio non può condividere quanto affermato dal Tribunale di Udine, circa la mancanza di un'esplicita previsione di legge, in ordine alla nullità delle preesistenti clausole compromissorie. Infatti, l'art. 34 del D.Lgs. 5/03, recita: « Gli atti costitutivi delle società, ad eccezione di quelle che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio ... , possono, mediante clausole compromissorie, prevedere la devoluzione ad arbitri ... 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. ». È, quindi, chiaro che la normativa si riferisce a tutte le clausole contenute negli atti costitutivi delle società, senza distinzione alcuna fra gli atti costitutivi già redatti e vigenti e quelli futuri, laddove, per converso, ove il legislatore ha ritenuto di dover escludere un tipo di società da tale normativa (quelle che ricorrono al mercato del capitale di rischio) l'ha espressamente previsto. Trattasi, quindi, di previsione esplicita della normativa e, andare di contrario avviso, sembra al Collegio voler introdurre delle distinzioni fra società già costituite e società da costituirsi, della quale non vi è traccia nella normativa introduttiva della nuova legislazione societaria (che, anzi, sia pure con riferimento alle sole società di capitali, ha, espressamente, previsto, con l'introduzione dell'art. 223-bis - delle disposizioni di attuazione e transitorie del codice civile, il termine del 30 settembre 2004, affinché l'atto costitutivo e lo Statuto venissero uniformati alla nuova disciplina). Infine, non appare necessario in questa sede, affrontare il problema (comunque, risolto dalla giurisprudenza e dalla dottrina maggioritaria nel senso della loro inapplicabilità) dell'applicabilità del principio di cui all'art. 1419, comma 2, codice civile o di cui all'art. 34, comma 2, D.Lgs. 5/03: ciò, in quanto, nella fattispecie sottoposta all'esame del Collegio arbitrale, la parte che ha introdotto questa procedura ha, comunque, provveduto essa a nominare il proprio arbitro. (*Omissis*).

#### XIV.

(*Omissis*). – Va, poi, sgomberato il campo dall'eccezione, svolta in sede preliminare, di competenza arbitrale: appare evidente, infatti, che la clausola arbitrale "de quo", non essendo stata adeguata al nuovo dettato normativo, debba essere considerata nulla ai sensi dell'art. 34 Decr. Leg.vo n. 5/2003 (laddove, poi, la opinabile ultrattività di "diritto comune" di una siffatta clausola, confusamente sostenuta da alcuni, resterebbe comunque irrilevante, nella specie, data la sicura natura endosocietaria della dedotta questione). (*Omissis*).

#### XV.

(*Omissis*). – Un ulteriore profilo di validità della clausola compromissoria in discorso deve essere affrontato alla luce delle norme introdotte dalla riforma del diritto societario.

E' noto, infatti, che il D.Lgs. 17 gennaio 2003 n. 5, nell'ambito delle forme alternative di risoluzione delle controversie societarie, ha dettato una disciplina specifica dell'arbitrato stabilendo, tra l'altro, che la clausola compromissoria "deve prevedere il numero e le modalità di nomina degli arbitri, conferendo, in ogni caso, a pena di nullità, il potere di nomina di tutti gli arbitri a soggetto estraneo alla società" (art. 34, comma 2).

E' evidente che la clausola compromissoria contenuta nello Statuto della società attrice, stilato in epoca largamente antecedente alla entrata in vigore della riforma, non rispetta la menzionata previsione di legge: sorge quindi la necessità di affrontare la questione relativa alla validità delle clausole contenute negli atti costitutivi ovvero negli statuti sociali già in essere alla data di entrata in vigore della norma che ha introdotto la causa di nullità che, essendo di natura assoluta, sarebbe rilevabile d'ufficio.

Secondo un primo indirizzo interpretativo le clausole in questione, non adeguate a norma degli artt. 223-bis e duodecies c.c. (inseriti dal D.Lgs. 6/2003), sarebbero incorse in una nullità sopravvenuta: sussisterebbe in capo alle società preesistenti alla riforma l'onere di aggiornare i loro statuti, con

L'introduzione del cd. arbitrato endosocietario, pena la invalidità delle vecchie clausole compromissorie, non più utilizzabili e non più inseribili in futuro.

Il collegio non ritiene condivisibile tale conclusione, sia sotto un profilo interpretativo che sotto un profilo dogmatico.

Innanzitutto il primo comma dell'art. 223-bis c.c. recita: "Le società di cui ai capi V, VI e VII del titolo V del libro V del codice civile, iscritte nel registro delle imprese alla data del 1° gennaio 2004, devono uniformare l'atto costitutivo e lo statuto alle nuove disposizioni inderogabili entro il 30 settembre 2004".

La previsione di una clausola compromissoria di "nuova specie" è, invece, legislativamente prevista come meramente eventuale stante il chiaro tenore letterale dell'art. 34 D.Lgs. 5/2003: comma 1, "Gli atti costitutivi delle società, ad eccezione di quelle che fanno ricorso al mercato di capitale di rischio a norma dell'art. 2325-bis c.c. possono, 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"; comma 4, "Gli atti costitutivi possono prevedere che la clausola abbia ad oggetto controversie promosse da amministratori, liquidatori e sindaci ovvero nei loro confronti e, in tale caso, essa, a seguito dell'accettazione dell'incarico, è vincolante per costoro".

Nella stessa relazione al decreto, nella parte relativa alla materia in oggetto, si legge che "la formulazione del testo contribuisce alla creazione di una compiuta species arbitrale, che si sviluppa senza pretese di sostituire il modello codicistico (naturalmente ultrattivo anche in materia societaria) comprendendo numerose opzioni di rango processuale..., che appaiono assolutamente funzionali alla promozione della cultura dell'arbitrato endosocietario: è il caso del potere di sospensione dell'efficacia della delibera societaria... dell'accessibilità degli atti del procedimento ai soci estranei al medesimo, ma potenzialmente soggetti al deliberato arbitrale".

Alla luce delle premesse e pertanto fondato ritenere che la norma dell'art. 41, comma 2, D.Lgs. 5/2003 non sancisca un obbligo di adeguamento degli statuti, nella parte relativa alle clausole compromissorie, alle nuove regole dettate in materia di arbitrato endosocietario: il rispetto della disciplina di cui all'art. 34 D.Lgs. 5/2003 deve perciò considerarsi come un onere imposto solo a chi vuoi e fruire dei vantaggi offerti dalla nuova tipologia arbitrale (quali la estensione dell'ambito delle controversie compromettibili, la attribuzione agli arbitri della competenza in materia cautelare o la efficacia del lodo nei confronti della intera compagine sociale).

Al mancato adeguamento delle clausole compromissorie preesistenti consegue l'applicazione della disciplina formale e sostanziale dell'arbitrato di tipo "tradizionale" nei limiti di efficacia riconosciuti in precedenza a clausole così redatte.

A ragionare diversamente, come sottolineato in dottrina, ci si troverebbe di fronte ad un regime in cui nelle società sottoposte alle nuove norme sull'arbitrato, il mancato adeguamento al D.Lgs. 5/2003 produrrebbe l'invalidità delle clausole compromissorie preesistenti, mentre altrettanto non accadrebbe per le società escluse ai sensi dell'art. 34 D.Lgs. 5/2003 (quelle "che fanno ricorso al mercato di capitale di rischio a norma dell'art. 2325-bis c.c."); tale regime presenterebbe un'ingiustificata disparità di trattamento, difficile da sostenere sul versante dell'interpretazione e foriera di dubbi di legittimità costituzionale.

Ritiene, pertanto, il collegio che le clausole compromissorie non necessariamente debbano (o meglio, ormai, dovessero) essere adeguate; quelle non adeguate sono ultra active e ad esse si applicano senz'altro le norme dell'arbitrato "comune".

Tale conclusione è ulteriormente confortata sotto il profilo dogmatico.

La nullità rimane infatti un vizio genetico dell'accordo delle parti, dipendente dalla situazione di fatto e di diritto esistente nel momento della conclusione del contratto, e non si comprende come una sopravvenuta previsione di nullità potrebbe travolgere accordi negoziali già perfezionatisi e che hanno validamente prodotto i loro effetti obbligatori.

La retroattività di una previsione di nullità contrattuale potrebbe ricavarsi da una espressa previsione di legge, ovvero dalla sopravvenuta contrarietà del contenuto del contratto a principi e valori assunti come fondamentali dall'ordinamento.

La prima delle due alternative è fondata sull'art. 11 delle disposizioni preliminari al codice civile, secondo cui "la legge non dispone che per l'avvenire": la deroga a tale principio è senz'altro possibile ma, avendo carattere eccezionale, richiede una previsione espressa. La novella societaria, in materia di arbitrato, non prevede alcuna retroattività della forma più radicale di invalidità prevista dall'art. 34 citato.

Nemmeno è prospettabile la seconda alternativa in riferimento all'arbitrato societario "tradizionale" con riferimento, appunto, alle "vecchie e" clausole compromissorie, posto che le nuove norme, tendendo a favorire la forma alternativa di risoluzione delle controversie, con la necessaria devoluzione ad un soggetto estraneo alla società del potere di nomina degli arbitri, sono finalizzate solamente ad evitare gli inconvenienti che derivavano dall'adozione delle vecchie clausole binarie.

Una nullità idonea a travolgere con effetto ex tunc il contenuto di un accordo contrattuale validamente concluso potrebbe essere quella determinata dalla sopravvenuta illiceità dell'oggetto, ma una tale illiceità non può ravvisarsi in tutti i casi di contrasto con una norma sopravvenuta, sia pure avente carattere inderogabile.

A tale riguardo giova mettere in evidenza, conclusivamente, due ulteriori ordini di motivazioni.

La prima è che anche nel più limitato ambito della vera e propria illiceità sopravvenuta, il legislatore e la giurisprudenza costituzionale, non sono affatto favorevoli alla applicazione retroattiva della invalidità: basti richiamare l'orientamento espresso dalla Corte Costituzionale sul nuovo testo dell'art. 1938 c.c., introdotto dalla legge 154/1992, per il quale è esclusa l'applicabilità alle fidejussioni omnibus prestate anteriormente alla entrata in vigore della norma novellata, nonché il D.L. 394/2000 conv. in L. 24/2001, di interpretazione autentica della L. n. 108/1996, con il quale è stato chiarito che l'art. 1815 c.c., che prevede la nullità delle clausole che stabiliscono la corresponsione di interessi usurari, opera solamente con riguardo alle pattuizioni intervenute dalla vigenza della norma, senza che possa avere rilevanza il fenomeno della cd. usurarietà sopravvenuta.

L'altra è che appare condivisibile l'opzione interpretativa, che valutando comunque la rubrica dell'art. 35 D.Lgs. 5/2003, "Disciplina inderogabile del procedimento arbitrale", considera l'inderogabilità una caratteristica intrinseca ed interna della normativa in tema di arbitrato endosocietario, la quale consta di norme da applicare tutte assieme, qualora si voglia dare vita ad un arbitrato di questo tipo; ove, in particolare, si voglia usufruire delle facilitazioni e semplificazioni che il nuovo arbitrato predispone a favore delle parti.

Non è derogabile, in definitiva, il corpus di nuove norme che l'ordinamento concatena l'una con l'altra dando vita ad una compiuta species di arbitrato che produce i suoi effetti solo con il rispetto dell'intera disciplina. Per contro, e derogabile "il modello di arbitrato endosocietario", quantomeno da chi, non volendosi avvalere dei benefici che la legge accorda, ha inteso rimanere nella disciplina di diritto comune; l'unica prevista nel momento di apposizione/approvazione della clausola. (*Omissis*).

(*Omissis*). – Orbene, rimanendo sul suesposto tracciato concettuale, giova richiamare che il recente D.Lgs. n. 5/ 2003 ha disciplinato ex novo tutta la materia della clausola compromissoria inserita negli statuti societari, prevedendo nell'art. 34 la nullità della clausola che non preveda il potere di nomina di tutti gli arbitri in capo a un soggetto estraneo alle parti.

Il Tribunale, ritenendo che la questione sulla validità di detta clausola si ponga anche in riferimento alle clausole non adeguate dalle parti secondo il disposto del legislatore, e non solo riguardo alle clausole introdotte successivamente alla riforma del diritto societario, essendo esse di natura processuale, ritiene che la norma di cui all'art. 34 della legge processuale di riforma abbia introdotto un regime speciale dell'arbitrato societario che non può prescindere, per essere opponibile ai soci e alla società, dall'attribuzione a un terzo estraneo alle parti del potere di nomina degli arbitri. Poiché, come si è visto, la materia regolata dalla norma è di tipo processuale, non sarebbe ammissibile, nel nostro ordinamento, concepire la permanenza di clausole arbitrali, inserite negli statuti sociali ( magari non ancora adeguati ), che prevedano un sistema diverso di nomina degli arbitri, poiché in tal modo si verrebbe a compromettere il sistema processuale delineato dal legislatore in tema di arbitrato societario, il quale non incide solo sul diverso modo di nomina degli arbitri, ma sugli stessi effetti verso i soci, i terzi e la società della decisione arbitrale ( cfr. artt.34 e 35 del D. Lgs n.5/2003).

In altri termini, proprio per il fatto che il legislatore è intervenuto nella materia de qua prevedendo una disciplina processuale speciale e inderogabile per l'arbitrato societario, e ciò a garanzia dei plurimi interessi coinvolti nelle vicende societarie anche nel caso in cui i soci abbiano rappresentato la volontà di sottrarsi alla giurisdizione statale per regolare i propri interessi, non pare a questo Tribunale che possano essere condivisi gli orientamenti che tendono a concepire la permanenza e la compresenza nel sistema dell'arbitrato di diritto comune in campo societario, in contrasto con quanto disposto dal legislatore in relazione alla specifica materia.

L'ammissione di un sistema che ammetta un doppio binario di opzioni arbitrali, come indicato da parte della dottrina, invero, rischierebbe di ingenerare confusione sugli effetti diversi che il lodo avrebbe, nell'un e nell'altro caso, verso la società, i terzi e i soci: il che si pone in contrasto con quanto indicato dal legislatore della riforma societaria che, mutuando dall'esperienza di altri ordinamenti giuridici, ha inteso giurisdizionalizzare l'arbitrato societario, sia rituale che irrituale, prevedendo un procedimento di alternative dispute resolution certamente più garantista per le parti e più affidabile anche in tema di nomina di arbitri, i quali – rispetto all'arbitrato di diritto comune – non possono più essere i diretti portatori degli interessi delle parti.

E' dunque da ritenersi il carattere processuale della normativa sulla clausola compromissoria.

Di conseguenza, a norma della disciplina transitoria, di cui all'art. 41, c. 1, d. l.vo 17/1/2003 n. 5, deve farsi riferimento alla data di pendenza del giudizio. Ma il giudizio, la cui pendenza assume rilevanza, è, nella specie, il giudizio arbitrale, che non è mai stato proposto.

Non può invero trascurarsi che il giudizio arbitrale, che verrebbe proposto se la clausola compromissoria fosse da ritenersi valida in conseguenza dell'applicabilità della disciplina anteriormente vigente, sarebbe del tutto autonomo rispetto al presente giudizio, intrinsecamente diverso in quanto esercizio di giustizia promanante da privati e non dallo Stato.

Per i suesposti motivi si deve rilevare la nullità della clausola compromissoria de qua ai sensi e per gli effetti dell'art. 34 del d. lgs. n. 5 del 2003.

La nullità rilevata non potrebbe essere interpretata come nullità parziale della pattuizione intesa a favorire la nomina degli arbitri da parte delle parti, con salvaguardia della scelta arbitrale operata nello statuto, poiché il legislatore ha chiaramente inteso penalizzare ogni pattuizione in senso contrario a quanto disposto dalle norme di cui sopra. (*Omissis*).

## XVII.

(*Omissis*). – Infondata è anche l'eccezione preliminare svolta dalla convenuta, poiché, alla luce dei recenti interventi normativi, la clausola compromissoria invocata non può che ritenersi nulla, prevedendo un sistema di nomina dei componenti del Collegio arbitrale sanzionato, appunto, con la nullità dell'art. 34 d. lgs. n. 5/2003. (*Omissis*).

## XVIII.

(*Omissis*). – L'operatività della richiamata clausola arbitrale non trova ostacolo nella nuova disciplina introdotta dall'art. 34, 2° comma, del d. l.vo 17.1.2003 n. 5, che non trova applicazione nei giudizi già pendenti alla data di entrata in vigore della riforma del processo societario, a norma dell'art. 41 del medesimo decreto, come si desume, in particolare, dal 2° comma di quest'ultimo articolo, che prevede espressamente l'applicazione del termine stabilito dall'art. 223 bis disp. att. c.c. anche per l'adeguamento delle clausole compromissorie. (*Omissis*).

## XIX.

*Omissis*. – L'art. 34 del D.Lgs. n. 5/03 entrato in vigore in data 1° gennaio 2004 prevede che le clausole compromissorie contenute negli atti costitutivi delle società devono prevedere il numero e le modalità di nomina degli arbitri nonché, a pena di nullità, il conferimento del potere di nomina di tutti gli arbitri a soggetto estraneo alla società.

L'art. 223 bis disp. att. c.c., introdotto con il D.Lgs. n. 6/03 prevede al primo comma che le società di capitali devono uniformare l'atto costitutivo e lo statuto alle nuove disposizioni inderogabili entro il 30 settembre 2004. L'art. 223 bis predetto stabilisce al suo terzo comma una procedura speciale semplificata per l'adozione delle delibere assembleari di adattamento dell'atto costitutivo o dello statuto previste al primo comma. L'art. 223 bis suddetto appare letteralmente fare riferimento all'obbligo di adeguamento rispetto alle disposizioni inderogabili in materia societaria introdotte con il solo D.Lgs. n. 6/03 contenente l'articolo in discorso. Peraltro la riferibilità dell'obbligo di adattamento dello statuto od atto costitutivo entro il termine del 30 settembre 2004 e con le modalità di cui al terzo comma dell'art. 223 bis disp. att. c.c. anche alle disposizioni previste a pena di nullità per le clausole compromissorie di cui

all'art. 34 D.Lgs. n. 5/03 trova in primo luogo un riferimento normativo nell'art. 41 D.Lgs. n. 5/03 il quale espressamente richiama l'an. 223 bis disp. att. c.c. prevedendo che per le modifiche deliberate per adeguare, così come previsto all'an. 223 bis, le clausole compromissorie preesistenti alle disposizioni inderogabili del D.Lgs. n. 5/03 non trova applicazione la maggioranza qualificata di cui all'art. 34, comma 6, D.Lgs. n. 5/03. Il richiamo espresso dimostra come nei due decreti attuativi della riforma in materia societaria risulti chiara la previsione risolutiva dell'efficacia ulteriore rispetto al termine del 30 settembre 2004 delle clausole statutarie difformi rispetto alle disposizioni inderogabili non solo del D.Lgs. n. 6/03 ma anche del D.Lgs. n. 5/03 in tema di arbitrato. L'art. 223 bis disp. att. c.c. richiamato dall'art. 41 D.Lgs. n. 5/03 stabilisce espressamente la conservazione della efficacia delle disposizioni statutarie e dell'atto costitutivo non conformi alle disposizioni inderogabili del D.Lgs. n. 6/03 ed analogamente stante l'espresso richiamo normativo alle disposizioni inderogabili in materia di arbitrato di cui al D.Lgs. n. 5/03. La prospettata soluzione trova poi conferma logica nella natura sostanziale della convenzione arbitrale la quale dà vita solo in un secondo tempo ad un fenomeno processuale. Tale natura giustifica il medesimo trattamento in ordine alla ultrattività fino al 30 settembre 2004 delle clausole compromissorie non adeguate alla nuova disciplina del D.Lgs. n. 5/03 all'1 gennaio 2004 ed in ordine alla ultrattività fino al 30 settembre 2004 delle pattuizioni preesistenti contrastanti con la disciplina sostanziale delle società introdotta dal D.Lgs. n. 6/03. La interpretazione ritenuta fondata da questo Collegio trova conferma in precedenti della giurisprudenza di merito (Tribunale di Trento 8 aprile 2004 e Tribunale di Trento 11 febbraio 2004). Il Tribunale di Trento nel riconoscere l'applicabilità degli artt. 34 ss. D.Lgs. n. 5/03 anche alle società di persone differenzia il regime di operatività della nullità delle clausole compromissorie non conformi al disposto inderogabile dell'art. 34 suddetto riconoscendola operante fin dall'entrata in vigore del decreto, 1° gennaio 2004, per le società di persone e nei termini di cui all'art. 223 bis Disp. att. c.c. per le società di capitali risultando tale normativa transitoria essere richiamata dall'art. 41, comma 2, D. Lgs. n. 5/03 solo per queste ultime compagini sociali. Pertanto avendo la società Bizzarro s.r.l. deliberato l'adeguamento della clausola compromissoria di cui all'art. 30 dello Statuto da ritenersi per quanto sopra detto ancora efficace alla data del 24 settembre 2004 con le prescritte maggioranze per tali ipotesi dall'art. 223 bis disp. att. c.c. deve ritenersi pienamente valida, efficace e corretta la delibera assembleare oggetto di impugnazione – *Omissis*.

## XX.

Motivazione non disponibile.

## XXI.

*Omissis*. – In ordine al primo motivo di gravame, relativo alla dedotta competenza del giudice ordinario, erroneamente esclusa dal tribunale, a decidere la controversia in esame, per l'insanabile nullità della clausola compromissoria prevista dall'art. 14 dello statuto sociale, per violazione dell'art. 34, secondo comma, d. lgs. 5/2003, la Corte ritiene che la risoluzione della questione preliminare posta presupponga la coordinata interpretazione degli artt. 223 bis c.c. (introdotto dall'art. 9, secondo comma, lett. b del d. lgs. 17 gennaio 2003, n. 6) e 41, secondo comma, del d. lgs. 17 gennaio 2003, n. 5: non è in discussione, infatti, ad avviso di questo giudice (contrariamente a quanto invece ritenuto dal tribunale, alla luce delle osservazioni svolte a pg. 9 della sentenza impugnata), la violazione dell'art. 11 disp. prel. c.c., in riferimento alla vigenza della norma sostanziale negoziale tra le parti costituita dalla clausola compromissoria contenuta nell'ad. 14 dello statuto sociale, atteso che nessun effetto abrogante retroattivo si verifica nel caso di specie. Ciò che piuttosto rileva è l'attualità della vigenza, al momento di introduzione del giudizio (con citazione notificata il 10 febbraio 2004), della clausola compromissoria in esame, a seconda dell'applicabilità della disposizione dell'art. 34, secondo comma d. lgs. 5/2003 (regolante il nuovo arbitrato societario) fin dal 1° gennaio 2004, così come previsto dall'art. 43 dello stesso decreto, ovvero di efficacia della suddetta clausola fino al 30 settembre 2004, con possibilità di sua uniformazione ad essa fino alla stessa data, in virtù di una lettura della disciplina transitoria della riforma societaria processuale come interamente recettizia (attraverso il citato art. 41, secondo comma) delle disposizioni contenute nel pure citato art. 223 bis c.c.

Ed allora, ai fini qui d'interesse, il quinto comma di tale ultima norma stabilisce l'efficacia fino al 30 settembre 2004 delle previgenti disposizioni dell'atto costitutivo e dello statuto, anche se non conformi "alle disposizioni inderogabili del presente decreto" (d. lgs. n. 6/2003, di riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative). In riferimento ad esso, l'art. 41, secondo comma del d. lgs. 5/2003 (riguardante la definizione dei procedimenti in materia di diritto societario ed (altro) stabilisce che: "Alle modifiche deliberate a norma degli artt. 223 bis e 223 duodecies delle disposizioni di attuazione del codice civile, per adeguare le clausole compromissorie preesistenti alle disposizioni inderogabili del presente decreto legislativo non si applica l'art. 34, comma 6". Appare evidente dal chiaro tenore letterale della disposizione (ed ancora una volta, contrariamente a quanto ritenuto dal tribunale, in particolare a pg. 8 della sentenza impugnata), come il richiamo debba intendersi limitato all'adozione, per i suddetti adeguamenti (in luogo di quella qualificata, pari ad almeno i due terzi del capitale sociale, prevista dall'art. 34, sesto comma), della maggioranza semplice prevista appunto dall'art. 223 bis, secondo, terzo e quarto comma c.c., a fini evidentemente agevolativi, in via di disciplina transitoria.

Ma oltre a ciò, la disposizione transitoria della disciplina processuale null'altro prevede: non, in particolare, la vigenza degli effetti delle clausole compromissorie difformi dall'art. 34, secondo comma cit. fino al 30 settembre 2004; una tale efficacia essendo espressamente prevista soltanto dall'art. 223 bis, quinto comma, c.c., non estensibile in via analogica ad altri ambiti, in quanto disposizione eccezionale, in mancanza, come accertato, di una norma di specifico richiamo (in tale senso: Trib. Latina 22 giugno 2004, in *Le Società*, 2005, 93; Trib. Udine 4 novembre 2004, ord., ivi, 2005, 777).

Tanto chiarito, occorre allora verificare la conformità della clausola compromissoria prevista dall'art. 14 dello statuto della s.r.l. As-solvenze ("Tutte le controversie che dovessero sorgere tra i soci e la società, o fra gli stessi soci, in dipendenza del presente con tratto sociale, qualora non siano inderogabilmente domandate 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") alla previsione dell'art. 34, secondo comma cit. ("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 la sede legale").

La clausola compromissoria statutaria attribuisce il potere di nomina arbitrale a ciascuna delle parti interessate e soltanto in via suppletiva, in caso di mancato accordo, ad un terzo estraneo (presidente dell'ordine dei ragionieri commercialisti della città di Torino in carica): essa appare in insanabile contrasto con la previsione, a pena di nullità, del conferimento del potere di nomina degli arbitri ad un soggetto estraneo alla società, contenuta nell'art. 34, secondo comma d. lgs. 5/2003 (rispondente alla finalità di garantire un organismo arbitrale più affidabile, sotto il profilo della terzietà e dell'imparzialità, qualità costitutive dell'essere giudice, ancorché di nomina privata, coerente con la più accentuata "giurisdizionalizzazione" del procedimento arbitrale, ricavabile dagli artt. 35 e 36 d. lgs. cit.), sicché deve essere dichiarata nulla (così, oltre ai provvedimenti già citati, anche: Trib. Trento 8 aprile 2004, in *Le Società*, 2004, 996).

Né ad essa può rimediare l'applicazione dell'art. 1419, secondo comma, c.c., per la mancanza di una disposizione imperativa specifica, che assicuri l'automatica sostituzione della disposizione nulla (parimenti in senso negativo: Trib. Latina 22 giugno 2004, Trib. Udine 4 novembre 2004: entrambe citt.), tenuto anche conto, come pure è stato opportunamente osservato, che l'elisione della clausola compromissoria non riverbera alcun consequenziale effetto caducatorio sul tessuto dello statuto, imponendo la nuova disposizione ai soci, qualora vogliano avvalersi del riformato modello arbitrale, di procedere, senza alcuna alterativa concreta, alla designazione della persona estranea alla società, cui attribuire la nomina di tutti gli arbitri – *Omissis*.

## XXII.

*Omissis*. – Giudica il Collegio che sull'attore domanda difetti, temporaneamente, la giurisdizione dell'A.G.O. per essere competente a decidere sulla stessa il Giudice Arbitro. Assume, invero, parte convenuta che i rapporti tra le parti sarebbero sottratti alla cognizione dell'A.G.O. in virtù di una clausola arbitrale presente nello statuto societario (art. 17).

L'eccezione è fondata. Va detto, in proposito, che, secondo questo Giudice, la disposizione dell'art. 34 Decr. Leg.vo n. 5/2003, che sancisce la nullità della clausola arbitrale qualora essa non conferisca il potere di nomina degli arbitri a soggetto estraneo alla società, sicuramente comporta, nella specie e come ritenuto concordemente dalle parti, la nullità della clausola arbitrale in discussione nella sezione in cui si demanda alle parti il potere di nomina degli arbitri; tuttavia quella sezione della clausola stessa che concerne il meccanismo di nomina degli arbitri e prevede che il Presidente dell'Ordine dei Dottori Commercialisti di Milano "... su istanza del più diligente, potrà eventualmente nominare l'intero collegio" non risulta per nulla affatto invalidata dalla succitata disposizione di legge ed integra un ancora legittimo sistema di nomina, che le parti stesse hanno previsto e voluto come residuale ed idoneo ad assicurare, in ogni caso, il funzionamento del meccanismo arbitrale. In tale contesto, quindi, per un verso, il fatto che tale meccanismo fosse previsto solo come eventuale serve solo, come sopra detto, ad indicare una rafforzata volontà delle parti di prevedere una competenza arbitrale per tutte le evenienze (tra cui quella "de quo" e cioè l'ipotesi di parziale caducazione normativa del meccanismo); per altro verso, poi, l'argomento, normalmente usato, per sostenere la caducazione integrale della clausola (e, cioè, la mancata emendazione della clausola vulnerata, nel previsto termine, quale implicita manifestazione di una volontà di abbandono della giurisdizione arbitrale), non può valere nella specie proprio perché la clausola "de quo" già prevedeva un meccanismo secondario di sopravvivenza e non necessitava, quindi, di essere emendata; infine il fatto che non fossero previsti precisi termini per il funzionamento del meccanismo arbitrale risulta del tutto irrilevante, in quanto tale mancanza resta perfettamente supplita dalle generali regole circa i termini per l'esercizio della tutela giurisdizionale – *Omissis*.

## XXIII.

*Omissis*. – L'art. 25 dello statuto sociale devolve la cognizione di "tutte le controversie che dovessero sorgere tra i soci e l'amministratore unico ... in dipendenza del presente Statuto, nonché qualsiasi vertenza che potesse sorgere nell'esecuzione dell'attività sociale ... alla decisione di un arbitro, da nominarsi di comune accordo; in caso di disaccordo si procederà alla nomina di un collegio arbitrale che giudicherà *ex equo* (sic) *et bono* senza formalità di procedura".

Non v'è dubbio (e le parti convengono) essersi in presenza di un'ipotesi di devoluzione della controversia ad arbitrato libero, o irrituale.

La previsione di cui all'art. 25 implica quindi che i soci, nell'espletamento della loro libera autonomia negoziale, hanno inteso devolvere la soluzione delle controversie concernenti le violazioni dello statuto ad un mero mandatario, affidandogli il compito di agire quale compositore amichevole, e con rinuncia ad avvalersi della giurisdizione.

*Omissis*. – Sennonché, con il decreto in data 21.10.2006, le parti sono state invitate a trattare la questione della validità e della efficacia della clausola compromissoria per arbitrato irrituale, di cui all'art. 25 Statuto sociale, in relazione al disposto di cui all'art. 34, co. II, d.lgs. n. 5/2003, e della sua applicabilità a partire dal 1° gennaio 2004, in virtù dell'art. 43 d.lgs. cit., e comunque della eventuale sopravvenuta sua nullità, a far data dal 30/9/2004, per effetto dell'art. 223 bis disp. trans. c.c.

Questo Tribunale, con provvedimento inter partes del 25.1.2005, ha avuto modo di rimarcare il dubbio che, in considerazione dell'accentuata giurisdizionalizzazione della tutela arbitrale irrituale, e comunque della sempre più evidente assimilazione di effetti tra arbitrato rituale ed irrituale, nonché della posizione sistematica dell'art. 35 d.lgs. n. 5/2003, la disposizione di cui all'art. 34, co. II, d.lgs. citato, che sancisce, "a pena di nullità", che la clausola compromissoria debba conferire in ogni caso il potere di nomina di tutti gli arbitri ad un soggetto estraneo alla società, sia da riferire anche alla clausola compromissoria per arbitrato irrituale, con la

conseguenza che la clausola compromissoria di cui si controverte, non adeguata alla disciplina imperativa sopravvenuta, dovrebbe ritenersi nulla.

Senonché, aderendo ad altro indirizzo interpretativo (per il quale vd. Trib. Bari, 3 febbraio 2006, in xxx), deve escludersi che la nullità della clausola compromissoria possa inferirsi in ragione del disposto di cui all'art. 34, co. II, *d.lgs. n. 5/2003*.

Invero, la nuova forma di arbitrato societario si caratterizza per il fatto che la nomina degli arbitri, a pena di nullità della clausola, dev'essere affidata ad un soggetto estraneo alla società, alla cui eventuale inattività può supplire solo il presidente del tribunale del luogo in cui la società ha la sede legale. Questo tratto, volto ad assicurare la terzietà degli arbitri, è strumentale rispetto all'ampiezza di poteri loro conferiti, potendo essi risolvere, sia pure incidentalmente, questioni che, diversamente, non potrebbero costituire oggetto di giudizio arbitrale; e potendo essi concedere cautelarmene la sospensione della deliberazione assembleare, oggetto della domanda di annullamento. A fronte, però, di questi ampi poteri, gli arbitri devono decidere secondo diritto, anche se la clausola li autorizzasse ad usare criteri di equità, quando abbiano conosciuto di questioni non compromettibili, ovvero quando l'oggetto del giudizio sia costituito dalla validità di delibere assembleari (art. 36).

Orbene, sul piano processuale, si è osservato che, venendo in considerazione norme (quelle sull'arbitrato societario) che "fanno eccezione a regole generali o ad altre leggi", e che pertanto, ai sensi dell'art. 14 disp. prel., "non si applicano oltre i casi e i tempi in esse considerati", esse vanno circoscritte alle ipotesi espressamente considerate, e sono prive di una forza espansiva tale da farle ritenere applicabili ad ogni tipo di arbitrato.

Sul piano sostanziale, rilevante per ciò che la clausola compromissoria costituisce clausola contrattuale, si è poi rilevata, con riguardo al profilo dell'invalidità dei negozi giuridici, la dubbia configurabilità di una sorta di invalidità sopravvenuta, scaturente cioè dal mancato adeguamento in termini delle clausole compromissorie originariamente contenute negli statuti societari al *jus superveniens* costituito, appunto, dalla disciplina dettata dall'art. 34 citato.

La portata precettiva dell'art. 34 d.leg. 17 gennaio 2003, n. 5, è stata individuata, allora, nell'aver aggiunto all'arbitrato ordinario di cui agli *artt. 806-831 c.p.c.* una distinta forma di arbitrato societario.

Si è a tal fine convincentemente rilevato che "La nuova legge ai soci e alle società la nuova istituzione, che rappresenta però per la loro autonomia un limite (*il testo della pronuncia reperito è purtroppo incompleto: NdC*), che può giustificarsi solo se si riconosce che il nuovo modello arbitrale concorre con quello tradizionale, in maniera che il suo impiego costituisca una scelta libera dei soggetti interessati. Se, invece, la nuova forma arbitrale fosse interpretata come esclusiva di quella tradizionale, si potrebbe dubitare della sua costituzionalità, sul rilievo che essa fa alle società commerciali e ai loro soci un trattamento diverso ed irrazionale rispetto a quello riservato dalle norme generali a tutti gli altri soggetti di diritto".

E tuttavia, condivisa la suesposta ricostruzione, si deve di necessità concludere nel senso che la disposizione di cui all'art. 34, co. II, *d.lgs. n. 5/2003*, che demanda a pena di nullità la nomina degli arbitri ad un soggetto terzo, ove ritenuta applicabile anche alle clausole compromissorie per arbitrato irrituale, trova esclusiva applicazione nell'ambito del particolare arbitrato societario introdotto dall'art. 34 d.lgs. citato.

Ne consegue che, dovendosi applicare al caso di specie la clausola compromissoria disciplinata dall'art. 25 dello Statuto, costruita in osservanza delle norme processuali e sostanziali; generali, la domanda attorea risulta improponibile, per avere i soci rinunciato alla giurisdizione. *Omissis*.

## XXIV.

*Omissis*. – Fatto. Con atto 22/3/06 la Procura della Repubblica di Torino promuoveva procedimento disciplinare a carico del notaio dr. X, ascrivendole violazione dell'art. 28 n° 1 legge notarile n° 89/1913 in rel. ad art. 138 stessa legge per avere formato un atto nullo, in particolare inserendo in atto costitutivo di s.a.s. clausola compromissoria contravvenente al disposto dell'art. 34, 2° comma, D. Lgs 17/1/03, n° 5, secondo cui, a pena di nullità, le clausole compromissorie relative a controversie tra soci o tra socio e la società devono prevedere che la nomina di tutti gli arbitri sia affidata a soggetto estraneo alla società, mentre nel caso in questione era prevista la nomina di due dei tre arbitri ad opera rispettiva delle parti contendenti; nel giudizio davanti al Tribunale si costituiva l'incolpata nonché il Consiglio Notarile contestando, con tesi congiunte, la ricorrenza dell'addebito ascritto, in particolare adducendo non riferibilità dell'art. 34 D. Lgs. n° 5/03 cit. alle clausole per arbitrato irrituale (tale essendo asseritamente quello in oggetto), in ogni caso la compatibilità con l'arbitrato c.d. endosocietario, previsto dalla citata norma, della pattuizione di un arbitrato di diritto comune per il quale la validità della clausola compromissoria prescindesse dalle prescrizioni di cui all'art. 34 cit.; gli oppositori segnalavano inoltre le incertezze e divergenze riscontrabili in dottrina e giurisprudenza sul significato e portata dell'art. 34 cit., desumendone la non ricorrenza degli estremi dell'infrazione al divieto di cui all'art. 28 legge not., sia perché la contrarietà dell'atto alla legge non era "manifesta", sia per carenza di colpa, in ogni caso segnalando che il citato art. 28 si riferiva alla redazione di atti integralmente contrari a legge (o all'ordine pubblico o buon costume) e non al caso di eventuale nullità di una singola clausola non estendentesi all'intero contratto.

Il Tribunale, rigettando le difese e rifacendosi al dettato letterale dell'art. 34, 2° comma, D. Lgs. n° 5/03, come da lui interpretato, riteneva integrati gli estremi oggettivi e soggettivi dell'illecito contestato e, riconosciuta l'applicabilità delle attenuanti generiche, infliggeva la sanzione dell'ammenda. – *Omissis*. – Motivi. La materia del contendere investe, ancorché sotto il profilo dell'illecito disciplinare in oggetto, una questione interpretativa dell'art. 34, 2° comma D. Lgs 17/1/03 n° 5 sul nuovo processo societario, nel quale, dopo essersi prevista la possibilità di fare oggetto di clausola compromissoria le eventuali insorgende controversie tra soci ovvero tra soci e società vertenti su diritti disponibili, si dispone che "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".

In particolare si controverte nella presente sede sulla validità di clausola compromissoria la quale adotti un diverso sistema di nomina degli arbitri, prevedendo, come nel caso concreto, un collegio di tre componenti nominati uno per ciascuno dei due contendenti ed il terzo dai primi due ovvero, in mancanza di accordo, dal Presidente dell'Ordine dei dottori commercialisti. La tesi accolta dal Tribunale, qui oggetto di doglianza, si fonda sul presupposto che l'istituto regolato dagli artt. 34 segg. D. Lgs n° 5/03 cit. sia l'unica forma consentita di arbitrato e di clausola compromissoria in materia endosocietaria, sicché ove la clausola non rispetti le previsioni sopra menzionate, espressamente presidiate da sanzione di nullità, la pattuizione sarebbe invalida. Ritiene al contrario la Corte che gli artt.

34 segg. cit. abbiano unicamente inteso introdurre nell'ordinamento, per le controversie endosocietarie, un particolare tipo di arbitro in base a clausola compromissoria (caratterizzato da talune particolarità, tra cui l'automatica estensione della clausola agli amministratori, liquidatori e sindaci che abbiano accettato la carica, ancorché non parti del contratto sociale), senza con ciò precludere alle parti di valersi di clausole compromissorie di diritto comune, siano esse per arbitrato rituale che per arbitrato libero.

La sopravvivenza, anche per le controversie endosocietarie, dell'arbitrato rituale di diritto comune e della possibilità di prevederlo in clausola compromissoria appare desumibile dalle seguenti considerazioni. Il procedimento arbitrale previsto agli artt. 34 seg. cit. non è, nella sua struttura complessiva quello ordinario modificato in funzione della specifica materia, bensì costituisce un distinto tipo di procedimento in sé concluso (ancorché coincidente per taluni aspetti con quello di diritto comune o necessitante di integrazioni analogiche tratte da tale disciplina); ne è riprova l'espresso richiamo di talune norme del giudizio arbitrale di diritto comune (art. 820 C.P.C. richiamato dall'art. 35, 2° comma cit.; art. 829 e 831 C.P.C. richiamati dall'art. 35, 30 comma cit.), richiamo che sarebbe privo di significato e di ragionevolezza qualora l'arbitrato di diritto comune costituisse già di per sé la base su cui si innestino singole disposizioni derogatorie dettate per le controversie endosocietarie. Una volta concepita la procedura arbitrale di cui agli artt. 34 segg. cit. come un rito a sé stante, non vi è ragione di attribuirgli natura di rito esclusivo, anziché alternativamente concorrente con l'arbitrato disciplinato dal C.P.C.. Di tale esclusività non solo non vi è traccia nella legge, ma anzi emergono elementi in contrario. Anzitutto l'art. 35, 5° comma del D. Lgs n° 5/03 cit. prevede espressamente, sia pure con enunciazione incidentale, la possibilità di un arbitrato libero in materia endosocietaria, rito arbitrale dunque alternativo e del tutto lecito, ove pattuito dalle parti.

Inoltre, come condivisibilmente rileva la difesa degli appellanti, la legge delega di cui il D. Lgs in esame ha costituito attuazione, affidava all'esecutivo il compito di prevedere la possibilità che gli Statuti delle società commerciali contengano clausola compromissoria, anche in deroga agli artt. 806 e 808 del codice di procedure civile, per tutte o alcune tra le controversie societarie di cui al comma 1°, dove l'espressione "prevedere la possibilità" implica di lasciare spazio all'autonomia negoziale in ordine non solo alla adozione o non di eventuali clausole compromissorie, ma anche alla scelta di adottarle o non in deroga all'arbitrato di diritto comune. Infine la stessa relazione ministeriale enuncia che il tipo di arbitro ivi previsto si sviluppa senza pretesa di sostituire il modello codicistico e afferma che il nuovo istituto comprende "numerose opzioni di rango processuale... che appaiono assolutamente funzionali alla promozione della cultura dell'arbitrato endosocietario"; il riferimento ad "opzioni di rango processuale" non può evidentemente riferirsi a facoltativi innesti delle disposizioni speciali su quelle dell'arbitrato comune, posto che la rubrica dell'art. 35 è formulata come "disciplina inderogabile del procedimento arbitrale": la facoltatività riguarda dunque l'uso dello speciale arbitrato ex artt. 34 seg., unitariamente inteso, rispetto all'arbitrato di diritto comune, che continua a concorrere, in alternativa e senza commistioni, nella materia in questione e può trovare applicazione in forza di clausola compromissoria di diritto comune.

La scelta poi, operata in sede statutaria, di introdurre per le controversie endosocietarie un arbitrato di diritto comune o di diritto speciale deve desumersi dal tenore della clausola; tale scelta può emergere proprio dal fatto che sia prevista una modalità di nomina degli arbitri diversa da quella prescritta all'art. 34, 2° comma cit., con previsione, dunque, la quale, lungi dall'essere nulla, è sintomatica dell'intendimento negoziale di volersi valere dell'arbitrato codicistico (mentre la sanzione di nullità comminata all'art. 34 cit. rimane circoscritta al caso in cui da altre disposizioni della clausola statutaria – che prevedano, ad esempio, automatico assoggettamento ad essa di amministratori e sindaci – sia desumibile l'intendimento dei costituenti di valersi delle disposizioni dell'arbitrato speciale).

Alle soprastanti argomentazioni che escludono la nullità di clausola compromissoria statutaria che si limiti a prevedere un sistema di nomina c.d. binario degli arbitri, altre se ne devono aggiungere con riferimento al caso di specie. Nel caso in esame la rogata clausola compromissoria la quale, secondo il P.M., sarebbe affetta da nullità, prevede manifestamente un caso di arbitrato irrituale: leggesi infatti nella stessa "Gli arbitri giudicheranno inappellabilmente con equità e senza formalità di procedura. La loro decisione, anche se resa a maggioranza, è direttamente vincolante per le parti, come se tra esse concordata secondo le regole dell'arbitrato libero e non suscettibile di impugnative e contestazioni salvo le impugnazioni inderogabilmente previste dalla legge".

La compatibilità con gli artt. 34 seg. del D. Lgs n° 5/03 di un arbitrato irrituale in materia endo societaria e della relativa clausola compromissoria pare indubbia: è sufficiente por mente al disposto dell'art. 35, comma 5°, D. Lgs cit., ove, nel disciplinarsi i rapporti con i procedimenti cautelari, si enuncia che "La devoluzione in arbitrato, anche non rituale, di una controversia non preclude il ricorso alla tutela cautelare...", prevedendosi altresì il potere degli arbitri (anche di arbitrato libero) di sospendere l'esecutività delle delibere assembleari impugnate. Il menzionato inciso, con cui si estende la norma all'arbitrato non rituale, rende manifesta la sopravvivenza di quest'ultimo istituto anche per le controversie endosocietarie. Per altro verso si deve ritenere che la clausola per arbitrato irrituale, di per sé consentita, non richieda il rispetto della norma dell'art. 34, 2° comma, cit., secondo cui "La clausola deve conferire... a pena di nullità il potere di nomina di tutti gli arbitri a soggetto estraneo alla società". Quest'ultima disposizione riguarda invero esclusivamente l'arbitrato rituale (di tipo speciale, come sopra si è detto), e non anche l'arbitrato libero; ciò si desume dall'art. 35, 2° comma, D. Lgs. cit.: il detto comma, infatti, facendo riferimento al "procedimento arbitrale promosso a seguito della clausola compromissoria di cui all'art. 34", detta disposizioni che presuppongono un arbitrato rituale ed incompatibili con l'arbitrato libero (basti pensare al riferimento ad una "udienza di trattazione", e alle ivi previste modalità di intervento in causa di terzi ai sensi degli artt. 105, 106, 107 C.P.C., il quale implica una struttura contenziosa del procedimento; la cosa risulta ancora più chiaramente dal comma successivo, il quale, ponendosi con continuità di discorso nel trattare dell'arbitrato di cui all'art. 34, fa riferimento a specifiche norme del C.P.C. dettate per l'arbitrato rituale, tra cui l'impugnazione per nullità ex art. 829 C.P.C., chiaramente compatibili con il solo arbitrato rituale). Ne consegue che, essendo circoscritta la previsione dell'art. 34 cit. alle clausole compromissorie per arbitrato rituale (come desumibile anche, "a contrario", dalla necessità di espressa previsione normativa per estendere all'arbitrato libero la specifica disposizione dettata in tema di provvedimenti cautelari, come da 5° comma dell'art. 35 cit.), ben può una clausola compromissoria di arbitrato libero contemplare modalità di nomina degli arbitri in modo diverso dalla loro totalitaria designazione da parte di soggetto estraneo alla società, senza con ciò incorrere nella sanzione di nullità ivi comminata.

Rimane, certo, anche per l'arbitrato di diritto comune (libero o rituale), l'esigenza, messa in evidenza dalla giurisprudenza, che il collegio arbitrale sia composto in modo da garantire l'equidistanza tra i contendenti (Cass. 1/3/95 n° 2304); e tuttavia tale esigenza è adeguatamente soddisfatta nel caso di specie dalle modalità binarie previste nella clausola in esame, la quale contempla che ognuno dei due contendenti nomini un arbitro e che il terzo sia nominato dagli altri due (o in difetto di accordo dal Presidente del Cons. dell'Ordine dei dottori commercialisti).

L'incolpata deve dunque assolversi con la formula ampia di insussistenza del fatto, non essendo affetta da nullità alcuna la clausola da lei rogata, oggetto di incolpazione. – *Omissis*.

## XXV.

*Omissis.* – In ordine al primo motivo di gravame, relativo a violazione e falsa applicazione dell'art. 34 d. lgs. 5/2003, la Corte osserva come l'atto costitutivo della "Locanda del mare di Urraci Luciano & Emma Giovanni s.n.c" (a rogito not. Carlo Alberto Ferreri in data 13 febbraio 2004, rep. n. 110406, racc. n. 11697: doc. 1 del suo fascicolo di primo grado) preveda all'art. 11: "Qualsiasi controversia sorgesse tra i soci o tra di essi e la società in merito all'interpretazione ed all'applicazione delle norme del presente atto sarà devoluta ad un collegio arbitrale, composto di tre arbitri, i primi due nominati uno da ciascuna parte in causa ed il terzo dai primi due, o, in caso di disaccordo, dal Presidente del Tribunale di Torino. Gli arbitri decideranno secondo equità e con dispensa da ogni formalità di procedura, con giudizio inappellabile e vincolante per le parti". Dalla lettura della clausola compromissoria appaiono subito evidenti: a) il criterio di nomina, secondo modalità binaria, degli arbitri, che, pure assicurando in modo adeguato (per la provenienza da ognuna delle parti di un arbitro e del terzo da entrambe ovvero, in caso di disaccordo, dal Presidente del Tribunale di Torino), la loro equidistanza da entrambi i contendenti, non ottempera a quello previsto, a pena di nullità, dall'art. 34, secondo comma, d. lgs. 5/2003, devolutivo del potere di nomina di tutti gli arbitri a soggetto estraneo alla società; b) la natura irrituale dell'arbitrato, per l'adozione del criterio decisorio equitativo, senza alcuna formalità di procedura, né possibilità di impugnazione e vincolo per le parti, alla stregua di limitazione liberamente accettata della loro autonomia negoziale, su tale piano operando la statuizione. Il primo profilo in esame pone a questa Corte la questione (negativamente risolta dal tribunale, sulla base della lettura testuale illustrata a pg. 5 della sentenza impugnata) relativa alla compatibilità o meno del nuovo arbitrato endosocietario con quello comune. Ebbene, una tale esclusività appare subito smentita dallo stesso primo comma dell'art. 34 d. lgs. 5/2003, che, sia pure in riferimento alle sole società che facciano ricorso al mercato del capitale di rischio a norma dell'art. 2325 bis c.c., prevede quale unica forma di arbitrato praticabile quello tradizionale, di diritto comune. Ma è poi la stessa struttura del procedimento, che, pur nell'introduzione di un particolare tipo di arbitrato indubbiamente caratterizzato da elementi di significativa innovazione (quale, in particolare, l'automatica estensione della clausola compromissoria, a norma del quarto comma, ad amministratori e sindaci, per il solo effetto dell'accettazione della carica), non autorizza a ritenerne l'esclusività, per l'espresso richiamo di alcune norme del giudizio arbitrale di diritto comune (così l'art. 820 c.p.c., dall'art. 35, secondo comma, d. lgs. cit. e gli artt. 829, primo comma, e 831 c.p.c. dall'art. 35, terzo comma, cit.), privo di ragionevolezza, qualora già esso base di innesto di singole disposizioni derogatorie per le controversie societarie. Le disposizioni testuali, tutt'altro, ad avviso di questa Corte, che deponenti nel senso dell'incompatibilità dei due tipi di arbitrato, devono poi essere lette, secondo un corretto canone ermeneutico, che tenga debito conto anche dell'intenzione del legislatore (art. 12, primo comma, ult. pt. disp. prel. c.c.), soprattutto quando essa si esprima in modo tanto palese. Ed allora, l'interprete non può non essere orientato dal criterio direttivo della legge 3 ottobre 2001, n. 366 (di delega al governo per la riforma del diritto societario), laddove indica al governo la possibilità di prevedere che gli statuti delle società commerciali possano contenere clausole compromissorie, anche in deroga agli artt. 806 e 806 del c.p.c., per tutte o alcune le controversie societarie (art. 12, n. 3), come pure dalla relazione ministeriale di accompagnamento al d. lgs. 5/2003, di parimenti inequivoca espressione al riguardo ("La formulazione del testo contribuisce alla creazione di una compiuta *species* arbitrale, che si sviluppa senza pretesa di sostituire il modello codicistico ... comprendendo numerose opzioni di rango processuale ... che appaiono assolutamente funzionali alla promozione della cultura dell'arbitrato endosocietario". Pure nell'ampiezza del dibattito interpretativo, che annovera opinioni anche contrarie, questa Corte ritiene tuttavia la particolare fondatezza, per l'aderenza al dettato normativo così come davvero voluto dal legislatore della riforma, della configurazione del nuovo modello arbitrale, come anche sostenuto da autorevole dottrina, in concorrenza alternativa con quello tradizionale, secondo il criterio direttivo sopra citato, sufficientemente chiaro nella sua ispirazione dall'intento di consentire ai soci di derogare dai limiti indicati dagli artt. 806 e 808 c.p.c., riguardanti essenzialmente la qualità delle controversie compromettibili, "con l'effetto, pertanto, di incrementare le facoltà dei soci e non di limitarle, come invece avverrebbe se, in presenza del decreto processuale, si volesse ora escludere il loro potere di preferire ancora il modello arbitrale tradizionale". Dalle superiori argomentazioni discende pertanto, in accoglimento del primo profilo della doglianza in esame, della piena compatibilità, per effettiva alternatività, del nuovo arbitrato endosocietario con quello comune.

Pure nell'assorbimento di ogni ulteriore questione, ai fini disciplinari qui in esame (venendo infatti meno il profilo di nullità, alla base dell'illecito contestato), questa Corte esclude poi l'applicabilità dell'art. 34, secondo comma d. lgs. 5/2003 all'arbitrato irrituale, quale quello contenuto nella clausola compromissoria de qua, così venendo al secondo profilo della doglianza, per mera completezza del suo esame. Sul punto, basti rilevare il riferimento dell'art. 35, secondo comma, d. lgs. cit., nella disciplina del procedimento arbitrale promosso a seguito della clausola compromissoria di cui all'art. 34, alla prima udienza di trattazione, nonché alle modalità di intervento in causa di terzi a norma degli artt. 105, 106 e 107 c.p.c. e, nel comma successivo, a specifiche norme del codice di rito dettate per l'arbitrato rituale, tra cui in particolare l'art. 829, riguardante l'impugnazione per nullità, come noto compatibile con il solo arbitrato rituale. D'altro canto (ed ormai davvero conclusivamente), quando il legislatore ha inteso riferirsi anche all'arbitrato irrituale, ciò ha fatto esplicitamente (così ribadendo la limitazione del perimetro applicativo delle altre disposizioni al solo arbitrato rituale), laddove ha previsto, in via innovativa, il ricorso alla tutela cautelare pure in caso di devoluzione di una controversia in arbitrato, anche non rituale (art. 35, quinto comma). Le ragioni sopra esposte, assorbenti ogni altro profilo di esame devoluto, comportano, in riforma della sentenza impugnata, l'assoluzione del notaio Ferreri dall'addebito disciplinare ascrittogli, per la sua insussistenza. – *Omissis.*

## XXVI.

*Omissis.* – La materia del contendere investe, ancorché sotto il profilo dell'illecito disciplinare in oggetto, una questione interpretativa dell'art. 34,2° comma D. Lgs 17/1/03 no 5 sul nuovo processo societario, nel quale, dopo essersi prevista la possibilità di fare oggetto di clausola compromissoria le eventuali insorgende controversie tra soci ovvero tra soci e società vententi su diritti disponibili,

si dispone che "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". In particolare si controverte nella presente sede sulla validità di clausola compromissoria la quale adotti un diverso sistema di nomina degli arbitri, prevedendo, come nel caso concreto, un collegio di tre componenti nominati uno per ciascuno dai due contendenti ed il terzo dai primi due ovvero, in mancanza di accordo, dal Presidente dell'ordine dei dottori commercialisti. La tesi accolta dal Tribunale, qui oggetto di doglianza, si fonda sul presupposto che l'istituto regolato dagli artt. 34 segg. D. Lgs no 5/03 cit. sia l'unica forma consentita di arbitrato e di clausola compromissoria in materia endosocietaria, sicché ove la clausola non rispetti le previsioni sopra menzionate, espressamente presidiate da sanzione di nullità, la pattuizione sarebbe invalida. Ritiene al contrario la Corte che gli artt. 34 segg. cit. abbiano unicamente inteso introdurre nell'ordinamento, per le controversie endosocietarie, un particolare tipo di arbitrato in "base a clausola compromissoria (caratterizzata da talune particolarità, tra cui l'automatica estensione della clausola agli amministratori, liquidatori e sindaci che abbiano accettato la carica, ancorché non parti del contratto sociale), senza con ciò precludere alle parti di valersi di clausole compromissorie di diritto comune, siano esse per arbitrato rituale che per arbitrato libero. La sopravvivenza, anche per le controversie endosocietarie, dell'arbitrato rituale di diritto comune e della possibilità di prevederlo in clausola compromissoria appare desumibile dalle seguenti considerazioni. Il procedimento arbitrale previsto agli artt. 34 seg. cit. non è, nella sua struttura complessiva, quello ordinario modificato in funzione della specifica materia, bensì costituisce un distinto tipo di procedimento in sé concluso (ancorché coincidente per taluni aspetti con quello di diritto comune o necessitante di integrazioni analogiche tratte da tale disciplina); ne è riprova l'espresso richiamo di talune norme del giudizio arbitrale di diritto comune (art. 820 C.P.C. richiamato dall'art. 35, 2° comma cit.; art. 829 e 831 C.P.C. richiamati dall'art. 35, 3° comma cit.), richiamo che sarebbe privo di significato e di ragionevolezza qualora l'arbitrato di diritto comune costituisse già di per sé la base su cui si innestino singole disposizioni derogatorie dettate per le controversie endosocietarie. Una volta concepita la procedura arbitrale di cui agli artt. 34 segg. cit. come un rito a sé stante, non vi è ragione di attribuirgli natura di rito esclusivo, anziché alternativamente concorrente con l'arbitrato disciplinato dal C.P.C. Di tale esclusività non solo non vi è traccia nella legge, ma anzi emergono elementi in contrario. Anzitutto l'art. 35, 5° comma, del D. Lgs n° 5/03 cit. prevede espressamente, sia pure con enunciazione incidentale, la possibilità di un arbitrato libero in materia endosocietaria, rito arbitrale dunque alternativo e del tutto lecito, ove pattuito dalle parti. Inoltre, come condivisibilmente rileva la difesa appellante, la legge delega di cui il D. Lgs. in esame ha costituito attuazione, affidava all'esecutivo il compito di "prevedere la possibilità che gli statuti delle società commerciali contengano clausola compromissoria, anche in deroga agli artt. 806 e 808 del codice di procedura civile, per tutte o alcune tra le controversie societarie di cui al comma 1", dove l'espressione "prevedere la possibilità" implica di lasciare spazio all'autonomia negoziale in ordine non solo alla adozione o non di eventuali clausole compromissorie, ma anche alla scelta di adottarle o non in deroga all'arbitrato di diritto comune. Infine la stessa relazione ministeriale enuncia che il tipo di arbitrato ivi previsto "si sviluppa senza pretesa di sostituire il modello codicistico" e afferma che il nuovo istituto comprende "numerose opzioni di rango processuale ... che appaiono assolutamente funzionali alla promozione della cultura dell'arbitrato endo-societario"; il riferimento ad "opzioni di rango processuale" non può evidentemente riferirsi a facoltativi innesti delle disposizioni speciali su quelle dell'arbitrato comune, posto che la rubrica dell'art. 35 è formulata come "disciplina inderogabile del procedimento arbitrale: la facoltatività riguarda dunque l'uso dello speciale arbitrato ex artt. 34 seg., unitariamente inteso, rispetto all'arbitrato di diritto comune, che continua a concorrere, in alternativa e senza commistioni, nella materia in questione e può trovare applicazione in forza di clausola compromissoria di diritto comune. La scelta poi, operata in sede statutaria, di introdurre per le controversie endosocietarie un arbitrato di diritto comune o di diritto speciale deve desumersi dal tenore della clausola; tale scelta può emergere proprio dal fatto che sia prevista una modalità di nomina degli arbitri diversa da quella prescritta all'art. 34, 2° comma, cit., con previsione, dunque, la quale, lungi dall'essere nulla, è sintomatica dell'intendimento negoziale di volersi valere dell'arbitrato codicistico (mentre la sanzione di nullità comminata all'art. 34 cit. rimane circoscritta al caso in cui da altre disposizioni della clausola statutaria – che prevedano, ad esempio, automatico assoggettamento ad essa di amministratori e sindaci – sia desumibile l'intendimento dei costituenti di valersi delle disposizioni dell'arbitrato speciale).

Alle soprastanti argomentazioni, che escludono la nullità di clausola compromissoria statutaria che si limiti a prevedere un sistema di nomina c.d. binario degli arbitri, altre se ne devono aggiungere con riferimento al caso di specie. Nel caso in esame la rogata clausola compromissoria, la quale, secondo il P.M. sarebbe affetta da nullità, prevede manifestamente un caso di arbitrato irrituale: leggesi infatti nella stessa che "Qualunque controversia sorga tra i soci o tra alcuni di essi, loro eredi e la società circa la interpretazione ed applicazione del presente contratto sarà devoluta al giudizio di tre arbitri amichevoli compositori, due dei quali da nominarsi da ciascuna delle parti contendenti ed il terzo dai due arbitri così eletti, in casi di disaccordo dal Presidente del Tribunale di Torino su istanza della parte più diligente. Gli arbitri giudicheranno *ex bono et aequo* senza formalità di procedura e con giudizio inappellabile". La compatibilità con gli artt. 34 seg. del D. Lgs. n° 5/03 di un arbitrato rituale in materia endosocietaria e della relativa clausola compromissoria pare indubbia: è sufficiente por mente al disposto dell'art. 35, comma 5°, D. Lgs. cit., ove, nel disciplinarsi i rapporti con i procedimenti cautelari, si enuncia che "La devoluzione in arbitrato, anche non rituale, di una controversia non preclude il ricorso alla tutela cautelare...", prevedendosi altresì il potere degli arbitri (anche di arbitrato libero) di sospendere l'esecutività delle delibere assembleari impugnate. Il menzionato inciso, con cui si estende la norma all'arbitrato non rituale, rende manifesta la sopravvivenza di quest'ultimo istituto anche per le controversie endosocietarie. Per altro verso si deve ritenere che la clausola per arbitrato irrituale, di per sé consentita, non richieda il rispetto della norma dell'art. 34, 2° comma, cit., secondo cui "La clausola deve conferire ... a pena di nullità il potere di nomina di tutti gli arbitri a soggetto estraneo alla società". Quest'ultima disposizione riguarda invero esclusivamente l'arbitrato rituale (di tipo speciale, come sopra si è detto) e non anche l'arbitrato libero; ciò si desume dall'art. 35, 2° comma, D. Lgs. cit.: il detto comma, infatti, facendo riferimento al "procedimento arbitrale promosso a seguito della clausola compromissoria di cui all'art. 34", detta disposizioni che presuppongono un arbitrato rituale ed incompatibili con l'arbitrato libero (basti pensare al riferimento ad una "udienza di trattazione", e alle ivi previste modalità di intervento in causa di terzi ai sensi degli artt. 105, 106, 107 C.P.C., il quale implica una struttura contenziosa del procedimento; la cosa risulta ancora più chiaramente dal comma successivo, il quale, ponendosi con continuità di discorso nel trattare dell'arbitrato di cui all'art. 34, fa riferimento a specifiche norme del C.P.C. dettate per l'arbitrato rituale, tra cui l'impugnazione per nullità ex art. 829 C.P.C., chiaramente compatibili con il solo arbitrato rituale). Ne consegue che, essendo circoscritta la previsione dell'art. 34 cit. alle clausole compromissorie per arbitrato rituale (come desumibile anche, "a contrario", dalla necessità di espressa previsione normativa per estendere all'arbitrato libero la specifica disposizione dettata in tema di provvedimenti cautelari, come da 5° comma dell'art. 35 cit.), ben può una clausola compromissoria di arbitrato libero contemplare modalità di nomina degli arbitri in modo diverso dalla loro totalitaria designazione da parte di soggetto

estraneo alla società, senza con ciò incorrere nella sanzione di nullità ivi comminata. Rimane, certo, anche per l'arbitrato di diritto comune (libero o rituale), l'esigenza, messa in evidenza dalla giurisprudenza, che il collegio arbitrale sia composto in modo da garantire l'equidistanza tra i contendenti (Cass. 1/3/95 n° 2304); e tuttavia tale esigenza è adeguatamente soddisfatta nel caso di specie dalle modalità binarie previste nella clausola in esame, la quale contempla che ognuno dei due contendenti nomini un arbitro e che il terzo sia nominato dagli altri due (o in difetto di accordo dal Presidente del Tribunale di Torino). L'incoltato deve dunque assolversi con la formula ampia di insussistenza del fatto, non essendo affetta da nullità alcuna la clausola da lui rogata, oggetto di incolpazione. *Omissis.*

## XXVII.

Motivazione non disponibile.

## XXVIII.

*Omissis.* – La materia del contendere investe, ancorché sotto il profilo dell'illecito disciplinare in oggetto, una questione interpretativa dell'art. 34, 2° comma D. Lgs 17/1/03 no 5 sul nuovo processo societario, nel quale, dopo essersi prevista la possibilità di fare oggetto di clausola compromissoria le eventuali insorgende controversie tra soci e società vertenti su diritti disponibili, si dispone che "La clausola deve prevedere il numero e le modalità di nomine degli arbitri, conferendo in ogni caso, a pena di nullità, il potere di - nomina di tutti gli arbitri a soggetto estraneo alla società". In particolare si controverte nella presente sede sulla validità di clausola compromissoria la quale adotti un diverso sistema di nomina degli arbitri, prevedendo, come nel caso concreto, un collegio di tre componenti nominati uno per ciascuno dai due contendenti ed il terzo dai primi due ovvero, in mancanza di accordo, dal Presidente del Tribunale (rogito no 48016/13363), ovvero la nomina di un unico arbitro di comune intesa tra i contendenti o in difetto da parte del Presidente della Camera di Commercio (rogito no 47676113294). La tesi accolta dal Tribunale, qui oggetto di doglianza, si fonda sul presupposto che l'istituto regolato dagli artt. 34 segg. D. Lgs no 5/03 cit. sia l'unica forma consentita di arbitrato e di clausola compromissoria in materia endosocietaria, sicché ove la clausola non rispetti le previsioni sopra menzionate, espressamente presidiate da sanzione di nullità, la pattuizione sarebbe invalida. Ritiene al contrario la Corte che gli artt. 34 segg. cit. abbiano unicamente inteso introdurre nell'ordinamento, per le controversie endosocietarie, un particolare tipo di arbitrato in "base a clausola compromissoria (caratterizzato da talune particolarità, tra cui l'automatica estensione della clausola agli amministratori, liquidatori e sindaci che abbiano accettato la carica, ancorché non parti del contratto sociale), senza con ciò precludere alle parti di valersi di clausole compromissorie di diritto comune, siano esse per arbitrato rituale che per arbitrato libero. La sopravvivenza, anche per le controversie endosocietarie, dell'arbitrato rituale di diritto comune e della possibilità di prevederlo in clausola compromissoria appare desumibile dalle seguenti considerazioni. Il procedimento arbitrale previsto agli artt. 34 seg. cit. non è, nella sua struttura complessiva, quello ordinario modificato in funzione della specifica materia, bensì costituisce un distinto tipo di procedimento in sé concluso (ancorché coincidente per taluni aspetti con quello di diritto comune o necessitante di integrazioni analogiche tratte da tale disciplina); ne è riprova l'esplicito richiamo di talune norme del giudizio arbitrale di diritto comune (art. 820 C.P.C. richiamato dall'art. 35, 2° comma cit.; art. 829 e 831 C.P.C. richiamati dall'art. 35, 3° comma cit.), richiamo che sarebbe privo di significato e di ragionevolezza qualora l'arbitrato di diritto comune costituisse già di per sé la base su cui si innestino singole disposizioni derogatorie dettate per le controversie endosocietarie. Una volta concepita la procedura arbitrale di cui agli artt. 34 segg. cit. come un rito a sé stante, non vi è ragione di attribuirgli natura di rito esclusivo, anziché alternativamente concorrente con l'arbitrato disciplinato dal C.P.C. Di tale esclusività non solo non vi è traccia nella legge, ma anzi emergono elementi in contrario. Anzitutto l'art. 35, 5° comma, del D. Lgs n° 5/03 cit. prevede espressamente, sia pure con enunciazione incidentale, la possibilità di un arbitrato libero in materia endosocietaria, rito arbitrale dunque alternativo e del tutto lecito, ove pattuito dalle parti. Inoltre, come condivisibilmente rileva la difesa appellante, la legge delega di cui il D. Lgs. in esame ha costituito attuazione, affidava all'esecutivo il compito di "prevedere la possibilità che gli statuti delle società commerciali contengano clausola compromissoria, anche in deroga agli artt. 806 e 808 del codice di procedure civile, per tutte o alcune tra le controversie societarie di cui al comma 1", dove l'espressione "prevedere la possibilità" implica di lasciare spazio all'autonomia negoziale in ordine non solo alla adozione o non di eventuali clausole compromissorie, ma anche alla scelta di adottarle o non in deroga all'arbitrato di diritto comune. Infine la stessa relazione ministeriale enuncia che il tipo di arbitrato ivi previsto "si sviluppa senza pretesa di sostituire il modello codicistico" e afferma che il nuovo istituto comprende "numeroso opzioni di rango processuale ... che appaiono assolutamente funzionali alla promozione della cultura dell'arbitrato endo-societario"; il riferimento ad "opzioni di rango processuale" non può evidentemente riferirsi a facoltativi innesti delle disposizioni speciali su quelle dell'arbitrato comune, posto che la rubrica dell'art. 35 è formulata come "disciplina inderogabile del procedimento arbitrale: la facoltatività riguarda dunque l'uso dello speciale arbitrato ex artt. 34 segg., unitariamente inteso, rispetto all'arbitrato di diritto comune, che continua a concorrere, in alternativa e senza commissioni, nella materia in questione e può trovare applicazione in forza di clausola compromissoria di diritto comune. La scelta poi, operata in sede statutaria, di introdurre per le controversie endosocietarie un arbitrato di diritto comune o di diritto speciale deve desumersi dal tenore della clausola; tale scelta può emergere proprio dal fatto che sia prevista una modalità di nomina degli arbitri diversa da quella prescritta all'art. 34, 2° comma, cit., con previsione, dunque, la quale, lungi dall'essere nulla, è sintomatica dell'intendimento negoziale di volersi valere dell'arbitrato codicistico (mentre la sanzione di nullità comminata all'art. 34 cit. rimane circoscritta al caso in cui da altre disposizioni della clausola statutaria – che prevedano, ad esempio, automatico assoggettamento ad essa di amministratori e sindaci – sia desumibile l'intendimento dei costituenti di valersi delle disposizioni dell'arbitrato speciale). Alle soprastanti argomentazioni, che escludono la nullità di clausola compromissoria statutaria che si limiti a prevedere un sistema di nomina c.d. binario degli arbitri, altre se ne devono aggiungere con riferimento al caso di specie. Nel caso in esame le rogate clausole compromissorie, le quali, secondo il giudice di primo grado, sarebbero affette da nullità, sembrano prevedere un caso di arbitrato imtuale: leggesi infatti in un caso "L'arbitro è dispensato fin d'ora dalle formalità di rito ed il giudizio del medesimo sarà inappellabilmente ed immediatamente esecutivo", nonché nell'altra clausola "Il Collegio arbitrale ...

giudicherà quale amichevole compositore in via inappellabile con dispensa di ogni formalità di procedura"; in entrambi i casi la non procedimentalizzazione dell'arbitrato, sottratto a qualsiasi formalità di procedura, cui deve aggiungersi come sintomo "ad colorandum" la prevista non reclamabilità della pronuncia, appare principale sintomo del trattarsi di arbitrato libero. La compatibilità con gli artt. 34 seg. del D. Lgs. n° 5/03 di un arbitrato rituale in materia endosocietaria e della relativa clausola compromissoria pare indubbia: è sufficiente por mente al disposto dell'art. 35, comma 5°, D. Lgs. cit., ove, nel disciplinarsi i rapporti con i procedimenti cautelari, si enuncia che "La devoluzione in arbitrato, anche non rituale, di una controversia non preclude il ricorso alla tutela cautelare...", prevedendosi altresì il potere degli arbitri (anche di arbitrato libero) di sospendere l'esecutività delle delibere assembleari impugnate. Il menzionato inciso, con cui si estende la norma all'arbitrato non rituale, rende manifesta la sopravvivenza di quest'ultimo istituto anche per le controversie endosocietarie. Per altro verso si deve ritenere che la clausola per arbitrato irrituale, di per sé consentita, non richieda il rispetto della norma dell'art. 34, 2° comma, cit., secondo cui "La clausola deve conferire ... a pena di nullità il potere di nomina di tutti gli arbitri a soggetto estraneo alla società". Quest'ultima disposizione riguarda invece esclusivamente l'arbitrato rituale (di tipo speciale, come sopra si è detto) e non anche l'arbitrato libero; ciò si desume dall'art. 35, 2° comma, D. Lgs. cit.: il detto comma, infatti, facendo riferimento al "procedimento arbitrale promosso a seguito della clausola compromissoria di cui all'art. 34", detta disposizioni che presuppongono un arbitrato rituale ed incompatibili con l'arbitrato libero (basti pensare al riferimento ad una "udienza di trattazione", e alle ivi previste modalità di intervento in causa di terzi ai sensi degli artt. 105, 106, 107 C.P.C., il quale implica una struttura contenziosa del procedimento; la cosa risulta ancora più chiaramente dal comma successivo, il quale, ponendosi con continuità di discorso nel trattare dell'arbitrato di cui all'art. 34, fa riferimento a specifiche norme del C.P.C. dettate per l'arbitrato rituale, tra cui l'impugnazione per nullità ex art. 829 C.P.C., chiaramente compatibili con il solo arbitrato rituale). Ne consegue che, essendo circoscritta la previsione dell'art. 34 cit. alle clausole compromissorie per arbitrato rituale (come desumibile anche, "a contrario", dalla necessità di espressa previsione normativa per estendere all'arbitrato libero la specifica disposizione dettata in tema di provvedimenti cautelari, come da 5° comma dell'art. 35 cit.), ben può una clausola compromissoria di arbitrato libero contemplare modalità di nomina degli arbitri in modo diverso dalla loro totalitaria designazione da parte di soggetto estraneo alla società, senza con ciò incorrere nella sanzione di nullità ivi comminata. Rimane, certo, anche per l'arbitrato di diritto comune (libero o rituale), l'esigenza, messa in evidenza dalla giurisprudenza, che il collegio arbitrale sia composto in modo da garantire l'equidistanza tra i contendenti (Cass. 1/3/95 n° 2304); e tuttavia tale esigenza è adeguatamente soddisfatta nel caso di specie dalle binarie previste nelle clausole in esame, le quali prevedono un paritetico apporto dei contendenti nella costituzione del Collegio e l'intervento integrativo o sostitutivo di un organo esterno imparziale (Presidente del Tribunale o, rispettivamente, della Camera di Commercio) nel procedimento di nomina. L'incolpato deve dunque assolversi con la formula ampia di insussistenza del fatto, non essendo affette da nullità alcuna le clausole da lui rogate, oggetto di incolpazione. Ciò assorbe l'esame dei restanti motivi di doglianza. – *Omissis*.

## XXIX.

*Omissis*. – 2. - Constatato in fatto:

1) La N. s.r.l. è stata costituita il 14.9.1990 con capitale sociale Lire 20.000.000 con oggetto l'attività di costruzione e vendita di seramenti in lega leggera e carpenteria metallica in genere; dal 2.2.2002 ne sono soci il D.B. al 51% e la D. al 49%,

2) Nello statuto della N. S.r.l. registrato il 4.10.1990 è contenuta all'art. 21 la seguente clausola:

Tutte le controversie tra i soci e la società, tra i soci e l'assemblea, tra i soci e gli amministratori e i liquidatori, dovranno essere devolute al giudizio di tre arbitri, amichevoli compositori, nominati due dalle parti in contrasto ed il terzo dai due così nominati. In difetto di nomina del terzo arbitro o dell'arbitro di parte, alla stessa procederà il Presidente del Tribunale di Genova, ad istanza della parte più diligente. Il collegio arbitrale giudicherà ex bono et equo senza formalità di procedura e con giudizio inappellabile.

3) tale clausola non ha subito successive modifiche,

3. - Osservato (per comodità di esposizione ai fini di semplificare i richiami alla normativa nella successiva trattazione in diritto):

a) quanto alle norme di legge di interesse per la decisione in ordine alla "sopravvivenza" o meno delle clausole compromissorie non adeguate:

1) L'art. 12 della Legge 3 ottobre 2001 Delega al Governo per la riforma del diritto societario prevede al comma 1:

"Il Governo è inoltre delegato ad emanare norme che, senza modifiche della competenza per territorio e per materia, siano dirette ad assicurare una più rapida ed efficace definizione di procedimenti nelle seguenti materie:

a) diritto societario, comprese le controversie relative al trasferimento delle partecipazioni sociali ed ai patti par asociali;

b) materie disciplinate dal testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, e successive modificazioni, e dal testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, di cui al decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni.",

al comma 3:

"Il Governo può altresì prevedere la possibilità che gli statuti delle società commerciali contengano clausole compromissorie, anche in deroga agli articoli 806 e 808 del codice di procedura civile, per tutte o alcune tra le controversie societarie di cui al comma 1. Nel caso che la controversia concerna questioni che non possono formare oggetto di transazione, la clausola compromissoria dovrà riferirsi ad un arbitrato secondo diritto, restando escluso il giudizio di equità, ed il lodo sarà impugnabile anche per violazione di legge.", al comma 4 la delega a prevedere forme di conciliazione delle controversie civili in materia societaria anche dinanzi ad organismi istituiti da enti privati,

2) L'art. 34 del Decreto Legislativo 17 gennaio 2003, n. 5 Definizione dei procedimenti in materia di diritto societario e di intermediazione finanziaria, nonché in materia bancaria e creditizia, in attuazione dell'articolo 12 della legge 3 ottobre 2001, n. 366 prevede: - al comma 1 testualmente:

"Gli atti costitutivi delle società, ad eccezione di quelle che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio a norma dell'articolo 2325-bis del codice civile, possono, 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."

- al comma 4 che la clausola possa avere ad oggetto anche le controversie "promosse da amministratori, liquidatori e sindaci ovvero nei loro confronti",

- al comma 2, “a pena di nullità”, il conferimento del “potere di nomina di tutti gli arbitri a soggetto estraneo alla società”, e la richiesta di nomina al Presidente del tribunale competente ove il soggetto designato non provveda,
- al comma 3 che la clausola è “vincolante per la società e per tutti i soci, inclusi coloro la cui qualità di socio è oggetto della controversia”,
- al comma. 5 la non compromettibilità delle controversie nelle quali la legge prevede l’intervento obbligatorio del pubblico ministero.
- al comma 6 la maggioranza di due terzi per le modifiche concernenti tali clausole, con possibilità dei soci dissenzienti di recesso entro novanta giorni,
- 3) l’art. 35 dls cit. detta la disciplina inderogabile del procedimento arbitrale, prevedendo il deposito presso il registro delle imprese della domanda (comma 1), disciplinando l’intervento di terzi ex art. 105 c.p.c. e di altri soci ex art. 106 e 107 c.p.c. “nel procedimento arbitrale promosso a seguito della clausola compromissoria di cui all’art. 34”, con richiamo dell’art. 820 c.p.c. (comma 2), l’inapplicabilità dell’art. 891 primo comma c.p.c. e l’impugnabilità del lodo a norma degli artt. 829 primo comma e 831 c.p.c. (comma 3), la vincolatività del lodo per la società (comma 4), il potere degli arbitri di sospendere cautelatamente l’efficacia delle delibere assembleari con ordinanza non reclamabile (comma 5), l’iscrizione nel registro delle imprese dei dispositivi dell’ordinanza di sospensione e del lodo che decide l’impugnazione (comma 5 bis),
- 4) l’art. 36 d.lgs. cit. prevede il potere degli arbitri di decidere incidenter tantum questioni non compromettibili secondo diritto e la decisione secondo diritto dei relativi arbitrati nonché di quelli aventi ad oggetto la validità delle delibere assembleari,
- 5) l’art. 37 d.lgs. cit. prevede e disciplina, per le società di persone e a responsabilità limitata, clausole degli atti costitutivi di deferimento a terzi dei contrasti di gestione,
- 6) il titolo VI del d.lgs. cit. disciplina gli organismi di conciliazione stragiudiziale e il relativo procedimento,
- 7) l’art. 41 d.lgv. cit. al comma detta la disciplina transitoria, prevedendo l’applicazione della disciplina previgente ai procedimenti in corso ad eccezione delle domande cautelari (comma 1),
- e specificamente, quanto alle clausole compromissorie, il comma 2 prevede:  
 “Alle modifiche deliberate, a norma dell’articolo 223 bis e 223-duodecies delle disposizioni di attuazione del codice civile, per adeguare le clausole compromissorie preesistenti alle disposizioni inderogabili del presente decreto legislativo non si applica l’articolo 34, comma 5.”
- 8) a norma dell’art. 223 bis disp. att. c.c. per le parti che qui interessano, le società per azioni, in accomandita per azioni e a responsabilità limitata, “iscritte nel registro delle imprese al 1 gennaio 2004, devono uniformare l’atto costitutivo e lo statuto alle nuove disposizioni inderogabili entro il 30 settembre 2004” (comma 1), “le deliberazioni dell’assemblea straordinaria di mero adattamento dell’atto costitutivo e dello statuto a nuove disposizioni inderogabili possono essere assunte, entro il termine di cui al primo comma, qualunque sia la parte di capitale rappresentato in assemblea.” (comma 3), e fino a tale data “le previgenti disposizioni dell’atto costitutivo e dello statuto conservano la loro efficacia anche se non sono conformi alle disposizioni inderogabili del presente decreto” (comma 4), e le nuove clausole conformi avranno efficacia successivamente a tale data dal momento dell’iscrizione nel registro delle imprese col nuovo statuto (ult. comma),
- 9) l’art. 223 duodecies disp. att. c.c. disciplina l’adeguamento dello statuto alle nuove disposizioni inderogabili entro il termine del 31.3.2005 per le società cooperative,
- b) quanto all’azione promossa dalla D.:
- 1) l’art. 2476, che disciplina le responsabilità degli amministratori e il controllo dei soci nelle società a responsabilità limitata prevede:  
 - al comma 3 che “l’azione di responsabilità è promossa da ciascun socio”, che può chiedere un provvedimento cautelare di revoca al giudice, al comma 4 che “in caso di accoglimento della domanda” la società, salvo regresso, “rimborsa agli attori le spese di giudizio e quelle sostenute per l’accertamento dei fatti”,  
 - al comma 5 che, salvo contraria disposizione dell’atto costitutivo, l’azione può essere oggetto di transazione o rinuncia della società, indicando le maggioranze occorrenti,  
 - al comma 6 che le disposizioni dei commi precedenti “non pregiudicano il diritto al risarcimento dei danni spettanti al singolo socio”,
- 2) l’art. 2393 c.c. disciplina, per le società per azioni, l’azione sociale di responsabilità,
- 3) l’art. 2993 bis disciplina, per queste ultime società, l’azione sociale di responsabilità esercitata dai soci, prevedendo ai commi 1 e 2 distinte maggioranze per le società che fanno ricorso al capitale di rischio rispetto alle altre,  
 - il comma 3 di quest’ultimo articolo prevede che “la società deve essere chiamata in giudizio e l’atto di citazione è ad essa notificato anche in persona del presidente del collegio sindacale”,  
 - al comma 4 che “in caso di accoglimento della domanda la società rimborsa agli attori le spese di giudizio e quelle sostenute per l’accertamento dei fatti che il giudice non abbia posto a carico dei soccombenti e che non sia possibile recuperare a seguito della loro escussione”,  
 - al comma 5 che i soci attori possono rinunciare all’azione o transigerla, ma con corrispettivo a favore della società,  
 - al comma 6 si fa richiamo all’ultimo comma dell’articolo precedente che prevede la rinuncia e la transazione da parte della società e ne detta le maggioranze,
- 4) l’art. 2394 c.c. prevede la responsabilità degli amministratori di società per azioni verso i creditori sociali, e disciplina l’azione di responsabilità da questi proposta,
- 5) l’art. 2394 bis c.c. disciplina le azioni di responsabilità nei confronti dei suddetti amministratori nelle procedure concorsuali,
- 6) l’art. 2395 c.c. fa salva l’azione individuale del socio e del terzo direttamente danneggiati nei loro confronti
- 4. Osservato, quanto ai lavori preparatori:  
 nella Relazione al decreto legislativo in esame si legge a proposito delle clausole compromissorie:  
 “Quanto all’arbitrato, la soluzione si è orientata nel senso che le clausole compromissorie eventualmente inserite negli statuti delle società diverse da quelle ricorrenti al mercato del capitale di rischio (essendo - peraltro - esclusa la soluzione del compromesso sulla base di una rigorosa interpretazione della legge di delega) devono necessariamente prevedere, a pena di nullità, la designazione del collegio da parte di terzi imparziali; e ciò al fine, attesa la pluralità di interessi direttamente o indirettamente coinvolti, di rendere

possibile, senza pregiudizio delle concrete possibilità di difesa, l'intervento volontario di terzi nel procedimento arbitrale (e, nel caso questi rivestano qualità di soci, anche a norma degli *artt. 106 e 107 c.p.c.*)”

La formulazione del testo contribuisce alla creazione di una compiuta *species arbitrale*, che si sviluppa senza pretesa di sostituire il modello codicistico (naturalmente ultrattivo anche in materia societaria) comprendendo numerose opzioni di rango processuale (ma non soltanto: si pensi alla soluzione *ex lege* dell'opponibilità della clausola compromissoria contenuta nello statuto a soggetti astrattamente terzi rispetto alla fonte del mandato arbitrale, quali amministratori e sindaci) che appaiono assolutamente funzionali alla promozione della cultura dell'arbitrato endo-societario (...).

Infine, poiché la disciplina di attuazione del decreto recante disposizioni di diritto sostanziale delle società commerciali fa riferimento - ai fini della necessità di adeguamento - alla disciplina inderogabile contenuta anche nel coevo testo di diritto processuale, si è creduto di dover espressamente esentare dalle conseguenze destinate a prodursi a regime (in particolare, la recedibilità del socio dissenziente) l'adeguamento della eventuale clausola già presente nello statuto al nuovo profilo dell'arbitrato societario,

4. - Osservato in diritto:

1) Indipendentemente dalle opzioni interpretative sulla natura dell'arbitrato (col rinvenirsi della tesi negoziale dopo recenti noti interventi giurisprudenziali, ed il “ritorno di pendolo” contrario, dopo l'introduzione della disciplina di cui sopra) i primi commentatori, quasi unanimemente, qualificano la normativa che introduce e disciplina l'arbitrato *ex art. 34 d.lgs. n. 5/2003*, come speciale rispetto a quella dell'arbitrato ordinario, disciplinato dagli *artt. 806 e ss c.p.c.*,

2) si parla, in relazione alla nuova normativa, di “arbitrato endosocietario”, o tout court “societario”, “arbitrato disciplinato dalla legge”, “arbitrato da legge”, ma la sua adozione è pacificamente considerata, come ragioni di costituzionalità della norma impongono, non obbligatoria e riconducibile alla figura dell'“onere”, secondo una felice osservazione dottrinale,

3) la ratio di tale disciplina viene individuata nell'intento di deflazione del ricorso al giudizio ordinario, con la predisposizione di uno strumento di risoluzione delle controversie in materia societaria più adeguato alle esigenze derivanti dalla natura di esse, in quanto coinvolgenti un gruppo sociale organizzato, all'interno del quale gli interessi in gioco sono difficilmente riconducibili al contrasto tra due opposte parti formali rispetto all'accertamento della tutelabilità delle rispettive posizioni sostanziali,

4) proprio alla luce della considerazione di queste esigenze si giustifica il superamento della struttura binaria dell'arbitrato tradizionale, con la previsione di un arbitrato aperto alla partecipazione di più parti, “arbitrato multipartito”, e l'abbandono della nomina arbitrale ad opera delle parti, non funzionale a tale nuovo modello, con la rimessione (da alcuni criticata, e ritenuta meno funzionale di altre scelte legislative possibili) della nomina ad un soggetto estraneo alla società, nonché con l'agevolazione dell'intervento processuale e col rafforzamento dei poteri degli arbitri,

5) l'importanza dell'obiettivo della deflazione del contenzioso ordinario è dichiarato nella legge delega ed esplicitato dalla relazione al decreto, ed è evidenziato dall'introduzione, con la novella, di altri innovativi strumenti di risoluzione dei conflitti in materia societaria, con strumenti stragiudiziali e la previsione di organismi di conciliazione e, per le società di persone e a responsabilità limitata, di un inedito “arbitrato economico” per la risoluzione dei contrasti di gestione,

6) tra i numerosi problemi interpretativi che la nuova normativa pone agli interpreti si pone tra i primi quello, oggetto della presente causa, circa la sorte delle clausole compromissorie preesistenti all'entrata in vigore del *d.lgs. n. 5/2003*, non adeguate al nuovo modello di arbitrato legale societario,

7) in relazione ad esso si vanno delineando opposte tesi, che coinvolgono problematiche di carattere generale circa l'interpretazione della nuova disciplina, che hanno trovato seguito nelle prime decisioni giurisprudenziali di merito,

8) la più rigorosa ritiene incompatibili, con la lettera e la ratio delle nuove disposizioni, le clausole compromissorie non adeguate al nuovo modello, comportante il rispetto della rimessione della nomina dell'arbitro a soggetto estraneo alla società, prevista dall'*art. 34 cit. 1 comma* a pena di nullità (cfr. Trib. Trento 11.2.2004, Trib. Latina 22.6.2004, Trib. Tortona 3.8.2004, Trib. Catania 26.11.2004, Trib. Milano 4.5.2005, Trib. Milano 25.6.2005, Trib. Milano 21.10.2005),

9) tra i fautori di questa tesi, sono state avanzate circa la sorte delle clausole in questione le ipotesi di sopravvenuta inefficacia o nullità sopravvenuta insanabile (si esprimono in termini di efficacia-inefficacia Trib. Torino, 27.9.2004, Trib. Trento 8.4.2004),

10) vi è, però, chi ha sostenuto la nullità parziale con applicabilità dell'*art. 1419 2 comma c.c.* ed integrazione con la rimessione della nomina al Presidente del Tribunale competente (contra Trib. Catania 26.11.2004, Trib. Latina 22.6.2004, Udine 4.11.2004, Trib. Milano 25.6.2005, per una peculiare ipotesi di nullità parziale Trib. Torino 27.9.2004),

11) l'altra tesi individua invece margini di compatibilità che consentono la sopravvivenza delle clausole non adeguate, ritenendo che il nuovo modello di arbitrato societario si sia affiancato in questa materia all'arbitrato ordinario senza però sostituirlo, restando consentito anche alle società fare ricorso ad esso nei limiti di efficacia riconosciuti dalle norme vigenti (cfr. oltre alla sentenza del Tribunale di Genova qui appellata, Trib. Bologna 25.5.2005, Trib. Udine 4.11.2004, Trib. Bari 3.3.2006),

5. - Ritenuto che quest'ultima tesi pare al Collegio preferibile per le seguenti considerazioni:

a) Sotto il profilo letterale:

1) l'uso del termine “possono” all'*art. 34 d.lgs. 1 e 4 comma*,

2) il riferimento allo specifico procedimento arbitrale in esame al comma 2 dell'*art. 35 d.lgs. cit.*,

3) la indicazione espressa dell'ultrattività del modello codicistico nella relazione al decreto,

4) la non perfetta coincidenza, secondo il tenore letterale, degli ambiti di applicabilità - quanto all'indicazione delle società destinate delle previsioni - dell'*art. 34 1 comma* e degli *artt. 223 bis disp. att. c.c. e 223 duodecies disp. att. e dell'art. 41 d.lgs. cit.*, (così si osserva in dottrina “non a caso: - manca qualsivoglia previsione di adeguamento obbligatorio delle clausole statutarie per le società di persone (diverse, cioè, da quelle di cui ai capi V, VI, VII del titolo V del libro V del codice civile); - manca qualsivoglia previsione risolutiva dell'efficacia delle clausole statutarie delle società di capitali difformi dalle disposizioni inderogabili contenute nel *d.lgs. n. 5 del 2003* (l'*art. 223 bis, quarto comma, disp. att. c.c.*, fissa nel 30 settembre 2004 il limite massimo di vigenza delle disposizioni statutarie in conflitto con le sole norme inderogabili del *d.lgs. n. 6 del 2003*); - manca il divieto di iscrिवibilità, a far data dal 1° gennaio 2004, nel registro delle imprese delle stesse società di capitali benché contenenti previsioni in contrasto con gli *artt. 34-36 d.lgs. n. 5 del 2003* (cfr. per differentiam *art. 223 bis, quinto comma, disp. att. c.c.*)”,

5) la interpretabilità della previsione di cui all'*art. 41 d.lgs. cit. - dell'adeguamento delle “clausole compromissorie preesistenti” alle “disposizioni inderogabili” del decreto - con riferimento alla sola ipotesi di volontaria scelta del modello di arbitrato di nuova introduzione in luogo di quello ordinario previsto dalle clausole previgenti, ed agli specifici fini della deroga alle maggioranze previste dall'art. 34 comma 6 d.lgs. cit.*,

- 6) la coerenza dell'interpretazione dell'art. 41 appena sopra illustrata, con gli altri elementi testuali di cui sopra ai punti 5.a.1, 5.a.2 e 5.a.4., e la sua aderenza a quanto espresso dalla relazione (di cui al punto 4.a ultimo periodo a pag. 16) circa tale specifica finalità,
- 7) l'assenza nella legge delega di indicazioni al legislatore delegato circa la previsione di generale nullità o inefficacia delle clausole compromissorie "ordinarie" contenute negli statuti societari,
- 8) l'assenza di simili previsioni esplicite nel decreto delegato,
- 9) la limitazione della previsione di nullità di cui all'art. 34 d.lgs. cit. secondo comma alla ipotesi di mancata attribuzione a soggetto estraneo alla società del potere di nomina dell'arbitro in riferimento clausole di cui al comma primo,
- 10) la inutilità del riferimento, contenuto nella relazione, all'ultrattività del modello codicistico, nella lettura che ne viene data dai sostenitori dell'opposta tesi - secondo cui esso mirerebbe ad evidenziare la non "autosufficienza" delle nuove disposizioni a disciplinare l'arbitrato societario, e la necessità di far comunque riferimento alla normativa codicistica per le parti non disciplinate - essendo ciò del tutto evidente, alla luce del tenore della delega e dell'impianto della "species" di arbitrato in esame, come delineata nella relazione al decreto,
- b) Sotto il profilo della ratio legis:
- 1) L'intento deflattivo del legislatore delle nuove norme è evidente e riconosciuto da tutti gli interpreti, che variamente si sforzano di dimostrare, a sostegno della tesi sostenuta, che le opposte argomentazioni conducono a risultati contrari rispetto alla realizzazione di tale intento,
- 2) Così i fautori della tesi della possibile coesistenza di due modelli di arbitrato in materia societaria (l'arbitrato ordinario, nei limiti di compatibilità della disciplina ordinaria, e l'arbitrato societario come delineato dalla nuova disciplina) ritengono che si possa ampliare il ricorso all'arbitrato consentendo alle società che non vogliono ricorrere al nuovo modello (comportante la compressione all'elemento "fiduciario" nella scelta dell'arbitro e l'aumento dei poteri in capo ad un arbitro scelto da soggetto esterno), di ricorrere all'arbitrato ordinario, nei limiti in cui esso può operare,
- 3) Mentre i fautori della tesi opposta, partendo dall'assunto dell'inidoneità dell'arbitrato ordinario ad operare efficacemente in questa materia, ritengono che solo negando la possibilità di fare ad esso ricorso, si può ottenere il risultato cui la nuova normativa è rivolta, e cioè la diffusione di un modello di arbitrato idoneo alla risoluzione delle controversie in materia societaria,
- 4) Molti degli argomenti improntati a queste opposte visioni paiono, a ben vedere, costituiti da un giudizio ex ante circa la funzionalità delle opposte soluzioni, il che finisce per ridurli a previsioni - inevitabilmente condizionate, al di là delle intenzioni, dalle opinioni personali dell'interprete - circa i possibili effetti dell'applicazione della riforma a regime se interpretata nell'uno o nell'altro modo,
- 5) Limitata utilità pare possa venire ai fini interpretativi da questo tipo di considerazioni, restando affidato al concreto operare nel tempo della riforma a regime il responso circa il suo successo, ed alle valutazioni di convenienza degli operatori economici, più che ai pareri dei giuristi, l'ampiezza del complessivo utilizzo dei nuovi strumenti (tra cui anche quelli di cui al comma 4 della legge delega, e degli artt. 37 e del titolo VI d.lgs. cit.) posti a loro disposizione per risolvere i contrasti che nascono nello svolgersi dell'attività delle società,
- 6) Non è però inutile osservare, che va nel senso dell'interpretazione qui adottata, la volontà del legislatore espressa in positivo, per ciò che vi legge, nella relazione al decreto, come si evince, dagli argomenti esaminati sub 5.a.3 (pag. 19) e 5.a.10. (pag. 20), nonché, in negativo, per ciò che non si legge nella legge, dagli argomenti esaminati sub 5.a.7 e 5.a.8 e 5.a.9, (pag. 19),
- 7) Più che aggiungere alle osservazioni di cui al precedente punto 4 che l'esperienza in materia di attività economica sembra dimostrare la maggior funzionalità degli strumenti flessibili rispetto a quelli rigidi, e dell'aumento delle opportunità rispetto alle sanzioni e ai divieti (salve ovviamente le situazioni che richiedono una tutela "forte", anche al di là della categoria formale dei diritti indisponibili), e che in tal senso pare andare il legislatore della riforma societaria, sembra quindi utile, andando oltre il ristretto ambito degli argomenti che precedono sub. 5.b., ricondurre la ricerca interpretativa sotto il profilo più proprio dell'interpretazione sistematica della nuova normativa, anche oltre le intenzioni esplicite del legislatore dell'arbitrato societario, esaminando gli ampi contributi che, al di là delle tentazioni di ogni interprete ad indulgere anche a simili argomenti, sono stati dati sul punto già nelle prime disamine su questo più proficuo versante,
- d) Sotto il profilo dell'interpretazione sistematica:
- 1) Il punto di partenza dell'analisi è costituito dal nodo del rapporto di compatibilità tra la disciplina di cui all'art. 34 del d.lgs. cit. e quella dell'arbitrato ordinario,
- 2) Infatti, come si è visto, da un lato nessuna disposizione introduce esplicitamente il divieto di ricorso all'arbitrato ordinario in questa materia, e dall'altro la legge non ha effetto retroattivo (art. 41 d.lgs. cit. e *art. 11 preleggi*),
- 3) Pertanto, l'abrogazione della previgente possibilità di ricorso all'arbitrato ordinario, ai sensi *dell'art. 15 preleggi*, in assenza di dichiarazione espressa del legislatore, ed essendo opinione comune che la nuova legge non regola l'intera materia dell'arbitrato societario (cfr. 5.a. 10 pag. 19), può derivare soltanto dall'"incompatibilità tra le nuove disposizioni e le precedenti",
- 4) In realtà, molte delle osservazioni in tema di compatibilità dell'arbitrato ordinario con la materia societaria si riconducono all'osservazione dei limiti strutturali del modello dell'arbitrato binario rispetto ad essa, ma ciò valeva già prima della riforma, e non impediva il ricorso all'arbitrato ordinario in materia societaria, ovviamente entro tali limiti (cfr. Cass. n. 890/2001, n. 4831/1997,2983/1988),
- 5) Infatti, a parte le materie indisponibili, l'inidoneità dell'arbitrato "binario" alla risoluzione dei conflitti "multiparti" involge, sotto il profilo strutturale, la causa stessa dell'accordo che lo prevede,
- 6) Inoltre nell'elaborazione giurisprudenziale erano stati affrontati i problemi dei limiti oggettivi e soggettivi dell'ammissibilità all'arbitrato nella materia societaria (cfr. Cass. n. 3772/2005, 16056/2000, 12412/2000, 9022/2000, 3322/1998),
- 7) Ma, nonostante tali difficoltà, la previsione di clausole compromissorie statutarie era diffusa ed il ricorso all'arbitrato comunemente praticato in materia,
- 8) Per giungere ad affermare l'incompatibilità ex *art. 15 preleggi* con la nuova disciplina dovrebbero rinvenirsi ragioni per cui, una volta introdotto il nuovo modello di arbitrato societario, il sistema non possa più tollerare il ricorso in queste materie all'arbitrato ordinario anche nei casi, sia pur contenuti nei suddetti limiti, in cui tale ricorso era prima possibile,
- 9) Come sopra considerato (v. sub 5.b pag. 20 e segg.), le ragioni esposte paiono in molta parte riconducibili a pessimistiche previsioni circa l'efficacia della riforma a regime in ipotesi di coesistenza dei due modelli, vedendosi nella compresenza del modello ordinario un "ostacolo" al ricorso al nuovo modello, quasi una sorta di "disincentivo",

10) Ancora, molte delle ragioni addotte contemplano le difficoltà interpretative derivanti dall'ammissione della coesistenza dei due modelli, ed il possibile "svuotamento" della previsione di nullità della clausola che non contempra il deferimento a terzi del potere di nomina arbitrale,

11) Tali ragioni non paiono dirimenti, in quanto afferenti a difficoltà interpretative e possibili disfunzionalità della nuova disciplina che sono, in realtà, in parte ad essa intrinseche, considerata l'ampia portata e la non perfetta accuratezza della riforma, o riferibili alla difficoltà dell'"innesto" sulla disciplina ordinaria dell'arbitrato, anch'essa ampiamente riformata con legge successiva, con evidenti problemi di coordinamento, anche sotto il profilo della disciplina transitoria, tenuto conto dei tempi di entrata in vigore delle leggi di riforma, e del diffuso ricorso da parte del legislatore delle recenti novelle alla scissione tra entrata in vigore della legge ed inizio dell'efficacia delle norme, spesso prorogata con più provvedimenti successivi,

12) L'argomento più intrinsecamente coerente avanzato dai fautori della tesi dell'incompatibilità pare, in realtà, il più estremo, e cioè quello secondo cui, costituendo la clausola statutaria che introduce l'arbitrato nella materia societaria una vera e propria regola fondamentale della vita del gruppo, essa non potrebbe giustificarsi al di fuori del modello delineato dalla legge in materia societaria, configurandosi il nuovo arbitrato societario come "giustizia di gruppo",

13) La tesi, svolta nel contesto dell'avvicinamento del processo arbitrale al processo giudiziario, dal punto di vista della struttura e degli strumenti, mira a valorizzare le possibilità di ampliamento del ricorso all'arbitrato anche a materie precedentemente ritenute indisponibili, ma lo stesso obiettivo viene perseguito, con diversi ragionamenti, anche dalla dottrina opposta,

14) A coronamento della disamina del nuovo arbitrato societario si osserva infatti come: a) la nozione stessa di disponibilità nell'ambito societario assume dimensione diversa da quella che assume nei contratti di scambio, b) la disciplina degli artt. 34 e ss. definisce un arbitrato speciale riservato alla sola materia del diritto societario, c) la disciplina inderogabile del suddetto procedimento arbitrale societario e gli effetti organizzativi ad esso connessi riguardano esclusivamente il "procedimento arbitrale promosso a seguito della clausola compromissoria di cui all'art. 34" (così l'art. 35 comma 2 d.lgs. cit.), d) nessuna previsione determina l'inefficacia delle clausole statutarie delle società di capitali difformi dalle disposizioni inderogabili dettate agli artt. 34 e seguenti, così come non si danno previsioni di adeguamento obbligatorio delle clausole statutarie, rivolte alle società di persone, cui pure la disciplina dell'arbitrato societario si rivolge,

15) Da ciò si desume che ove la società intenda attingere agli effetti rilevanti sul piano dell'organizzazione societaria che l'arbitrato societario assicura, essa ha l'onere di conformare la clausola compromissoria nel senso tratteggiato dagli artt. 34 ss., che le preesistenti clausole compromissorie perdurano nella loro efficacia, né è precluso che il contratto di società possa includere clausole arbitrali rette dall'artt. 808 del codice di rito,

16) Unica conseguenza dell'adozione d'una clausola arbitrale di "diritto comune" sarà, dunque, il fatto di soggiacere agli svantaggi che l'arbitrato di diritto comune importa nella materia del diritto societario, segnatamente per ciò che concerne le categorie di controversie (in)arbitrabili,

17) Inoltre, rispetto all'argomento estremo di cui sopra può osservarsi che non è coerente con tale visione la previsione della possibilità dell'estensione della clausola di cui all'art. 34 primo comma cit. anche a soggetti estranei, di cui all'art. 34 cit. 4° comma, e la possibilità della imposizione ai dissenzienti della modifica a maggioranza prevista dalla disciplina transitoria),

18) Quanto poi al problema specifico della sopravvivenza delle clausole compromissorie preesistenti, non mancano le osservazioni, anche tra i fautori dell'incompatibilità, circa l'inammissibilità della categoria della "nullità sopravvenuta", che contrasta con la previsione di irretroattività della legge di cui all'art. 11 preleggi (e non si giustifica neppure in termini di illiceità sopravvenuta come dimostra Trib. Bologna 25.5.2005), il che induce anche molti fautori della tesi della non sopravvivenza delle clausole compromissorie non adeguate ad ipotizzarne la sopravvenuta inefficacia,

19) Ma col ricorso alla categoria dell'inefficacia si descrive il fenomeno della perdita di effetti delle clausole in esame, senza chiarirne la causa che, nella sostanza, o viene ricondotta alla problematica della compatibilità dell'arbitrato ordinario con la nuova disciplina in materia societaria, o a considerazioni che attengono più propriamente ai limiti strutturali e di ambito oggettivo e soggettivo dell'applicabilità di questo nella materia societaria,

20) In realtà, come si è cercato di dimostrare, le prime argomentazioni paiono frutto più di suggestioni interpretative che di reali insuperabili ragioni logico - sistematiche, mentre le seconde sono fondate e condivisibili solo nei termini di constatazione dell'indiscutibile esistenza di limiti di applicabilità alla materia societaria dell'arbitrato ordinario e della specifica funzionalità dell'arbitrato societario in questa materia, senza che ciò impedisca la possibile coesistenza dei due modelli in linea teorica, e salva la verifica delle rispettive funzionalità nella pratica,

21) Infatti, l'arbitrato ordinario può conservare dopo la riforma una sua utilità anche in questa materia, nei limiti di cui in precedenza, qualora il contrasto non sia tra più parti e si voglia mantenere il legame fiduciario con arbitri nominati dalle parti, e, non si vede, quindi, perché debba essere "soppresso" in via di interpretazione in assenza di una espressa previsione di legge in tal senso,

22) D'altro canto, non è neppure certo che tale "sopravvivenza" sia davvero di ostacolo allo sviluppo futuro dell'arbitrato societario, essendo ben possibile che la pratica dimostri maggior oculatezza di quanto gli interpreti più pessimisti ritengano, mentre, intanto, gli arbitrati posti in essere sulla base delle "vecchie" clausole compromissorie non adeguate, possono continuare a svolgersi nelle stesse ipotesi in cui in passato potevano svolgersi, così contribuendo al raggiungimento dell'effetto deflattivo del contenzioso ordinario voluto dal legislatore della riforma (che rimarrebbe altrimenti ridotto col venir meno delle "vecchie" clausole nel presente, in favore dell'incerta prospettiva di maggior funzionalità futura della riforma a regime),

e) Sotto il profilo dell'interpretazione costituzionalmente orientata:

1) Come è noto, le norme di legge che prevedevano forme di arbitrato obbligatorio sono state sempre dichiarate incostituzionali: cfr. da ultimo, Corte Cost. 9 maggio 1996, Corte Cosi 24 luglio 1998, n. 325,

2) La caratteristica dell'arbitrato ex art. 34 e ss. D.lgs. cit. di essere un modello strettamente disciplinato per legge non si ritiene in sé contrastante coi principi costituzionali, purché sia mantenuta la possibilità dell'opzione tra il ricorso ad esso e quello alla tutela giurisdizionale ordinaria e non si configuri l'ipotesi di una giurisdizione speciale, ed in tali limiti la disciplina generale certamente rientra, salva la valutazione di costituzionalità delle singole norme quando verranno al vaglio della giurisprudenza,

3) Quanto al problema della sopravvivenza dell'arbitrato ordinario in materia societaria, si pone all'attenzione la valutazione della ragionevolezza dell'esclusione dal ricorso all'arbitrato ordinario di una particolare categoria di soggetti (le società nei cui statuti possono essere inserite le clausole di cui all'art. 34 d.lgs.) che precedentemente potevano accedervi, e la sostituzione ad esso di un modello connotato da maggiore rigidità, in quanto prevedente norme procedurali inderogabili e maggiori poteri degli arbitri,

4) A parte le difficoltà interpretative intrinseche alla riforma (non è chiaro in ogni aspetto ai primi interpreti quali siano in concreto le società di cui all'art. 34 cit. e quelle ai cui statuti fa riferimento l'art. 41 cit.; cfr. Trib. Trento 8.4.2004 per una prima pronuncia circa l'applicabilità dell'art. 34 cit. alla società di persone), pare evidente che, pur presentando la soggettività delle società caratteristiche peculiari, che giustificano un peculiare trattamento in materia di arbitrato anche in deroga alla disciplina ordinaria secondo le previsioni della legge delega, le limitazioni in concreto alla tutela dei loro diritti e dell'esplicitarsi della loro autonomia negoziale debbono essere, in relazione all'art. 3 Cost, ragionevolmente ricollegabili a tali peculiarità, e non estendersi oltre le necessità che tali peculiarità involgono,

5) Queste peculiarità, invero, paiono connesse a quegli aspetti di "difficoltà" del ricorso all'arbitrato ordinario in materia societaria (v. sub 5.d.4, 5.d.5, 5.d.6 pag. 22) che possono essere superate in base alle considerazioni sopra svolte (nei punti successivi sub 5.d), e non richiedono la soluzione estrema della esclusione delle società (di cui agli artt. 34 e ss. D.lgs cit.) dalla possibilità del ricorso all'arbitrato ordinario, che limita la loro autonomia negoziale, e le costringe, se vogliono evitare il ricorso alla giustizia ordinaria, ad optare necessariamente per un modello di arbitrato disciplinato per legge anche nelle ipotesi in cui sussiste la possibile operatività del modello ordinario,

6) Tale esclusione si pone quindi come problematica in termini di costituzionalità in riferimento all'art. 3 Cost., e porta all'accentuazione dei caratteri di imperatività del nuovo modello di arbitrato con profili di sensibilità rispetto all'art. 24 Cost.,

7) Inoltre, rispetto all'atteggiarsi dei limiti all'autonomia negoziale, tra una lettura della norma che riduca la possibilità di determinare il contenuto delle clausole compromissorie in una determinata materia per particolari soggetti, comportando per tali soggetti un "minus" di libertà sulla nomina degli arbitri e le regole del procedimento rispetto alla generalità dei soggetti, ed una lettura che, lasciando inalterata l'opzione tra tutela giurisdizionale ordinaria e arbitrato ordinario, aggiunga la possibilità del ricorso ad una "species" di arbitrato che si attaglia alle loro peculiarità, così realizzando una "plus" di tutela, quest'ultima pare preferibile,

8) Né va trascurato l'ipotizzarle profilo dell'eccesso di delega, poiché, come si è visto, non vi è alcun riferimento espresso nella legge delega alla possibilità di prevedere la nullità delle clausole compromissorie preesistenti alla riforma,

f) Ritenuto, quindi, che, va affermata la non incompatibilità in astratto delle clausole compromissorie statutarie preesistenti con la riforma, e che debba essere vagliata caso per caso in concreto la sottoponibilità ad arbitrato delle azioni oggetto del giudizio, secondo le regole e i limiti che disciplinano il ricorso all'arbitrato ordinario in materia societaria – *Omissis*

### XXX.

*Omissis.* – La materia del contendere investe, ancorché sotto il profilo dell'illecito disciplinare in oggetto, una questione interpretativa dell'art. 34,2° comma D. Lgs 17/1/03 no 5 sul nuovo processo societario, nel quale, dopo essersi prevista la possibilità di fare oggetto di clausola compromissoria le eventuali insorgende controversie tra soci ovvero tra soci e società vertenti su diritti disponibili, si dispone che "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". In particolare si controverte nella presente sede sulla validità di clausola compromissoria la quale adotti un diverso sistema di nomina degli arbitri, prevedendo, come nel caso concreto, un collegio di tre componenti nominati uno per ciascuno dai due contendenti ed il terzo dai primi due ovvero, in mancanza di accordo, dal Presidente dell'ordine dei dottori commercialisti. La tesi accolta dal Tribunale, qui oggetto di doglianza, si fonda sul presupposto che l'istituto regolato dagli artt. 34 segg. D. Lgs no 5/03 cit. sia l'unica forma consentita di arbitrato e di clausola compromissoria in materia endosocietaria, sicché ove la clausola non rispetti le previsioni sopra menzionate, espressamente presidiate da sanzione di nullità, la pattuizione sarebbe invalida. Ritiene al contrario la Corte che gli artt. 34 segg. cit. abbiano unicamente inteso introdurre nell'ordinamento, per le controversie endosocietarie, un particolare tipo di arbitrato in "base a clausola compromissoria (caratterizzata da talune particolarità, tra cui l'automatica estensione della clausola agli amministratori, liquidatori e sindaci che abbiano accettato la carica, ancorché non parti del contratto sociale), senza con ciò precludere alle parti di valersi di clausole compromissorie di diritto comune, siano esse per arbitrato rituale che per arbitrato libero. La sopravvivenza, anche per le controversie endosocietarie, dell'arbitrato rituale di diritto comune e della possibilità di prevederlo in clausola compromissoria appare desumibile dalle seguenti considerazioni. Il procedimento arbitrale previsto agli artt. 34 seg. cit. non è, nella sua struttura complessiva, quello ordinario modificato in funzione della specifica materia, bensì costituisce un distinto tipo di procedimento in sé concluso (ancorché coincidente per taluni aspetti con quello di diritto comune o necessitante di integrazioni analogiche tratte da tale disciplina); ne è riprova l'espresso richiamo di talune norme del giudizio arbitrale di diritto comune (art. 820 C.P.C. richiamato dall'art. 35, 2° comma cit.; art. 829 e 831 C.P.C. richiamati dall'art. 35, 3° comma cit.), richiamo che sarebbe privo di significato e di ragionevolezza qualora l'arbitrato di diritto comune costituisse già di per sé la base su cui si innestino singole disposizioni derogatorie dettate per le controversie endosocietarie. Una volta concepita la procedura arbitrale di cui agli artt. 34 segg. cit. come un rito a sé stante, non vi è ragione di attribuirgli natura di rito esclusivo, anziché alternativamente concorrente con l'arbitrato disciplinato dal C.P.C. Di tale esclusività non solo non vi è traccia nella legge, ma anzi emergono elementi in contrario. Anzitutto l'art. 35, 5° comma, del D. Lgs n° 5/03 cit. prevede espressamente, sia pure con enunciazione incidentale, la possibilità di un arbitrato libero in materia endosocietaria, rito arbitrale dunque alternativo e del tutto lecito, ove pattuito dalle parti. Inoltre, come condivisibilmente rileva la difesa appellante, la legge delega di cui il D. Lgs. in esame ha costituito attuazione, affidava all'esecutivo il compito di "prevedere la possibilità che gli statuti delle società commerciali contengano clausola compromissoria, anche in deroga agli artt. 806 e 808 del codice di procedura civile, per tutte o alcune tra le controversie societarie di cui al comma 1", dove l'espressione "prevedere la possibilità" implica di lasciare spazio all'autonomia negoziale in ordine non solo alla adozione o non di eventuali clausole compromissorie, ma anche alla scelta di adottarle o non in deroga all'arbitrato di diritto comune. Infine la stessa relazione ministeriale enuncia che il tipo di arbitrato ivi previsto "si sviluppa senza pretesa di sostituire il modello codicistico" e afferma che il nuovo istituto comprende "numerose opzioni di rango processuale ... che appaiono assolutamente funzionali alla promozione della cultura dell'arbitrato endo-societario"; il riferimento ad "opzioni di rango processuale" non può evidentemente riferirsi a facoltativi innesti delle disposizioni speciali su quelle dell'arbitrato comune, posto che la rubrica dell'art. 35 è formulata come "disciplina inderogabile del procedimento arbitrale: la facoltatività riguarda dunque l'uso dello speciale arbitrato ex artt. 34 seg., unitariamente inteso, rispetto all'arbitrato di diritto comune, che continua a concorrere, in alternativa e senza commistioni, nella materia in questione e può trovare applicazione in forza di clausola compromissoria".

soria di diritto comune. La scelta poi, operata in sede statutaria, di introdurre per le controversie endosocietarie un arbitrato di diritto comune o di diritto speciale deve desumersi dal tenore della clausola; tale scelta può emergere proprio dal fatto che sia prevista una modalità di nomina degli arbitri diversa da quella prescritta all'art. 34, 2° comma, cit., con previsione, dunque, la quale, lungi dall'essere nulla, è sintomatica dell'intendimento negoziale di volersi valere dell'arbitrato codicistico (mentre la sanzione di nullità comminata all'art. 34 cit. rimane circoscritta al caso in cui da altre disposizioni della clausola statutaria – che prevedano, ad esempio, automatico assoggettamento ad essa di amministratori e sindaci – sia desumibile l'intendimento dei costituenti di valersi delle disposizioni dell'arbitrato speciale).

Alle soprastanti argomentazioni, che escludono la nullità di clausola compromissoria statutaria che si limiti a prevedere un sistema di nomina c.d. binario degli arbitri, altre se ne devono aggiungere con riferimento al caso di specie. Nel caso in esame la rogata clausola compromissoria, la quale, secondo il P.M. sarebbe affetta da nullità, prevede manifestamente un caso di arbitrato irrituale: leggesi infatti nella stessa che “Qualunque controversia sorga tra i soci o tra alcuni di essi, loro eredi e la società circa la interpretazione ed applicazione del presente contratto sarà devoluta al giudizio di tre arbitri amichevoli compositori, due dei quali da nominarsi da ciascuna delle parti contendenti ed il terzo dai due arbitri così eletti, in casi di disaccordo dal Presidente del Tribunale di Torino su istanza della parte più diligente. Gli arbitri giudicheranno *ex bono et aequo* senza formalità di procedura e con giudizio inappellabile”. La compatibilità con gli artt. 34 seg. del D. Lgs. n° 5/03 di un arbitrato rituale in materia endosocietaria e della relativa clausola compromissoria pare indubbia: è sufficiente por mente al disposto dell'art. 35, comma 5°, D. Lgs. cit., ove, nel disciplinarsi i rapporti con i procedimenti cautelari, si enuncia che “La devoluzione in arbitrato, anche non rituale, di una controversia non preclude il ricorso alla tutela cautelare...”, prevedendosi altresì il potere degli arbitri (anche di arbitrato libero) di sospendere l'esecutività delle delibere assembleari impugnate. Il menzionato inciso, con cui si estende la norma all'arbitrato non rituale, rende manifesta la sopravvivenza di quest'ultimo istituto anche per le controversie endosocietarie. Per altro verso si deve ritenere che la clausola per arbitrato irrituale, di per sé consentita, non richiede il rispetto della norma dell'art. 34, 2° comma, cit., secondo cui “La clausola deve conferire ... a pena di nullità il potere di nomina di tutti gli arbitri a soggetto estraneo alla società”. Quest'ultima disposizione riguarda invero esclusivamente l'arbitrato rituale (di tipo speciale, come sopra si è detto) e non anche l'arbitrato libero; ciò si desume dall'art. 35, 2° comma, D. Lgs. cit.: il detto comma, infatti, facendo riferimento al “procedimento arbitrale promosso a seguito della clausola compromissoria di cui all'art. 34”, detta disposizioni che presuppongono un arbitrato rituale ed incompatibili con l'arbitrato libero (basti pensare al riferimento ad una “udienza di trattazione”, e alle ivi previste modalità di intervento in causa di terzi ai sensi degli artt. 105, 106, 107 C.P.C., il quale implica una struttura contenziosa del procedimento; la cosa risulta ancora più chiaramente dal comma successivo, il quale, ponendosi con continuità di discorso nel trattare dell'arbitrato di cui all'art. 34, fa riferimento a specifiche norme del C.P.C. dettate per l'arbitrato rituale, tra cui l'impugnazione per nullità *ex art. 829 C.P.C.*, chiaramente compatibili con il solo arbitrato rituale). Ne consegue che, essendo circoscritta la previsione dell'art. 34 cit. alle clausole compromissorie per arbitrato rituale (come desumibile anche, “a contrario”, dalla necessità di espressa previsione normativa per estendere all'arbitrato libero la specifica disposizione dettata in tema di provvedimenti cautelari, come da 5° comma dell'art. 35 cit.), ben può una clausola compromissoria di arbitrato libero contemplare modalità di nomina degli arbitri in modo diverso dalla loro totalitaria designazione da parte di soggetto estraneo alla società, senza con ciò incorrere nella sanzione di nullità ivi comminata. Rimane, certo, anche per l'arbitrato di diritto comune (libero o rituale), l'esigenza, messa in evidenza dalla giurisprudenza, che il collegio arbitrale sia composto in modo da garantire l'equidistanza tra i contendenti (Cass. 1/3/95 n° 2304); e tuttavia tale esigenza è adeguatamente soddisfatta nel caso di specie dalle modalità binarie previste nella clausola in esame, la quale contempla che ognuno dei due contendenti nomini un arbitro e che il terzo sia nominato dagli altri due (o in difetto di accordo dal Presidente del Tribunale di Torino). L'inculpato deve dunque assolversi con la formula ampia di insussistenza del fatto, non essendo affetta da nullità alcuna la clausola da lui rogata, oggetto di incolpazione. – *Omissis.*

### XXXI.

*Omissis.* – La materia del contendere investe, ancorché sotto il profilo dell'illecito disciplinare in oggetto, una questione interpretativa dell'art. 34, 2° comma D. Lgs 17/1/03 no 5 sul nuovo processo societario, nel quale, dopo essersi prevista la possibilità di fare oggetto di clausola compromissoria le eventuali insorgende controversie tra soci ovvero tra soci e società vertenti su diritti disponibili, si dispone che “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”. In particolare si controverte nella presente sede sulla validità di clausola compromissoria la quale adotti un diverso sistema di nomina degli arbitri, prevedendo, come nel caso concreto, un collegio di tre componenti nominati uno per ciascuno dai due contendenti ed il terzo dai primi due ovvero, in mancanza di accordo, dal Presidente dell'ordine dei dottori commercialisti. La tesi accolta dal Tribunale, qui oggetto di doglianza, si fonda sul presupposto che l'istituto regolato dagli artt. 34 segg. D. Lgs no 5/03 cit. sia l'unica forma consentita di arbitrato e di clausola compromissoria in materia endosocietaria, sicché ove la clausola non rispetti le previsioni sopra menzionate, espressamente presidiate da sanzione di nullità, la pattuizione sarebbe invalida. Ritiene al contrario la Corte che gli artt. 34 segg. cit. abbiano unicamente inteso introdurre nell'ordinamento, per le controversie endosocietarie, un particolare tipo di arbitrato in base a clausola compromissoria (caratterizzato da talune particolarità, tra cui l'automatica estensione della clausola agli amministratori, liquidatori e sindaci che abbiano accettato la carica, ancorché non parti del contratto sociale), senza con ciò precludere alle parti di valersi di clausole compromissorie di diritto comune, siano esse per arbitrato rituale che per arbitrato libero. La sopravvivenza, anche per le controversie endosocietarie, dell'arbitrato rituale di diritto comune e della possibilità di prevederlo in clausola compromissoria appare desumibile dalle seguenti considerazioni. Il procedimento arbitrale previsto agli artt. 34 seg. cit. non è, nella sua struttura complessiva, quello ordinario modificato in funzione della specifica materia, bensì costituisce un distinto tipo di procedimento in sé concluso (ancorché coincidente per taluni aspetti con quello di diritto comune o necessitante di integrazioni analogiche tratte da tale disciplina); ne è riprova l'espresso richiamo di talune norme del giudizio arbitrale di diritto comune (art. 820 C.P.C. richiamato dall'art. 35, 2° comma cit.; art. 829 e 831 C.P.C. richiamati dall'art. 35, 3° comma cit.), richiamo che sarebbe privo di significato e di ragionevolezza qualora l'arbitrato di diritto comune costituisse già di per sé la base su cui si innestino singole disposizioni derogatorie dettate per le controversie endosocietarie. Una volta concepita la procedura arbitrale di cui agli artt. 34 segg. cit. come un rito a sé stante, non vi è ragione di attribuirgli

natura di rito esclusivo, anziché alternativamente concorrente con l'arbitrato disciplinato dal C.P.C.. Di tale esclusività non solo non vi è traccia nella legge, ma anzi emergono elementi in contrario. Anzitutto l'art. 35,5° comma del D. Lgs no 5/03 cit. prevede espressamente, sia pure con enunciazione incidentale, la possibilità di un arbitrato libero in materia endo societaria, rito arbitrale dunque alternativo e del tutto lecito, ove pattuito dalle parti. Inoltre, come condivisibilmente rileva la difesa degli appellanti, la legge delega di cui il D. Lgs in esame ha costituito attuazione, affidava all'esecutivo il compito di *'prevedere la possibilità che gli statuti delle società commerciali contengano clausola compromissoria, anche in deroga agli artt. 806 e 808 del codice di procedure civile, per tutte o alcune tra le controversie societarie di cui al comma I'*, dove l'espressione *'prevedere la possibilità'* implica di lasciare spazio all'autonomia negoziale in ordine non solo alla adozione o non di eventuali clausole compromissorie, ma anche alla scelta di adottarle o non in deroga all'arbitrato di diritto comune. Infine la stessa relazione ministeriale enuncia che il tipo di arbitrato ivi previsto *"si sviluppa senza pretesa di sostituire il modello codicistico"* e afferma che il nuovo istituto comprende *"numerose opzioni di rango processuale ... che appaiono assolutamente funzionali alla promozione della cultura dell'arbitrato endo-societario"*; il riferimento ad *"opzioni di rango processuale"* non può evidentemente riferirsi a facoltativi innesti delle disposizioni speciali su quelle dell'arbitrato comune, posto che la rubrica dell'art. 35 è formulata come *"disciplina inderogabile del procedimento arbitrale"*: la facoltatività riguarda dunque l'uso dello speciale arbitrato ex artt. 34 seg., unitariamente inteso, rispetto all'arbitrato di diritto comune, che continua a concorrere, in alternativa e senza commistioni, nella materia in questione e può trovare applicazione in forza di clausola compromissoria di diritto comune. La scelta poi, operata in sede statutaria, di introdurre per le controversie endosocietarie un arbitrato di diritto comune o di diritto speciale deve desumersi dal tenore della clausola; tale scelta può emergere proprio dal fatto che sia prevista una modalità di nomina degli arbitri diversa da quella prescritta all'art. 34,2° comma cit., con previsione, dunque, la quale, lungi dall'essere nulla, è sintomatica dell'intendimento negoziale di volersi valere dell'arbitrato codicistico (mentre la sanzione di nullità comminata all'art. 34 cit. rimane circoscritta al caso in cui da altre disposizioni della clausola statutaria –che prevedano, ad esempio, automatico assoggettamento ad essa di amministratori e sindaci- sia desumibile l'intendimento dei costituenti di valersi delle disposizioni dell'arbitrato speciale). Alle soprastanti argomentazioni, che escludono la nullità di clausola compromissoria statutaria che si limiti a prevedere un sistema di nomina c.d. binario degli arbitri, altre se ne devono aggiungere con riferimento al caso di specie. Nel caso in esame la rogata clausola compromissoria, le quali, secondo il P.M., sarebbero affette da nullità, prevedono manifestamente un caso di arbitrato irrituale: è sintomatico il tale senso la previsione, in tutte quante esse, che gli arbitri decideranno senza formalità alcuna di procedura, ove l'assenza, e financo l'esclusione, di regole procedurali (compresa la prevista inappellabilità del lodo) depono per il carattere informale e transattivo del compito degli arbitri; nella clausola inserita nel rogito rep. N. 61.097 si enuncia addirittura che *"l'arbitro deciderà in via irrituale"*. La compatibilità con gli artt. 34 seg. del D. Lgs no 5/03 di un arbitrato irrituale in materia endo societaria e della relativa clausola compromissoria pare indubbia: è sufficiente por mente al disposto dell'art. 35, comma 5° D. Lgs cit., ove, nel disciplinarsi i rapporti con i procedimenti cautelari, si enuncia che *"La devoluzione in arbitrato, anche non rituale, di una controversia non preclude il ricorso alla tutela cautelare.."*, prevedendosi altresì il potere degli arbitri (anche di arbitrato libero) di sospendere l'esecutività delle delibere assembleari impugnate. Il menzionato inciso, con cui si estende la norma all'arbitrato non rituale, rende manifesta la sopravvivenza di quest'ultimo istituto anche per le controversie endosocietarie. Per altro verso si deve ritenere che la clausola per arbitrato irrituale, di per sé consentita, non richieda il rispetto della nonna dell'art. 34,2° comma - cit., secondo cui *"La clausola deve conferire.. a pena di nullità il potere di nomina di tutti gli arbitri a soggetto estraneo alla società"*. Quest'ultima disposizione riguarda invero esclusivamente l'arbitrato rituale (di tipo speciale, come sopra si è detto) e non anche l'arbitrato libero; ciò si desume dall'art. 35, 2° comma D. Lgs. cit.: il detto comma, infatti, facendo riferimento al *"procedimento arbitrale promosso a seguito della clausola compromissoria di cui all'art. 34"*, detta disposizioni che presuppongono un arbitrato rituale ed incompatibili con l'arbitrato libero (basti pensare al riferimento ad una *"udienza di trattazione"*, e alle ivi previste modalità di intervento in causa di terzi ai sensi degli artt. 105, 106, 107 C.P.C., il quale implica una struttura contenziosa del procedimento; la cosa risulta ancora più chiaramente dal comma successivo, il quale, ponendosi con continuità di discorso nel trattare dell'arbitrato di cui all'art. 34, fa riferimento a specifiche norme del C.P.C. dettate per l'arbitrato rituale, tra cui l'impugnazione per nullità ex art. 829 C.P.C., chiaramente compatibili con il solo arbitrato rituale). Ne consegue che, essendo circoscritta la previsione dell'art. 34 cit. alle clausole compromissorie per arbitrato rituale (come desumibile anche, *"a contrario"*, dalla necessità di espressa previsione normativa per estendere all'arbitrato libero la specifica disposizione dettata in tema di provvedimenti cautelari, come da 5° comma dell'art. 35 cit.), ben può una clausola compromissoria di arbitrato libero contemplare modalità di nomina degli arbitri in modo diverso dalla loro totalitaria designazione da parte di soggetto estraneo alla società, senza con ciò incorrere nella sanzione di nullità ivi comminata. Rimane, certo, anche per l'arbitrato di diritto comune (libero o rituale), l'esigenza, messa in evidenza dalla giurisprudenza, che il collegio arbitrale sia composto in modo da garantire l'equidistanza tra i contendenti (Cass. 1/3/95 n° 2304); e tuttavia tale esigenza è adeguatamente soddisfatta nel caso di specie dalle modalità binarie previste nelle clausole in esame, le quali prevedono, rispettivamente, un concorso paritetico dei due contendenti nella nomina dell'arbitro unico o nel procedimento formativo del Collegio. L'incolpato deve dunque assolversi con la formula ampia di insussistenza del fatto, non essendo affette da nullità alcuna le clausole di cui all'incolpazione. Ciò assorbe l'esame dei restanti motivi di doglianza. – *Omissis*.

## XXXII.

*Omissis*. – La presente causa è stata posta in decisione sulla questione preliminare di improcedibilità delle domande formulate da parte attrice. Detta eccezione è basata sulla clausola arbitrale contemplata dall'articolo 13 dei patti sociali, il quale così recita: *"le controversie e le contestazioni che potessero sorgere in sede di applicazione e di interpretazione delle clausole del presente atto sono devolute ad un Collegio Arbitrale composto di tre arbitri amichevoli compositori ed il terzo, con funzioni di Presidente, dai primi due designati. Gli arbitri giudicheranno irritualmente ex bono et equo. In caso di disaccordo saranno nominati dal Presidente del Tribunale di Aosta, su richiesta della parte più diligente"*. Parte attrice eccepisce però, a sua volta, la nullità e/o invalidità assoluta di detta clausola per contrasto con la disciplina introdotta dall'articolo 34, comma II, del decreto legislativo n. 5 del 17 gennaio 2003 (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 sede legale). La tesi di parte attrice non è condivisibile. La questione, come evidente, concerne il

problema della validità della clausola compromissoria alla luce della nuova disciplina introdotta dal decreto legislativo n. 5 del 2003 in materia di arbitrato. E' indubbio, da un lato, che il provvedimento legislativo citato, nell'ambito delle forme alternative di risoluzione delle controversie societarie, ha dettato una disciplina specifica dell'arbitrato stabilendo, tra l'altro, che la clausola compromissoria "deve prevedere il numero e le modalità di nomina degli arbitri, conferendo, in ogni caso, a pena di nullità, il potere di nomina di tutti gli arbitri a soggetto estraneo alla società". Altrettanto evidente è che la clausola compromissoria contenuta nello Statuto della società attrice, stilato in epoca largamente antecedente alla entrata in vigore della riforma non rispetta né poteva rispettare la menzionata previsione di legge. Il problema è quindi quello relativo alla "sorte" delle clausole contenute negli atti costitutivi ovvero negli statuti sociali già in essere alla data di entrata in vigore della norma che ha introdotto la causa di nullità che, essendo di natura assoluta, sarebbe rilevabile d'ufficio. Al riguardo (così come per numerose altre questioni sorte con l'introduzione del nuovo rito societario) si contrappongono diversi indirizzi interpretativi. Secondo un primo orientamento le clausole in esame, non adeguate a norma degli artt. 223-bis e duodecies c.c., sarebbero inficiate da nullità sopravvenuta; sarebbe cioè ravvisabile l'onere delle società preesistenti alla riforma di aggiornare i loro statuti, pena la nullità delle vecchie clausole compromissorie. Tale orientamento non può però essere condiviso. Innanzitutto, poiché la nullità è un vizio genetico dell'accordo delle parti, dipendente dalla situazione di fatto e di diritto esistente nel momento della conclusione del contratto, non potrebbe (in difetto di un'espressa – e non ricorrente nel caso in esame – previsione di legge della retroattività di una previsione di nullità contrattuale ovvero dalla sopravvenuta contrarietà del contenuto a principi e valori assunti come fondamentali dall'ordinamento una sopravvenuta previsione di nullità travolgere accordi negoziali già perfezionatisi e che hanno validamente prodotto i loro effetti obbligatori. Neppure può ritenersi sussistere un'ipotesi di illiceità sopravvenuta dell'oggetto, la quale non può ravvisarsi in tutti i casi di mero contrasto con una norma sopravvenuta, sia pure avente carattere inderogabile, specie ove si ponga mente al fatto che le nuove norme, tendendo a favorire la forma alternativa di risoluzione delle controversie, con la necessaria devoluzione ad un soggetto estraneo alla società del potere di nomina degli arbitri sono finalizzate solamente ad evitare gli inconvenienti che derivavano dall'adozione delle vecchie clausole binarie. Ma, in realtà, vi è da chiedersi se sia veramente sussistente un obbligo di adeguamento degli statuti, nella parte relativa alle clausole compromissorie, alle nuove regole dettate in materia di arbitrato endosocietario. E' stato infatti rilevato (Tribunale di Bologna, Sezione IV civile, sentenza del 25 maggio 2005) che, a fronte dell'onere di adeguamento posto dal primo comma dell'art. 223-bis codice civile, la previsione di una clausola compromissoria di "nuova specie" è invece prevista dall'articolo 34 del decreto legislativo citato come meramente eventuale ed il rispetto della relativa disciplina appare come un onere imposto solo a chi vuole fruire dei vantaggi offerti dalla nuova tipologia arbitrale (quali l'estensione dell'ambito delle controversie compromettibili, la attribuzione agli arbitri della competenza in materia cautelare o la efficacia del lodo nei confronti della intera compagine sociale); ne consegue, che al mancato adeguamento delle clausole compromissorie preesistenti consegue l'applicazione della disciplina formale e sostanziale dell'arbitrato di tipo "tradizionale" nei limiti di efficacia riconosciuti in precedenza a clausole così redatte che risultano quindi ultra active ed alle quali si applicano le norme dell'arbitrato "comune". A conclusioni analoghe è pervenuta, del resto, la Corte di Appello di Torino con sentenza in data 6-8 marzo 2007, con la quale è stato affermato che ancora oggi è possibile, anche per le controversie endosocietarie, stipulare clausole compromissorie in arbitrato rituale di diritto comune ovvero in arbitrato irrituale. In tal senso depone la considerazione che il procedimento arbitrale previsto dal decreto legislativo n. 5 del 2003 non è l'unica forma consentita di arbitrato e di clausola compromissoria nella materia in oggetto (sicché la clausola che non rispettasse le previsioni del decreto citato sarebbe nulla) ma è semplicemente un particolare tipo di arbitrato in base a clausola compromissoria, caratterizzato da alcune peculiarità e che deve attenersi alle previsioni di tipo "speciale" di cui alle norme sul rito societario. Per contro, la clausola per arbitrato irrituale – quale è quella stipulata nel caso di cui si discute – non richiede il rispetto della disposizione dettata dall'articolo 34 in ordine alle modalità di nomina degli arbitri. In definitiva, mentre è inderogabile il corpus di nuove norme che l'ordinamento concatena l'una con l'altra dando vita ad una compiuta species di arbitrato che produce i suoi effetti solo con il rispetto dell'intera disciplina, è per contro derogabile "il modello di arbitrato endosocietario", quantomeno da chi, non volendosi avvalere dei benefici che la legge accorda, ha inteso rimanere nella disciplina di diritto comune che, tra l'altro, era l'unica prevista nel momento di apposizione/approvazione della clausola. – *Omissis*.

### XXXIII.

*Omissis*. – In ordine al primo motivo di gravame, relativo a violazione e falsa applicazione dell'art. 34 d. lgs. 512003, la Corte osserva come l'atto costitutivo della "Umbria Immobiliare S.a.s. di Arisio Attilio Marco, Capuccini Guido & C.," (a rogito not. Luisa Quaglino Rinaudo in data 13 febbraio 2004, rep. n. 126923, racc. n. 48525: doc. 1 del suo fascicolo di primo grado) preveda all'art. 12: "Qualsiasi controversia insorgesse tra i soci sulla interpretazione ed applicazione del presente atto, sarà deferita al giudizio di tre arbitri amichevoli compositori, nominati uno ciascuno dalle parti ed il terzo dai primi due. In caso di disaccordo fra i due arbitri, perdurante per più di trenta giorni dalla nomina di entrambi gli arbitri, il terzo sarà nominato dal Presidente del Tribunale ove ha sede la società." Dalla lettura della clausola compromissoria appare evidente come il criterio di nomina, secondo modalità binaria, degli arbitri, che, pure assicurando in modo adeguato (per la provenienza da ognuna delle parti di un arbitro e del terzo da entrambe ovvero, in caso di disaccordo, dal Presidente del Tribunale), la loro equidistanza da entrambi i contendenti, non ottempera a quello previsto, a pena di nullità, dall'art. 34, secondo comma d. lgs. 512003, devolutivo del potere di nomina di tutti gli arbitri a soggetto estraneo alla società. Si pone allora a questa Corte la questione (negativamente risolta dal tribunale, sulla base della lettura testuale illustrata a pg. 5 della sentenza impugnata) relativa alla compatibilità o meno del nuovo arbitrato endosocietario con quello comune. Secondo il proprio indirizzo ormai consolidato (sentenze in data 8 marzo 2007, 29 marzo 2007 e 4 aprile 2007), questa Corte ritiene che una tale esclusività appaia subito smentita dallo stesso primo comma dell'art. 34 d. lgs. 512003, che, sia pure in riferimento alle sole società che facciano ricorso al mercato del capitale di rischio a norma dell'art. 2325 bis C.C., prevede quale unica forma di arbitrato praticabile quello tradizionale, di diritto comune. Ma è poi la stessa struttura del procedimento, che, pur nell'introduzione di un particolare tipo di arbitrato indubbiamente caratterizzato da elementi di significativa innovazione (quale, in particolare, l'automatica estensione della clausola compromissoria, a norma del quarto comma, ad amministratori e sindaci, per il solo effetto dell'accettazione della carica), non autorizza a ritenerne l'esclusività, per l'espresso richiamo di alcune norme del giudizio arbitrale di diritto comune (così l'art. 820 C.P.C. dall'art. 35, secondo comma d.lgs. cit. e gli artt. 829, primo comma e 831 C.P.C. dall'art. 35, terzo comma, cit.), privo di ragionevolezza, qualora già esso base di innesto di singole disposizioni derogatorie per le controversie societarie. Le disposizioni te-

stuali, tutt'altro, ad avviso di questa Corte, che deponenti nel senso dell'incompatibilità dei due tipi di arbitrato, devono poi essere lette, secondo un corretto canone ermeneutico, che tenga debito conto anche dell'intenzione del legislatore (art. 12, primo comma, ult. pt. disp. prel. C.C.), soprattutto quando essa si esprima in modo tanto palese. Ed allora, l'interprete non può non essere orientato dal criterio direttivo della legge 3 ottobre 2001, n. 366 (di delega al governo per la riforma del diritto societario), laddove indica al governo la possibilità di prevedere che gli statuti delle società commerciali possano contenere clausole compromissorie, anche in deroga agli artt. 806 e 808 del C.P.C. per tutte o alcune le controversie societarie (art. 12, n. 3), come pure dalla relazione ministeriale di accompagnamento al d. lgs. 512003, di parimenti inequivoca espressione al riguardo ("La formulazione del testo contribuisce alla creazione di una compiuta species arbitrale, che si sviluppa senza pretesa di sostituire il modello codicistico . . . comprendendo numerose opzioni di rango processuale . . . che appaiono assolutamente funzionali alla promozione della cultura dell'arbitrato endo-societario"). Pure nell'ampiezza del dibattito interpretativo, che annovera opinioni anche contrarie, questa Corte ritiene tuttavia la particolare fondatezza, per l'aderenza al dettato normativo così come davvero voluto dal legislatore della riforma, della configurazione del nuovo modello arbitrale, come anche sostenuto da autorevole dottrina, in concorrenza alternativa con quello tradizionale, secondo il criterio direttivo sopra citato, sufficientemente chiaro nella sua ispirazione dall'intento di consentire ai soci di derogare dai limiti indicati dagli artt. 806 e 808 C.P.C., riguardanti essenzialmente la qualità delle controversie compromettibili, "con l'effetto, pertanto, di incrementare le facoltà dei soci e non di limitarle, come invece avrebbe se, in presenza del decreto processuale, si volesse ora escludere il loro potere di preferire ancora il modello arbitrale tradizionale". Dalle superiori argomentazioni discende pertanto, in accoglimento della doglianza in esame, la piena compatibilità, per effettiva alternatività, del nuovo arbitrato endosocietario con quello comune e pertanto della piena validità della clausola compromissoria sopra illustrata, assorbente ogni ulteriore questione devoluta: così comportando, in riforma della sentenza impugnata, l'assoluzione del notaio Luisa Quaglino Rinaudo dall'addebito disciplinare ascritto, per la sua insussistenza. – *Omissis*.

#### XXXIV.

*Omissis*. – La materia del contendere investe la questione interpretativa dell'art. 34 2° comma Dlgs 17/1/03 n. 5 sul nuovo processo societario, nel quale, prevista la possibilità di fare oggetto di clausola compromissoria le eventuali insorgenti controversie tra soci ovvero tra soci e società vertenti su diritti disponibili, si dispone che «la clausola deve prevedere il numero e le modalità di nomine degli arbitri, conferendo in ogni caso, a pena di nullità, il potere di nomina di tutti gli arbitri a soggetto estraneo alla società». In particolare si controverte nella presente sede sulla validità di clausola compromissoria la quale adotti un diverso sistema di nomina degli arbitri, prevedendo, come nel caso concreto, un collegio di tre componenti nominati uno per ciascuno dai due contendenti ed il terzo dai primi due ovvero, in mancanza di accordo, dal Presidente del Tribunale nella cui circoscrizione ha sede la società. La tesi accolta dal Tribunale, qui oggetto di doglianza, si fonda sul presupposto che l'istituto regolato dagli artt. 34 segg. Dlgs. n.5/03 cit. sia l'unica forma consentita di arbitrato e di clausola compromissoria in materia endosocietaria, sicché ove la clausola non rispetti le previsioni sopramenzionate, espressamente presiedate dalla previsione di nullità, la pattuizione sarebbe invalida. Ritiene al contrario la Corte che gli artt. 34 segg. cit. abbiano unicamente inteso introdurre nell'ordinamento, per le controversie endosocietarie, un particolare tipo di arbitrato (caratterizzato da talune particolarità, tra cui l'automatica estensione della clausola agli amministratori, liquidatori e sindaci che abbiano accettato la carica, ancorché non parti del contratto sociale), senza con ciò precludere alle parti di valersi di clausole compromissorie di diritto comune, siano esse per arbitrato rituale che per arbitrato libero.

La sopravvivenza, anche per le controversie endosocietarie, dell'arbitrato rituale di diritto comune e della possibilità di prevederlo in clausola compromissoria appare desumibile dalle seguenti considerazioni. Innanzi tutto lo scopo degli artt. 34 e ss. Dlgs. n.5/03 è duplice. Come si deriva dagli studi preparatori della legge delega e dagli atti dell'apposita Commissione istituita con D.M. 10/10/2001, esso risponde all'esigenza a) di immettere norme inderogabili all'interno di una materia (quella dei rapporti societari) di per sé arbitrabile; b) di rendere compromettibili liti virtualmente (anche se non giuridicamente) non transigibili per l'esorbitanza dei soggetti titolari della situazione incisa rispetto alle parti del giudizio privato (si pensi alle questioni inerenti alla validità di deliberazioni assembleari, potenzialmente incisive sulla posizione di tutti i soci). La sentenza impugnata sembra aver colto solo il primo scopo, che - acquisito come dato assoluto - ha gioco forza indotto la soluzione di generalizzare l'applicazione dell'art.34 per ogni arbitrato endosocietario, sopprimendo la stessa sopravvivenza dell'arbitrato di diritto comune in ambito societario. Per contro, l'un aspetto non può essere compreso appieno senza l'altro, poiché in tanto ha senso e legittimità (sotto il profilo del rispetto dell'autonomia privata) stabilire norme inderogabili presiedate da nullità pur in presenza di diritti disponibili, in quanto tale previsione sia funzionalizzata ad un modello di arbitrato idoneo ad estendere i suoi effetti a situazioni giuridiche che, in passato, erano ritenute non compromettibili per ragioni diverse dall'indisponibilità dei diritti divisati, quali, appunto, l'esistenza di situazioni superindividuali che avrebbero reso inutiliter dato il lodo pronunciato tra le sole parti del procedimento arbitrale. Così finalizzata, la norma dell'art. 34 cit. pone per la società un onere, quello di prevedere una clausola arbitrale conforme al modello legale che descrive assolto il quale la società stessa e i suoi soci possono lucrare gli effetti previsti da tale sottospecie di arbitrato, quali, essenzialmente, un più ampio ambito di questioni compromettibili e una più estesa efficacia soggettiva del lodo. Diversamente, non per questo l'eventuale clausola compromissoria binaria e di diritto comune può ritenersi invalida, ché un tale risultato sarebbe totalmente opposto alla ratio legis come sopra individuata. Ancora. Il procedimento arbitrale previsto agli artt. 34 seg. cit. non è, nella sua struttura complessiva, quello ordinario modificato in finzione della specifica materia, bensì costituisce un distinto tipo di procedimento in sé concluso (ancorché coincidente per taluni aspetti con quello di diritto comune o necessitante di integrazioni analogiche tratte da tale disciplina); ne è riprova l'espresso richiamo di talune norme del giudizio arbitrale di diritto comune (art. 820 c.p.c. richiamato dall'art. 35, 2° comma cit.; artt. 829 e 831 c.p.c. richiamati dall'art. 35, 3° comma cit), richiamo che sarebbe privo di significato e di ragionevolezza qualora l'arbitrato di diritto comune costituisse già di per sé la base su cui si innestino singole disposizioni derogatorie dettate per le controversie endosocietarie. Una volta concepita la procedura arbitrale di cui agli artt. 34 segg. cit. come un rito a sé stante, non vi è ragione di attribuirgli natura di rito esclusivo, anziché alternativamente concorrente con l'arbitrato disciplinato dal codice di rito. Di tale esclusività non solo non vi è traccia nella legge, ma anzi emergono elementi di segno opposto. Anzitutto l'art. 35, 5° comma del Dlgs n. 5/03 cit. prevede espressamente, tramite un inciso, la possibilità di un arbitrato libero in materia endosocietaria, rito arbitrale dunque alternativo e del tutto lecito, ove pattuito dalle parti. Inoltre, la legge delega di cui il Dlgs in esame ha costituito attuazione, affi-

dava all'esecutivo il compito di «prevedere la possibilità che gli statuti delle società commerciali contengano clausola compromissoria, anche in deroga agli artt. 806 e 808 del codice di procedure civile, per tutte o alcune tra le controversie societarie di cui al comma 1», dove le espressioni «prevedere la possibilità» e «anche in deroga» implicano il lasciare spazio all'autonomia negoziale in ordine non solo alla adozione o non di eventuali clausole compromissorie, ma anche alla scelta di adottarle o non in deroga all'arbitrato di diritto comune. Infine la stessa relazione ministeriale enuncia che il tipo di arbitrato ivi previsto «si sviluppa senza pretesa di sostituire il modello codicistico» e afferma che il nuovo istituto comprende «numerose opzioni di rango processuale...che appaiono assolutamente funzionali alla promozione della cultura dell'arbitrato endosocietario»; il riferimento ad «opzioni di rango processuale» non può evidentemente riferirsi a facoltativi innesti delle disposizioni speciali su quelle dell'arbitrato comune, posto che la rubrica dell'art. 35 è formulata come «disciplina inderogabile del procedimento arbitrale»: la facoltatività riguarda dunque l'uso dello speciale arbitrato ex artt. 34 seg., unitariamente inteso, rispetto all'arbitrato di diritto comune, che continua a concorrere, in alternativa e senza commistioni, nella materia e può trovare applicazione in forza di clausola compromissoria di diritto comune. La scelta poi, operata in sede statutaria, di introdurre per le controversie endosocietarie un arbitrato di diritto comune ovvero di diritto speciale deve desumersi dal tenore della clausola, nel senso che è soggetta al regime degli artt. 34 e ss. Dlgs. n.5/03 la clausola la cui interpretazione conduca a ritenere che le parti dell'atto costitutivo abbiano inteso conseguire gli effetti tipici di tale specie di arbitrato. **2.** Nella specie, la clausola arbitrale da cui è derivata l'inculpazione così recita: «Le eventuali controversie che sorgessero fra i soci o fra i soci e la società, anche se promosse da amministratori e sindaci o revisori (se nominati), ovvero nei loro confronti e che abbiano per oggetto diritti disponibili relativi al rapporto sociale, saranno devolute alla competenza esclusiva di un collegio arbitrale composto di tre membri. Ai fini della costituzione del collegio arbitrale, ogni socio avrà diritto a nominare un arbitro. Gli arbitri così designati provvederanno a nominare al loro interno un presidente. Nel caso di mancata nomina di uno degli arbitri di parte ovvero in caso di disaccordo tra gli arbitri nominati nella scelta del presidente, vi provvederà, su istanza della parte più diligente, il presidente del tribunale nella cui circoscrizione ha sede la società. Gli arbitri procederanno in via rituale e secondo diritto. Il lodo dovrà essere depositato entro il centoottantesimo giorno dalla costituzione del collegio arbitrale». L'espressa inclusione, tra le controversie oggetto di arbitrato, di quelle promesse da o contro amministratori, sindaci o revisori, corrisponde al contenuto del 4° comma dell'art. 34 cit., e, pertanto, autorizza illazione che le parti abbiano inteso adottare la specie di arbitrato delineata dal titolo V del Dlgs. n.5/03, tuttavia prevedendo la designazione binaria degli arbitri, in contrasto con il 2° comma stesso articolo che l'affida a soggetto estraneo alla società. Pertanto, sul presupposto della volontà delle parti di ricorrere al tipo di arbitrato previsto dal Dlgs. n.5/03, detta clausola deve ritenersi nulla, ai sensi del richiamato 2° comma. Conseguentemente deve ritenersi integrato l'elemento oggettivo dell'inculpazione, ancorché per ragioni affatto diverse da quelle che sorreggono la decisione di primo grado. **3.** Tuttavia la responsabilità del notaio A va esclusa sotto il profilo dell'elemento soggettivo. Giova premettere che «anche in tema di responsabilità disciplinare dei notai deve ritenersi applicabile il principio (tipico di tutti i sistemi sanzionatori, quali quello penale art. 42, ultimo comma cod. pen. - ed amministrativo - art. 3 Legge 689/1981 - ) secondo cui è necessario che l'illecito sia ascrivibile (almeno) a titolo di colpa all'autore del fatto, con la conseguenza che, anche per il notaio, l'errore sulla liceità del fatto deve ritenersi rilevante (e scriminante) qualora esso risulti incolpevole, dovendosi tuttavia desumere il necessario profilo di non colpevolezza dell'errore stesso da elementi positivi (quale un'assicurazione di liceità da parte della P.A. preposta, ovvero, come nella specie, un provvedimento dell'autorità giudiziaria inidonei ad indurre il professionista all'illecito contestato e non ovviabile con l'uso dell'ordinaria diligenza» (Cass. n.6383/01). **3.1.** Quanto fin qui considerato in ordine alla natura dell'arbitrato endosocietario e alla relazione con quello di diritto comune, non soppresso in materia dal Dlgs. n.5/03, in una con i ragionevoli dubbi interpretativi, indotti, in generale, dalla relativa novità della questione, e in particolare, dalla formulazione della clausola in oggetto, non ictu oculi riconducibile al paradigma dell'art. 34 Dlgs. n.5/03, incrinano fortemente l'elemento soggettivo dell'illecito, e con esso l'ipotesi di un difetto di diligenza del notaio. L'appellante, pertanto, va mandata assolta perché il fatto non costituisce illecito disciplinare per difetto dell'elemento soggettivo. – *Omissis*

### XXXV.

Motivazione non disponibile.

### XXXVI.

*Omissis.* – La materia del contendere investe, ancorché sotto il profilo dell'illecito disciplinare in oggetto, una questione interpretativa dell'art. 34, 2° comma, D. Lgs 17/1/03 n. 5, sul nuovo processo societario, nel quale articolo, dopo essersi prevista la possibilità di fare oggetto di clausola compromissoria le eventuali insorgende controversie tra soci ovvero tra soci e società vertenti su diritti disponibili, si dispone che «La clausola deve prevedere il numero e le modalità di nomine degli arbitri, conferendo in ogni caso, a pena di nullità, il potere di nomina di tutti gli arbitri a soggetto estraneo alla società». In particolare si controverte nella presente sede sulla validità di clausola compromissoria la quale adotti un diverso sistema di nomina degli arbitri, prevedendo, come nel caso concreto, un collegio di tre componenti nominati uno per ciascuno dai due contendenti ed il terzo dai primi due ovvero, in mancanza di accordo, dal Presidente dell'ordine dei dottori commercialisti. La citata clausola dispone altresì che «L'arbitrato sarà costituito in forma rituale e secondo quanto regolato dalle norme contenute nella legge 5/1/94 no 25» (trattasi delle modifiche alle norme del C.P.C. in tema di arbitrato). E' dunque evidente che la clausola in esame non ha inteso valersi dell'arbitrato di cui agli artt. 34 seg. del D. Lgs. n° 5/03 in parte modificandone la disciplina imperativa, bensì ha inteso prescindere totalmente dalla regolamentazione dell'arbitrato ivi prevista, e utilizzare per le controversie endosocietarie l'arbitrato rituale di diritto comune previsto dal codice di procedura civile. La tesi accolta dal Tribunale, qui oggetto di doglianza, si fonda sul presupposto che l'istituto regolato dagli artt. 34 segg. D. Lgs. n° 5/03 cit. sia l'unica forma consentita di arbitrato e di clausola compromissoria in materia endosocietaria, senza che sia possibile valersi dell'istituto codicistico, sicché le norme di quest'ultimo, ed in particolare le modalità di nomina degli arbitri che non rispettino il citato disposto dell'art. 34, incorrerebbero necessariamente nella sanzione di nullità ivi prevista. Ritiene al contrario la Corte che gli artt. 34 segg. cit. abbiano unicamente inteso introdurre nell'ordinamento, per le controversie endosocietarie, un particolare tipo di

arbitrato in base a clausola compromissoria, senza con ciò precludere alle parti di adottare alternativamente, in sede di statuto, clausole compromissive per arbitrato rituale di diritto comune. Non paiono convincenti i contrari argomenti addotti dalla sentenza appellata. Il Tribunale ha sottolineato che l'esigenza di valorizzare in materia societaria una maggiore indipendenza del Collegio arbitrale dalla società cui si riferisce la lite nonché di avviare al caso, di più frequente verifica in materia, in cui il rapporto litigioso sia plurilaterale (ipotesi questa, peraltro, attualmente disciplinata anche per l'arbitrato di diritto comune dall'art. 816 quater C.P.C. introdotto con D. Lgs. n° 40/06), sarebbe apparsa al legislatore di tale gravità da imporre l'introduzione di norme imperative ed inderogabili, con conseguente implicita esclusione della sopravvivenza, nello specifico settore, dell'arbitrato rituale codicistico. L'argomento, a giudizio della Corte, è inconcludente poiché prova troppo. Se l'intendimento del legislatore fosse stato di attribuire rilievo di ordine pubblico alle ragioni di cui sopra, ritenute particolarmente gravi in campo endosocietario, non si comprenderebbe perché lo stesso legislatore abbia invece lasciato sopravvivere in questa medesima materia l'arbitrato irrituale (al quale manifestamente non si riferisce la disciplina degli artt. 34 segg. cit., strutturata, anche attraverso richiami alle norme del codice, sul presupposto di un arbitrato rituale, sicché per l'arbitrato irrituale bene è tuttora possibile che la clausola compromissoria preveda la nomina degli arbitri col sistema c.d. binario). La sopravvivenza dell'arbitrato non rituale in materia endosocietaria è implicitamente, ma chiaramente, contemplata nell'art. 35, 5° comma, D. Lgs. n° 5/03 cit. Emerge dunque anzitutto un principio emeneutico di coerenza del sistema. Gli ampi e meno sindacabili poteri degli arbitri in arbitrato libero rendono ancora più pressante, rispetto all'arbitrato rituale, garantirne l'equidistanza dalle parti; e tuttavia, poiché deve ritenersi valida, come si è detto, la clausola compromissoria per arbitrato libero che preveda il sistema binario per la loro nomina, non si vede perché non sarebbe sopravvissuto in materia l'arbitrato rituale di diritto comune, il quale già di per sé presenta un grado più attenuato delle menzionate esigenze. Così come nel contratto di società è possibile inserire clausola compromissoria per arbitrato libero sulle controversie endosocietarie, non si vede perché dovrebbe ritenersi invece preclusa la libertà negoziale di usufruire di clausola compromissoria per arbitrato rituale di diritto comune.

D'altronde la legge delega appare appunto orientata, allo specifico riguardo, nel senso di prevedere l'aggiunta di un arbitrato speciale in materia endosocietaria, non già di consentire o imporre al legislatore delegato la soppressione per essa dell'arbitrato codicistico; una lettura costituzionalmente orientata, avuto riguardo all'art. 76 Cost., impone dunque di interpretare le norme in questione in conformità ai principi e criteri direttivi della legge delega. Sul punto, come condivisibilmente rileva la difesa degli appellanti, la legge delega di cui il D. Lgs. in esame ha costituito attuazione (art. 12, 3° comma 1. 3/10/01 n° 366), attribuiva all'esecutivo la facoltà di «prevedere la possibilità che gli statuti delle società commerciali contengano clausola compromissoria, anche in deroga agli artt. 806 e 808 del codice di procedura civile, per tutte o alcune fra le controversie societarie di cui al comma 1», dove l'espressione «prevedere la possibilità» implica di lasciar spazio all'autonomia negoziale in ordine non solo alla adozione o non di eventuali clausole compromissorie, ma anche alla scelta di adottarle o non in deroga all'arbitrato di diritto comune (al riguardo la formula concessiva «clausola compromissoria, anche in deroga agli artt. 806 e 808» è significativa di una facoltà al legislatore delegato di autorizzare la deroga statutaria alle norme codicistiche, non già di imporla). In tale senso, costituzionalmente corretto, è l'intendimento espresso in proposito nella Relazione ministeriale sul decreto legislativo in esame. In essa si enuncia che il tipo di arbitrato ivi previsto «si sviluppa senza pretesa di sostituire il modello codicistico» e si afferma che il nuovo istituto comprende «numerose opzioni di rango processuale ... che appaiono assolutamente funzionali alla promozione della cultura dell'arbitrato endo-societario»; il riferimento ad «opzioni di rango processuale» non può evidentemente riferirsi a facoltativi innesti delle disposizioni speciali su quelle dell'arbitrato comune, posto che la rubrica dell'art. 35 è formulata come «disciplina inderogabile del procedimento arbitrale»: la facoltatività riguarda dunque l'uso dello speciale arbitrato ex artt. 34 segg., unitariamente inteso, rispetto all'arbitrato di diritto comune, che continua a concorrere, in alternativa e senza commistioni, nella materia in questione e può trovare applicazione in f o p di clausola compromissoria di diritto comune. Non convincente è l'osservazione del Tribunale, secondo cui si giungerebbe in tal modo ad una interpretazione sostanzialmente abrogante degli artt. 34 segg. cit. per quanto attiene alla loro coerenza. In realtà l'arbitrato speciale endosocietario conserva una sua propria configurazione, che vale a differenziarlo da quello comune, sicché quest'ultimo non si sovrappone ai menzionati articoli rendendoli inoperanti o attenuandone il carattere imperativo: i due istituti invece coesistono alternativamente, a scelta dei contraenti, ciascuno su presupposti diversi, rimanendo unicamente vietato creare un arbitrato intermedio che mutui la disciplina in parte dall'uno e in parte dall'altro. La diversità qualificante dell'arbitrato speciale, in ordine ai presupposti, è che la clausola compromissoria di quest'ultimo, ove estesa a controversie verso gli amministratori, sindaci e liquidatori, è efficace nei confronti di costoro (i quali siano regolarmente insediati) senza necessità di accettazione da parte loro (art. 34, 4° comma). Proprio per tale ragione si comprende il perché del divieto che anche un solo arbitro possa essere nominato dalla società trattandosi infatti di clausola non approvata dagli amministratori e sindaci (in quanto tali) in sede di pattuizione di essa e la cui vincolatività è a loro imposta dalla legge per il solo fatto che essi abbiano accettato la carica, tale sbilanciamento in favore della società per controversie verso il loro in cui essa sia parte esige, come correttivo, la totale estraneità della società nella scelta, anche solo parziale, del collegio arbitrale. A ben vedere la particolarità dell'automatica estensione della clausola compromissoria ad amministratori, sindaci e liquidatori, non denota tanto una possibilità accessoria dell'istituto (come sembrerebbe enunciare letteralmente l'art. 34, 4° comma cit., sul punto da superare alla stregua delle prospettate esigenze di ordine sistematico, costituzionale e teleologico), ma ne costituisce elemento essenziale e qualificante, sicché l'adozione statutaria di una simile previsione è sintomatica dell'intento dei contraenti di volersi valere dello speciale istituto di cui agli artt. 34 segg. cit. Così chiarito che arbitrato di diritto comune e arbitrato endosocietario sono istituti coesistenti e alternativamente adottabili in sede di approvazione della clausola compromissoria, e non già istituti tra loro configgenti, risultano non pertinenti le osservazioni del Tribunale sul carattere inderogabile della disciplina degli artt. 34 segg. cit., carattere desumibile anche dall'art. 41, 2° comma (sulle modalità di adeguamento degli statuti alle norme imperative in tema di arbitrato). L'inderogabilità opera infatti all'interno dello speciale istituto, impedendo, come si è detto, commistioni o deroghe alla disciplina per esso dettata, ma non impedisce alla parti (si come esse sono libere di non inserire una qualche clausola compromissoria o di prevedere un arbitrato irrituale) di utilizzare clausola compromissoria per arbitrato rituale di diritto comune. Ciò è appunto quanto si è verificato nell'atto costitutivo di società oggetto di esame, il quale non configge con il disposto dell'art. 34 cit, ma semplicemente si muove all'esterno di esso e su un diverso piano, e non incorre pertanto nella sanzione di nullità ivi prevista. Ne consegue l'inesistenza dell'addebito disciplinare contestato. – *Omissis*

Motivazione reperibile sulla rivista di pubblicazione.

### XXXVIII.

*Omissis.* – La materia del contendere investe, ancorché sotto il profilo dell'illecito disciplinare in oggetto, una questione interpretativa dell'art. 34, 2° comma, D. Lgs 17/1/03 n. 5, sul nuovo processo societario, nel quale articolo, dopo essersi prevista la possibilità di fare oggetto di clausola compromissoria le eventuali insorgende controversie tra soci ovvero tra soci e società vertenti su diritti disponibili, si dispone che «La clausola deve prevedere il numero e le modalità di nomine degli arbitri, conferendo in ogni caso, a pena di nullità, il potere di nomina di tutti gli arbitri a soggetto estraneo alla società». In particolare si controverte nella presente sede sulla validità di clausola compromissoria la quale adotti un diverso sistema di nomina degli arbitri, prevedendo, come nel caso concreto, un collegio di tre componenti nominati uno per ciascuno dai due contendenti ed il terzo dai primi due ovvero, in mancanza di accordo, dal Presidente dell'ordine dei dottori commercialisti. La citata clausola dispone altresì che «L'arbitrato sarà costituito in forma rituale e secondo quanto regolato dalle norme contenute nella legge 5/1/94 no 25» (trattasi delle modifiche alle norme del C.P.C. in tema di arbitrato). E' dunque evidente che la clausola in esame non ha inteso valersi dell'arbitrato di cui agli artt. 34 seg. del D. Lgs. n° 5/03 in parte modificandone la disciplina imperativa, bensì ha inteso prescindere totalmente dalla regolamentazione dell'arbitrato ivi prevista, e utilizzare per le controversie endosocietarie l'arbitrato rituale di diritto comune previsto dal codice di procedura civile. La tesi accolta dal Tribunale, qui oggetto di doglianza, si fonda sul presupposto che l'istituto regolato dagli artt. 34 segg. D. Lgs. n° 5/03 cit. sia l'unica forma consentita di arbitrato e di clausola compromissoria in materia endosocietaria, senza che sia possibile valersi dell'istituto codicistico, sicché le norme di quest'ultimo, ed in particolare le modalità di nomina degli arbitri che non rispettivo il citato disposto dell'art. 34, incorrerebbero necessariamente nella sanzione di nullità ivi prevista. Ritiene al contrario la Corte che gli artt. 34 segg. cit. abbiano unicamente inteso introdurre nell'ordinamento, per le controversie endosocietarie, un particolare tipo di arbitrato in base a clausola compromissoria, senza con ciò precludere alle parti di adottare alternativamente, in sede di statuto, clausole compromissorie per arbitrato rituale di diritto comune. Non paiono convincenti i contrari argomenti addotti dalla sentenza appellata. Il Tribunale ha sottolineato che l'esigenza di valorizzare in materia societaria una maggiore indipendenza del Collegio arbitrale dalla società cui si riferisce la lite nonché di ovviare al caso, di più frequente verifica in materia, in cui il rapporto litigioso sia plurilaterale (ipotesi questa, peraltro, attualmente disciplinata anche per l'arbitrato di diritto comune dall'art. 816 quater C.P.C. introdotto con D. Lgs. n° 40/06), sarebbe apparsa al legislatore di tale gravità da imporre l'introduzione di norme imperative ed inderogabili, con conseguente implicita esclusione della sopravvivenza, nello specifico settore, dell'arbitrato rituale codicistico. L'argomento, a giudizio della Corte, è inconcludente poiché prova troppo. Se l'intendimento del legislatore fosse stato di attribuire rilievo di ordine pubblico alle ragioni di cui sopra, ritenute particolarmente gravi in campo endosocietario, non si comprenderebbe perché lo stesso legislatore abbia invece lasciato sopravvivere in questa medesima materia l'arbitrato irrituale (al quale manifestamente non si riferisce la disciplina degli artt. 34 segg. cit., strutturata, anche attraverso richiami alle norme del codice, sul presupposto di un arbitrato rituale, sicché per l'arbitrato irrituale bene è tuttora possibile che la clausola compromissoria preveda la nomina degli arbitri col sistema c.d. binario). La sopravvivenza dell'arbitrato non rituale in materia endosocietaria è implicitamente, ma chiaramente, contemplata nell'art. 35, 5° comma, D. Lgs. n° 5/03 cit. Emerge dunque anzitutto un principio emeneutico di coerenza del sistema. Gli ampi e meno sindacabili poteri degli arbitri in arbitrato libero rendono ancora più pressante, rispetto all'arbitrato rituale, garantirne l'equidistanza dalle parti; e tuttavia, poiché deve ritenersi valida, come si è detto, la clausola compromissoria per arbitrato libero che preveda il sistema binario per la loro nomina, non si vede perché non sarebbe sopravvissuto in materia l'arbitrato rituale di diritto comune, il quale già di per sé presenta un grado più attenuato delle menzionate esigenze. Così come nel contratto di società è possibile inserire clausola compromissoria per arbitrato libero sulle controversie endosocietarie, non si vede perché dovrebbe ritenersi invece preclusa la libertà negoziale di usufruire di clausola compromissoria per arbitrato rituale di diritto comune.

D'altronde la legge delega appare appunto orientata, allo specifico riguardo, nel senso di prevedere l'aggiunta di un arbitrato speciale in materia endosocietaria, non già di consentire o imporre al legislatore delegato la soppressione per essa dell'arbitrato codicistico; una lettura costituzionalmente orientata, avuto riguardo all'art. 76 Cost., impone dunque di interpretare le norme in questione in conformità ai principi e criteri direttivi della legge delega. Sul punto, come condivisibilmente rileva la difesa degli appellanti, la legge delega di cui il D. Lgs. in esame ha costituito attuazione (art. 12, 3° comma l. 3/10/01 n° 366), attribuiva all'esecutivo la facoltà di «prevedere la possibilità che gli statuti delle società commerciali contengano clausola compromissoria, anche in deroga agli artt. 806 e 808 del codice di procedura civile, per tutte o alcune fra le controversie societarie di cui al comma 1», dove l'espressione «prevedere la possibilità» implica di lasciar spazio all'autonomia negoziale in ordine non solo alla adozione o non di eventuali clausole compromissorie, ma anche alla scelta di adottarle o non in deroga all'arbitrato di diritto comune (al riguardo la formula concessiva «clausola compromissoria, anche in deroga agli artt. 806 e 808» è significativa di una facoltà al legislatore delegato di autorizzare la deroga statutaria alle norme codicistiche, non già di imporla). In tale senso, costituzionalmente corretto, è l'intendimento espresso in proposito nella Relazione ministeriale sul decreto legislativo in esame. In essa si enuncia che il tipo di arbitrato ivi previsto «si sviluppa senza pretesa di sostituire il modello codicistico» e si afferma che il nuovo istituto comprende «numerosi opzioni di rango processuale ... che appaiono assolutamente funzionali alla promozione della cultura dell'arbitrato endo-societario»; il riferimento ad «opzioni di rango processuale» non può evidentemente riferirsi a facoltativi innesti delle disposizioni speciali su quelle dell'arbitrato comune, posto che la rubrica dell'art. 35 è formulata come «disciplina inderogabile del procedimento arbitrale»: la facoltatività riguarda dunque l'uso dello speciale arbitrato ex artt. 34 seg., unitariamente inteso, rispetto all'arbitrato di diritto comune, che continua a concorrere, in alternativa e senza commistioni, nella materia in questione e può trovare applicazione in f o p di clausola compromissoria di diritto comune. Non convincente è l'osservazione del Tribunale, secondo cui si giungerebbe in tal modo ad una interpretazione sostanzialmente abrogante degli artt. 34 seg. cit. per quanto attiene alla loro coerenza. In realtà l'arbitrato speciale endosocietario conserva una sua propria configurazione, che vale a differenziarlo da quello comune, sicché quest'ultimo non si sovrappone ai menzionati articoli rendendoli inoperanti o attenuandone il carattere imperativo: i due istituti invece coesistono alternativamente, a scelta dei contraenti, ciascuno su presupposti diversi, rimanendo unicamente vietato creare un arbitrato intermedio che mutui la disciplina in parte dall'uno e in parte dall'altro. La diversità qualificante dell'arbitrato speciale, in ordine ai presupposti, è che la

clausola compromissoria di quest'ultimo, ove estesa a controversie verso gli amministratori, sindaci e liquidatori, è efficace nei confronti di costoro (i quali siano regolarmente insediati) senza necessità di accettazione da parte loro (art. 34, 4° comma). Proprio per tale ragione si comprende il perché del divieto che anche un solo arbitro possa essere nominato dalla società trattandosi infatti di clausola non approvata dagli amministratori e sindaci (in quanto tali) in sede di pattuizione di essa e la cui vincolatività è a loro imposta dalla legge per il solo fatto che essi abbiano accettato la carica, tale sbilanciamento in favore della società per controversie verso il loro in cui essa sia parte esige, come correttivo, la totale estraneità della società nella scelta, anche solo parziale, del collegio arbitrale. A ben vedere la particolarità dell'automatica estensione della clausola compromissoria ad amministratori, sindaci e liquidatori, non denota tanto una possibilità accessoria dell'istituto (come sembrerebbe enunciare letteralmente l'art. 34, 4° comma cit., sul punto da superare alla stregua delle prospettate esigenze di ordine sistematico, costituzionale e teleologico), ma ne costituisce elemento essenziale e qualificante, sicché l'adozione statutaria di una simile previsione è sintomatica dell'intento dei contraenti di volersi valere dello speciale istituto di cui agli artt. 34 segg. cit. Così chiarito che arbitrato di diritto comune e arbitrato endosocietario sono istituti coesistenti e alternativamente adottabili in sede di approvazione della clausola compromissoria, e non già istituti tra loro confliggenti, risultano non pertinenti le osservazioni del Tribunale sul carattere inderogabile della disciplina degli artt. 34 segg. cit, carattere desumibile anche dall'art. 41, 2° comma (sulle modalità di adeguamento degli statuti alle norme imperative in tema di arbitrato). L'inderogabilità opera infatti all'interno dello speciale istituto, impedendo, come si è detto, commistioni o deroghe alla disciplina per esso dettata, ma non impedisce alla parti (si come esse sono libere di non inserire una qualche clausola compromissoria o di prevedere un arbitrato irrituale) di utilizzare clausola compromissoria per arbitrato rituale di diritto comune. Ciò è appunto quanto si è verificato nell'atto costitutivo di società oggetto di esame, il quale non configge con il disposto dell'art. 34 cit, ma semplicemente si muove all'esterno di esso e su un diverso piano, e non incorre pertanto nella sanzione di nullità ivi prevista. Ne consegue l'inesistenza dell'addebito disciplinare contestato. – *Omissis*

### XXXIX.

*Omissis.* – La materia del contendere investe, ancorché sotto il profilo dell'illecito disciplinare in oggetto, una questione interpretativa dell'art. 34, 2° comma, D. Lgs. 17/1/03 n. 5, sul nuovo processo societario, nel quale articolo, dopo essersi prevista la possibilità di fare oggetto di clausola compromissoria le eventuali insorgende controversie tra soci ovvero tra soci e società vertenti su diritti disponibili, si dispone che «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». In particolare si controverte nella presente sede sulla validità di clausola compromissoria la quale adotti un diverso sistema di nomina degli arbitri, prevedendo, come nel caso concreto, un collegio di tre componenti nominati uno per ciascuno dai due contendenti ed il terzo dai primi due ovvero, in mancanza di accordo, dal Presidente dell'ordine dei dottori commercialisti. La citata clausola dispone altresì che «L'arbitrato sarà costituito in forma rituale e secondo quanto regolato dalle norme contenute nella legge 5/1/94 no 25» (trattasi delle modifiche alle norme del C.P.C. in tema di arbitrato). E' dunque evidente che la clausola in esame non ha inteso valersi dell'arbitrato di cui agli artt. 34 seg. del D. Lgs. n° 5/03 in parte modificandone la disciplina imperativa, bensì ha inteso prescindere totalmente dalla regolamentazione dell'arbitrato ivi prevista, e utilizzare per le controversie endosocietarie l'arbitrato rituale di diritto comune previsto dal codice di procedura civile. La tesi accolta dal Tribunale, qui oggetto di doglianza, si fonda sul presupposto che l'istituto regolato dagli artt. 34 segg. D. Lgs. n° 5/03 cit. sia l'unica forma consentita di arbitrato e di clausola compromissoria in materia endosocietaria, senza che sia possibile valersi dell'istituto codicistico, sicché le norme di quest'ultimo, ed in particolare le modalità di nomina degli arbitri che non rispettivo il citato disposto dell'art. 34, incorrerebbero necessariamente nella sanzione di nullità ivi prevista. Ritiene al contrario la Corte che gli artt. 34 segg. cit. abbiano unicamente inteso introdurre nell'ordinamento, per le controversie endosocietarie, un particolare tipo di arbitrato in base a clausola compromissoria, senza con ciò precludere alle parti di adottare alternativamente, in sede di statuto, clausole compromissorie per arbitrato rituale di diritto comune. Non paiono convincenti i contrari argomenti addotti dalla sentenza appellata. Il Tribunale ha sottolineato che l'esigenza di valorizzare in materia societaria una maggiore indipendenza del Collegio arbitrale dalla società cui si riferisce la lite nonché di ovviare al caso, di più frequente verifica in materia, in cui il rapporto litigioso sia plurilaterale (ipotesi questa, peraltro, attualmente disciplinata anche per l'arbitrato di diritto comune dall'art. 816 quater C.P.C. introdotto con D. Lgs. n° 40/06), sarebbe apparsa al legislatore di tale gravità da imporre l'introduzione di norme imperative ed inderogabili, con conseguente implicita esclusione della sopravvivenza, nello specifico settore, dell'arbitrato rituale codicistico. L'argomento, a giudizio della Corte, è inconcludente poiché prova troppo. Se l'intendimento del legislatore fosse stato di attribuire rilievo di ordine pubblico alle ragioni di cui sopra, ritenute particolarmente gravi in campo endosocietario, non si comprenderebbe perché lo stesso legislatore abbia invece lasciato sopravvivere in questa medesima materia l'arbitrato irrituale (al quale manifestamente non si riferisce la disciplina degli artt. 34 segg. cit., strutturata, anche attraverso richiami alle norme del codice, sul presupposto di un arbitrato rituale, sicché per l'arbitrato irrituale bene è tuttora possibile che la clausola compromissoria preveda la nomina degli arbitri col sistema c.d. binario). La sopravvivenza dell'arbitrato non rituale in materia endosocietaria è implicitamente, ma chiaramente, contemplata nell'art. 35, 5° comma, D. Lgs. n° 5/03 cit. Emerge dunque anzitutto un principio emeneutico di coerenza del sistema. Gli ampi e meno sindacabili poteri degli arbitri in arbitrato libero rendono ancora più pressante, rispetto all'arbitrato rituale, garantirne l'equidistanza dalle parti; e tuttavia, poiché deve ritenersi valida, come si è detto, la clausola compromissoria per arbitrato libero che preveda il sistema binario per la loro nomina, non si vede perché non sarebbe sopravvissuto in materia l'arbitrato rituale di diritto comune, il quale già di per sé presenta un grado più attenuato delle menzionate esigenze. Così come nel contratto di società è possibile inserire clausola compromissoria per arbitrato libero sulle controversie endosocietarie, non si vede perché dovrebbe ritenersi invece preclusa la libertà negoziale di usufruire di clausola compromissoria per arbitrato rituale di diritto comune.

D'altronde la legge delega appare appunto orientata, allo specifico riguardo, nel senso di prevedere l'aggiunta di un arbitrato speciale in materia endosocietaria, non già di consentire o imporre al legislatore delegato la soppressione per essa dell'arbitrato codicistico; una lettura costituzionalmente orientata, avuto riguardo all'art. 76 Cost., impone dunque di interpretare le norme in questione in conformità ai principi e criteri direttivi della legge delega. Sul punto, come condivisibilmente rileva la difesa degli appellanti, la legge delega di cui il D. Lgs. in esame ha costituito attuazione (art. 12, 3° comma 1. 3/10/01 n° 366), attribuiva all'esecutivo la facoltà di «prevedere la possibilità che gli statuti delle società commerciali contengano clausola compromissoria, anche in deroga agli artt.

806 e 808 del codice di procedura civile, per tutte o alcune fra le controversie societarie di cui al comma 1», dove l'espressione «prevedere la possibilità» implica di lasciar spazio all'autonomia negoziale in ordine non solo alla adozione o non di eventuali clausole compromissorie, ma anche alla scelta di adottarle o non in deroga all'arbitrato di diritto comune (al riguardo la formula concessiva «clausola compromissoria, anche in deroga agli artt. 806 e 808» è significativa di una facoltà al legislatore delegato di autorizzare la deroga statutaria alle norme codicistiche, non già di imporla). In tale senso, costituzionalmente corretto, è l'intendimento espresso in proposito nella Relazione ministeriale sul decreto legislativo in esame. In essa si enuncia che il tipo di arbitrato ivi previsto «*si sviluppa senza pretesa di sostituire il modello codicistico*» e si afferma che il nuovo istituto comprende «*numerose opzioni di rango processuale ... che appaiono assolutamente funzionali alla promozione della cultura dell'arbitrato endo-societario*»; il riferimento ad «opzioni di rango processuale» non può evidentemente riferirsi a facoltativi innesti delle disposizioni speciali su quelle dell'arbitrato comune, posto che la rubrica dell'art. 35 è formulata come «disciplina inderogabile del procedimento arbitrale»: la facoltatività riguarda dunque l'uso dello speciale arbitrato ex artt. 34 seg., unitariamente inteso, rispetto all'arbitrato di diritto comune, che continua a concorrere, in alternativa e senza commissioni, nella materia in questione e può trovare applicazione in f o p di clausola compromissoria di diritto comune. Non convincente è l'osservazione del Tribunale, secondo cui si giungerebbe in tal modo ad una interpretazione sostanzialmente abrogante degli artt. 34 seg. cit. per quanto attiene alla loro cogenza. In realtà l'arbitrato speciale endosocietario conserva una sua propria configurazione, che vale a differenziarlo da quello comune, sicché quest'ultimo non si sovrappone ai menzionati articoli rendendoli inoperanti o attenuandone il carattere imperativo: i due istituti invece coesistono alternativamente, a scelta dei contraenti, ciascuno su presupposti diversi, rimanendo unicamente vietato creare un arbitrato intermedio che mutui la disciplina in parte dall'uno e in parte dall'altro. La diversità qualificante dell'arbitrato speciale, in ordine ai presupposti, è che la clausola compromissoria di quest'ultimo, ove estesa a controversie verso gli amministratori, sindaci e liquidatori, è efficace nei confronti di costoro (i quali siano regolarmente insediati) senza necessità di accettazione da parte loro (art. 34, 4° comma). Proprio per tale ragione si comprende il perché del divieto che anche un solo arbitro possa essere nominato dalla società trattandosi infatti di clausola non approvata dagli amministratori e sindaci (in quanto tali) in sede di pattuizione di essa e la cui vincolatività è a loro imposta dalla legge per il solo fatto che essi abbiano accettato la carica, tale sbilanciamento in favore della società per controversie verso il loro in cui essa sia parte esige, come correttivo, la totale estraneità della società nella scelta, anche solo parziale, del collegio arbitrale. A ben vedere la particolarità dell'automatica estensione della clausola compromissoria ad amministratori, sindaci e liquidatori, non denota tanto una possibilità accessoria dell'istituto (come sembrerebbe enunciare letteralmente l'art. 34,4° comma cit., sul punto da superare alla stregua delle prospettate esigenze di ordine sistematico, costituzionale e teleologico), ma ne costituisce elemento essenziale e qualificante, sicché l'adozione statutaria di una simile previsione è sintomatica dell'intento dei contraenti di volerli valere dello speciale istituto di cui agli artt. 34 segg. cit. Così chiarito che arbitrato di diritto comune e arbitrato endosocietario sono istituti coesistenti e alternativamente adottabili in sede di approvazione della clausola compromissoria, e non già istituti tra loro configgenti, risultano non pertinenti le osservazioni del Tribunale sul carattere inderogabile della disciplina degli artt. 34 segg. cit. carattere desumibile anche dall'art. 41,2° comma (sulle modalità di adeguamento degli statuti alle norme imperative in tema di arbitrato). L'inderogabilità opera infatti all'interno dello speciale istituto, impedendo, come si è detto, commissioni o deroghe alla disciplina per esso dettato, ma non impedisce alla parti (si come esse sono libere di non inserire una qualche clausola compromissoria o di prevedere un arbitrato irrituale) di utilizzare clausola compromissoria per arbitrato rituale di diritto comune. Ciò è appunto quanto si è verificato nell'atto costitutivo di società oggetto di esame, il quale non configge con il disposto dell'art. 34 cit., ma semplicemente si muove all'esterno di esso e su un diverso piano, e non incorre pertanto nella sanzione di nullità ivi prevista. Ne consegue l'inesistenza dell'addebito disciplinare contestato. – *Omissis*

## XL.

*Omissis*. – Si dà atto che la presente sentenza viene redatta in forma abbreviata ai sensi dell'art 16 comma quinto d.lgs. 5/2003. La Isoltecnica S.r.l. ha agito monitoriamente nei confronti di Pelosi Filippo e Galliani Maria Bruna, soci della predetta società fino al 18 giugno 2004. per il pagamento della somma di € 48.055,18.= a carico di ciascuno asseritamente dovuta a titolo di debito sociale per acconto sui dividendi regolarmente iscritto nei bilanci degli anni 2002 e 2003. Gli ingiunti hanno proposto opposizione al decreto ingiuntivo eccedendo preliminarmente l'improponibilità della domanda alla luce della clausola compromissoria per arbitrato irrituale contenuta nell'art. 27 dello statuto societario, che prevede la nomina di tre arbitri dei quali uno ciascuno nominato dalle parti ed il terzo designato dagli arbitri così nominati. L'assunto è infondato. Come ritenuto dalla prevalente anche se non unanime giurisprudenza, (v. tra le altre Trib. Milano, 25 giugno 2005 [cit. in nota]; Trib. Catania, 26 novembre 2004 [cit. in nota]), le clausole statutarie che come quella che rileva nella fattispecie attribuiscono ad un intraneo alla compagine la nomina degli arbitri e che non abbiano ricevuto adeguamento ai nuovi principi previsti per l'arbitrato societario dall'art. 34 d.lgs. 5/2003 entro il termine del 30 settembre 2004 sono da ritenersi nulle. L'art. 223 bis disp. att. c.c. introdotto dal d.lgs. 5/2003 impone infatti l'adeguamento dell'atto costitutivo e dello statuto alle nuove disposizioni inderogabili dettate dal citato decreto. A sua volta l'art. 34 del d.lgs. 5/2003 al primo comma consente di devolvere ad arbitri le controversie insorgenti tra soci ovvero tra i soci e la società ed impone al secondo comma a pena di nullità che il potere di nomina degli arbitri venga devoluto a soggetto estraneo alla società. Appare evidente che la disposizione che prevede che la nomina degli arbitri sia devoluta a soggetto estraneo alla società ha natura inderogabile, essendo prevista sotto pena di nullità, e che lo statuto sociale debba essere conseguentemente adeguato in parte qua ai sensi del primo comma dell'art. 223 bis att. cc. L'orientamento giurisprudenziale che, fondandosi sul dato letterale dell'art. 34 del d. lg. 5/2003 nella parte in cui prevede che gli atti costitutivi delle società possano prevedere la devoluzione ad arbitri delle controversie, giunge a ritenere che accanto all'arbitrato societario coesista un tipo di arbitrato comune regolato dal codice di rito e che trarrebbe fonte da clausole compromissorie non adeguate alle nuove disposizioni non appare in alcun modo convincente. Il riferimento al "possono" di cui all'art. 34 primo comma d.lgs. 5/2003 è infatti chiaramente volto a consentire la libertà per la società di scegliere per la definizione delle controversie la via arbitrale in alternativa a quella giurisdizionale, ma una volta compiuta tale scelta è necessario a norma del successivo secondo comma osservare le disposizioni inderogabili ivi previste senza alcuna eccezione. La clausola compromissoria contenuta nell'art. 27 dello statuto societario deve pertanto essere dichiarata nulla. – *Omissis*.

## XLI.

*Omissis.* – Né può ritenersi la nullità dell'anzidetta clausola in base al disposto di cui all'art. 34 co. 2° D.lgs 17/01/03 n. 5. Il Collegio conosce la non uniformità degli orientamenti dottrinari e giurisprudenziali sulla obbligatorietà o meno per le società preesistenti alla riforma dell'aggiornamento degli statuti con l'introduzione dell'arbitrato endosocietario pena la decadenza delle vecchie clausole compromissorie. Ritiene tuttavia che le anzidette clausole debbano invece essere considerate ultra attive. In primo luogo va infatti sottolineato che la relazione ministeriale al decreto legislativo introduttivo dell'arbitrato endosocietario chiarisce che la riforma introduce una specie arbitrale "che si sviluppa senza pretesa di sostituire il modello codicistico (naturalmente ultra attivo anche in materia societaria)". In secondo luogo va sottolineato che opinando diversamente si avrebbe la conseguenza, con evidenti profili di incostituzionalità, di una disparità di trattamento fra le società sottoposte alle nuove norme sull'arbitrato e quelle che lo stesso art. 34 del 17/1/03 n. 5 esclude dal suo ambito di applicazione. In terzo luogo non depone nel senso dell'obbligatorietà la rubrica dell'art. 35 del d.lgs 17/1/03 n. 5: "Disciplina inderogabile del procedimento arbitrale". Invero detta inderogabilità va intesa nel senso che la stessa debba ritenersi sussistente se e in quanto le parti decidano di avvalersi del nuovo arbitrato continuando in difetto a trovare applicazione la normativa preesistente. D'altro canto non può dedursi un obbligo di adeguamento delle clausole compromissorie dagli artt. 223 bis e 223 duodecies disp. att. c.c. in quanto dette norme fanno riferimento alle nuove disposizioni inderogabili mentre l'art. 34 del D.lgs 17/01/03 n. 5, nel prevedere che gli atti costitutivi "possono" e non debbono prevedere la devoluzione ad arbitri, non è norma inderogabile ai fini della applicabilità delle anzidette disposizioni di attuazione. – *Omissis.*

## XLII.

*Omissis.* – Parte attrice ha tuttavia sollevato la questione della validità e della efficacia della clausola compromissoria per arbitrato irrituale, di cui all'art. 16 Statuto sociale, in relazione al disposto di cui all'art. 34, co. II, d.lgs n. 5/2003, e della sua applicabilità a partire dal 1° gennaio 2004, in virtù dell'art. 43 d.lgs cit., e comunque della eventuale sopravvenuta sua nullità, a far data dal 30/9/2004, per effetto dell'art. 223 bis disp. trans. c.c. Essa ha cioè rimarcato il dubbio che, in considerazione dell'accentuata giurisdizionalizzazione della tutela arbitrale irrituale, e comunque della sempre più evidente assimilazione di effetti tra arbitrato rituale ed irrituale (cfr., ex plurimis, Cass., sez. I, 4 giugno 2003, n. 8910, in Giust. civ. Mass. 2003, f. 6), nonché della posizione sistematica dell'art. 35 d.lgs n. 5/2003, la disposizione di cui all'art. 34, co. II, d.lgs citato, che sancisce, "a pena di nullità", che la clausola compromissoria debba conferire in ogni caso il potere di nomina di tutti gli arbitri ad un soggetto estraneo alla società, sia da riferire anche alla clausola compromissoria per arbitrato irrituale, con la conseguenza che la clausola compromissoria di cui si controverte, non adeguata alla disciplina imperativa sopravvenuta, dovrebbe ritenersi nulla. Sennonché, aderendo ad altro indirizzo interpretativo (per il quale vd. Trib. Bari, 3 febbraio 2006, in [www.giurisprudenzabarese.it](http://www.giurisprudenzabarese.it)), deve escludersi che la nullità della clausola compromissoria possa inferirsi in ragione del disposto di cui all'art. 34, co. II, d.lgs n. 5/2003. Invero, la nuova forma di arbitrato societario si caratterizza per il fatto che la nomina degli arbitri, a pena di nullità della clausola, dev'essere affidata ad un soggetto estraneo alla società, alla cui eventuale inattività può supplire solo il presidente del tribunale del luogo in cui la società ha la sede legale. Questo tratto, volto ad assicurare la terzietà degli arbitri, è strumentale rispetto all'ampiezza di poteri loro conferiti, potendo essi risolvere, sia pure incidentalmente, questioni che, diversamente, non potrebbero costituire oggetto di giudizio arbitrale; e potendo essi concedere cautelarmene la sospensione della deliberazione assembleare, oggetto della domanda di annullamento. A fronte, però, di questi ampi poteri, gli arbitri devono decidere secondo diritto, anche se la clausola li autorizzasse ad usare criteri di equità, quando abbiano conosciuto di questioni non compromettibili, ovvero quando l'oggetto del giudizio sia costituito dalla validità di delibere assembleali (art. 36). Orbene, sul piano processuale, si è osservato che, venendo in considerazione norme (quelle sull'arbitrato societario) che "fanno eccezione a regole generali o ad altre leggi", e che pertanto, ai sensi dell'art. 14 disp. prel. "non si applicano oltre i casi e i tempi in esse considerati", esse vanno circoscritte alle ipotesi espressamente considerate, e sono prive di una forza espansiva tale da farle ritenere applicabili ad ogni tipo di arbitrato. Sul piano sostanziale, rilevante per ciò che la clausola compromissoria costituisce clausola contrattuale, si è poi rilevata, con riguardo al profilo dell'invalidità dei negozi giuridici, la dubbia configurabilità di una sorta di invalidità sopravvenuta, scaturente cioè dal mancato adeguamento in termini delle clausole compromissorie originariamente contenute negli statuti societari al jus superveniens costituito, appunto, dalla disciplina dettata dall'art. 34 citato, peraltro di dubbia applicabilità anche alle società di persone. La portata precettiva dell'art. 34 d.lgs 17 gennaio 2003, n. 5, è stata individuata, allora, nell'aver aggiunto all'arbitrato ordinario di cui agli artt. 806 - 831 c.p.c. una distinta forma di arbitrato societario. Si è a tal fine convincentemente rilevato che "La nuova legge offre ai soci e alle società la nuova istituzione, che rappresenta però per la loro autonomia un limite, che può giustificarsi solo se si riconosce che il nuovo modello arbitrale concorre con quello tradizionale, in maniera che il suo impiego costituisca una scelta libera dei soggetti interessati. Se, invece, la nuova forma arbitrale fosse interpretata come esclusiva di quella tradizionale, si potrebbe dubitare della sua costituzionalità, sul rilievo che essa fa alle società commerciali e ai loro soci un trattamento diverso ed irrazionale rispetto a quello riservato dalle norme generali a tutti gli altri soggetti di diritto". E tuttavia, condivisa la suesposta ricostruzione, si deve di necessità concludere nel senso che la disposizione di cui all'art. 35, co. V, d.lgs n. 5/2003, che contempla appunto la possibilità della tutela cautelare pur in presenza di una clausola compromissoria per arbitrato irrituale, lungi dal costituire regola applicabile a tutte quante le forme di arbitrato irrituale, trova applicazione esclusiva nell'ambito del particolare arbitrato societario introdotto dall'art. 34 d.lgs citato. Ne consegue che, dovendosi applicare al caso di specie la clausola compromissoria disciplinata dall'art. 16 dello Statuto, costruita in osservanza delle norme processuali e sostanziali generali, la domanda attorea risulta improponibile, per avere i soci rinunciato alla giurisdizione. – *Omissis.*

## XLIII.

Motivazione reperibile sulla rivista di pubblicazione.

#### XLIV.

*Omissis.* – In via preliminare, come rilevato nel decreto *ex art.* 12 d.lgs. n. 5 del 2003, va affrontato il profilo della validità della clausola compromissoria di cui al titolo IX dello statuto della società Immobiliare Stella in liquidazione. Tale clausola, redatta in epoca ben anteriore all'entrata in vigore della riforma, recita: «[t]utte le controversie fra i soci e la Società, fra i soci e l'Assemblea, fra i soci e gli amministratori e i liquidatori dovranno essere devolute al giudizio di tre arbitri, amichevoli compositori, da nominarsi d'accordo fra i contendenti, e in caso di disaccordo dal Presidente del Tribunale competente per Foro, mediante decreto su ricorso della parte più diligente, da notificarsi all'altra parte». In primo luogo, va acclarata la natura della clausola compromissoria in oggetto, estremamente ampia e non contenente un esplicito richiamo al tipo di arbitrato che si intende far valere. È infatti noto che la differenziazione tra l'arbitrato rituale e l'arbitrato irrituale corre sul crinale della dicotomia giudizio-contratto (criterio recepito nella costante giurisprudenza di legittimità, in questi termini *ex plurimis* Cass. 4347/1997 [in *Mass. Foro it.*, 1997, 401; Cass. 833/1999 [ivi, 1999, 127]): con l'arbitrato rituale si demanda agli arbitri l'esercizio di un potere decisorio alternativo e sostitutivo rispetto a quello del giudice ordinario, destinato a sfociare in una pronuncia alla quale l'ordinamento attribuisce efficacia corrispondente a quella della sentenza del giudice togato, mentre con l'arbitrato irrituale le parti incaricano congiuntamente gli arbitri, quali loro mandatari, di porre in essere il contenuto di un contratto (con contenuto di contratto di transazione o di accertamento negoziale), il quale, con la sua tipica efficacia convenzionale (artt. 1321 e 1372 c.c.), definirà la controversia in forza dell'autonomia negoziale delle medesime; da ciò discende anche un diverso regime di rimedi esperibili contro le decisioni nell'una e nell'altra sede emanate, individuati rispettivamente nell'impugnazione per nullità di cui agli art. 827 e ss. c.p.c. e nell'azione di annullamento per vizi rilevanti in sede contrattuale. Orbene, nel caso di specie ci si trova di fronte ad una clausola compromissoria indubbiamente devolutiva di un arbitrato rituale: l'interpretazione del contenuto della convenzione compromissoria, involgendo la ricerca della comune intenzione delle parti, passa innanzitutto per l'accertamento del significato semantico degli strumenti lessicali utilizzati. La clausola in esame presenta quali elementi essenziali per l'individuazione dell'arbitrato rituale: *a)* il riferimento al "giudizio" sulle "controversie" che insorgeranno tra le parti - dato caratterizzante la funzione del giudice *super partes* e non del mandatario incaricato dalle parti di ricercare un accordo negoziale, eventualmente di natura conciliativa o transattiva; *b)* le modalità stabilite per la nomina degli arbitri, che ricalcano - con il previsto ricorso all'autorità giudiziaria in caso di disaccordo tra le parti - quelle indicate dall'art. 810 c.p.c. Si tratta di indici significativi della giurisdizionalità dell'attività demandata all'arbitro, congruenti all'esercizio del giudicare, e al risultato di un giudizio (Cass. 833/1999 [cit.]; Cass. 7520/2001 [in *Foro it.*, 2001, I, 3636]). D'altra parte, non vale a smentire la qualificazione come arbitrato rituale il solo riferimento agli arbitri come amichevoli compositori, da intendersi come clausola di stile o al più come attributiva del potere di decidere secondo equità (Cass. 3504/1994 [in *Mass. Foro it.*, 1994, 314]). Inoltre, le stesse parti in giudizio sottintendono il riferimento all'arbitrato rituale e significativamente solo l'attore, in sede di comparsa conclusionale e peraltro in via dubitativa, non esclude la possibilità di qualificare l'arbitrato come irrituale. In secondo luogo, risulta palese che la clausola non rispetta i dettami della riforma del diritto societario processuale, *sub specie* di nomina degli arbitri da parte di un terzo estraneo alla compagine sociale. Si tratta allora di stabilire, alla stregua del nuovo impianto normativo contenuto nel d.lgs. n. 5 del 2003, se tale clausola è ultrattiva o nulla; altra questione consequenziale è quella del rapporto tra modello arbitrale speciale (c.d. societario) e codicistico (c.d. di diritto comune). In particolare, sul rapporto corrente tra i due modelli si sono confrontati in dottrina e giurisprudenza due filoni: l'uno opta per la coesistenza dei due tipi di arbitrato; l'altro individua nell'arbitrato "endosocietario" l'unica forma di arbitrato oggi configurabile in tale materia, con preclusione per le parti del ricorso al modello codicistico. L'orientamento assunto dal Tribunale di Bologna (tra le altre v. Trib. Bologna 25 maggio 2005, est. Filati, [cit. in nota]; 22 novembre 2005, est. Guidotti [cit. in nota]; 9 maggio 2007, est. Atzori [cit. in nota]) si è attestato sulla tesi della ultrattività delle clausole compromissorie di diritto comune stipulate antecedentemente alla riforma del processo societario e non conformate alla nuova disciplina, giusta la previsione dell'art. 41 [secondo] comma. Un unico e recentissimo precedente (Trib. Bologna, 6 novembre 2007, est. Gilotta [a quanto consta inedita: n.d.r.]) ha invece fatto propria la tesi dell'esclusività del nuovo arbitrato endosocietario. Questo Collegio ritiene di seguire la tesi cd. del doppio binario, aderendo all'orientamento maggioritario in seno a questo Tribunale, per le ragioni che si andranno a esporre. Per dipanare le fila della questione, conviene prendere le mosse dall'art. 34, [secondo] comma [, del] d.lgs. n. 5 del 2003, a norma del quale la clausola compromissoria statutaria «deve prevedere il numero e le modalità di nomina degli arbitri a soggetto estraneo alla società, conferendo in ogni caso, a pena di nullità, il potere di nomina di tutti gli arbitri a soggetto estraneo alla società». In particolare, si deve rilevare che la sottrazione alle parti del potere di nomina arbitrale e il conferimento dello stesso a soggetto estraneo alla società è sancita a pena di nullità della clausola. Rispetto agli effetti di tale nullità vanno confrontate le due teorie che si contendono il campo. Per la tesi della concorrenza (ribadita anche di recente dalla Corte d'Appello di Torino, 17 luglio - 4 settembre 2007 [cit. in nota]), la clausola, nulla ai sensi dell'art. 34 secondo comma e come tale inidonea a determinare l'instaurazione di un arbitrato speciale, è invece valida come clausola compromissoria di diritto comune e vincolante per le parti. Secondo la teoria dell'esclusione, invece, l'unico modello arbitrale attualmente previsto dal legislatore per le controversie rientranti nell'ambito di applicazione dell'art. 34 è quello disciplinato dal d. lgs: pertanto la nullità della clausola compromissoria difforme comporta l'impossibilità di devolvere la questione agli arbitri, sulla quale torna ad avere la giurisdizione il giudice dello Stato. Tale teoria non risulta accettabile nella sua drasticità, perché senza il conforto di alcun indice normativo univoco, come si dimostrerà, finisce per annullare l'autonomia dei privati, chiaramente espressasi in senso favorevole alla cognizione arbitrale. I fautori di essa utilizzano come addentellati normativi essenzialmente gli artt. 41, secondo comma; 34 secondo comma e 35 d.lgs. n. 5 del 2003. Il principale argomento utilizzato riposa sull'interpretazione dell'art. 41, secondo comma. Esso recita: «[a]lle modifiche deliberate a norma degli artt. 223 *bis* e 223 *duodecies* delle disposizioni di attuazione del codice civile, per adeguare le clausole compromissorie preesistenti alle disposizioni inderogabili del presente decreto legislativo non si applica l'art. 34, comma [sesto]». Secondo quanto si legge nella sent. 6 novembre 2007 del Tribunale di Bologna, «l'art. 41 se interpretato secondo il significato che deriva dalla sua positiva formulazione, pone un obbligo di adeguamento delle clausole compromissorie alle sue disposizioni inderogabili». In realtà, pur rimanendo sul piano dell'interpretazione letterale, si può trarre dalla disposizione, certo di non cristallina formulazione, un'altra lettura, che ha il pregio di non rendere dirompente il passaggio dal vecchio al nuovo sistema. In quest'ottica l'art. 223 *bis* disp. att. c.c., che sancisce un obbligo di adeguamento, mitigandolo con maggio-

ranze semplici, va riferito alle sole norme inderogabili di tipo sostanziale, inserite dal d.lgs. n. 6 del 2003; tale lettura restrittiva è ancor più coerente se si considera che gli stessi artt. 223 *bis* e *duodecies* fanno parte delle disposizioni transitorie del codice civile. Questa interpretazione pare confermata anche dall'ultimo comma dell'art. 223 *bis* [disp. att. c.c.], l'unico che faccia richiamo ai «decreti legislativi attuativi della legge 3 ottobre 2001, n. 366», contemplando in questo caso una facoltà e non un obbligo di adeguamento. A conforto di quanto fin qui opinato, vale anche il rilievo che, se il richiamo dell'art. 223 *bis* [disp. att. c.c.] non fosse limitato alle sole norme sostanziali, si creerebbe una discrasia nella disciplina applicabile alle società di persone rispetto alle società di capitali: per le prime varrebbe l'ultrattività delle clausole compromissorie preesistenti, mentre tali clausole sarebbero colpite da nullità se inserite nello statuto di società di capitali. Questa disparità di regime priva di una ragionevole giustificazione, rischierebbe di incorrere in un rilievo di incostituzionalità. Analoghe considerazioni possono poi estendersi all'art. 223 *duodecies* [disp. att. c.c.]. Alla stregua di tale interpretazione degli artt. 223 *bis* e *duodecies* [disp. att. c.c.], l'art. 41, secondo comma, d.lgs. n. 5 del 2005 non reca alcun elemento da cui ricavare un obbligo di adeguamento delle vecchie clausole: infatti in tal senso non è il rinvio agli artt. 223 *bis* e *duodecies* [disp. att. c.c.] che non contengono quell'obbligo; neppure può essere utilizzato il riferimento alle «disposizioni inderogabili del presente decreto legislativo», in quanto vale a limitare la portata del richiamo all'art. 223 *bis* [disp. att. c.c.] che distingue tra norme derogabili e inderogabili, alle sole previsioni di questo ultimo tipo. Da quanto esposto deriva che l'onere delle società di adeguare i propri statuti alle disposizioni inderogabili, previsto dagli artt. 223 *bis* e *duodecies* [disp. att. c.c.], vale solo per le disposizioni che acquistano il carattere di inderogabilità per aver le società optato per il nuovo regime arbitrale. Senza il ricorso a tale opzione, non viene in gioco alcuna disposizione inderogabile da applicare. Oltre a quella propugnata vi è un'interpretazione estrema dell'art. 41, secondo comma, per la quale il rinvio agli artt. 223 *bis* e *duodecies* [disp. att. c.c.] vale solo per le maggioranze senza alcun riferimento a limiti temporali, cosicché se l'arbitrabilità continua ad essere prevista, seppure secondo modalità diverse, non si verifica quella discontinuità che giustifica la disciplina dell'art. 34, sesto comma [del d.lgs. n. 5/03] per le clausole introduttive o soppressive. Anche senza voler addivenire a tali conclusioni, il senso della norma è quello di agevolare il trapasso dal vecchio al nuovo sistema, escludendo l'applicabilità dell'art. 34, sesto comma, [del] d.lgs. n. 5 del 2003, alle ipotesi in cui le società abbiano optato per l'adeguamento della propria clausola compromissoria alle nuove disposizioni per fruire dei vantaggi offerti dalla nuova disposizione (quali l'estensione dell'ambito delle controversie compromettibili, l'attribuzione agli arbitri della competenza in materia cautelare o l'efficacia del lodo nei confronti dell'intera compagine sociale). Ne consegue che, trascorso quel termine, anche le modifiche delle clausole, oltre che la loro introduzione e soppressione, soggiacciono alle condizioni dettate dall'art. 34, sesto comma, [del] d.lgs. n. 5/03]: le modifiche dell'atto costitutivo, introduttive o soppressive di clausole compromissorie, devono essere approvate dai soci che rappresentino i due terzi del capitale sociale, con il conseguente diritto dei soci dissenzienti di recedere dalla società. Ancora, va sottolineata la mancanza del divieto di iscrिवibilità nel registro delle imprese delle società di capitali i cui statuti contrastino con l'art. 34 [del] d.lgs. n. 5 del 2003, diversamente da quanto prevede l'art. 223 *bis*, sesto comma, [disp. att. c.c.] per le clausole difformi dalle prescrizioni dettate nel d.lgs. n. 6 del 2003, argomento che depone in senso favorevole a configurare solo un onere per le società e non un obbligo di adeguamento delle proprie clausole compromissorie statutarie. Quanto all'inderogabilità di cui alla rubrica dell'art. 35, essa può essere considerata come una caratteristica intrinseca della normativa di diritto societario, che non ammetterebbe un'applicazione frazionata delle previsioni di cui agli artt. 34 e ss., essendo le une inscindibilmente collegate alle altre. Ad essere derogabile è pertanto l'arbitrato endosocietario, ma non il *corpus* di norme che danno vita a questa *species* di arbitrato, che produce i suoi effetti solo a condizione che sia rispettata l'intera disciplina, prevista dagli artt. 34 e ss. La tesi fin qui esposta è temperata nella sua assolutezza da coloro che fanno applicazione della nullità parziale di cui all'art. 1419, comma secondo, c.c. e del meccanismo sostitutivo della clausola nulla con altra previsione legale, sia nell'ipotesi in cui le parti abbiano stabilito una diversa modalità di nomina, sia nel caso in cui non abbiano stabilito nulla. Tale prospettazione si basa sull'assunto che l'inciso a pena di nullità non si riferisca all'intera clausola compromissoria, bensì alla sola indicazione del soggetto investito del potere di nomina, in quanto lo scopo della norma è di sottrarre la nomina degli arbitri alle parti e non di imporre come contenuto della clausola l'individuazione del soggetto terzo incaricato della nomina; in tal caso, il potere di nomina ricadrebbe sul Presidente del Tribunale, mentre si applicherebbe per il resto la disciplina del procedimento societario (Trib. Torino, 27 novembre 2004 [cit. in nota]). Orbene, questa strada ha l'indubbio pregio di evitare che le parti, pur essendosi espresse in favore di un modello di composizione delle liti alternativo, si trovino costrette ad adire l'autorità giudiziaria ordinaria, come accadrebbe se si considerasse la clausola compromissoria di diritto comune irrimediabilmente nulla, ma non è soddisfacente per altri motivi. Tale tesi, infatti, non tiene conto che l'operatività dell'art. 1419, secondo comma, c.c. implica l'imperatività della norma sostitutiva; come è noto, tale norma prevede che la nullità di singole clausole contenute in un contratto non determina la nullità dell'intero contratto, se le pattuizioni invalide sono sostituite di diritto da norme imperative. Alcuni autori ravvisano negli artt. 809 e 810 c.p.c. tale norma sostitutiva, considerando quindi possibile ricorrere al Presidente del luogo ove ha sede l'arbitrato. Si obietta per contro che tale norma ha natura suppletiva e non cogente. A fronte di ciò altri autori propendono per l'individuazione nello stesso secondo comma dell'art. 34 della norma sostitutiva, nella parte in cui prevede che, in caso di omessa designazione da parte del terzo della nomina degli arbitri, vi possa provvedere il Presidente del Tribunale del luogo in cui la società ha la sede legale. Valgono anche per questa ipotesi le obiezioni, insuperabili, mosse alla precedente: si tratta pur sempre di una norma a carattere residuale e suppletivo. Pare allora preferibile la tesi del doppio binario. Essa innanzitutto ha il pregio di far salva interamente la volontà delle parti: se le parti hanno adottato un meccanismo di nomina arbitrale di diritto comune, sia la nullità totale di tale clausola, con conseguente devoluzione della controversia all'autorità giudiziaria ordinaria, sia la nullità parziale, con conferimento del potere di nomina degli arbitri al Presidente del Tribunale, finiscono rispettivamente per annullare o modificare la volontà delle parti. In particolare, la nomina degli arbitri da parte di un terzo costituisce il fulcro imprescindibile per l'operatività dell'intera disciplina dell'arbitrato endosocietario, cosicché costituisce una forzatura delle volontà delle parti applicare tale nuova disciplina, pur non avendo le stesse nominato un soggetto terzo quale designatore degli arbitri; costui funge infatti da contrappeso e garanzia agli ampliati effetti che dall'applicazione della disciplina dell'arbitrato endosocietario discendono (primo fra tutti, l'efficacia vincolante del lodo nei confronti di tutti i soci e della società e la facoltà riconosciuta di spiegare intervento). Come è stato correttamente rilevato in dottrina, i limiti dell'autonomia privata, per il loro carattere eccezionale, devono essere espressi, tanto più in un contesto, quale quello della riforma societaria, che ha aperto un ampio spazio all'autonomia privata. Basti pensare in via esemplificativa alla vasta autonomia statutaria riconosciuta alle s.r.l. dal legislatore del d.lgs. n. 6 del 2003 sotto il profilo dell'organizzazione corporativa e nelle scelte relative alla formazione della volontà sociale. Invero, oltre le ragioni di tipo interpretativo fin qui enunciate, anche ragioni di tipo dogmatico e sistematico fanno propendere per la tesi che ammette l'opzione tra la clausola compromissoria statutaria per arbitrato societario e la clausola compromissoria statutaria per arbitrato di diritto comune. In partico-

lare, la nullità è un vizio genetico dell'accordo delle parti, calibrata sulla situazione di fatto e diritto esistente al momento della stipulazione del contratto. Pertanto, una sopravvenuta previsione di nullità che travolga gli effetti di accordi negoziali validamente perfezionatisi deve ricavarsi da un'espressa disposizione di legge, ovvero dalla sopravvenuta contrarietà a principi e valori assunti come fondamentali dall'ordinamento. Né si rinviene nell'intero articolato del d.lgs. n. 5 del 2003 alcuna norma che deroghi, ai sensi dell'art. 11 disp. prel. c.c., al principio generale della irretroattività delle modifiche legislative. Pertanto, in difetto di una norma che sancisca espressamente la nullità delle clausole arbitrali statutarie preesistenti all'entrata in vigore del succitato decreto, non si può che affermare l'ultrattività di dette clausole. Questa conclusione viene corroborata dalla natura sostanziale della clausola compromissoria: infatti, ben diversa è la disciplina di tipo processuale che soprassiede al compimento dei vari atti procedurali rispetto alla tematica delle norme sostanziali dettate in materia di invalidità dei negozi giuridici; la clausola compromissoria, determinando per volontà delle parti la devoluzione agli arbitri, anziché ai giudici, della risoluzione di liti, ha natura contrattuale e come tale è soggetta alla legge vigente al momento della sua stipulazione. In questo senso è orientata anche la giurisprudenza di legittimità (Cass., 3 giugno 1982, n. 3425 [in *Mass. Foro it.*, 1982, 719]; Cass., 1 agosto 1987, n. 6667 [ivi, 1987, 1134]; Cass., 15 gennaio 1996, n. 266 [ivi, 1996, 26]), che prescrive di valutare i requisiti di validità con riguardo alla legge del tempo della stipulazione. Ciò in quanto il legislatore, nell'esercizio del suo potere discrezionale, resta libero di disciplinare diversamente la disciplina del contratto, modificando gli effetti da esso discendenti, ma non può determinarne la nullità sopravvenuta, invalidando un atto *ab origine* valido. Del resto, la distinzione tra legge applicabile alla stipulazione della clausola convenzionale e legge disciplinante invece il procedimento arbitrale informa anche il regime intertemporale contenuto nel d.lgs. n. 40 del 2006 recante la riforma dell'arbitrato comune: a norma dell'art. 27, terzo comma, alla convenzione d'arbitrato si applicano infatti le norme vigenti nel momento della sua stipulazione, mentre ai sensi dell'art. 27, quarto comma, ai procedimenti arbitrali instaurati dopo l'entrata in vigore del decreto si applica la novella. Questo principio generale è passibile di due deroghe: l'una riguarda una espressa statuizione in tal senso che, come detto, difetta, in quanto dal combinato disposto degli artt. 41, secondo comma, d.lgs. n. 5 del 2003 e 223 *bis* disp. att. c.c. non si ricava, per quanto già esposto, alcuna previsione risolutiva dell'efficacia delle clausole. L'altra riguarda l'illiceità sopravvenuta: è ben possibile configurare una sopravvenuta illiceità dell'oggetto, ma tale illiceità non può ravvisarsi in tutti i casi di contrasto con una norma sopravvenuta, sia pure avente carattere inderogabile. A conferma, il legislatore e la stessa giurisprudenza costituzionale si sono dimostrati restii all'applicazione retroattiva dell'invalidità: è stata così esclusa l'applicabilità della norma novellata alle fideiussioni *omnibus* prestate anteriormente all'entrata in vigore della l. n. 154 del 1992, così come il d.l. n. 394 del 2000 convertito con l. n. 24 del 2001 ha chiarito che l'art. 1815 c.c., il quale commina la nullità per le clausole che prevedono la corresponsione di interessi moratori, opera soltanto per le pattuizioni successive all'introduzione della norma. Esclusa l'incidenza di una nullità sopravvenuta sulle clausole preesistenti, ulteriori argomenti di carattere sistematico consigliano di sposare la tesi della concorrenza tra arbitrato comune e societario. Innanzitutto, non si può non tener conto della volontà negoziale, manifestata dalle parti in modo inequivoco nella clausola, di sottrarre alla cognizione dell'autorità giurisdizionale le controversie ivi elencate; tale volontà è anche coerente con la *ratio* della disciplina dell'arbitrato societario, in quanto la stessa deve essere intesa come volta ad accentuare i profili privatistici di risoluzione delle controversie societarie, in forme alternative rispetto alla giurisdizione statale, affiancando un nuovo e penetrante strumento in favore delle parti che intendano avvalersene, senza sostituirsi, bensì aggiungendosi alla disciplina ordinaria. Tale assunto trova conferma nella stessa Relazione al decreto delegato, secondo cui la nuova normativa «contribuisce alla creazione di una compiuta *species* arbitrale, che si sviluppa senza la pretesa di sostituire il modello codicistico (naturalmente ultrattivo anche in materia societaria)» e ancora il nuovo istituto comprende «opzioni di rango processuale che appaiono assolutamente funzionali alla promozione della cultura dell'arbitrato endosocietario»; tale facoltatività, atteso che non sono ammessi innesti della disciplina dell'arbitrato societario su quello comune, non può che riferirsi all'uso dell'arbitrato speciale rispetto all'arbitrato di diritto comune. Infine l'art. 34, primo comma, ove dispone che «gli atti costitutivi delle società possono prevedere la devoluzione ad arbitri di alcune ovvero di tutte le controversie», prevede per le parti una semplice facoltà, rimettendo ad esse la scelta del modello da adottare. Pertanto dal tenore della clausola compromissoria inserita nello statuto deve desumersi la scelta operata dalle parti nel senso dell'arbitrato societario oppure di quello comune, con applicazione del regime di cui agli artt. 34 e ss. se risulta che le parti abbiano inteso conseguire gli effetti tipici del primo tipo di arbitrato. Ancora, l'arbitrato di diritto comune, ad avviso della dottrina dominante, continua ad essere applicato ai contratti di compravendita di partecipazioni sociali e alle controversie nascenti da patti parasociali, in quanto pur avendo *natura lato sensu* societaria, non possono ontologicamente essere ricompresi nella portata delle clausole compromissorie statutarie. Soprattutto, l'arbitrato comune continua ad essere applicato ai compromessi: non si vede la ragionevolezza di una disciplina che permetta la devoluzione agli arbitri secondo il rito comune se la controversia è già insorta, mentre precluda il ricorso a questa stessa disciplina con riferimento alla medesima controversia, se prevista nello statuto. In definitiva, al mancato adeguamento delle clausole preesistenti consegue pertanto la loro ultrattività e l'applicazione della disciplina codicistica sull'arbitrato comune, di cui agli artt. 806 e ss. c.p.c. – *Omissis*.

#### XLV.

Motivazione reperibile sulla rivista di pubblicazione.

#### XLVI.

Motivazione non disponibile.

#### XLVII.

*Omissis.* – MOTIVI DELLA DECISIONE. Il primo motivo di gravame è fondato ed impone la dichiarazione di improponibilità della domanda, per essere la questione oggetto di clausola compromissoria per arbitrato irrituale, restando assorbiti tutti i successivi motivi d'impugnazione. Come tempestivamente eccepito dalla società appellante, l'art. 22 dello statuto sociale (nella versione derivante dall'ultima modifica deliberata dall'assemblea del 25.6.07, cui corrisponde nella versione precedente, derivante dalle modificazioni deliberate dall'assemblea del 14.12.99, l'art. 29, di contenuto identico) dispone che *"qualsiasi controversia che dovesse insorgere circa la validità, l'interpretazione o l'esecuzione del presente contratto, sarà deferita alla decisione di numero ire arbitri a norma del Regolamento della Camera Arbitrale istituita presso la camera di Commercio, Industria, Artigianato ed Agricoltura di Napoli"* ed aggiunge che *"la decisione viene fin da ora riconosciuta dalle parti sottoscritte quale manifestazione della loro volontà contrattuale"*. Tale ultima clausola rende evidente come le parti del contratto di società abbiano inteso conferire agli arbitri il compito di definire in via negoziale le controversie, che sorgano riguardo all'esecuzione del contratto di società (tra le quali di certo rientrano anche quelle relative all'esercizio del diritto di recesso ed alla determinazione giudiziale del valore di liquidazione delle quote dei soci receduti), mediante una composizione amichevole o transattiva o un negozio di accertamento, riconducibile alla loro volontà negoziale, sicché qualifica l'arbitrato in questione come irrituale (*ex plurimis*: Cass., 10.5.07, n. 10705; Id., 22.6.05, n. 13436). Nella versione in vigore nel momento in cui è sorta la controversia (essendo documentato che quella, cui si riferisce la società nelle proprie difese finali, è frutto di una modificazione deliberata il 13.3.08 ed entrata in vigore il 30.4.08) l'art. 19 del regolamento della Camera Arbitrale istituita presso la C.C.I.AA. di Napoli stabiliva che, se non diversamente stabilito nella convenzione arbitrale, ciascuna delle parti aveva il potere di nominare un arbitro, mentre il presidente del collegio arbitrale era nominato dalla Corte Arbitrale, ovvero, ove così stabilito dalle parti, dagli arbitri già nominati dalle stesse. Si pone, pertanto, il problema della nullità sopravvenuta della clausola compromissoria per violazione dell'art. 34 del d. lgs. n. 5/2003, il quale stabilisce che le clausole compromissorie inserite negli statuti di società devono conferire, a pena di nullità, il potere di nomina di tutti gli arbitri a soggetto estraneo alla società. La questione è oggetto di un dibattito ancora aperto sia in dottrina che in giurisprudenza, che trova il suo punto di snodo nello stabilire se il legislatore del 2003 abbia inteso introdurre un modello unico ed insostituibile per l'arbitrato endosocietario, disponendo, cioè, che le liti tra soci o tra questi e la società possano esser devolute al giudizio arbitrale solo mediante l'adozione del modello di procedimento disegnato dal titolo V del d.lgs. n. 5/03, oppure abbia inteso solo porre a disposizione delle società un modello di arbitrato ulteriore rispetto a quello di diritto comune, caratterizzato da alcune particolarità che lo rendono specificamente idoneo a risolvere ogni tipo di controversia in materia societaria ed a superare i problemi che in concreto limitano la possibilità di ricorrere in quella materia all'arbitrato di diritto comune (ed in particolare quello derivante dalla difficoltà di conciliare la natura spesso plurilaterale delle controversie societarie con il procedimento di nomina degli arbitri fissato dall'art. 810 c.p.c.), destinato semplicemente ad affiancarsi all'arbitrato di diritto comune e non a sostituirlo. Questa Corte ritiene di dover aderire a questa seconda alternativa, che trova ampie adesioni nella migliore dottrina e che comincia a divenire prevalente nella giurisprudenza di merito, che sempre più spesso ritiene valide le clausole compromissorie inserite in statuti societari, che prevedono la nomina degli arbitri ad opera delle parti, intendendole come clausole che prevedono il ricorso all'arbitrato di diritto comune, di cui le società possono continuare ad avvalersi, accettandone i limiti strutturali e la minor incisività (si pensi in proposito all'efficacia vincolante del lodo nei confronti della società, di cui all'art. 35, co. 4°, del d.lgs.; al potere di sospensione delle deliberazioni assembleari attribuito agli arbitri dall'art. 35, co. 5°; al potere di decidere, *incidenter tantum*, anche se necessariamente secondo diritto, questioni non compromettibili attribuito agli arbitri dall'art. 36), ma lasciando fermo in capo alle parti il potere di scelta degli arbitri, che ha sempre costituito uno dei punti di gradimento dell'istituto dell'arbitrato (App. Torino, 29.3.07; id, 8.3.07; Trib. Bari, 5.1.1.07; Trib. Bologna, 25.5.07; id., 25.5.05; Trib. Milano, 22.9.06; Trib. Genova, 7.3.05; Trib. Torino, 27.9.04). I due modelli di arbitrato non sono alternativi tra di loro, ma coesistono, come lascia intendere la stessa relazione ministeriale, che, pur sottolineando che il testo normativo contribuisce alla creazione di una compiuta *species* arbitrale, tuttavia sottolinea come il nuovo modello di arbitrato *"si sviluppa senza pretesa di sostituire il modello codicistico"* e si caratterizza per *"numerosi opzioni di rango processuale .. che appaiono assolutamente funzionali alla promozione della cultura dell'arbitrato endosocietario"*; l'intenzione del legislatore delegato, dunque, non era quella di sostituire in materia societaria l'arbitrato di diritto comune con un nuovo ed esclusivo modello di arbitrato, ma quella di porre a disposizione delle società un'ulteriore possibilità di disciplina arbitrale, alla quale esse potessero accedere per cogliere l'opportunità di opzioni processuali favorevoli ed utili a promuovere il ricorso all'arbitrato, grazie agli accorgimenti introdotti per superare gli ostacoli che limitano la possibilità di utilizzazione del modello codicistico nelle liti in materia societaria (specialmente con riguardo alla pluralità di parti, che spesso caratterizza tali controversie e che la giurisprudenza individua come motivo di inconciliabilità con il meccanismo binario di nomina degli arbitri previsto dal codice di rito – v. sul punto: Cass., 26.6.07, n. 14788 –, cui si riferiscono la maggior parte dei punti più innovativi della nuova disciplina), senza imporla come unico modello utilizzabile. Ciò trova la sua ragione nella considerazione che per liti meramente bilaterali, che pur possono sorgere in materia societaria (proprio come la presente, che vede contrapposti la società ed un solo socio riguardo all'efficacia del suo recesso ed alla determinazione del valore di liquidazione della quota), i meccanismi previsti dal nuovo modello per consentire il ricorso all'arbitrato nelle liti con più parti si presentano come oneri e complicazioni privi di utilità. Proprio in ragione di ciò autorevole dottrina sostiene che sia possibile la coesistenza nel medesimo statuto di clausole arbitrali di diritto comune, destinate a disciplinare le liti alle quali più si attaglia il modello codicistico, e di clausole di arbitrato endosocietario, destinate a disciplinare le liti di interesse collettivo ed in particolare quelle di impugnazione delle deliberazioni assembleari; il che è consentito dal fatto che l'art. 34, co. 1°, d. lgs. n. 5/03 prevede che le clausole compromissorie da esso disciplinate possano statuire la devoluzione ad arbitri anche solo di *alcune* delle controversie che possono sorgere tra i soci o tra questi e la società. L'intenzione del legislatore ha trovato traduzione nei testi normativi, posto che la legge delega (art. 12 legge 3.10.01, n. 366) ha affidato all'esecutivo il compito di *"prevedere la possibilità che gli statuti delle società commerciali contengano clausole compromissorie anche in deroga agli artt. 806 e 808 c.p.c. ,per tutte o alcune tra le controversie societarie di cui al comma 1°"*, mentre, in perfetta corrispondenza, l'art. 34 del d.lgs. dispone che le società *"possono"* prevedere la devoluzione ad arbitri delle controversie ivi considerate (con la conseguente applicazione della disciplina ivi dettata), lasciando ben intendere che il ricorso a quel modello di arbitrato è facoltativo e che quindi le società possono non solo non inserire clausole compromissorie nei propri statuti, ma anche prevedere (o, per quelle costituite in precedenza, conservare) clausole per arbitrato di diritto comune, destinate a trovare applicazione solo per quelle controversie nelle quali non sorgano quei problemi di compatibilità che in concreto limitano la possibilità di ricorrere a quel modello di arbitrato in materia societaria. Ciò trova riscontro nel fatto che l'art. 35, co. 2°, nel prevedere e disciplinare l'intervento di terzi, dica espressamente che esso è ammesso *"nel procedimento arbitrale promosso a seguito della clausola com-*

*promissoria di cui all'art. 33*", mentre una simile precisazione non avrebbe senso e motivo se il modello di arbitrato endosocietario fosse l'unico ammesso. Ulteriore riscontro si trova nel quinto comma dell'art. 35, che, sia pure con enunciazione incidentale, prevede la possibilità dell'arbitrato irrituale in materia endosocietaria, così rafforzando il convincimento che il legislatore abbia inteso lasciar libera l'opzione per qualsiasi forma d'arbitrato e che quindi come espressamente prevede, accanto al modello di arbitrato rituale disciplinato dal titolo V del d.lgs. n. 5/03, la possibilità del ricorso all'arbitrato irrituale, così deve ritenersi che consenta pure (nei limiti in cui la sua struttura lo consente) il ricorso all'arbitrato di diritto comune. Anche la disciplina transitoria orienta nel medesimo senso, atteso che gli artt. 223/bis e 223/duodecies disp. att. c.c. (introdotti dal d.lgs. n. 6/03) impongono alle società di capitali ed alle cooperative di adeguare i propri atti costitutivi e statuti alle nuove disposizioni in materia societaria, senza disporre che ciò avvenga anche riguardo alle clausole compromissorie. Infatti, esse impongono solo gli adeguamenti necessari ad uniformare atti costitutivi e statuti a "disposizioni inderogabili", mentre come si è detto la clausola compromissoria di nuovo tipo è solo facoltativa. Né a diverse conclusioni può indurre il testo del secondo comma dell'art. 41 d. lgs. n. 5/03, secondo cui "alle modifiche deliberate a norma degli artt. 223/bis e 223/duodecies disp. att. c.c., per adeguare le clausole compromissorie preesistenti alle disposizioni inderogabili del presente decreto legislativo non si applica l'art. 34, comma 6°", il quale per coerenza sistematica va letto nel senso che, se disposto (avendo cioè la società ritenuto di recepire nello statuto il modello dell'arbitrato endosocietario, anche se non aveva l'obbligo di farlo) l'adeguamento in parola vada deliberato ai sensi degli artt. 223/bis e duodecies (che, è bene ricordarlo, disciplinano anche l'adeguamento a disposizioni non inderogabili che le società ritengano operare, per quanto la disciplina transitoria non lo imponga) e senza che trovi applicazione la norma sulla maggioranza qualificata posta dall'art. 34, co. 6°. E che il richiamo fatto dalla norma ora esaminata agli artt. 223/bis e duodecies disp. att. c.c. riguardi esclusivamente le modalità di deliberazione (e non presupponga quindi, l'obbligatorietà dell'adeguamento, che può essere invece frutto solo della scelta facoltativa della società) è confermato dal fatto che tali articoli prevedono la cessazione di efficacia delle clausole difformi non adeguate entro i termini da esse fissati (rispettivamente il 30.9.05 ed il 31.3.05) solo quando la difformità riguardi "disposizioni inderogabili del presente decreto" e cioè del d.lgs. n. 6/03, che ha introdotto la nuova disciplina sostanziale delle società di capitali e cooperative (v. il 4° comma di entrambi gli articoli) e vietano, a partire dal 1° 1.04, l'iscrizione nel registro delle imprese di società costituite anche anteriormente, che siano regolate da atto costitutivo e statuto non conformi al medesimo decreto (v. il comma 5° di entrambi gli articoli), così escludendo dal proprio ambito d'applicazione le eventuali difformità rispetto alle norme di carattere processuale del d.lgs. n. 5/03 e segnatamente quelle relative alle clausole compromissorie. Del resto, se si opinasse diversamente, poiché il modello di arbitrato endosocietario non trova applicazione per le società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio ai sensi dell'art. 2325/bis c.c., dovrebbe ritenersi che tali ultime società possano inserire nei loro statuti (o conservare, se costituite anteriormente) clausole compromissorie di diritto comune, mentre altrettanto non sarebbe consentito alle altre società, con un'evidente disparità di trattamento non giustificata dalle differenze di dimensioni e di mezzi di raccolta del capitale (che anzi imporrebbero una disciplina più rigorosa e limitativa per le società quotate in borsa), difficile da sostenere sul piano ermeneutico e fiera di dubbi di legittimità costituzionale. Deve, pertanto, concludersi nel senso che le clausole compromissorie contenute in statuti anteriori alla riforma del diritto societario non devono essere necessariamente adeguate al nuovo modello di arbitrato endosocietario e che quelle non adeguate continuano ad esplicare la loro efficacia, nel senso di statuire il ricorso all'arbitrato di diritto comune, al quale erano evidentemente ispirate. D'altra parte anche negli atti costitutivi e statuti di società costituite dopo l'entrata in vigore della riforma possono essere inserite, oltre a clausole compromissorie ispirate al nuovo modello d'arbitrato endosocietario, anche clausole compromissorie per arbitrato di diritto comune o per arbitrato irrituale. Non osta a tale conclusione il fatto che la rubrica dell'art. 35 d.lgs. n. 5/03 reciti "disciplina inderogabile del procedimento arbitrale", poiché l'inderogabilità ivi predicata è solo una caratteristica interna della normativa in tema di arbitrato endosocietario, nel senso che, ove la società opti per quel modello d'arbitrato, dovrà recepire integralmente la relativa disciplina, senza potervi introdurre alcuna deroga ma non è una caratteristica del modello stesso, che può invece essere adottato o meno. In altri termini alle società è data la possibilità di adottare o meno il modello d'arbitrato endosocietario e solo ove optino per la sua adozione devono adeguarsi integralmente alla relativa disciplina legale, senza poter introdurre deroghe. Da quanto si è appena affermato deriva che deve escludersi in radice la possibilità che la clausola compromissoria contenuta nello statuto della s.r.l. G. possa essere considerata affetta da nullità sopravvenuta per violazione della norma inderogabile posta dall'art. 34, co. 2° d.lgs. n. 5/03. Essa, invece, continua a disciplinare i rapporti tra i soci e tra questi e la società nel senso di disporre il ricorso all'arbitrato di diritto comune per le controversie che sorgano tra di essi e che per la struttura bilaterale della lite, la disponibilità dei diritti posti in discussione e per il fatto di non coinvolgere interessi propri della società (quando la lite sorga tra soci) e non riguardare la violazione di norme poste a tutela dell'interesse collettivo dei soci o coinvolgenti interessi pubblicitici dei terzi o dei creditori della società (come quelli in materia di bilancio o di adozione delle deliberazioni assembleari), siano compatibili con tale modello d'arbitrato. (Omissis). A quanto sin qui esposto va aggiunta la considerazione che, come si è detto in apertura, la clausola della cui validità si discute, prevede senza alcun dubbio il ricorso all'arbitrato irrituale, giacché espressamente qualifica il risultato dell'attività del collegio arbitrale non come una decisione da assumere in funzione sostitutiva di quella del giudice statale (con attitudine ad acquistare efficacia di titolo esecutivo ed efficacia sostanziale di giudicato), ma come definizione negoziale della controversia, che le parti si impegnano a considerare come espressione della propria volontà contrattuale. Va allora ricordato che, se anche si volesse dubitare della compatibilità con la disciplina dettata dal titolo V del d. lgs. n. 5/03 dell'arbitrato rituale di diritto comune, non v'è alcuna possibilità di dubbio riguardo alla ammissibilità del ricorso all'arbitrato irrituale, che trova espressa sanzione nell'inciso già sopra richiamato dell'art. 35, co. 5°, secondo cui "la devoluzione in arbitrato, anche non rituale, di una controversia non preclude il ricorso alla tutela cautelare", che non si presta ad altra possibile interpretazione diversa da quella che in essa ravvisa l'espresso riconoscimento della facoltà delle società di prevedere il ricorso all'arbitrato irrituale per la soluzione delle controversie endosocietarie. Ne discende che, poiché l'art. 34, co. 2°, disciplina di certo solo l'arbitrato endosocietario rituale, com'è reso evidente dall'intero contesto normativo ed in particolare dall'art. 35, che, nel delineare la disciplina di tale arbitrato, parla di domanda di arbitrato, di procedimento arbitrale, di intervento nel giudizio, di lodo impugnabile ai sensi degli artt. 829 e 831 C.P.C. (mentre è noto che il lodo irrituale non è soggetto a simili impugnazioni, ma solo alle azioni di impugnazione negoziale tendenti all'annullamento di quell'atto negoziale per errore, violenza o dolo) e dall'art. 36, che attribuisce agli arbitri un potere di cognizione incidentale su questioni non compromettibili, quando ciò sia necessario ai fini della "decisione", e dispone che in tal caso, oltre che in quello in cui l'oggetto del "giudizio" sia costituito dalla validità di delibere assembleari gli arbitri devono decidere secondo diritto, utilizzando un concetto che ha senso solo se riferita all'arbitrato rituale, ove la clausola compromissoria preveda, come nel caso in esame, il ricorso all'arbitrato irrituale, quella norma non può trovare applicazione e lo statuto sociale può disciplinare come meglio ritenga la nomina degli arbitri irrituali, purché salvaguardi l'esigenza di garantire l'equidistanza tra i con-

tendenti, il che, nel caso in esame, è assicurato dal procedimento binario di nomina previsto dall'art 19 del regolamento della Camera Arbitrale istituita presso la C.C.I.A.A. di Napoli richiamato nella clausola compromissoria e dalla possibilità di nomina degli arbitri da parte della Corte Arbitrale nel caso di controversia tra più parti, di cui all'art. 20 del citato regolamento. – *Omissis*.

#### XLVIII.

*Omissis*. – E' fondata l'eccezione, sollevata dagli oppositori, di improponibilità della domanda. La questione della validità (esaminata anche, ma non solo, sotto il profilo della persistente validità e/o efficacia) delle clausole degli statuti societari che non risultino conformi (o rese conformi, ossia adeguate) ai contenuti disciplinari che il legislatore del 2003, nel porre le regole di cui agli artt. 34 ss. D.l.vo 5/2003, ha inteso attribuire all'arbitrato societario, è tuttora, come ben noto anche alle parti in lite, oggetto di due orientamenti nettamente contrapposti in seno alla giurisprudenza di merito, unica - a quanto consta - ad essersi sinora pronunciata al riguardo. Orbene, ritiene il Collegio di prestare adesione a quell'orientamento, che fra l'altro si segnala per essere ormai prevalente, secondo cui deve ritenersi che all'autonomia negoziale in ambito societario sia stato conservato spazio per regolare l'arbitrato secondo il modello cd. di diritto comune (in luogo di quello delineato dal legislatore del 2003). In favore di tale soluzione ermeneutica, ossia in favore del sistema o "meccanismo" del doppio binario, oltre all'argomento storico, tutt'altro che trascurabile e ben evidenziato nel passo della Relazione, ove si legge: "creazione di una compiuta species arbitrale, che si sviluppa senza pretesa di sostituire il modello codicistico (naturalmente ultrattivo anche in materia societaria)", sono infatti state efficacemente poste in luce (si rinvia senz'altro a: Corte d'Appello Torino 8.3.2007, 29.3.2007 e 4.4.2007; come anche: Tribunale Bari 2.11.2006; Tribunale Bologna 9.2.2006, n. 344) le numerose peculiarità del nuovo modello di arbitrato endosocietario (previsione della eterodesignazione; vincolatività automatica della clausola statutaria per la società e per tutti i soci, amministratori, sindaci e liquidatori; facoltà di intervento di terzi; facoltà di concessione della misura cautelare della sospensione dell'efficacia della deliberazione assembleare impugnata), tali da convincere che quest'ultimo costituisca un modello concorrente, ossia opzionale, rispetto a quello disciplinato dagli artt. 806 ss. C.P.C. e non esclusivo, con conseguente conservazione in capo alle parti della facoltà (anche dopo l'entrata in vigore del D.L.vo 5/2003) di scegliere liberamente tra i due modelli; in questo senso l'adeguamento degli statuti, nella parte relativa alle clausole compromissorie, alle nuove regole dettate in materia di arbitrato endosocietario si configura essenzialmente come un onere, imposto solo a chi voglia fruire dei vantaggi offerti dalla nuova tipologia arbitrale, inderogabile sì nella sua unitarietà una volta prescelta, ma non inderogabile in guisa di un modello unico possibile. Rilevato allora che la clausola sub art. 13 dello statuto della società Gi. s.a.s. deve considerarsi valida (anche alla stregua del consolidato insegnamento per cui l'individuazione degli arbitri - qui trattasi di arbitro unico - deve essere tale da garantire l'equidistanza tra i contendenti: v. per tutte, Cass. 2304/95), ne consegue la improponibilità (formula appropriata anche in riferimento ad ipotesi, come quella di specie, di compromesso in arbitrato di tipo rituale: cfr. Cass. 12684/07; 7525/07; 4542/06; 19865/03; 8910/03; 10925/01; Tribunale di Torre Annunziata 17.3.2004) delle domande formulate da Va. Mi. nei confronti della società Gi. s.a.s. e del suo socio accomandatario. Il decreto ingiuntivo andrà pertanto giocoforza revocato. – *Omissis*.

#### XLIX.

Motivazione reperibile sulla rivista di pubblicazione.

#### L.

*Omissis*. – MOTIVI DELLA DECISIONE. 1. – Con il primo motivo di gravame l'appellante deduce che nei confronti del terzo acquirente la clausola compromissoria è inapplicabile, siccome funzionale a dirimere le sole controversie endosocietarie. Quest'ultima, infatti, si riferisce esplicitamente alle controversie relative all'interpretazione ed esecuzione dello statuto e delle deliberazioni assembleari, nonché dipendenti dalla gestione sociale, insorgenti tra la società e i soci, gli amministratori, i sindaci e i liquidatori e tra questi stessi, con ciò rimanendo esclusi i terzi. In senso contrario non vale il richiamo, operato nella sentenza impugnata, all'art. 34, 3° comma del D.Lgs. n. 5/03, il quale stabilisce che la clausola compromissoria è vincolante per la società e per tutti i soci, inclusi coloro la cui qualità di socio è oggetto di controversia. Tale disposizione, entrata in vigore successivamente alla proposizione della presente controversia, è in questa parte inapplicabile, e sta a significare soltanto che il legislatore, per ampliare la sfera applicativa delle clausole compromissorie in ambito societario, coerentemente con l'impianto della riforma del 2003 ha dovuto dettare una disposizione specifica, così modificando il sistema previgente, prevedendo l'applicabilità della clausola a terzi, che abbiamo acquistato la qualità di socio in forza di atti della cui validità si controverte, come nel giudizio *de quo*. 1.1. – Il motivo è infondato. L'atto costitutivo e lo statuto sociale sono contratti per loro stessa natura idonei a produrre effetti nei confronti dei terzi, secondo quanto previsto dalla clausola generale di riserva contenuta nell'art. 1372, 2° comma c.c., tant'è che il legislatore all'art. 2328 c.c. (per le società per azioni) e all'art. 2463 (per le società a responsabilità limitata) ne ha stabilito il contenuto tipico necessario, in considerazione della normale estensione soggettiva di tali atti ai soggetti che in futuro entrino a far parte della compagine sociale. L'efficacia esterna di tali atti è confermata, in particolare, dall'espressa previsione di clausole di gradimento e di prelazione nella cessione delle (azioni: art. 2355-bis c.c., o) delle partecipazioni (art. 2469 c.c.), clausole che sarebbero vanamente previste se la loro efficacia fosse puramente interna e, pertanto, obbligatoria nei confronti dei soli soci fondatori (ed infatti, la clausola di prelazione, "al pari di qualsiasi altra pattuizione riguardante posizioni soggettive individuali dei soci che venga iscritta nello statuto della società, ha efficacia reale, sicché i suoi effetti sono opponibili anche al terzo acquirente": Cass. N. 8645/98). Per contro, i patti parasociali hanno efficacia puramente interna e come tali non solo opponibili né ai terzi acquirenti di (azioni o di) quote di partecipazione a società a responsabilità limitata, né ai nuovi soci che subentrino in esito ad un aumento del capitale sociale. Al principio dell'efficacia esterna delle clausole statuarie e dell'atto costitutivo non si sottrae la clausola compromissoria, in quanto sia inserita, appunto, in uno di tali atti. Ne consegue che essa

vincola automaticamente anche i nuovi soci, siano essi acquirenti di quote di partecipazione ovvero sottoscrittori di quote di aumento del capitale. 2 – Con il secondo motivo l'appellante deduce la nullità della clausola compromissoria in ragione dell'entrata in vigore dell'art. 34 D.Lgs. n. 5/03, secondo cui il potere di nomina di tutti gli arbitri deve essere conferito a pena di nullità a soggetti estranei alla controversia. L'interpretazione prevalente della norma è nel senso che le clausole compromissorie in contrasto con tale schema, quantunque anteriori all'entrata in vigore del D.Lgs. n. 5/03, devono considerarsi nulle. Nello specifico, l'art. 31 dello statuto della soc. La Serenella s.r.l. prevede, con caratteristica clausola c.d. binaria, che due dei tre arbitri siano nominati uno da ciascuna parte, il che contrasta con la nuova disposizione. 2.1. – Anche tale motivo è infondato. Ritiene la Corte che gli artt. 34 segg. D.Lgs. cit. abbiano unicamente inteso introdurre nell'ordinamento, per le controversie endosocietarie, un particolare tipo di arbitrato (caratterizzato da talune particolarità, tra cui l'automatica estensione della clausola agli amministratori, liquidatori e sindaci che abbiano accettato la carica, ancorché non parti del contratto sociale), senza con ciò precludere alle parti di valersi di clausole compromissorie di diritto comune, siano esse per arbitrato rituale che per arbitrato libero. La sopravvivenza, anche per le controversie endosocietarie, dell'arbitrato rituale di diritto comune e della possibilità di prevederlo in clausola compromissoria appare desumibile dalle seguenti considerazioni. Innanzi tutto lo scopo degli artt. 34 e ss. D.Lgs. n. 5/03 è duplice. Come si deriva dagli studi preparatori della legge delega e dagli atti dell'apposita Commissione istituita con D.M. 10.10.2001, esso risponde all'esigenza *a*) di immettere norme inderogabili all'interno di una materia (quella dei rapporti societari) di per sé arbitrabile; *b*) di rendere compromettibili liti virtualmente (anche se non giuridicamente) non transigibili per l'esorbitanza dei soggetti titolari della situazione incisa rispetto alle parti del giudizio privato (si pensi alle questioni inerenti alla validità di deliberazioni assembleari, potenzialmente incisive sulla posizione di tutti soci). L'espressa nullità comminata per le clausole compromissorie che non attribuiscono il potere di nomina di tutti gli arbitri ad un soggetto estraneo alla società, non vale a generalizzare l'applicazione dell'art. 34 per ogni arbitrato endosocietario, sopprimendo la stessa sopravvivenza dell'arbitrato di diritto comune in ambito societario. In tanto ha senso e legittimità (sotto il profilo del rispetto o dell'autonomia privata) stabilire norme inderogabili presidiate da nullità pur in presenza di diritti disponibili, in quanto tale previsione sia funzionalizzata ad un modello di arbitrato idoneo ad estendere i suoi effetti a situazioni giuridiche che, in passato, erano ritenute non compromettibili per ragioni diverse dall'indisponibilità dei diritti divisati, quali, appunto, l'esistenza di situazioni superindividuali che avrebbero reso *inutiliter dato* il lodo pronunciato tra le sole parti del procedimento arbitrale. Così finalizzata, la norma dell'art. 34 cit. pone per la società un onere, quello di prevedere una clausola arbitrale conforme al modello legale che descrive, assoltò il quale la società stessa e i suoi soci possono lucrare gli effetti previsti da tale sottospecie di arbitrato, quali, essenzialmente, un più ampio ambito di questioni compromettibili e una più estesa efficacia soggettiva del lodo. Diversamente, non per questo l'eventuale clausola compromissoria binaria e di diritto comune può ritenersi invalida, ché un tale risultato sarebbe totalmente opposto alla *ratio legis* come sopra individuata. Ancora. Il procedimento arbitrale previsto agli artt. 34 seg. cit. non è, nella sua struttura complessiva, quello ordinario modificato in funzione della specifica materia, bensì costituisce un distinto tipo di procedimento in sé concluso (ancorché coincidente per taluni aspetti con quello di diritto comune o necessitante di integrazioni analogiche tratte da tale disciplina); ne è riprova l'espresso richiamo di talune norme del giudizio arbitrale di diritto comune (art. 820 c.p.c. richiamato dall'art. 35, 2° comma cit.; art. 829 e 831 c.p.c. richiamati dall'art. 35, 3° comma cit.), richiamo che sarebbe privo di significato e di ragionevolezza qualora l'arbitrato di diritto comune costituisse già di per sé la base su cui si innestino singole disposizioni derogatorie dettate per le controversie endosocietarie. Una volta concepita la procedura arbitrale di cui agli artt. 34 segg. cit. come un rito a sé stante, non vi è ragione di attribuirgli natura di rito esclusivo, anziché alternativamente concorrente con l'arbitrato disciplinato dal codice di rito. Di tale esclusività non solo non vi è traccia nella legge, ma anzi emergono elementi di segno opposto. Anzitutto l'art. 35, 5° comma del D.Lgs. n. 5/03 cit. prevede espressamente, tramite un inciso, la possibilità di un arbitrato libero in materia endosocietaria, rito arbitrale dunque alternativo e del tutto lecito, ove pattuito dalle parti. Inoltre, la legge delega di cui il D.Lgs. in esame ha costituito attuazione, affidava all'esecutivo il compito di *“prevedere la possibilità che gli statuti delle società commerciali contengano clausola compromissoria, anche in deroga agli artt. 806 e 808 del codice di procedure civile, per tutte o alcune tra le controversie societarie di cui al comma 1”*, dove le espressioni *“prevedere la possibilità”* e *“anche in deroga”* implicano di lasciare spazio all'autonomia negoziale in ordine non solo alla adozione o non di eventuali clausole compromissorie, ma anche alla scelta di adottarle o non in deroga all'arbitrato di diritto comune. Infine la stessa relazione ministeriale enuncia che il tipo di arbitrato ivi previsto *“si sviluppa senza pretesa di sostituire il modello codicistico”* e afferma che il nuovo istituto comprende *“numerose opzioni di rango processuale...che appaiono assolutamente funzionali alla promozione della cultura dell'arbitrato endo-societario”*; il riferimento ad *“opzioni di rango processuale”* non può evidentemente riferirsi a facoltativi innesti delle disposizioni speciali su quelle dell'arbitrato comune, posto che la rubrica dell'art. 35 è formulata come *“disciplina inderogabile del procedimento arbitrale”*: la facoltatività riguarda dunque l'uso dello speciale arbitrato ex artt. 34 seg., unitariamente inteso, rispetto all'arbitrato di diritto comune, che continua a concorrere, in alternativa e senza commistioni, nella materia e può trovare applicazione in forza di clausola compromissoria di diritto comune. 3 – Con il terzo motivo l'appellante deduce l'inapplicabilità della clausola compromissoria in ragione della pluralità di parti nella presente controversia. Il giudice di primo grado, pur non disconoscendo la struttura binaria della clausola compromissoria in questione, ha ritenuto che la parte attrice abbia proposto in un solo giudizio più azioni, una per ogni compravendita di quote affettata, sicché la pluralità di parti non sarebbe necessaria. Inoltre, la clausola compromissoria deve ritenersi efficace tutte le volte in cui, come nella specie, le parti, per gli interessi di cui siano portatrici, siano raggruppabili in modo tale da mantenere la struttura binaria dell'arbitrato. Per contro, sostiene l'appellante, l'azione proposta dalla Robbiano è essenzialmente una sola, ed ha per oggetto la dichiarazione di nullità (*rectius*, inefficacia) delle cessioni delle partecipazioni societarie alla Spes s.r.l., e non poteva che essere rivolta nei confronti dei venditori, degli acquirenti e della società (s'intende, La Serenella s.r.l.: n.d.r.). Quanto alla possibilità di raggruppare gli interessi di cui le parti sono portatrici, si da mantenere la struttura binaria della clausola, l'appellante rileva che la diversità di posizione tra l'attrice, interessata alla declaratoria di nullità delle cessioni, la Spes s.r.l., portatrice dell'interesse contrario, e la società, che deve necessariamente rimanere neutrale, non potendosi schierare in favore dell'una o dell'altra posizione, già basta ad alterare la struttura binaria. A queste parti, inoltre, devono aggiungersi i numerosi venditori, i quali non potrebbero raggrupparsi in un'unica parte, non essendo portatori dei medesimi interessi. 3.1. – Anche tale motivo è destituito di fondamento. Giova premettere che a differenza di quanto sostiene parte appellante, l'azione proposta non è *“unica”*, ma molteplice, e consiste in una pluralità di domande tra loro oggettivamente connesse per identità di *petitum* (inefficacia degli atti di cessione delle partecipazioni societarie) e *causa petendi* (violazione della clausola statutaria di prelazione e gradimento), e proposte contro più soggetti, sì da produrre una fattispecie addirittura paradigmatica di litisconsorzio facoltativo, ai sensi dell'art. 103, 1° comma c.p.c. Va da sé, pertanto, che ai fini dello scrutinio di compatibilità fra la struttura binaria della clausola e le parti della relativa controversia non è lecito sommare tra loro i vari soci ceden-

ti le proprie quote di partecipazione, dovendosi considerare le parti interessate alla sorte di ciascun contratto di cessione delle quote. Ciò posto, come osservato dalla costante giurisprudenza di legittimità, “se più parti hanno contrattualmente stabilito di devolvere la decisione di determinate controversie tra le stesse alla competenza di un collegio arbitrale costituito da tre arbitri, da nominare ai sensi dell’art. 809 cod. proc. civ., tale clausola compromissoria è valida se si accerta, a posteriori e in base al *petitum* e alla *causa petendi*, che i centri di interesse sono polarizzati in due soli gruppi omogenei, ossia sostanzialmente in due parti, sì da giustificare l’applicazione di un meccanismo binario per la nomina degli arbitri” (Cass. n. 4831/97; conformi, Cass. n. 15941/00; Cass. n. 890/01; Cass. n. 14788/07). Nello specifico, va innanzi tutto escluso che la Serenella s.r.l. possa considerarsi parte nella controversia avente ad oggetto l’efficacia degli atti di cessione. Come la stessa appellante finisce per ammettere (sia pure all’opposto fine di marcare una posizione di parte ulteriore e distinta dalle altre), la ridetta società non è portatrice di un autonomo interesse a che la controversia relativa all’efficacia degli atti di cessione sia decisa in un modo piuttosto che in un altro, ma semplice destinataria dell’eventuale ordine di non procedere all’annotazione delle cessioni, ove ritenute illegittime. Tale sua posizione ne predica il difetto di autonomo titolo di legittimazione passiva, ponendola al di fuori nel novero delle parti della controversia in oggetto, poiché parte in senso processuale è solo il soggetto che propone o contro il quale è proposta una domanda giudiziale. Restano quali unici centri di interesse quelli dell’attrice, da un lato, e quelli di ciascun cedente e della società cessionaria, la Spes s.r.l., dall’altro. Gli interessi di queste ultime due parti sono tra loro del tutto solidali, poiché entrambe, indipendentemente dalle strategie difensive prescelte, si giustappongono allo stesso modo come contraddittori rispetto alla domanda di inefficacia dell’atto di cessione tra loro posto in essere. Ne deriva che, in applicazione del superiore principio enunciato, ciascun cedente e la cessionaria della quota costituiscono, al fine in oggetto, un centro di interessi omogeneo, tale da costituire un unico gruppo cui far riferimento ai fini della designazione arbitrale. Di conseguenza, non vi sono che due gruppi di parti per ciascuna controversia, ossia l’attrice, odierna appellante, da un lato, e ciascun cedente e la cessionaria Spes s.r.l., dall’altro, il che è del tutto compatibile con la struttura binaria della clausola compromissoria.– *Omissis*.

## LI.

*Omissis*. – Il regolamento di competenza appare infondato; la normativa sull’arbitrato societario in forza di clausola compromissoria contenuta nell’atto costitutivo di una società, contenuta nel titolo 5<sup>a</sup> del D.Lgs. n. 5 del 2003, riguarda la disciplina dell’arbitrato rituale, come si evince, in particolare, dalla regolamentazione inderogabile del procedimento arbitrale dettata dall’art. 35 del decreto citato; 2.1. sembra pertanto potersi ritenere che la nullità prevista dall’art. 34, comma 2, per le clausole compromissorie che non conferiscano il potere di nomina di tutti gli arbitri a soggetto estraneo alla società, riguardi le clausole che prevedano l’arbitrato rituale, ma non anche quello irrituale - con il quale le parti stabiliscono che la controversia sia definita dagli arbitri mediante determinazione contrattuale (art. 808 ter c.p.c., comma 1) - pure consentito nelle controversie societarie, in forza del richiamo all’arbitrato non rituale contemplato dall’art. 35, comma 5, del decreto citato; 2.2. la clausola compromissoria contenuta nello statuto della società Sannascensori appare configurare un arbitrato, come è dato evincere dal riferimento contenuto nella clausola medesima al “giudizio inappellabile, da pronunciarsi in via di equità e senza formalità di procedure, da un arbitro amichevole compositore ...”. 3. si ritiene pertanto che il regolamento di competenza proposto dai ricorrenti, da trattarsi in camera di consiglio ai sensi degli artt. 375 e 380 bis c.p.c., possa essere deciso alla stregua delle considerazioni che precedono, qualora condivise dal collegio”; B) osservato che non sono state depositate conclusioni del P.M. o memorie di parte e che, a seguito della discussione sul ricorso tenuta nella camera di consiglio, il collegio, ravvisata la natura irrituale dell’arbitrato configurato dalla clausola compromissoria in questione, ha condiviso le considerazioni esposte nella relazione.– *Omissis*.

## LII.

*Omissis*. – La domanda dell’attrice è improponibile in relazione alla clausola compromissoria. L’art. 11 dell’atto costitutivo della società annuncia che “Nel caso di controversie tra i soci, i soci e la società, amministratori e/o liquidatori e società, fra i soci da un lato e dall’altro amministratori e/o liquidatori, rinunziata fin d’ora ogni azione giudiziaria, le parti accettano la soluzione che sarà indicata in sede di arbitrato libero ed irrituale e che sarà considerata alla stregua di espressione della volontà delle parti. L’arbitrato sarà affidato a un collegio composto da un numero dispari di membri; ciascun contendente nominerà un arbitro; il Presidente del Tribunale di Padova nominerà a sua volta uno o due arbitri a completamento del collegio, a seconda che le parti contendenti siano in numero pari o dispari”. La clausola arbitrale di cui sopra è valida ed efficace. Essa è infatti contenuta nell’atto costitutivo di una società in nome collettivo, e quindi di una società di persone. ra, è ben vero che l’art. 34 d.lgs. 5/2003 impone che gli arbitri debbano essere nominati da soggetto estraneo alla società; tuttavia gli artt. 223 bis e 223 duodecies disp. att. c.c., richiamati dall’art. 41 d.lgs. 5/2003, assegnano un termine per uniformare l’atto costitutivo e lo statuto alle nuove disposizioni inderogabili alle sole società per azioni, in accomandita per azioni, a responsabilità limitata e cooperative già iscritte al registro delle imprese all’1/1/2004; da tale termine sono escluse le società di persone già iscritte all’1/1/2004, nei cui confronti, pertanto, non è stato imposto alcun obbligo di uniformarsi. Conseguentemente si deve ritenere che per le società di persone già iscritte al registro delle imprese all’1/1/2004 le clausole arbitrali previste, anche non adeguate alla nuova disciplina, sono valide ed efficaci. – *Omissis*.

## LIII.

*Omissis*. – Osserva il Collegio. Le censure formulate dalla ricorrente sono prive di fondamento. Appare senz’altro opportuno riportare, innanzi tutto, le disposizioni di legge sopra citate. Il D.Lgs. n. 5 del 2003, art. 34, stabilisce che: – *Omissis* –. A sua volta, la L. n. 89 del 1913, art. 28, stabilisce che il notaio non può ricevere o autenticare atti “se essi sono espressamente proibiti dalla legge o manifestamente contrari al buon costume o all’ordine pubblico”. Si tratta, dunque, di stabilire se il notaio che abbia rogato un atto nel

quale sia inserita una clausola compromissoria difforme da quanto previsto dall'art. 34 del decreto del 2006 sia passibile di sanzione disciplinare. 2. Come questa Corte ha già statuito (Cass. 11.11.1997, n. 11128; Cass. 4.11.1998, n. 11071; Cass. 19.2.1998, n. 1766; Cass. 12.4.2000, n. 4657, 1 febbraio 2001 n. 1394, 7 novembre 2005 n. 21493) il divieto stabilito dall'art. 28 Legge Notarile attiene ad ogni vizio che dia luogo a nullità assoluta dell'atto, con esclusione dei vizi che diano luogo solo all'annullabilità o all'inefficacia dell'atto ovvero alla nullità relativa. Questo orientamento merita di essere condiviso. Infatti il divieto di cui all'art. 28, n. 1, L. Not. si riferisce solo a quegli atti che la legge, in considerazione del loro contenuto, ritenga di non dover riconoscere per la tutela di un interesse superiore, sottratto alla disponibilità della parte. Gli "atti proibiti dalla legge" sono, in sostanza, gli atti nulli (in questo senso Cass. S.U. 4.5.1989 n. 2084, che ha ritenuto l'applicabilità dell'art. 28, n. 1, L. Not. in caso di nullità di un atto di donazione per indeterminatezza dell'oggetto). La locuzione predetta, dato il suo carattere generale, individua tutte le ipotesi di nullità e quindi non solo quelle ricomprese nell'art. 1418 c.c., comma 1, (atti contrari a norme imperative), ma anche quelle indicate nei commi successivi, poiché anche gli atti affetti da queste ultime nullità sono atti contrari a norme imperative. Infatti la contrarietà a norma imperativa è ravvisabile se il divieto ha carattere assoluto, tale da non consentire possibilità di esenzione dalla sua osservanza per alcuno dei destinatari della norma (Cass. 4 dicembre 1982, n. 6601). Orbene, proprio perché l'art. 1418 in questione ai commi 2 e 3 individua ipotesi di nullità assolute, e come tali non ammettenti deroghe, l'atto che contenesse tali specifiche ipotesi di nullità sarebbe anche "contrario a norma imperativa". Infatti, ove anche la norma imperativa non contenesse una espressa comminatoria di nullità dell'atto, la stessa dovrebbe pur sempre ritenersi "espressa" per effetto del combinato disposto costituito da detta norma imperativa ed l'art. 1418 c.c., comma 1, che sanziona con la nullità ogni atto contrario a norma imperativa. 3. In altri termini l'atto vietato al notaio è l'atto che contrasta con l'ordinamento ed il contrasto con l'ordinamento lo si ricava dalla sanzione della nullità assoluta, che la legge commina a quell'atto. Esula, invece, dalla previsione di legge la nullità relativa, rilevabile solo da chi via abbia interesse e non di ufficio (Cass. 7 novembre 2005 n. 21493, 14 febbraio 2008 n. 3526). Nel caso di specie, come specificato più avanti, la violazione del Decreto n. 5 del 2003, art. 34, comporta la nullità della clausola imperativa (v. infra). Detta nullità è assoluta, contrariamente a quanto dedotto dalla ricorrente, non risultando dalla legge che essa possa essere fatta valere solo da una parte a cui la legge assegna detta facoltà espressamente ed esclusivamente (art. 1421 c.c.). Il D.Lgs. del 2006, art. 34, non limita la facoltà di far valere la nullità ivi prevista solo in favore di determinati soggetti, detta nullità può essere - pertanto - fatta valere da chiunque vi abbia interesse ed essere rilevata d'ufficio dal giudice. In altri termini trattasi di nullità assoluta. 4. Nè può distinguersi la nullità formale da quella sostanziale. Per il notaio, infatti, come per ogni pubblico ufficiale, la distinzione tra nullità formali e nullità sostanziali non è concepibile: ove la legge richieda necessariamente uno schema legale tipico, a pena di nullità, egli non può che ricevere l'atto con quei requisiti formali e sostanziali, non essendo concepibile per il pubblico ufficiale una norma che gli prescriva un semplice onere. Ciò che rileva è che l'atto, essendo fuori dallo schema legale tipico che la legge prevede come necessario ed indispensabile per attuare quelle modificazioni delle situazioni giuridiche volute dalle parti, si pone in contrasto con l'ordinamento, che lo sanziona con la nullità. 5. Né rileva la circostanza che la norma sanzionatrice (D.Lgs. del 2003, art. 34) sia successiva alla disposizione di cui all'art. 28 della L. del 1913. Infatti l'art. 28, in questione (che non determina la sanzione, prevista invece dall'art. 138 L. Not.) contiene ben chiaro il precetto per il notaio ed esso è appunto "non ricevere atti espressamente proibiti dalla legge" (da intendersi nel senso sopra detto). Quali siano poi i vari atti vietati è rimandato di volta in volta alla volontà del legislatore, secondo le esigenze che questi valuterà nel tempo, nè può individuarsi un modello "storico" di atto al quale ancorare in modo definitivo ed immodificabile il divieto posto dalla norma. In altri termini il precetto è chiaro ed è coevo alla sanzione, ma dalle norme successive vanno attinti solo gli elementi destinati a precisare la fattispecie in concreto. In pratica, si ha un fenomeno simile a quello che in materia penale è definito come "norma penale in bianco" (ad es. art. 650 c.p.), della cui costituzionalità non si è dubitato in quella sede (cfr. Corte Cost. 5.7.1971, n. 168), per cui a maggior ragione non può dubitarsene in questa sede disciplinare. 6. Del tutto irrilevante, infine, appare la circostanza che nel caso di specie possa, in concreto, applicarsi la disposizione di cui all'art. 1419 c.c., comma 2, (con la sostituzione di diritto delle clausole nulle con norme imperative). 7. Infatti, la eterointegrazione del contratto non esclude affatto, ma anzi presuppone necessariamente, che sia stata posta in essere una nullità assoluta. 8. Ed è proprio la esistenza di detta nullità, posta in essere dal notaio con la redazione della clausola nulla, che segna il momento consumativi dell'illecito, sul quale non possono spiegare efficacia sanante, o estintiva della punibilità, rimedi predisposti dal legislatore per conservare l'atto a fini privatistici. Ne consegue che la sostituzione di diritto di una clausola nulla opera con riferimento al momento genetico del contratto (Cass. 14 dicembre 2002 n. 17952) ma solo ai fini privatistici e non in relazione al diverso profilo disciplinare riguardante l'attività svolta dal notaio rogante, per il quale l'illecito di cui alla L. n. 89 del 1913, art. 28, n. 1, risulta definitivamente consumato, avendo carattere istantaneo (Cass. 7 novembre 2005 n. 21493). 9. La ricorrente ha ulteriormente dedotto (con il terzo motivo di ricorso) che la "ratio" della disposizione dell'art. 28 legge notarile impone di ritenere che al notaio non possano addossarsi compiti ermeneutici - con le connesse responsabilità - in presenza di incertezze interpretative oggettive. La irricevibilità dell'atto - sottolinea ancora la ricorrente - troverebbe una sua giustificazione solo quando il divieto possa desumersi in via del tutto pacifica ed incontrastata da un orientamento interpretativo oramai consolidato sul punto. Non potrebbe in ogni caso considerarsi sanzionabile quel professionista che si fosse uniformato (come nel caso di specie) a numerose pronunce di giudici di merito, che avevano affermato la piena validità delle clausole compromissorie non conformi al D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, art. 34. Anche quest'ultimo rilievo non coglie nel segno. L'opera professionale della quale è richiesto il notaio non si riduce - come sembra ritenere la ricorrente - al mero compito di accertatore della volontà delle parti e di direzione nella compilazione dell'atto, ma si estende alle attività preparatorie e successive perché sia assicurata la serietà e la certezza degli effetti tipici dell'atto e del risultato pratico perseguito dalle parti (Cass. 2 luglio 2010 n. 15726). Non può dunque disconoscersi la funzione del notaio di interprete e garante della validità delle scelte negoziali delle parti. E nello svolgimento di questa attività non è dubbio che egli debba provvedere anche ad una corretta interpretazione delle norme di legge, in modo da evitare la stipulazione di atti affetti da nullità assoluta. Correttamente, pertanto, la decisione confermata dalla Corte d'appello aveva già rilevato che nel caso di specie si discuteva di atti societari, che si perfezionano con l'intervento del notaio, il quale, proprio in considerazione del suo ruolo di professionista e di pubblico ufficiale autorizzato ad imprimere all'atto la pubblica fede, deve porre in essere una opera di filtro alle richieste che gli provengono dalle parti, anche indirizzandole e correggendole, ove possibile, ricevendo solo quelle consentite dalla legge. Questo, soprattutto in campo societario, e specie dopo che il legislatore ha eliminato il filtro giudiziale della omologazione, demandando al notaio la verifica preventiva dell'adempimento delle condizioni di legge prima affidata al giudice. 10. Con riferimento alla fattispecie in esame va osservato che la esclusività dell'impianto arbitrale introdotto dal legislatore del 2003 è stata correttamente ritenuta dai giudici di appello, sulla base della espressa previsione della nullità della clausola in caso di inosservanza della norma. 11. Il dettato testuale della norma, la quale stabilisce che la clausola compromissoria debba "in ogni caso, a pena di nullità" prevedere il potere di nomina di tutti gli ar-

bitri a soggetto estraneo alla società, costituisce una formulazione inequivoca, tale da non consentire diverse interpretazioni. La tesi del "doppio binario" non trova alcuna giustificazione nella legge. Lo scopo di questa è, indubbiamente, quello di attribuire il potere di nomina degli arbitri solo a soggetti estranei alla compagine sociale e tende ad assicurare il principio (di ordine pubblico, cfr. Cass. 18 marzo 2008 n. 7262) della imparzialità della decisione, consolidando la indipendenza e la imparzialità dell'arbitro attraverso la terzietà del designatore. Né a diverse conclusioni può indurre il termine "possono" contenuto nell'art. 34, comma 1. Come già ha rilevato la Corte territoriale nella sentenza impugnata, la facoltà insita in tale espressione (analogo a quella contenuta nell'art. 808 c.c.) è da ritenersi riferita non alla scelta tra l'arbitrato di diritto comune e quello previsto dalla medesima norma, ma a quella tra il ricorso all'arbitrato previsto dalla stessa norma ed il ricorso al giudice ordinario. In altre parole, le società hanno la libertà di scegliere, per la soluzione delle controversie, la via arbitrale anziché quella giurisdizionale. Nel primo caso, tuttavia, devono conformarsi alla previsione del D.Lgs. del 2003, art. 34 e segg. evidenziando la espressa declaratoria di inderogabilità della relative previsioni procedurali, contenute nella intitolazione dell'art. 35 della stessa legge. La disposizione dell'art. 34 si riferisce anche alla clausola compromissoria per arbitrato irrituale. L'inciso "anche non rituale" contenuto nel citato art. 35, comma 5, infine, intende sottolineare, proprio in una ottica di attenuazione della distinzione tra arbitrato libero ed irrituale, la possibilità del ricorso alla tutela cautelare anche in tale ipotesi di arbitrato non rituale. Non può farsi riferimento - pertanto - a difficoltà interpretative, tali da giustificare la stipulazione di una clausola che prevedeva la nomina degli arbitri effettuata dalle parti. Il notaio, inoltre, alla luce di tale previsione, avrebbe dovuto - in ogni caso - rifiutarsi di ricevere atti contrastanti con una tale norma. La Legge Delega 3 ottobre 2001, n. 366, nell'attribuire al Governo il potere di emanare norme in tema di arbitrato societario, ha fatto riferimento alle clausole compromissorie, contenute negli statuti delle "società commerciali" (art.12, comma 3), riferendosi alle "società che hanno per oggetto l'esercizio di una attività commerciale", società che - ai sensi dell'art. 2249 c.c. - devono costituirsi secondo uno dei tipi regolati nei capi 3<sup>a</sup> e seguenti del titolo 5<sup>o</sup> del codice civile e quindi anche alle società in nome collettivo ed in accomandita semplice. Gli artt. 223 bis e 223 duodecies disp. att. c.c., certamente non applicabili alle società di persone, prescrivono solo i tempi di adeguamento degli atti costitutivi e degli statuti delle società di capitali e delle società cooperative alle nuove disposizioni inderogabili, ma non escludono che un tale adeguamento sia posto in essere anche dalle società di persone. Possono, pertanto, essere formulati i seguenti principi di diritto: "Una clausola compromissoria inserita negli atti societari, difforme da quella prevista dal D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, art. 34, (in quanto preveda il deferimento delle eventuali controversie al giudizio di arbitri nominati anche dalle parti) deve considerarsi nulla. Con la conseguenza che la sanzione disciplinare prevista dalla legge notarile trova applicazione a carico del notaio che abbia inserito in atti societari tali clausole compromissorie. Costituisce circostanza del tutto irrilevante, ai fini disciplinari, che la detta clausola, nulla per contrasto con norma imperativa, possa essere eventualmente sostituita di diritto dalla norma stessa, ai sensi dell'art. 1419 c.c., trattandosi di rimedio predisposto dal legislatore al solo fine di conservare l'atto ai fini privatistici. Pur non conducendo, tale vizio, alla nullità dell'intero negozio, si tratta comunque di nullità parziale assoluta". - *Omissis*.

#### LIV.

*Omissis*. - Il primo motivo di gravame, con cui l'appellante ha ribadito l'eccezione di «carenza di giurisdizione» del Giudice adito in relazione alla compromettibilità arbitrale della vertenza, è fondato ed impone senz'altro la dichiarazione di improponibilità della domanda attorea, con conseguente assorbimento di tutti i successivi motivi di impugnazione, per essere la questione dedotta in giudizio (esclusione della Generalfinanziaria s.a.s. dalla compagine sociale della Findeco s.n.c.) oggetto di clausola compromissoria per arbitrato irrituale. - *Omissis* -. La inequivoca qualificazione come irrituale dell'arbitrato previsto nello statuto sociale della Findeco e la evidenziata riconducibilità, nell'ambito delle controversie relative alla interpretazione ed esecuzione del contratto sociale per statuto deferite al giudizio arbitrale, delle domande di esclusione del socio oggetto del presente giudizio, inducono la Corte, in accoglimento del primo motivo di appello, a discostarsi dalla decisione del Tribunale, che ha ritenuto la nullità della clausola compromissoria in esame perché, in contrasto con quanto previsto dall'art. 34, D. Lgs. 17.1.2003 n. 5 (secondo cui «la clausola deve prevedere il numero e la 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») «demanda alle parti la nomina di propri arbitri e all'accordo di questi la nomina del terzo arbitro o, in mancanza di accordo, devolve il potere di nomina al Pretore di Sorrento, soggetto comunque scelto dalle parti» e, in violazione del disposto dell'art. 223 bis disp. att. c.c., non è stata adeguata alle nuove disposizioni inderogabili entro il 30.9.2004. Non sfugge a questa Corte l'ampio dibattito dottrinario e giurisprudenziale che si è sviluppato intorno alla invalidità sopravvenuta delle clausole compromissorie in contrasto con il citato art. 34, dibattito compiutamente riprodotto, anche con l'allegazione di precedenti di merito e di legittimità favorevoli all'una o all'altra tesi, negli scritti difensivi delle parti del presente giudizio (oltre che nella discussione orale svoltasi dinanzi al Collegio) ed essenzialmente incentrato, sul piano interpretativo, nello «stabilire se il legislatore del 2003 abbia inteso introdurre un modello unico ed insostituibile per l'arbitrato endosocietario, disponendo, cioè, che le liti tra soci o tra questi e la società possano essere devolute al giudizio arbitrale solo mediante l'adozione del modello di procedimento disegnato dal titolo V del d.lgs. n. 5/03, oppure abbia inteso solo porre a disposizione delle società un modello di arbitrato ulteriore rispetto a quello di diritto comune, caratterizzato da alcune peculiarità che lo rendono specificamente idoneo a risolvere ogni tipo di controversia in materia societaria ed a superare i problemi che in concreto limitano la possibilità di ricorrere in quella materia all'arbitrato di diritto comune (ed in particolare quello derivante dalla difficoltà di conciliare la natura spesso plurilaterale delle controversie societaria con il procedimento di nomina degli arbitri fissato dall'art. 810 c.p.c.) destinato semplicemente ad affiancarsi all'arbitrato di diritto comune e non a sostituirlo» (cfr. Corte di Appello Napoli sent. n. 59/2009 del 12/12/2008-14/1/2009 in atti). Analogamente non ignora questa Corte la diversità di opinioni emersa tra i fautori della prima tesi (quella del modello unico di arbitrato endosocietario) in ordine alla portata ed agli effetti della invalidità sopravvenuta delle clausole compromissorie preesistenti non adeguate al nuovo modello: nullità dell'intera convenzione arbitrale per contrarietà alla norma imperativa dell'art. 34 d.lgs. cit. ovvero nullità della sola clausola che prevede la nomina degli arbitri con il sistema binario di diritto comune con conseguente persistenza dell'accordo per la devoluzione delle controversie ad arbitri e sostituzione automatica della clausola invalida con la norma imperativa che essa viola ai sensi dell'art. 1419 cpv. c.c. Ritiene tuttavia questa Corte che, qualunque soluzione voglia assumersi in ordine alla compatibilità con la disciplina dettata dal titolo V d.lgs. n. 5/03 dell'arbitrato rituale di diritto comune, alcun dubbio è possibile, anche dopo la novella del 2003, in ordine all'ammissibilità in ambito societario del ricorso all'arbitrato irrituale, ossia alla facoltà delle società di prevedere tale forma di arbi-

trato per la soluzione delle controversie endosocietarie, ed alla inapplicabilità a tale modello di arbitrato della normativa sull'arbitrato societario di cui alla suddetta novella. La ricorribilità all'arbitrato irrituale nelle controversie societarie risulta, invero, espressamente ed univocamente dall'inciso dell'art. 35 comma 5 d.lgs. cit., ove nel disciplinare i rapporti con i procedimenti cautelari, si dispone che «la devoluzione in arbitrato, anche non rituale, di una controversia non preclude il ricorso alla tutela cautelare ...» (nello stesso senso cfr. anche, in atti, Cass. ord. 4.6.2010 n. 13664, Corte d'Appello Napoli sent. n. 59/2009 cit., Corte d'Appello di Torino sent. n. 16 del 6-8/3/2007 e n. 37 del 22.6.2007). D'altro canto, in contrasto con un ordinamento interpretativo emerso nella giurisprudenza sia di merito (cfr. Trib. Milano 12.3.2009 n. 3432) sia di legittimità (cfr. da ultimo Cass. sez. III 9.12.2010 n. 24867 in atti), ritiene il Collegio che la clausola per arbitrato irrituale, di per sé consentita, non richieda il rispetto della norma dell'art. 34, 2° comma cit. (secondo cui «La clausola deve conferire ... a pena nullità il potere di nomina di tutti gli arbitri a soggetto estraneo alla società»), in effetti riguardante esclusivamente lo speciale arbitrato endosocietario rituale. Tanto lo si desume chiaramente dall'intero contesto normativo in cui la disposizione suddetta è inserita; in particolare, viene in evidenza l'art. 35, che, nel delineare la disciplina inderogabile del suddetto procedimento arbitrale, fa riferimento alla domanda di arbitrato, al procedimento arbitrale, all'intervento nel giudizio di terzi e di altri soci ai sensi degli artt. 105, 106 e 107 c.p.c. (intervento implicante una struttura contenziosa del procedimento), all'impugnabilità del lodo ai sensi degli artt. 829 e 831 c.p.c. (come già evidenziato, il lodo irrituale non è invece soggetto a simili impugnazioni, ma solo alle azioni di impugnazione negoziale tendenti all'annullamento di quell'atto negoziale per errore, violenza o dolo), ma anche l'art. 36, che attribuisce agli arbitri un potere di cognizione incidentale su questioni non compromettibili quando ciò sia necessario ai fini della «decisione» e dispone che in tal caso, oltre che in quello in cui l'oggetto del «giudizio» sia costituito dalla validità di delibere assembleari, gli arbitri devono decidere secondo diritto utilizzando un concetto che ha senso solo se riferito all'arbitrato rituale. Da quanto detto consegue che, ove la clausola compromissoria preveda, come nel caso in esame, il ricorso all'arbitrato irrituale, la norma dell'art. 34 non può trovare applicazione e lo statuto sociale può disciplinare come meglio ritenga, e quindi anche in modo diverso dalla loro totalitaria designazione da parte di un soggetto estraneo alla società, la nomina degli arbitri irrituali senza incorrere nella sanzione di nullità sancita dalla suddetta norma (in tal senso Cass. civ. Ord. 13664/010 cit.). Naturalmente resta ferma, anche per l'arbitrato libero, l'esigenza messa in evidenza dalla giurisprudenza (cfr. Cass. n. 2304 del 1995), che il collegio arbitrale sia composto in modo da garantire l'equidistanza tra i contendenti, ma tale esigenza è adeguatamente soddisfatta nel caso di specie dal procedimento binario di nomina da parte dei due soli contendenti previsto nella clausola compromissoria di cui all'art. 13 dello statuto sociale. – *Omissis*.

## LV.

*Omissis*. – Va, quindi, esaminato il terzo motivo di ricorso, con cui il ricorrente lamenta la violazione e falsa applicazione della L. n. 89 del 1913, art. 28, per aver ritenuto la sua responsabilità disciplinare in presenza di atti, che non erano inequivocamente nulli, perché contrari a norme imperative.

L'addebito mosso al notaio consiste nel fatto che in due scritture private autenticate, relativi a costituzioni di s.a.s., erano stati previsti collegi arbitrali, costituiti da tre membri di cui due nominati dai soci ed il terzo nominato dai suddetti membri, in luogo di essere tutti nominati da un soggetto estraneo.

Per potersi affermare tale responsabilità occorrerebbe ritenere, come appunto sostiene la corte di merito, che è principio inequivoco che nell'ambito societario l'unico arbitrato endosocietario possibile sia quello di cui al D.Lgs. n. 5 del 1993, art. 34.

Il D.Lgs. n. 5 del 2003, art. 34, statuisce che: "1. 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., possono, 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.

2. 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 la sede legale".

3. Osserva questa Corte che è ben noto come nella giurisprudenza di merito, che si è interessata della questione, e nella stessa dottrina sia dibattuta la questione se tale arbitrato endosocietario costituisca l'unica forma di arbitrato per le società indicate nella norma, ovvero se esso concorra con l'arbitrato comune di cui all'art. 806 c.p.c., e segg., e che contrasti giurisprudenziali sul punto vi sono stati anche presso la stessa A.G. di Bologna.

Ai fini della responsabilità del notaio a norma della L. n. 89 del 1913, art. 28 è necessario che l'atto redatto dal notaio sia inequivocamente nullo (cfr. Cass. n. 11.11.1997).

L'avverbio "espressamente", che nell'art. 28, comma 1, n. 1 L. not. qualifica la categoria degli "atti proibiti dalla legge" va inteso come "inequivocamente", per cui si riferisce a contrasti dell'atto con la legge, che risultino in termini inequivoci, anche se la sanzione di nullità deriva solo attraverso la disposizione generale di cui all'art. 1418 c.c., comma 1, per effetto di un consolidato orientamento interpretativo giurisprudenziale e dottrinale.

La ratio della normativa in esame e le sue stesse origini storiche impongono di ritenere che al notaio non possono certo addossarsi compiti ermeneutici (con le connesse responsabilità) in presenza di incertezze interpretative oggettive. Invece l'irricevibilità dell'atto si giustifica, quando il divieto possa desumersi in via del tutto pacifica ed incontrastata da un orientamento interpretativo ormai consolidato sul punto.

4. Ciò comporta che nella fattispecie, in presenza di contrastanti interpretazioni giurisprudenziali e dottrinali sul punto dell'alternatività tra arbitrati endosocietari (di cui al D.Lgs. n. 3 del 2005, art. 34) ed arbitrati di diritto comune ovvero dell'esclusività solo dei primi in sede societaria, costituisce errata applicazione della L. n. 89 del 1913, art. 28, aver ritenuto che costituisca nullità inequivoca e quindi ben chiara per il notaio l'aver autenticato una scrittura costitutiva di s.a.s. contenente una clausola di arbitrato con nomina degli arbitri non da parte di un terzo. – *Omissis*.

## LVI.

*Omissis.* – Il Collegio reputa di condividere ai fini del presente giudizio disciplinare il principio di diritto di cui a Cass. n. 5913 del 2011, ma, nel contempo considera fondata la ricostruzione fatta da Cass. n. 24867 del 2010 a proposito della natura della nullità derivante dalla violazione del D.Lgs. n. 5 del 2003, art. 34 e intende, a fini di nomofilachia ed al di là della rilevanza in funzione della presente decisione, affermare il principio per cui eventuali violazioni della norma, le quali potranno essere commesse successivamente al decorso di un termine ragionevole dalla pubblicazione della presente decisione, potranno viceversa dare luogo ad illecito disciplinare ai sensi del citato L. N., art. 28, comma 1.

Queste le ragioni di tali convincimenti.

Il D.Lgs. n. 5 del 2003, art. 34 com' è noto, sotto la rubrica "Oggetto ed effetti di clausole compromissorie statutarie", così dispone: 1. Gli atti costitutivi delle società, ad eccezione di quelle che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio a norma dell'art. 2325 bis c.c., possono, 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.

2. 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 la sede legale.

3. La clausola è vincolante per la società e per tutti i soci, inclusi coloro la cui qualità di socio è oggetto della controversia.

4. Gli atti costitutivi possono prevedere che la clausola abbia ad oggetto controversie promosse da amministratori, liquidatori e sindaci ovvero nei loro confronti e, in tale caso, essa, a seguito dell'accettazione dell'incarico, è vincolante per costoro.

5. Non possono essere oggetto di clausola compromissoria le controversie nelle quali la legge preveda l'intervento obbligatorio del pubblico ministero.

6. Le modifiche dell'atto costitutivo, introduttive o soppressive di clausole compromissorie, devono essere approvate dai soci che rappresentino almeno i due terzi del capitale sociale. I soci assenti o dissenzienti possono, entro i successivi novanta giorni, esercitare il diritto di recesso.

La norma, com'è noto, è espressione del principio di delegazione di cui alla L. n. 366 del 2001, art. 12, comma 3, ai sensi del quale il Governo può altresì prevedere la possibilità che gli statuti delle società commerciali contengano clausole compromissorie, anche in deroga agli artt. 806 e 808 c.p.c., per tutte o alcune tra le controversie societarie di cui al comma 1. Nel caso che la controversia concerna questioni che non possono formare oggetto di transazione, la clausola compromissoria dovrà riferirsi ad un arbitrato secondo diritto, restando escluso il giudizio di equità, ed il lodo sarà impugnabile anche per violazione di legge".

Ora, l'autorizzazione del legislatore delegato a prevedere la possibilità di stipula di clausole compromissorie anche in deroga agli artt. 806 e 808 c.p.c., cioè alle due norme della disciplina del c.d. arbitrato di diritto comune (all'epoca nel testo anteriore alle modifiche di cui al D.Lgs. n. 40 del 2006) preposte ad individuare l'oggetto del compromesso e della clausola compromissoria, non era sicuramente un modello di chiarezza di tecnica di delegazione. Già il riferimento non al solo art. 808, ma anche all'art. 806, poteva apparire d'una certa stranezza, giacché la delega concerneva solo la clausola compromissoria e non il compromesso, disciplinato dall'art. 806 c.p.c. Il richiamo all'art. 806 si poteva forse spiegare perché l'art. 808 evocava come limite di stipula della clausola compromissoria l'essere la controversia suscettibile di compromesso, ma certamente sarebbe stato sufficiente il prevedere la deroga al solo art. 808 per estendere la delegazione derogatoria anche a quel profilo. Non vi era, inoltre, o almeno non è certo che vi fosse, previsione di delegazione quanto ai profili di disciplina dinamica (come sarebbe potuto accadere se la delega fosse stata concessa con possibilità di deroga all'art. 806 c.p.c. e segg.), mentre, invece, il legislatore delegato ha inteso la delega come estesa anche ad essi, come emerge dalla L. n. 5 del 2003, artt. 35 e 36.

Restando al problema del significato dell'abilitazione alla deroga della disciplina statica della clausola compromissoria ed ai soli fini dei quello che in questa sede interessa, il Collegio osserva che il legislatore delegato era, comunque, legittimato ad adempiere la delega in due possibili modi:

a) poteva stabilire che gli statuti prevedessero la possibilità di stipulare clausole compromissorie in deroga all'art. 808 c.p.c., nel senso della individuazione di taluni tipi di controversie non compromettibili, ancorchè lo fossero state secondo la disciplina dell'art. 808 c.p.c., o nel senso della limitazione della stipulazione della clausola a taluni tipi societari, al contrario di quanto avrebbe consentito l'art. 808: in questo caso la deroga si sarebbe espressa solo nel senso di abilitare gli statuti a prevedere clausole compromissorie con alcune esclusioni oggettive o soggettive, non previste dall'art. 808 (letto in connessione con l'art. 806);

b) poteva stabilire che gli statuti prevedessero la possibilità di stipula di clausole compromissorie con contenuti specifici e limiti del tutto peculiari, sì che la deroga all'art. 808 c.p.c. si esprimesse nell'individuazione di una figura di clausola compromissoria del tutto sganciata ed autonoma dal modello dell'art. 808 c.p.c., perché impositiva di contenuti non previsti dal tenore di questa norma, raccordato con quello dell'art. 806 c.p.c. Nell'ipotesi sub a) la limitatezza dell'esercizio della delega avrebbe collocato le clausole compromissorie nel sistema della figura di arbitrato di diritto comune, salve le limitazioni soggettive ed oggettive.

All'interno dell'opzione sub b) il legislatore delegato avrebbe potuto scegliere due opzioni, cioè due diverse misure della facoltà di deroga, e precisamente o attribuire carattere esclusivo alla nuova fattispecie di clausola compromissoria con contenuti eccedenti quelli dell'art. 808 o assegnarle un rilievo meramente alternativo e concorrente con la fattispecie dell'art. 808 c.p.c. Avrebbe potuto, cioè prevedere che il modello derogatorio della clausola compromissoria rispetto a quello della *lex generalis* di cui all'art. 808 fosse l'unico possibile in materia societaria (o in parte di essa, ove la nuova figura fosse stata limitata a taluni tipi societari, come poi lo è stato) e così attribuire alla disciplina derogatoria carattere assoluto. Questa sarebbe stata una scelta in termini di esclusività della deroga, id est la scelta tendente al massimo utilizzo della facoltà derogatoria.

Avrebbe potuto, invece, prevedere che il modello derogatorio concorresse e, dunque, fosse meramente alternativo rispetto alla disciplina generale, a scelta dei partecipanti al contratto sociale, con la conseguenza che essa potesse trovare applicazione sia per previsione dell'atto costitutivo della società, allorché esso non avesse previsto la forma derogatoria, ma quella generale, sia allorché, pur avendola l'atto costitutivo prevista, lo avesse fatto in modo alternativo rispetto alla disciplina generale (c.d.

clausola binaria), cioè con facoltà di scelta per i soggetti destinati a valersene, cioè la società e i soci ed eventualmente altri soggetti coinvolti nella compagine societaria e contemplati dalla norma di delegazione (come poi in concreto è accaduto). In questo secondo

caso l'indifferenza dell'atto costitutivo verso la forma generale e quella speciale avrebbe potuto giustificare che, in ipotesi di eventuale previsione della clausola compromissoria derogatoria in modo difforme da quello previsto dal legislatore delegato, la disciplina della *lex generalis* dell'art. 808 c.p.c. potesse sopperire, giustificandosi comunque la salvezza della clausola compromissoria come scelta di esclusione della giurisdizione dell'a.g.o. In pratica all'arbitrato si sarebbe potuto dare corso secondo le forme della *lex generalis*.

Ora, il legislatore delegato non ha certamente scelto di esercitare la delega secondo l'opzione indicata sopra sub a): è sufficiente osservare che la norma dell'art. 34 citato disciplina la clausola compromissoria con contenuti eccedenti quelli dell'art. 808 c.p.c. nel testo di riferimento e fra questi proprio la previsione delle modalità di nomina degli arbitri, che è sconosciuta all'art. 808 (anche nel testo oggi vigente).

E' palese che il legislatore delegato ha scelto di esercitare la delega secondo l'opzione indicata sopra sub b) ed è altrettanto palese, ad avviso del Collegio, che all'interno di tale opzione ha scelto di considerare la norma di cui all'art. 34 come impositiva di una forma necessaria ed esclusiva di clausola compromissoria nell'ambito societario indicato dalla norma stessa.

Ciò, non emerge da una previsione espressa di esclusività della disciplina della norma, non diversamente di come è certo che non v'è alcuna espressione che evidenzia la qualificazione di essa come concorrente con la *lex generalis* dell'art. 808 e, quindi, con l'arbitrato di diritto comune.

La scelta nel senso della esclusività emerge dalle implicazioni delle espressioni usate nel redigere la norma.

Non è d'aiuto, invece, il criterio dell'interpretazione secondo i lavori preparatori, poiché nella specie la relazione al D.Lgs., là dove afferma che la formulazione del testo contribuisce alla creazione di una compiuta *species arbitrale*, senza pretesa di sostituire il modello codicistico è altamente equivoca, perché si presta ad una lettura alternativa, cioè sia ad essere intesa nel senso che la nuova figura si aggiunge a quella codicistica, sia - e forse a maggior ragione, siccome rivela il riferimento alla completezza - nel senso che la nuova fattispecie non è esaustiva, nel senso che è integrabile con la disciplina generale anche al di fuori dell'art. 808, perché deroga ad essa solo sotto taluni aspetti. Il che non toglie che per gli aspetti regolati dall'art. 34 la clausola compromissoria nel senso da essa previsto è l'unica possibilità di arbitrato in materia societaria (salvo il tipo sociale eccettuato).

Ebbene, tra le espressioni con le quali si articola la norma in esame, di nessun rilievo ai fini dell'esegesi è l'uso del verbo "possono". Come ha già osservato Cass. n. 24867 del 2010 la facoltà insita in tale espressione (analoga a quella contenuta nell'art. 808 c.c.) è da ritenersi riferita non alla scelta tra l'arbitrato di diritto comune e quello previsto dalla medesima norma, ma a quella tra il ricorso all'arbitrato previsto dalla stessa norma ed il ricorso al giudice ordinario. In altre parole, le società hanno la libertà di scegliere, per la soluzione delle controversie, la via arbitrale anziché quella giurisdizionale.

E' invece di assoluto rilievo l'espressa previsione che l'inosservanza di una delle regole dettate per la stipula della clausola compromissoria secondo la norma - appunto quella relativa alle modalità di nomina degli arbitri ed alla necessità che essi siano nominati tutti da soggetto estraneo alla società - determini la nullità e, si badi, secondo la lettera della legge, la nullità della clausola compromissoria. E ciò senza possibilità, perché non prevista dal legislatore delegato, di salvezza della clausola sia pure come clausola di diritto comune.

Invero, non avrebbe alcun senso che il legislatore delegato, conferitario del potere derogatorio della *lex generalis* dell'art. 808, pur intendendo dettare una disciplina derogatoria soltanto concorrente quella generale, ne abbia poi tutelato l'effettività con una norma imperativa la cui inosservanza è colpita espressamente dalla sanzione della nullità. Il riconoscimento della possibilità di stipulare due diverse forme di arbitrato, siccome espressivo di un atteggiamento di indifferenza circa l'una o l'altra, mal si concilia con l'esigere che una delle due forme debba essere rispettata a pena di nullità. O almeno - se si vuole - appare incompatibile con l'assenza di previsione che la clausola è comunque valida secondo la *lex generalis*.

In altri termini, la previsione di una forma derogatoria dell'art. 808 c.p.c., nel senso della necessità che la clausola abbia contenuti necessari non previsti da detta norma e, quindi, nel suo ambito lasciati alla privata autonomia e l'assicurazione dell'osservanza di essa a pena di nullità esprime un limite alla privata autonomia che è significativo in modo certo che il legislatore delegato ha voluto che l'unica clausola compromissoria stipulabile sia quella della norma, senza concorrenza della forma di cui al codice di rito.

D'altro canto, la previsione di nullità - come s'è già rilevato - non è riferita alla clausola relativa alla nomina degli arbitri secondo un criterio non rispettoso della prescrizione che essi non siano nominati all'interno della società, ma è riferita alla clausola compromissoria come tale, nel senso che vitiatur et vitiat la stessa previsione dell'arbitrato: se la disciplina concorresse con la *lex generalis* sarebbe stato ragionevole prevedere che la clausola difforme dal modello dell'art. 34 fosse quantomeno riconducibile ad essa. Ma sarebbe stato necessario dirlo e non invece proclamare in termini secchi la nullità.

L'esegesi proposta sarebbe rafforzata, se ve ne fosse bisogno, dalla previsione nell'art. 34, comma 6 di una maggioranza particolarmente qualificata per l'introduzione di clausole compromissorie, evidentemente secondo il modello della norma: se tale modello non fosse esclusivo non si comprenderebbe l'interesse del legislatore delegato ad affermare la necessità di tale maggioranza.

Di nessun rilievo contro l'idea dell'esclusività è, invece, l'argomento - prospettato in dottrina e da parte della giurisprudenza di merito - della permanenza della applicabilità della disciplina del codice di rito a proposito del compromesso: compromesso e compromissoria sono fenomeni distinti, perché l'uno suppone che la lite sia già sorta, l'altro che non lo sia. L'aver il legislatore delegato ristretto il modello speciale alla sola clausola compromissoria d'altro canto era imposto dalla legge delega, che solo ad essa riferiva la delega con facoltà derogatoria della *lex generalis*. E d'altro canto è palese che la previsione nello stesso atto costitutivo o nella sua modifica della clausola compromissoria si presenta di particolare importanza rispetto alla stipulazione episodica di un compromesso.

p. 4.5. Sulla base delle esposte ragioni si devono a questo punto affermare i seguenti principi di diritto, sostanzialmente già sostenuti - sia pure con percorso argomentativo non del tutto identico - da Cass. n. 24867, nel senso che la norma del D.Lgs. n. 5 del 2003, art. 34 con riferimento agli atti costitutivi delle società, ad eccezione di quelle che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio a norma dell'art. 2325-bis c.c., prevede l'unica ipotesi di clausola compromissoria stipulabile nell'ambito di detti atti, restando, dunque, esclusa la possibilità che essi possano prevedere sia una clausola compromissoria ai sensi dell'art. 808 c.p.c., cioè della norma di diritto comune, sia quest'ultima in via alternativa alla clausola secondo l'art. 34. Ne consegue che, ove l'atto costitutivo preveda una forma di clausola compromissoria che non rispetti la prescrizione in punto di nomina degli arbitri di cui a detta norma, la nullità della clausola comporta che la controversia possa essere introdotta soltanto davanti all'a.g.o., restando escluso che possa trovare applicazione la disciplina generale della clausola compromissoria prevista dal codice di procedura civile.

p. 5. Le conclusioni qui raggiunte evidenziano che la nullità della clausola compromissoria rogata dal notaio incolpato era idonea sotto il profilo oggettivo, cioè dell'esegesi dell'art. 34, comma 2, ad integrare la fattispecie di cui alla L. n. 89 del 1913, art. 28, comma

1, cioè il ricevimento di un atto espressamente proibito dalla legge, perché la previsione della nullità della clausola compromissoria nella quale non si preveda che gli arbitri vengano nominati da soggetto estraneo alla società è significativa dell'intento del legislatore di assicurare che in ambito societario (e con l'eccezione dei soggetti ex art. 2325-bis c.c.) la clausola compromissoria prevista dall'atto costitutivo (o in sede di modifica dell'atto costitutivo) sia stipulata esclusivamente con la previsione di tale modalità di nomina, dovendosi altrimenti considerare priva di effetto. La norma, dunque, proibisce l'inserimento in atti costitutivi di società rogati dal notaio di clausole che non rispettino tale precetto e, quindi, proibisce che simili clausole siano stipulate.

p. 5.1. Tuttavia - siccome sostanzialmente invoca il ricorrente nell'illustrazione del secondo motivo ed ha considerato in altro caso similare Cass. n. 5913 del 2011 - la detta nullità fu sostanzialmente inidonea ad integrare l'illecito ai sensi del citato art. 28, comma 1, perché all'epoca del fatto ascritto all'incolpato sussisteva (come continuava a sussistere prima di Cass. n. 24867 del 2010) un rilevante contrasto sia in seno alla dottrina sia nella giurisprudenza di merito circa la ricostruzione della nullità de qua nei sensi qui affermati, cioè come nullità comportante l'effetto radicale di escludere la scelta compromissoria formulata in sede di atto costitutivo e, quindi, come nullità di carattere assoluto.

L'inidoneità discendeva dall'esigenza che l'illecito disciplinare notarile di cui all'art. 28, comma 1, esige che la proibizione dell'atto, in presenza di una nuova norma, risulti chiara ed indiscussa nell'esegesi degli operatori giuridici e, quindi, in prima battuta della dottrina e della giurisprudenza di merito e, di seguito, oppure, se nella dottrina e nella giurisprudenza di merito non vi sia stata un'elaborazione di quel genere e l'esegesi favorevole alla individuazione dell'atto come proibito non sia stata univoca, qualora sopravvenga un orientamento di questa Corte di legittimità ed esso si consolidi.

La ragione che giustifica la necessità di una simile idoneità soggettiva discende dal dover garantire al notaio, in una situazione di contrasto interpretativo sulla norma, la possibilità, conforme alla logica della sua professione, di esercitare anch'esso la sua attività di professionista del diritto scegliendo l'opzione interpretativa che gli sembra più convincente fra quelle dibattute e semmai, ma ciò rileva ai fini del rapporto professionale con il cliente, è necessario che dell'opinabilità della sua ricostruzione e della sua scelta egli dia avviso alle parti.

Il Collegio condivide, in sostanza la motivazione di Cass. n. 5913 del 2011, là dove si è così espressa: Ai fini della responsabilità del notaio a norma della L. n. 89 del 1913, art. 28 è necessario che l'atto redatto dal notaio sia inequivocamente nullo (cfr. Cass. n. 11.11.1997). L'avverbio "espressamente", che nella L. N., art. 28, comma 1, n. 1 qualifica la categoria degli "atti proibiti dalla legge va inteso come "inequivocamente", per cui si riferisce a contrasti dell'atto con la legge, che risultino in termini inequivoci, anche se la sanzione di nullità deriva solo attraverso la disposizione generale di cui all'art. 1418 c.c., comma 1, per effetto di un consolidato orientamento interpretativo giurisprudenziale e dottrinale. La ratio della normativa in esame e le sue stesse origini storiche impongono di ritenere che al notaio non possono certo addossarsi compiti ermeneutici (con le connesse responsabilità) in presenza di incertezze interpretative oggettive.

Invece l'irricevibilità dell'atto si giustifica, quando il divieto possa desumersi in via del tutto pacifica ed incontrastata da un orientamento interpretativo ormai consolidato sul punto.

4. Ciò comporta che nella fattispecie, in presenza di contrastanti interpretazioni giurisprudenziali e dottrinali sul punto dell'alternatività tra arbitrati endosocietari (di cui al D.Lgs. n. 3 del 2005, art. 34) ed arbitrati di diritto comune ovvero dell'esclusività solo dei primi in sede societaria, costituisce errata applicazione della L. n. 89 del 1913, art. 28, aver ritenuto che costituissero nullità inequivoca e quindi ben chiara per il notaio l'aver autenticato una scrittura costitutiva di s.a.s. contenente una clausola di arbitrato con nomina degli arbitri non da parte di un terzo."

p. 5.2. Il Collegio sottolinea a questo punto che la composizione del contrasto fra Cass. n. 24867 del 2010 e Cass. n. 5913 del 2011 nei termini che qui si sono indicati comporta la conseguenza che a far tempo da quando questa sentenza diverrà nota al pubblico, eventuali atti costitutivi rogati da notai con previsione di clausole compromissorie difformi dalla previsione dell'art. 34, comma 2, diverranno sanzionabili sul piano disciplinare, atteso che il notaio rogante, come ogni operatore giuridico, dovrà attenersi all'individuazione del significato della norma sostenuto da questa Corte di legittimità, preposta a garantire l'esatta osservanza della legge. – *Omissis*.

## LVII.

*Omissis*. – Non appare operativa nel caso di specie la clausola compromissoria di cui all'art. 25 dello statuto sociale della I.R.I. s.r.l. del 28.11.2003, atteso che la predetta prevede il potere di nomina di almeno di due dei tre arbitri ad opera delle parti contendenti (soci e/o società) e dunque non rimette per intero il potere di nomina dei suddetti arbitri a soggetti estranei alla società.

Sul punto, in conformità a quanto persuasivamente ed autorevolmente ritenuto da Corte d'Appello Torino, 04 agosto 2006, deve ritenersi che è in ogni caso nulla per violazione dell'art. 34 comma 2 d.lg. 17 gennaio 2003 n. 5 la clausola dello statuto di una società di capitali che preveda la devoluzione delle controversie tra società e soci ad un collegio arbitrale i cui membri devono essere nominati dalle parti e solo in via suppletiva da un soggetto estraneo alla società, e ciò con l'essenziale precisazione che le clausole già contenute nell'atto costitutivo e contrarie alle nuove disposizioni, in virtù di quanto previsto dalla disposizione transitoria contenuta nell'art. 223 bis disp. att. c.c., sono destinate a perdere efficacia in quanto affette da vizio di nullità sopravvenuta a decorrere dall'1 gennaio 2004 anche se introdotte antecedentemente a quella data qualora non siano adeguate al disposto dell'art. 34 comma 2 d.lg. 17 gennaio 2003 n. 5 entro il 30 settembre 2004. – *Omissis*.

## LVIII.

*Omissis*. – Quanto alle rimanenti sei infrazioni, commesse successivamente al 26 agosto 2006, va esaminato il primo motivo di ricorso, con cui il ricorrente lamenta, a norma dell'art. 360 c.p.c., n. 3, la violazione della L. n. 89 del 1913, art. 28, e del D.Lgs. n. 5 del 2003, art. 34.

Assume il ricorrente che la corte di merito ha erroneamente ritenuto la sua responsabilità disciplinare in presenza di atti, che non erano inequivocamente nulli, perché contrari a norme imperative.

L'addebito mosso al notaio consiste nel fatto che in atti, per i quali aveva prestato il suo ministero, relativi a costituzioni di società di persone erano stati previsti arbitrati da parte di "un arbitro anche amichevole compositore, da nominarsi di comune accordo, oppure in caso di disaccordo dal Presidente del Tribunale".

Per potersi affermare tale responsabilità occorrerebbe ritenere, come appunto sostiene la corte di merito, che è principio inequivoco che nell'ambito societario l'unico arbitrato possibile sia quello endosocietario di cui al D.Lgs. n. 5 del 2003, art. 34.

Il D.Lgs. n. 5 del 2003, art. 34, statuisce che: "1. 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., possono, 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.

2. 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 la sede legale".

3. Osserva questa Corte che è ben noto come nella giurisprudenza di merito, che si è interessata della questione, e nella stessa dottrina sia dibattuta la questione se tale arbitrato endosocietario costituisca l'unica forma di arbitrato per le società indicate nella norma, ovvero se esso concorra con l'arbitrato comune di cui all'art. 806 c.p.c., e segg., e che contrasti giurisprudenziali sul punto vi sono stati non solo presso giudici di primo grado, ma anche presso corti di appello (anche se va prevalendo recentemente la prima tesi).

Ai fini della responsabilità del notaio a norma della L. n. 89 del 1913, art. 28 è necessario che l'atto redatto dal notaio sia inequivocamente nullo (cfr. Cass. n. 11.11.1997).

L'avverbio "espressamente", che nell'art. 28, comma 1, n. 1 L. not. qualifica la categoria degli "atti proibiti dalla legge" va inteso come "inequivocamente", per cui si riferisce a contrasti dell'atto con la legge, che risultino in termini inequivoci, anche se la sanzione di nullità deriva solo attraverso la disposizione generale di cui all'art. 1418 c.c., comma 1, per effetto di un consolidato orientamento interpretativo giurisprudenziale e dottrinale.

La ratio della normativa in esame e le sue stesse origini storiche impongono di ritenere che al notaio non possono certo addossarsi compiti ermeneutici (con le connesse responsabilità) in presenza di incertezze interpretative oggettive. Invece l'irricevibilità dell'atto si giustifica quando il divieto possa desumersi in via del tutto pacifica ed incontrastata da un orientamento interpretativo ormai consolidato sul punto.

4.1. Ciò comporta che nella fattispecie, in presenza di contrastanti interpretazioni giurisprudenziali e dottrinali sul punto dell'alternatività tra arbitrati endosocietari (di cui al D.Lgs. n. 3 del 2005, art. 34) ed arbitrati di diritto comune ovvero dell'esclusività solo dei primi in sede societaria, costituisce errata applicazione della L. n. 89 del 1913, art. 28, aver ritenuto che costituisca nullità inequivoca e quindi ben chiara per il notaio l'aver redatto atti costitutivi di società di persona contenenti una clausola di arbitrato con nomina degli arbitri da parte di intranei.

4.2. Non ignora il collegio che questa Corte con sentenza n. 24867 del 2010 ha statuito che: "Incorre in responsabilità disciplinare, per violazione del divieto di ricevere atti nulli, il notaio che, nel rogare lo statuto di una società di capitali, vi inserisca una clausola compromissoria che deferisca eventuali controversie ad arbitri nominati dalle parti, in violazione del divieto di cui al D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, art. 34, a nulla rilevando che, l'ordinamento preveda la sostituzione automatica di tale clausola, ai sensi dell'art. 1419 c.c., trattandosi di rimedio predisposto dal legislatore al solo fine di conservare l'atto ai fini privatistici, nè che la nullità riguardi non l'intero atto, ma una singola clausola, trattandosi, comunque, di nullità parziale assoluta".

Senonché alla data di redazione degli atti notarili oggetto di questo procedimento disciplinare (anno 2006/2007) lo stato della giurisprudenza di merito e della dottrina era contrastante e non era intervenuta alcuna sentenza di legittimità, con funzione nomofilattica. Ciò comporta che, ai fini della decisione di questa causa non possa farsi riferimento a questo precedente, poiché nella fattispecie, vertendosi in tema di procedimento disciplinare nei confronti di notaio, e non di una vertenza in materia societaria, ciò che costituisce oggetto della decisione non è tanto quale fosse l'esatta interpretazione del D.Lgs. n. 5 del 2005, art. 34, ma soprattutto se essa fosse alla data dell'atto redatto dal notaio inequivoca, in modo che lo stesso non potesse non percepire, secondo la diligenza qualificata che egli doveva avere, di redigere un atto nullo.

4.3. La prima pronuncia di legittimità che ha investito l'esatta interpretazione della norma in questione, sia pure ai fini di valutare se sussistesse la fattispecie disciplinare di cui alla L. n. 89 del 1913, art. 28, è stata appunto la sentenza n. 24867 del 9.12.2010.

La questione è stata poi riaffrontata funditus da Cass. (ord.) 20 luglio 2011, n. 15892, (sempre in tema di procedimento disciplinare notarile), la quale ha statuito che: "La norma del D.Lgs. n. 5 del 2003, art. 34, con riferimento agli atti costitutivi delle società, ad eccezione di quelle che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio a norma dell'art. 2325 bis c.c., prevede l'unica ipotesi di clausola compromissoria stipulabile nell'ambito di detti atti, restando dunque esclusa la possibilità che essi possano prevedere sia una clausola compromissoria ai sensi dell'art. 808 c.p.c., sia quest'ultima in via alternativa alla clausola secondo l'art. 34. Ne consegue che, ove l'atto costitutivo preveda una forma di clausola compromissoria che non rispetti la prescrizione in punto di nomina degli arbitri di cui a detta norma, la nullità della clausola comporta che la controversia possa essere introdotta soltanto davanti all'AGO.....".

4.4. Ne consegue che solo a seguito delle pronunzie di questa Corte è venuto meno il contrasto esistente nella giurisprudenza di merito e nella dottrina e si è consolidata una giurisprudenza di legittimità, divenendo inequivoca l'interpretazione del D.Lgs. n. 5 del 2003, art. 34, con conseguente nullità negli atti costitutivi di società della clausola compromissoria che preveda un arbitrato di diritto comune, senza rispettare la prescrizione in punto di nomina degli arbitri di cui alla detta norma.

Certamente anche il notaio rogante, come ogni operatore giuridico, dovrà attenersi all'interpretazione nomofilattica della norma in questione data da questa Corte di legittimità, preposta, appunto, a garantire l'esatta interpretazione ed osservanza della legge.

4.5. Senonché proprio perché la fattispecie attiene non ad ipotesi di vertenza in materia societaria, ciò che costituisce oggetto della decisione non è tanto quale fosse l'esatta interpretazione del D.Lgs. n. 5 del 2005, art. 34, ma soprattutto se essa fosse alla data dell'atto redatto dal notaio inequivoca.

In altri termini la fattispecie oggettiva dell'illecito è costituita non solo dalla redazione di un atto nullo, ma anche dal fatto che tale nullità è inequivoca, cioè pacifica. Solo l'inequivocità della nullità integra l'atto "espressamente proibito dalla legge" alla cui redazione l'art. 28 riconnette la responsabilità disciplinare. Tale circostanza (la pacificità della nullità) costituisce, quindi, una componente dell'elemento oggettivo dell'illecito e non dell'elemento soggettivo (come pare ritenere Cass. 18892/2011).

Ne consegue che questa Corte ben può affermare quando un'interpretazione giuridica di una certa norma è pacifica o meno.

In merito al D.Lgs. n. 5 del 2003, art. 34, può quindi ritenersi che la nullità di clausola arbitrale che preveda un arbitro di diritto comune in atto di costituzione di società, già affermata da Cass. n. 24867/2010, si è ulteriormente consolidata a seguito della successiva statuizione della Corte del 20.7.2011, n. 15892. Pertanto la pacificità dell'interpretazione può ritenersi raggiunta negli operatori giuridici, decorso il tempo necessario alla diffusione di tali 2 arresti e quindi alla fine di agosto 2011.

5. Può quindi affermarsi il seguente principio di diritto: "Sussiste la responsabilità disciplinare del notaio a norma della L. n. 89 del 1913, art. 28, comma 1, n. 1, per aver redatto un atto espressamente proibito dalla legge, allorché sia stato rogato, a decorrere dall'1 settembre 2011, un atto costitutivo di società, con previsione di clausola compromissoria di arbitro di diritto comune e, quindi, difforme dal disposto del D.Lgs. n. 5 del 2003, art. 34, poiché solo da tale data può ritenersi pacifica l'interpretazione della norma come comportante la nullità di siffatta clausola".

Nella fattispecie, in applicazione del suddetto principio, poiché gli atti erano stati redatti negli anni 2006/2007, allorché sussisteva il contrasto giurisprudenziale sulla norma suddetta, va accolto il primo motivo di ricorso, dovendosi escludere che a quella data si trattasse, per le ragioni dette, di "atti espressamente proibiti dalla legge". – *Omissis*.

### Arbitrato societario e arbitrato irrituale\*

\* Provvedimento I pubblicato in [www.giurisprudenzabarese.it](http://www.giurisprudenzabarese.it);

Provvedimenti II e III pubblicati in *Giurisprudenza Commerciale*, 2006, II, 497 ss. con nota di S.A. CERRATO, *Arbitrato societario e arbitrato di diritto comune: una convivenza ancora difficile*;

Provvedimento IV pubblicato in *Giurisprudenza Italiana*, 2007, 398 ss. con nota di S.A. CERRATO, *Un tema senza pace: le clausole arbitrali tra vecchio e nuovo diritto*;

Provvedimento V pubblicato in *Giurisprudenza Italiana*, 2007, 906 ss., con nota di S.A. CERRATO, *Arbitrato societario e doppio binario: una svolta?*;

Provvedimenti VI e VII pubblicati in *Giurisprudenza Italiana*, 2007, 2237 ss., con nota di S.A. CERRATO *Arbitrato societario: nuove conferme per il "doppio binario"*.

Provvedimenti VIII – XI inediti;

Provvedimento XII pubblicato in *Giurisprudenza Commerciale*, 2009, II, 1004 ss., con nota di R. GUIDOTTI, *C'è davvero disordine normativo in tema di arbitrato di diritto comune in materia societaria?*

Provvedimento XIII inedito;

Provvedimento XIV in *Banca borsa titoli di credito*, 2009, II, 335 ss., con nota di S.A. CERRATO, *Arbitrato societario e «doppio binario»: qualche riflessione alla luce della giurisprudenza più recente*.

Provvedimento XV pubblicato in *Giustizia a Milano*, 2009, n. 4, 30;

Provvedimenti XVI e XVII in corso di pubblicazione in *Giurisprudenza Italiana*, 2011 e in *Giurisprudenza Commerciale*, II, 2011.

Provvedimento XVIII in corso di pubblicazione in *Giurisprudenza Commerciale*, II, 2011.

In senso contrario alla applicabilità degli artt. 34 ss. d.lgs. 5/2003 all'arbitrato irrituale si segnalano anche, sia pure *in obiter*, le pronunce XXXVI, XXXVIII, XXXIX trascritte, *supra*, nella Sezione «Arbitrato societario e validità della clausola "vecchio stile"».

Presuppongono invece l'applicabilità degli artt. 34 ss. d.lgs. 5/2003 all'arbitrato irrituale le pronunce XII, XL, XLI e XLVIII trascritte, *supra*, nella Sezione «Arbitrato societario e validità della clausola "vecchio stile"».

Non prendono invece posizione sul punto le pronunce XXIII e XXIX trascritte, *supra*, nella Sezione «Arbitrato societario e validità della clausola "vecchio stile"».

I.

TRIB. BARI, 24 gennaio 2005 – X *Presidente* – Y *Relatore* – Z c. W.

**Arbitrato – Arbitrato societario – Clausola compromissoria non adeguata – Nullità – Sussistenza.**

(Decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, artt. 34, 41).

**Arbitrato – Arbitrato societario – Disciplina inderogabile introdotta dalla riforma del diritto societario – Arbitrato irrituale – Applicabilità – Sussistenza.**

(Decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, artt. 34, 35, 36).

*La disposizione di cui all'art. 34, comma 2, d.lg. 17 gennaio 2003 n. 5, sancisce, "a pena di nullità", che la clausola compromissoria deve conferire in ogni caso il potere di nomina di tutti gli arbitri ad un soggetto estraneo alla società, sia da riferire anche alla clausola compromissoria per arbitrato irrituale, con la conseguenza che la clausola compromissoria, non adeguata alla disciplina imperativa sopravvenuta, deve ritenersi comunque nulla (1).*

*La nuova disciplina dell'arbitrato societario contenuta negli artt. 34, 35, 36 del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, si applica agli arbitrati irrituali (2).*

II.

TRIB. BIELLA, 28 febbraio 2005 – GRIMALDI *Presidente* – REGGIANI *Relatore* – B. (avv. Manfredi, G. Bosso, C. Bosso) c. K. s.n.c. (avv. Boggio).

**Arbitrato – Arbitrato societario – Disciplina inderogabile introdotta dalla riforma del diritto societario – Arbitrato irrituale – Applicabilità – Esclusione.**

(Decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, artt. 34, 35, 36).

*La nuova disciplina dell'arbitrato societario contenuta negli artt. 34, 35, 36 del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, non si applica agli arbitrati irrituali (18).*

III.

TRIB. MILANO, 25 giugno 2005 – FERRARIS *Presidente* – FIECCONI *Relatore* – F. s.r.l. (avv. Orlandi) c. M. (avv. Cerullo).

**Arbitrato – Arbitrato societario – Clausola compromissoria non adeguata – Nullità – Sussistenza.**

(Decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, art. 34).

**Arbitrato – Arbitrato societario – Clausola compromissoria nulla per mancato adeguamento – Sostituzione automatica – Esclusione.**

(Decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, art. 34; Codice civile, artt. 1418, 1419).

*E' viziata da nullità la clausola compromissoria contenuta nello statuto di una società (nella specie: di capitali), introdotta antecedentemente alla data di entrata in vigore del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, e non adeguata al disposto dell'art. 34, comma 2, del predetto decreto (22).*

*Non può farsi luogo a sostituzione automatica della clausola compromissoria nulla per mancato adeguamento alle disposizioni inderogabili dettate dall'art. 34, comma 2, del d.lgs. 17 gennaio 2003, n.5, con il modello di clausola compromissoria previsto dal predetto art. 34, comma 2 (23).*

*La nuova disciplina dell'arbitrato societario contenuta negli artt. 34, 35, 36 del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, si applica agli arbitrati irrituali (24).*

IV.

APP. TORINO, 4 agosto 2006 – GAMBA *Presidente* – PATTI *Relatore* – Grieco e Bello (avv.ti Montalenti, Cagnasso, D'Arrigo) c. Assolvenze s.r.l. (contumace).

**Arbitrato – Arbitrato societario – Clausola compromissoria non adeguata – Nullità sopravvenuta – Sussistenza.**  
(D. Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, art. 34; Cod. Civ. Prel, art. 11).

**Arbitrato – Arbitrato societario – Clausola compromissoria non adeguata – Nullità – Sostituzione automatica – Insussistenza.**

(D. Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, art. 34; Cod. Civ., art. 1419).

*Salvi i giudizi arbitrali già pendenti, anche in presenza di un meccanismo residuale di nomina degli arbitri da parte di un terzo estraneo, a decorrere dal 1° gennaio 2004 è viziata da nullità sopravvenuta la clausola compromissoria contenuta nello statuto di una società (nella specie: di capitali), introdotta antecedentemente a quella data e non adeguata al disposto dell'art. 34, comma 2, del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 (2).*

*L'assenza di una disposizione imperativa specifica è di ostacolo alla sostituzione automatica della clausola compromissoria nulla per mancato adeguamento alle disposizioni inderogabili dettate dall'art. 34, comma 2, del d.lgs. 17 gennaio 2003, n.5, (3).*

V.

APP. TORINO, 8 marzo 2007 – TROIANO *Presidente* – MACCHIA *Relatore* – BURDINO P. G. (diff.) – Callari Bennati (avv.ti Barosio, Pafundi)

**Arbitrato – Arbitrato di diritto comune – Clausola compromissoria non conforme all'art. 34 D. Lgs. 5/2003 – Nullità – Insussistenza.**  
(D. Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, art. 34).

**Arbitrato — Arbitrato societario — Disciplina inderogabile introdotta dalla riforma del diritto societario — Arbitrato irrituale — Applicabilità — Esclusione.**  
(D.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, artt. 34, 35, 36).

*E' valida la clausola compromissoria introdotta ex novo nello statuto di una società (nella specie: di persone) e non conforme all'art. 34 D. Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 (nella specie, la clausola prevedeva un arbitrato irrituale e stabiliva che i tre arbitri fossero nominati uno per ciascuno dei due contendenti ed il terzo dai primi due ovvero, in mancanza di accordo, dal Presidente dell'Ordine dei dottori commercialisti) (1).*

*La nuova disciplina dell'arbitrato societario contenuta negli artt. 34, 35, 36 del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, non si applica agli arbitrati irrituali (2).*

VI.

APP. TORINO, 29 marzo 2007 – TROIANO *Presidente* – PATTI *Relatore* – BURDINO P. G. (diff.) – Ferreri. (avv. Bironzo)

**Arbitrato – Arbitrato di diritto comune – Clausola compromissoria non conforme all'art. 34 D. Lgs. 5/2003 – Nullità – Insussistenza.**  
(D. Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, art. 34).

**Arbitrato — Arbitrato societario — Disciplina inderogabile introdotta dalla riforma del diritto societario — Arbitrato irrituale — Applicabilità — Esclusione.**

(D.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, artt. 34, 35, 36).

*E' valida la clausola compromissoria introdotta ex novo nello statuto di una società (nella specie: di persone) e non conforme all'art. 34 D. Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 (nella specie, la clausola prevedeva un arbitrato irrituale e stabiliva che i tre arbitri fossero nominati uno per ciascuno dei due contendenti ed il terzo dai primi due ovvero, in mancanza di accordo, dal Presidente del Tribunale) (1).*

*La nuova disciplina dell'arbitrato societario contenuta negli artt. 34, 35, 36 del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, non si applica agli arbitrati irrituali (2).*

VII.

APP. TORINO, 4 aprile 2007 – TROIANO *Presidente* – MANNA *Relatore* – Boggio (avv.ti Riscossa, Miele)

**Arbitrato – Arbitrato di diritto comune – Clausola compromissoria non conforme all'art. 34 D. Lgs. 5/2003 – Nullità – Insussistenza.**

(D. Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, art. 34).

**Arbitrato — Arbitrato societario — Disciplina inderogabile introdotta dalla riforma del diritto societario — Arbitrato irrituale — Applicabilità — Esclusione.**

(D.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, artt. 34, 35, 36).

*E' valida la clausola compromissoria introdotta ex novo nello statuto di una società (nella specie: di persone) e non conforme all'art. 34 D. Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 (nella specie, la clausola prevedeva un arbitrato irrituale e stabiliva che i tre arbitri fossero nominati uno per ciascuno dei due contendenti ed il terzo dai primi due ovvero, in mancanza di accordo, dal Presidente dell'Ordine dei dottori commercialisti) (1).*

*La nuova disciplina dell'arbitrato societario contenuta negli artt. 34, 35, 36 del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, non si applica agli arbitrati irrituali (2).*

VIII.

APP. TORINO, 7 giugno 2007 – TROIANO *Presidente* – MACCHIA *Relatore* – D'Ambrosi (avv.ti Barosio, Pafundi)

**Arbitrato – Arbitrato di diritto comune – Clausola compromissoria non conforme all'art. 34 D. Lgs. 5/2003 – Nullità – Insussistenza.**

(D. Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, art. 34).

**Arbitrato — Arbitrato societario — Disciplina inderogabile introdotta dalla riforma del diritto societario — Arbitrato irrituale — Applicabilità — Esclusione.**

(D.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, artt. 34, 35, 36).

*E' valida la clausola compromissoria introdotta ex novo nello statuto di una società (nella specie, il professionista era incolpato in relazione a due atti costitutivi, uno di società di persone, uno di società di capitali) e non conforme all'art. 34 D. Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 (nella specie, le due clausole prevedevano un arbitrato irrituale e stabilivano, in un caso, la nomina di un arbitro unico d'intesa fra le parti o, in difetto, da parte del Presidente dell'Ordine dei dottori commercialisti, nell'altro, che i tre arbitri fossero nominati uno per ciascuno dei due contendenti ed il terzo dai primi due ovvero, in mancanza di accordo, dal Presidente del Tribunale) (1).*

*La nuova disciplina dell'arbitrato societario contenuta negli artt. 34, 35, 36 del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, non si applica agli arbitrati irrituali (2).*

IX.

APP. TORINO, 22 giugno 2007 – TROIANO *Presidente* – MACCHIA *Relatore* – Goria (avv.ti Barosio, Pafundi)

**Arbitrato – Arbitrato di diritto comune – Clausola compromissoria non conforme all’art. 34 D. Lgs. 5/2003 – Nullità – Insussistenza.**

(D. Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, art. 34).

**Arbitrato — Arbitrato societario — Disciplina inderogabile introdotta dalla riforma del diritto societario — Arbitrato irrituale — Applicabilità — Esclusione.**

(D.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, artt. 34, 35, 36).

*E’ valida la clausola compromissoria introdotta ex novo nello statuto di una società (nella specie: di persone) e non conforme all’art. 34 D. Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 (nella specie, la clausola prevedeva un arbitrato irrituale e stabiliva che i tre arbitri fossero nominati uno per ciascuno dei due contendenti ed il terzo dai primi due ovvero, in mancanza di accordo, dal Presidente dell’Ordine dei dottori commercialisti) (1).*

*La nuova disciplina dell’arbitrato societario contenuta negli artt. 34, 35, 36 del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, non si applica agli arbitrati irrituali (2).*

X.

APP. TORINO, 22 giugno 2007 – TROIANO *Presidente* – MACCHIA *Relatore* – Ingaramo (avv.ti Barosio, Pafundi)

**Arbitrato – Arbitrato di diritto comune – Clausola compromissoria non conforme all’art. 34 D. Lgs. 5/2003 – Nullità – Insussistenza.**

(D. Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, art. 34).

**Arbitrato — Arbitrato societario — Disciplina inderogabile introdotta dalla riforma del diritto societario — Arbitrato irrituale — Applicabilità — Esclusione.**

(D.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, artt. 34, 35, 36).

*E’ valida la clausola compromissoria introdotta ex novo nello statuto di una società (nella specie, il professionista era incolpato in relazione a tre atti costitutivi, due di società di persone, uno di società di capitali) e non conforme all’art. 34 D. Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 (nella specie, le clausole prevedevano un arbitrato irrituale e stabilivano che i tre arbitri fossero nominati uno per ciascuno dei due contendenti ed il terzo dai primi due ovvero, in mancanza di accordo, dal Presidente dell’Ordine dei dottori commercialisti) (1).*

*La nuova disciplina dell’arbitrato societario contenuta negli artt. 34, 35, 36 del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, non si applica agli arbitrati irrituali (2).*

XI.

TRIB. AOSTA, 26 giugno 2007 – GARBELLOTTO *Presidente* – COLAZINGARI *Relatore* – Marta (avv. Stellio) c. Marta e altri (avv.ti Sammaritani, Baudino, Sciulli)

**Arbitrato – Arbitrato di diritto comune – Clausola compromissoria non conforme all’art. 34 D. Lgs. 5/2003 – Nullità – Insussistenza.**

(D. Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, art. 34).

*La clausola compromissoria introdotta nello statuto o nell'atto costitutivo di una società anteriormente all'entrata in vigore del d.lgs. 17 gennaio 2003, n.5 e successivamente non adeguata alle disposizioni inderogabili previste dal suddetto decreto è valida ed efficace, nei limiti di efficacia ad essa riconosciuti dalle norme vigenti.*

## XII.

TRIB. PARMA, 11 aprile 2008 – MARI *Presidente* – CICCIO *Relatore* – Pelosi ed altri c. Isoltecnica S.r.l. ed altri

**Arbitrato – Arbitrato irrituale – Clausola compromissoria – Mancato adeguamento all'art. 34 del d.lgs. 5/05 – Nullità.**

(D.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, art. 34)

*Il mancato adeguamento della clausola compromissoria per arbitrato irrituale (preesistente all'entrata in vigore del d.lgs. 17 gennaio 2003 n. 5) contenuta nello statuto di una società di capitali (nella specie: s.r.l.) comporta la sua nullità sopravvenuta (1).*

## XIII.

TRIB. BARI, 3 giugno 2008 – CLAUDIO *Presidente* – CASSANO *Relatore* – Ga.Fr.Ci. (avv. V.R.) c. istituto di Vigilanza La. S.n.c. (avv. F.V.P.)

**Arbitrato – Arbitrato societario – Clausola compromissoria non conforme all'art. 34 D. Lgs. 5/2003 – Nullità – Insussistenza.**

(D. Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, art. 34).

**Arbitrato — Arbitrato societario — Disciplina inderogabile introdotta dalla riforma del diritto societario — Arbitrato irrituale — Applicabilità — Esclusione.**

(D.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, artt. 34, 35, 36).

*Dal momento che il nuovo modello di arbitrato endosocietario è venuto ad aggiungersi e non a sostituirsi alla disciplina dell'arbitrato di diritto comune, la clausola compromissoria (nella specie: per arbitrato irrituale) introdotta nello statuto o nell'atto costitutivo di una società anteriormente all'entrata in vigore del d.lgs. 17 gennaio 2003, n.5 e successivamente non adeguata alle disposizioni inderogabili previste dal suddetto decreto conserva piena validità ed efficacia (1).*

*La nuova disciplina dell'arbitrato societario contenuta negli artt. 34, 35, 36 del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, si applica agli arbitrati irrituali (2).*

## XIV.

APP. NAPOLI, 14 gennaio 2009 – GALLO *Presidente* – DE DONATO *Relatore* – Gruppo Sorrentino Navigazione (avv. Attanasio) c. De Nicola (avv.ti Rubino De Ritis, Russo)

**Arbitrato — Arbitrato societario — Disciplina inderogabile introdotta dalla riforma del diritto societario — Arbitrato irrituale — Applicabilità — Esclusione.**

(D.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, artt. 34, 35, 36).

**Arbitrato — Arbitrato di diritto comune — Clausola compromissoria non conforme all'art. 34 D.Lgs. 5/2003 — Nullità — Esclusione.**

(D.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, art. 34; codice di procedura civile, art. 832).

*La nuova disciplina dell'arbitrato societario contenuta negli artt. 34, 35, 36 del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, non si applica agli arbitrati irrituali (1).*

*E' valida la clausola compromissoria introdotta ex novo nello statuto di una società (nella specie: di capitali) e non conforme all'art. 34 d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 (nella specie, la clausola prevedeva un arbitrato irrituale e rinviava, per la nomina degli arbitri, ad un regolamento di arbitrato amministrato il quale stabiliva che i tre arbitri fossero nominati uno per ciascuno dei due contendenti ed il terzo dalla Corte Arbitrale) (2).*

## XV.

TRIB. MILANO, 12 marzo 2009 – X *Presidente* – Y *Relatore* – Z c. W

**Arbitrato – Arbitrato societario – Clausola compromissoria non conforme all'art. 34 D. Lgs. 5/2003 – Inefficacia – Sussistenza.**

(D. Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, art. 34).

*Deve ritenersi infondata l'eccezione di compromesso qualora la clausola compromissoria per arbitrato irrituale invocata si trovi inserita nell'atto costitutivo e non risulti adeguata a quanto disposto nell'art. 34 del d.lg. 5/2003, prevedendo la nomina degli arbitri da parte delle parti stesse e non di un terzo soggetto previamente da queste indicato: pertanto, la clausola in oggetto deve valutarsi come divenuta inefficace, non potendosi nel caso concreto verificare una ipotesi di integrazione parziale della norma affetta da nullità, non prevista dallo stesso legislatore. Diversamente ragionando, si opererebbe una forzatura della volontà delle parti, imponendo per via integrativa di accettare nomine di arbitri da parte di terzi nonché un modello di rito arbitrale certamente non prevedibile al tempo della introduzione della clausola arbitrale. (1).*

## XVI.

CASS., 4 giugno 2010, n. 13664 – PANEBIANCO *Presidente* – SCHIRÒ *Relatore* – S.G. e altri c. Sannascensori s.n.c.

**Arbitrato – Arbitrato societario – Disciplina inderogabile introdotta dalla riforma del diritto societario – Arbitrato irrituale – Applicabilità – Esclusione.**

(Decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, artt. 34, 35, 36).

**Arbitrato — Arbitrato irrituale — Arbitrato di diritto comune — Clausola compromissoria non conforme all'art. 34 D.Lgs. 5/2003 — Nullità — Esclusione.**

(D.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, art. 34).

*La nuova disciplina dell'arbitrato societario contenuta negli artt. 34, 35, 36 del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, non si applica agli arbitrati irrituali.*

*E' valida la clausola compromissoria per arbitrato irrituale contenuta nello statuto di una società (nella specie: di persone) e non conforme all'art. 34 d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5.*

## XVII.

CASS., 9 dicembre 2010, n. 24867 – MORELLI *Presidente* – FILADORO *Relatore* – C.A. c. Archivio notarile di Cosenza

**Arbitrato — Arbitrato di diritto comune — Clausola compromissoria non conforme all'art. 34 D.Lgs. 5/2003 — Nullità — Sussistenza.**

(D.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, art. 34).

*Una clausola compromissoria, anche per arbitrato irrituale, inserita negli atti societari, difforme da quella prevista dal D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, art. 34, (in quanto preveda il deferimento delle eventuali controversie al giudizio di arbitri nominati anche dalle parti) deve considerarsi nulla.*

## XVIII.

APP. NAPOLI, 27 gennaio 2011 – FRALLICCIARDI *Presidente* – LOPIANO *Relatore* – Eredi Maria Galano s.r.l. (avv.ti A. Fiorentino, G. Fiorentino, Pascariello) c. Cocurullo (avv.ti L. Parrella, D. Parrella)

**Arbitrato – Arbitrato societario – Disciplina inderogabile introdotta dalla riforma del diritto societario – Arbitrato irrituale – Applicabilità – Esclusione.**

(Decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, artt. 34, 35, 36).

**Arbitrato — Arbitrato irrituale — Arbitrato di diritto comune — Clausola compromissoria non conforme all’art. 34 D.Lgs. 5/2003 — Nullità — Esclusione.**

(D.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, art. 34).

*La nuova disciplina dell’arbitrato societario contenuta negli artt. 34, 35, 36 del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, non si applica agli arbitrati irrituali.*

*E’ valida la clausola compromissoria per arbitrato irrituale contenuta nello statuto di una società (nella specie: di persone) e non conforme all’art. 34 d .lgs. 17 gennaio 2003, n. 5.*

\* \* \*

### I.

La motivazione è trascritta, *supra*, nella Sezione «Arbitrato societario e validità della clausola “vecchio stile”», al n. X.

### II.

La motivazione è trascritta, *supra*, nella Sezione «Arbitrato societario e validità della clausola “vecchio stile”», al n. XI.

### III.

La motivazione è trascritta, *supra*, nella Sezione «Arbitrato societario e validità della clausola “vecchio stile”», al n. XVI.

### IV.

La motivazione è trascritta, *supra*, nella Sezione «Arbitrato societario e validità della clausola “vecchio stile”», al n. XXI.

### V.

La motivazione è trascritta, *supra*, nella Sezione «Arbitrato societario e validità della clausola “vecchio stile”», al n. XXIV.

VI.

La motivazione è trascritta, *supra*, nella Sezione «Arbitrato societario e validità della clausola “vecchio stile”», al n. XXV.

VII.

La motivazione è trascritta, *supra*, nella Sezione «Arbitrato societario e validità della clausola “vecchio stile”», al n. XXVI.

VIII.

La motivazione è trascritta, *supra*, nella Sezione «Arbitrato societario e validità della clausola “vecchio stile”», al n. XXVIII.

IX.

La motivazione è trascritta, *supra*, nella Sezione «Arbitrato societario e validità della clausola “vecchio stile”», al n. XXX.

X.

La motivazione è trascritta, *supra*, nella Sezione «Arbitrato societario e validità della clausola “vecchio stile”», al n. XXXI.

XI.

La motivazione è trascritta, *supra*, nella Sezione «Arbitrato societario e validità della clausola “vecchio stile”», al n. XXXII.

XII.

La motivazione è trascritta, *supra*, nella Sezione «Arbitrato societario e validità della clausola “vecchio stile”», al n. XL.

XIII.

La motivazione è trascritta, *supra*, nella Sezione «Arbitrato societario e validità della clausola “vecchio stile”», al n. XLII.

XIV.

La motivazione è trascritta, *supra*, nella Sezione «Arbitrato societario e validità della clausola “vecchio stile”», al n. XLVII.

XV.

La motivazione è trascritta, *supra*, nella Sezione «Arbitrato societario e validità della clausola “vecchio stile”», al n. XLIX.

XVI.

La motivazione è trascritta, *supra*, nella Sezione «Arbitrato societario e validità della clausola “vecchio stile”», al n. LI.

XVII.

La motivazione è trascritta, *supra*, nella Sezione «Arbitrato societario e validità della clausola “vecchio stile”», al n.LIII.

### XVIII.

La motivazione è trascritta, *supra*, nella Sezione «Arbitrato societario e validità della clausola “vecchio stile”», al n. LIV.

**Arbitrato societario, diritti disponibili e potestà cautelare del giudice\***

\* Provvedimenti I e II in *Giurisprudenza Commerciale*, 2006, II, 1128 ss., con nota di S.A. CERRATO, *Tre problemi in materia di arbitrato endosocietario*.

I.

TRIB. MILANO, 27 settembre 2005 – Ferraris *Presidente e Relatore*. – S s.p.a. e L. C. (avv.ti Ceccon, Signorelli) – R. s.r.l. (avv. Merlo)

**Arbitrato – Arbitrato societario – Delibera assembleare impugnabile – Clausola arbitrale introdotta successivamente alla delibera – Efficacia.**

(D. Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, art. 34).

**Arbitrato – Arbitrato societario – Impugnazione di deliberazione assembleare – Arbitrabilità – Diritti disponibili – Nozione.**

(D. Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, art. 34; Codice di procedura civile, art. 806; Codice civile, art. 1966).

*Ai fini dell'impugnazione di una deliberazione assembleare che ha comportato la perdita della qualità di soci degli impugnanti, è efficace ed operativa la clausola arbitrale approvata dai soci superstiti successivamente alla detta deliberazione e prima che sia interamente decorso il termine per l'impugnazione poiché ai sensi dell'art. 34, terzo comma, del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, la clausola arbitrale è vincolante per la società e tutti i soci, inclusi coloro la cui qualità di socio è oggetto della controversia <sup>(1)</sup>.*

*Non sono compromettibili ai sensi dell'art. 806 c.p.c. le impugnazioni di deliberazioni di copertura perdite attraverso azzeramento del capitale sociale e contestuale ricapitalizzazione poiché hanno ad oggetto diritti indisponibili dei terzi che vantano crediti o possono entrare in rapporto con la società <sup>(2)</sup>.*

II.

TRIB. MILANO, 4 ottobre 2005 (ord.) – Dal Moro *Giudice Designato*. – G. s.r.l. (avv.ti Ratti A., Ratti L.) – Z. s.r.l. (avv.ti Bocchiola, Trovato)

**Arbitrato – Arbitrato societario – Impugnazione di deliberazione assembleare – Arbitrabilità – Diritti disponibili – Nozione.**

(D. Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, art. 34).

**Arbitrato – Arbitrato societario – Efficacia della deliberazione assembleare – Sospensione cautelare – Competenza degli arbitri – Esclusività.**

(D. Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, art. 35).

*E' compromettibile, ai sensi dell'art. 34 del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, l'impugnazione per annullamento di una deliberazione per vizi derivanti dalla pretesa violazione di un interesse privatistico alla corretta esecuzione del contratto sociale (nella specie, deliberazione che si assume viziata per abuso di potere da parte della maggioranza) <sup>(3)</sup>.*

*E' esclusiva, ai sensi dell'art. 35, comma quinto, del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, la competenza degli arbitri a pronunciare provvedimenti cautelari di sospensione dell'efficacia della deliberazione impugnata <sup>(4)</sup>.*

\* \* \*

I.

*Omissis*. – Richiamato quanto sopra esposto in ordine allo svolgimento del processo, si deve aggiungere che gli attori nella memoria di replica alla comparsa di risposta, hanno rilevato che la clausola compromissoria conforme alla previsione dell'art. 34, D.L.vo 17/3/2003 n.5 è stata introdotta con delibera assunta successivamente alle decisioni assembleari impugnate e tale circostanza non ha sollevato contestazioni, in linea di fatto, della società convenuta, così che deve considerarsi conforme a verità.

Gli attori assumono che non sussistessero perdite e, per questo, affermano la nullità della decisione della copertura delle perdite utilizzando l'azzeramento del capitale sociale, la nullità (per ciò stesso, indipendentemente dagli altri motivi d'invalidità dedotti) della decisione della copertura delle perdite residue mediante la rinuncia all'asserito credito verso la società della socia M.W., la nullità della decisione di ricostituzione del capitale sociale, di cui ai punti n. 1, n. 2 e n. 3 della verbalizzazione della deliberazione (e non di quella del suo successivo aumento, al punto n. 4 della verbalizzazione stessa) e, in tal modo, implicitamente affermano la permanenza della compagine sociale nella sua composizione che li annoverava tra i soci, anteriore alle decisioni impugnate, che comportavano la cessazione di tale loro qualità, giacché, azzerato il capitale sociale, non avevano in alcun modo partecipato, mediante sottoscrizione di quote, alla sua ricostituzione, né al suo aumento.

Ma l'assunto degli attori, secondo cui la clausola compromissoria non sarebbe vincolante nei loro confronti, giacché approvata da assemblea della compagine sociale conseguente alle precedenti deliberazioni impugnate nel presente giudizio, si risolve nella deduzione di un vizio di annullabilità della delibera di approvazione della clausola stessa, la quale, pertanto, rimane interinalmente efficace se non ne sia sospesa l'esecuzione.

A ciò consegue che la clausola è tuttora efficace, nessuna sospensione essendovi stata dell'esecuzione della delibera che l'ha approvata.

Né, sotto altro aspetto, può assumere di per sé rilevanza la diversa composizione della compagine sociale, che ne esclude gli attori. Infatti, a norma dell'art. 34, c.3, D.1.vo cit., la clausola compromissoria è vincolante per la società e per tutti i soci, inclusi coloro la cui qualità di socio è oggetto della controversia.

Devono, peraltro, considerarsi i limiti oggettivi di applicazione della clausola compromissoria, nel suo contenuto pacificamente riconosciuto dalle parti, che fa riferimento esplicito all'arbitrabilità delle controversie, e, pertanto, richiamando l'art. 806, con il suo riferimento al limite della intransigibilità delle controversie, costituito, a norma dell'art. 1966 cod. civ. dall' indisponibilità per le parti dei diritti che ne sono oggetto, vale ad escludere l'applicazione della clausola compromissoria invocata alle controversie che abbiano ad oggetto diritti indisponibili.

Ora, i diritti oggetto della controversia sono nella specie, in cui è impugnata la delibera assembleare societaria, quelli su cui la delibera avrebbe in concreto interferito.

E' vero che la falsità della situazione patrimoniale, che accerta la perdita integrale del capitale sociale, deriverebbe, secondo quanto dedotto dagli attori, da mancato computo di ricavi, operando nel senso di una sopravvalutazione della perdita ed è, comunque, genericamente (e inefficacemente) affermata, salvo la deduzione specifica di una omissione del computo di ricavi per €12.609,00 per cui il capitale sociale sarebbe comunque interamente perduto.

Ma la delibera di copertura perdite e contestuale ricapitalizzazione avrebbe attribuito efficacia alla rinuncia ad un credito di M. W. verso la società, in realtà inesistente, e avrebbe, per conseguenza, indicato come ormai inesistente il reale debito sociale verso L.C., al quale quest'ultimo non aveva rinunciato. La società non sarebbe stata in realtà ricapitalizzata, giacché dalla delibera la società era fatta apparire ai terzi come risanata patrimonialmente mediante un'operazione inefficace.

E' appena il caso di rilevare che il diritto, su cui avrebbe interferito la delibera, sarebbe, in tal modo, primariamente quello dei terzi, che vantano crediti o possono entrare in rapporti con la società, a conoscere la reale situazione patrimoniale della stessa, solo secondariamente il diritto del socio effettivo creditore ad ottenere il riconoscimento del proprio credito dalla società stessa.

Dunque la clausola compromissoria non può trovare applicazione alla presente controversia. – *Omissis*.

## II.

*Omissis*. – Va preliminarmente deliberata l'eccezione d'improcedibilità della domanda sulla base della dedotta presenza di una clausola compromissoria, atteso il fatto che la questione è decisiva ed assorbe ogni altro aspetto della cautela richiesta (ed, invero, in caso positivo, anche del giudizio di merito instaurato con la citazione notificata).

Tale eccezione ad avviso del giudice è fondata.

L'art. 29 dello statuto della Z. dispone che "Qualsiasi controversia dovesse insorgere tra i soci, ovvero tra i soci e la società, che abbia ad oggetto diritti disponibili relativi al rapporto sociale, ad eccezione di quelle nelle quali la legge prevede l'intervento obbligatorio del Pubblico Ministero, dovrà essere risolta da un collegio arbitrale composto di tre arbitri tutti nominati dal Presidente dell'Ordine dei Dottori Commercialisti del luogo in cui ha sede la società (...) L'organismo arbitrale dovrà decidere entro sei mesi dalla nomina in via irrituale e secondo equità. (...) Le risoluzioni e determinazioni dell'organismo arbitrale vincoleranno le parti. (...) Per quanto non previsto si applicano le disposizioni del decreto legislativo 17.1.2003 n.5.(...)".

A fronte dell'eccezione proposta dalla resistente società, parte ricorrente non ha contestato che l'impugnativa della delibera assembleare debba ritenersi rientrare tra le controversie devolute alla cognizione del Collegio Arbitrale in virtù della clausola compromissoria predetta, avendo invero replicato all'eccezione di parte avversa solo deducendo la natura indisponibile del diritto oggetto della controversia. Sicché detta questione va considerata incontrovertita e pacifica.

Quanto alla natura del diritto controverso ed alla deferibilità del giudizio agli arbitri, parte resistente ha osservato che dovendosi escludere che nella specie sia obbligatorio l'intervento del Pubblico Ministero, dovrebbe considerarsi pacifica l'applicabilità della clausola compromissoria, vertendo la controversia in materia di diritti disponibili.

Sul punto va innanzitutto condiviso l'orientamento già formatosi anteriormente alla riforma, da cui neppure le parti intendono discostarsi, in virtù del quale le impugnazioni delle delibere assembleari ben possano rientrare tra le controversie devolute alla cognizione di un giudizio arbitrale — tanto più alla luce dell'art. 35 comma 5 del decreto legislativo n. 5 del 2003 — purché le stesse abbiano ad oggetto diritti disponibili.

Si tratta quindi di stabilire se nella specie la delibera in questione riguardi un diritto nella disponibilità di colui che intende ottenerne tutela, come sostiene la resistente, oppure no.

Ebbene nella specie G. lamenta che con la delibera impugnata il socio di maggioranza E., decidendo la messa in liquidazione volontaria della società, avrebbe compiuto un abuso di potere ai danni del socio di minoranza, poiché la stessa sarebbe stata determinata esclusivamente dalla volontà di danneggiarlo, così escludendolo, a suo dire, dalla possibilità di sfruttamento commerciale del brevetto di proprietà della società Z.

Prospetta, dunque, un vizio della delibera impugnata che secondo una giurisprudenza anteriore alla riforma, tanto più condivisibile alla luce del nuovo art. 2379 c.c. che ha tipizzato le ipotesi di nullità, deve ritenersi sanzionato dall'annullabilità della stessa, come del resto richiesto espressamente dal ricorrente. Pertanto, in considerazione sia della natura del vizio denunciato che dell'interesse privatistico sotteso all'azione intrapresa diretta alla corretta esecuzione del contratto sociale tra soci, deve ritenersi che l'impugnativa in argomento riguardi un diritto disponibile e sia compromettibile in arbitri.

Ciò detto, trattandosi di valutare la richiesta cautelare avanzata dalla ricorrente G., va affrontata la questione della concorrenza o dell'esclusività della competenza arbitrale nella specifica materia cautelare in oggetto, che le parti non hanno esplicitamente discusso, benché il ricorrente, chiedendo la dichiarazione di improcedibilità della domanda di sospensione dell'efficacia della delibera impugnata, abbia mostrato di averla implicitamente risolta.

Ritiene il Giudice, di dover condividere l'opinione di chi ritiene che l'art. 35 comma 5° del d.lgs. n. 5 del 2003, pur con una formulazione per certi aspetti ambigua, abbia introdotto una spartizione di poteri tra arbitri ed autorità giudiziaria in materia cautelare, con la conseguente configurazione di una cognizione cautelare esclusiva in capo ai primi in materia di sospensione dell'efficacia della delibera assembleare impugnata.

Detta norma, infatti, al primo periodo del 5° comma afferma che "la devoluzione in arbitrato, anche non rituale, di una controversia non preclude il ricorso alla tutela cautelare a norma dell'art. 669 quinquies del c.p.c."; ribadisce dunque che l'autorità giudiziaria ha in generale il potere di intervenire in via cautelare, tanto ante causam quanto in corso di causa, e recepisce, attribuendogli forza normativa, il discusso orientamento giurisprudenziale formatosi già nel vigore della normativa previgente, circa la persistenza del potere cautelare dell'autorità giudiziaria pur quando si tratti di arbitrato irrituale.

Specifica poi, nel prosieguo del periodo, intercalando con un "ma", che "... agli arbitri compete sempre il potere di disporre con ordinanza non reclamabile la sospensione dell'efficacia della delibera"; pare stabilire, perciò, che, entro il circoscritto campo delle impugnative di delibere assembleari, compete agli arbitri e non all'autorità giudiziaria il potere di sospensione dell'efficacia della delibera, ed anzi che, entro detto ambito ad essi, compete il solo potere di sospensione della delibera, restando il potere di disporre ogni altra cautela in capo comunque all'autorità giudiziaria.

Detta disposizione, in altre parole, pare introdurre per lo specifico contenuto normativo attinente alle delibere assembleari, una deroga della generale disciplina dell'art. 818 c.p.c. con conseguente configurazione in capo agli arbitri ed in detta materia di una competenza cautelare esclusiva, non apparendo coerente con il complessivo sistema processuale della cautela, la possibilità di configurare una duplicazione di tutela, che potrebbe condurre a provvedimenti confliggenti o a interferenze e sovrapposizione di decisioni dell'autorità giudiziaria nell'attività degli arbitri – frutto di una libera scelta negoziale delle parti – che il legislatore ha inteso evitare anche escludendo – molto discutibilmente – la possibilità di reclamo dell'ordinanza.

Pertanto a fronte della predetta clausola compromissoria, va dichiarata l'improponibilità della cautela richiesta, devoluta ex lege al potere esclusivo degli arbitri. – *Omissis*.

**Arbitrato societario: legittimità costituzionale dell'introduzione a maggioranza della clausola compromissoria ed "estranità" del designatore\***

\* Provvedimento pubblicato in *Giurisprudenza Commerciale*, 2007, II, 171 ss. con nota di S.A. CERRATO, *Arbitrato societario: legittimità costituzionale dell'introduzione a maggioranza della clausola compromissoria ed "estranità" del designatore*.

TRIB. MILANO, 18 luglio 2005 – CIAMPI *Presidente* – D’ISA *Relatore*. – O. (avv. Passarini) – E. s.r.l. (avv. Lecchini)

**Arbitrato – Arbitrato societario – Introduzione della clausola arbitrale a maggioranza – Questione di legittimità costituzionale – Manifesta infondatezza** (Cost., artt. 3, 25, 101, 111; d. lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, art. 34).

**Arbitrato – Arbitrato societario – Attribuzione del potere di nomina – Soggetto estraneo alla società – Nozione** (d. lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, art. 34).

*E’ manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale per contrasto dell’art. 34, 6° co., del d. lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, nella parte in cui prevede che l’introduzione di clausole arbitrali nello statuto di società possa essere approvata a una maggioranza (pari a due terzi del capitale sociale), con gli artt. 3, 25, 101, 2° co., e 111, 2° co., della Costituzione poiché la legittimità dell’arbitrato societario è fondata sulla libera scelta delle parti e sulla facoltà per il dissenziente di non soggiacere alla volontà della maggioranza recedendo dalla società, mentre resta nella discrezionalità del legislatore determinare i presupposti di tale libera scelta <sup>(1)</sup>.*

*Con riferimento ad un ente o ad una persona giuridica, il requisito di “estraneità” rispetto alla società che deve caratterizzare il soggetto investito del potere di designare gli arbitri ai sensi dell’art. 34, 2° co., del d. lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, è idoneo e sufficiente quando il designatore sia individuato con riferimento ad un soggetto investito di una determinata carica (nella specie la clausola arbitrale societaria indicava come soggetto competente alla designazione di un arbitro il presidente pro tempore di un sindacato di categoria al quale aderiva la società e dei cui organi era parte o aveva fatto parte uno dei soci ed amministratore unico della società) <sup>(2)</sup>.*

\* \* \*

*Omissis. – Motivazione:* Con atto di citazione notificato in data 9.11.2004 il socio O. ha impugnato le delibere dell’assemblea straordinaria in data 26.7.2004 della E. s.r.l. di adozione, assente lo stesso impugnante, di un nuovo testo di Statuto sociale in adeguamento alla riforma del diritto societario deducendone l’invalidità per vizio di convocazione, avendo inserito clausole non indicate nell’avviso di convocazione e non connesse con la riforma societaria, nonché per vizi derivanti dalla approvazione di clausole lesive di diritti individuali dei soci, in particolare per quanto riguarda il trasferimento delle partecipazioni, la esclusione del socio e l’introduzione di clausola arbitrale.

La società convenuta ha eccepito preliminarmente l’operatività nella fattispecie della clausola arbitrale disciplinata dagli artt. 61 e segg. dello Statuto ed ha sostenuto comunque l’infondatezza nel merito dell’impugnazione.

Dopo lo scambio di memorie, l’attore ha notificato in data 21.2.2005 e depositato in data 23.2.2005 istanza di fissazione di udienza, a seguito della quale, sulle conclusioni formulate dalle parti come in epigrafe, il Giudice rel., ai sensi dell’art. 12 D. Lgs. n.5/2003, ha emesso decreto di fissazione di udienza.

All’esito della discussione il Collegio si è riservato la decisione ai sensi e nei termini di legge.

Il Collegio, confermato il decreto di fissazione di udienza, rilevato: che l’introduzione della clausola compromissoria è stata nella fattispecie approvata col voto favorevole di 2/3 del capitale sociale, a norma dell’art. 34 co. 6 D. Lgs. n.5/2003;

osserva: che l’impugnante ha dedotto l’illegittimità costituzionale dell’art. 34 co. 6 D. Lgs. n.5/2003 per violazione “degli artt. 25, 3, 111 co. 2, 101 co. 2 Cost., in quanto l’introduzione della clausola compromissoria a maggioranza distoglie dal Giudice naturale, consentendo una preconstituzione “domestica”, con lesione dei principi di imparzialità e indipendenza del giudice; che la legittimità costituzionale dell’arbitrato si fonda su una libera scelta delle parti, mentre rientra nella discrezionalità del legislatore la determinazione dei presupposti di tale scelta; che il ricorso alla giustizia del gruppo sociale organizzato si fonda su un accordo a cui la parte è libera di aderire, con facoltà di recedere se dissenziente (cfr. art. 34 co. 6 ultima parte); che la prevalenza della decisione maggioritaria del gruppo sociale organizzato rispetto ai minoritari dissenzienti esprime una valorizzazione della autonomia del gruppo sociale rispetto al singolo, la cui libertà di determinazione appare garantita dalla non imposizione di soggiacere a regole non condivise; che la scelta da parte del singolo di appartenenza a quel gruppo sociale organizzato appare elemento logicamente anteriore al tipo di regolamento delle tutele negoziali vigenti, rispetto alle quali l’esito giurisdizionale (con sostanziale analogia fra lodo arbitrale e sentenza) è divenuto ormai un dato di diritto positivo; che pertanto, anche in ragione di quanto di seguito motivato, la questione di legittimità costituzionale sollevata dall’attore appare manifestamente infondata;

osserva inoltre: che l’art. 61 dello Statuto, con previsione ampia, rimette ad un Collegio Arbitrale composto da tre arbitri “qualsiasi controversia dovesse insorgere tra i soci ovvero tra i soci e la società che abbia ad oggetto diritti disponibili relativi al rapporto sociale, ad eccezione di quelle nelle quali la legge prevede l’intervento obbligatorio del Pubblico Ministero”; che l’art. 63 dello Statuto dispone che “gli arbitri saranno tutti nominati da soggetti estranei alla società” ed indica come designatori ciascuno di un arbitro il Presidente del Tribunale, il Presidente della CCIAA, nonché (art. 63 lett. c) il “Presidente dell’Ascomed Provinciale di Milano (sindacato di categoria) a cui la Società è iscritta”; che su quest’ultimo punto si incentra la censura attorea di nullità (della intera clausola e non parziale) per violazione del principio di estraneità alla società del soggetto designatore degli arbitri, essendo Ascomed “sindacato di categoria” e perciò ente “esterno” ma non “estraneo” alla società, ed avendo L. O., a.u. e socio maggioritario della convenuta, fatto parte degli organi di Ascomed o facendone tuttora parte; che ai sensi dell’art. 34 co.2 D. Lgs. n.5/2003 la clausola deve conferi-

re “in ogni caso, a pena di nullità, il potere di nomina di tutti gli arbitri a soggetto estraneo alla società”; che la legge non definisce il concetto di estraneità del designatore; che, ad avviso del Collegio, la norma intende consolidare l’indipendenza ed imparzialità dell’arbitro (definitivamente eliminando le ipotesi di arbitrato endosocietario) anche attraverso la terzietà del designatore, il quale perciò deve essere estraneo) alla organizzazione sociale; che tale requisito, pur potendo atteggiarsi diversamente ove fosse indicato come designatore una specifica persona fisica (in tal caso potendo rilevare anche legami contrattuali/professionali con la società o legami parentali con taluni soci), appare idoneo e sufficiente quando, come nella fattispecie, il designatore sia individuato con riferimento ad un soggetto investito di una determinata carica (potendo comunque darsi il caso di legami contrattuali/professionali o parentali sussistenti per ogni soggetto designatore in concreto ricoprente una carica, ma ciò non coinvolgendo la legittimità della clausola statutaria, quanto semmai profili di incompatibilità con l’esercizio del potere di designazione); che il concetto di estraneità del designatore non può essere dilatato fino ad una sorta di neutralità ideologica, difficilmente riconoscibile ed eccessivamente enfaticamente il ruolo che è pur sempre quello di mero designatore, mentre a presidio della indipendenza ed imparzialità dell’arbitro vigono le regole di astensione/ricusazione ex art. 51 c.p.c. richiamato dall’art. 815 c.p.c. (ed anche l’applicabilità, pur dubbia, dell’art. 51 c.p.c. al designatore coinvolgerebbe semmai il soggetto ricoprente la carica, ma non la clausola statutaria per cui è causa); che Ascomed è il sindacato di categoria a cui aderisce la società convenuta e che è deputato alla tutela degli interessi delle società associate, onde non si può presupporre una contiguità o una propensione favorevole agli interessi della maggioranza (in ipotesi prevaricatrice) ovvero della minoranza (in ipotesi disturbatrice) della società associata, alla stregua di una alterità, incongruamente evocata dall’impugnante, analoga a quella di una controversia tra lavoratori e impresa datore di lavoro in cui designatore di arbitro fosse Confindustria; che la clausola compromissoria di cui si discute vale anche per la presente controversia, riguardante lo Statuto come modificato con delibera della stessa assemblea che ha introdotto la clausola compromissoria;

che pertanto, ravvisata la validità ed operatività della clausola compromissoria, l’eccezione sollevata dalla convenuta deve essere accolta, con statuizione, trattandosi di questione non già di competenza in senso tecnico ma di merito (cfr. Cass., Sez. Un., 25.6.2002 n. 9281 - ord.), di improcedibilità delle domande svolte. – *Omissis*.

**Arbitrabilità delle controversie in materia di scioglimento di società\***

\* Provvedimento pubblicato in *Giurisprudenza Italiana*, 2006, 1875 ss. con nota di S.A. CERRATO, *Scioglimento della società e arbitrato: nihil sub sole novi?*

TRIB. RAVENNA, 3 febbraio 2006 (decr.) - FERRETTI *Presidente e Relatore* – Pizzigati (avv. X) – Baldini (avv. Y) e altri.

**Arbitrato – Arbitrato societario – Accertamento dell'intervenuto scioglimento della società – Arbitrabilità – Esclusione.**

(D. Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, art. 34; C. p. c., art. 806; C. c. art. 2484).

**Società - Società a responsabilità limitata – Perdita di oltre un terzo del capitale sociale e riduzione sotto il minimo legale – Nozione**

(C. c. art. 2484).

**Società - Società a responsabilità limitata – Impossibilità di funzionamento dell'assemblea – Nozione**

(C. c. art. 2484).

*Non è compromettibile in arbitrato societario l'accertamento dell'intervenuto scioglimento della società (nella specie, società a responsabilità limitata <sup>(1)</sup>).*

*Nella valutazione della perdita di oltre un terzo del capitale sociale e della conseguente riduzione al di sotto del minimo legale deve tenersi conto dei risultati di gestione presenti nella situazione patrimoniale al momento in cui l'assemblea è chiamata a provvedere in merito, anche quando tali risultati siano maturati in epoca successiva all'ultimo bilancio di esercizio nel quale le perdite suddette erano state registrate <sup>(2)</sup>.*

*L'impossibilità di funzionamento dell'assemblea ai fini dell'art. 2484 c. c. ricorre quando l'organo assembleare appaia stabilmente ed irreversibilmente incapace di assolvere le sue funzioni essenziali, cioè di disposizione, di direzione e di controllo perché l'attività dell'ente possa svolgersi per il raggiungimento dello scopo sociale <sup>(3)</sup>.*

\* \* \*

*Omissis.* – Ritiene, anzitutto, il collegio l'infondatezza della proposta eccezione di rito. L'art. 34 del D.Lgs. n. 5/2003, per quanto qui interessa, stabilisce che oggetto della clausole compromissorie statutarie possono essere: "tutte le controversie insorgenti tra i soci ovvero tra i soci e la società che abbiano ad oggetto diritti disponibili relativi al rapporto sociale". E' di tutta evidenza, sotto un profilo ermeneutico, avuto riguardo al dato testuale della disposizione normativa, che sono compromettibili agli arbitri solo le questioni litigiose che insorgono tra i soci stessi o tra questi e la società, non anche quelle che ineriscono alla società in quanto tale, inoltre, solo le controversie aventi ad oggetto i diritti disponibili, non anche quelli indisponibili, cioè quelli che hanno ad oggetto interessi generali della società e che per definizione servono a soddisfare un interesse superiore a quello del singolo socio. Da tanto discende, con riguardo al caso di specie, che l'accertamento relativo all'avvenuto scioglimento, o meno, della società non può dirsi rientrare nell'oggetto della clausola arbitrale, perché afferente l'esistenza stessa della società e quindi l'interesse collettivo sia dei soci che dei terzi. In tal senso è la prevalente dottrina che si è occupata delle questioni giuridiche poste dal citato art. 34. Peraltro, la Suprema Corte di Cassazione, chiamata a decidere della questione con riguardo all'art. 2272 c.c., ha affermato il principio che non sono compromettibili e devolvibili ai giudizio degli arbitri le controversie riguardanti lo scioglimento della società (Cass. 30.03.1998 n. 3322 e 19.09.2000 n. 12412).

Passando all'esame delle questioni di merito, rileva il collegio che la società Ravennate Corse e Cavalli s.r.l. ha effettivamente ottenuto, con decreto del Presidente del Tribunale in data 11.01.2006, ingiunzione di pagamento nei confronti della A.S.I.R per la somma di Euro 258.600, dovuta per le prestazioni di servizi da parte della creditrice. Ed è noto in diritto che, ai fini della valutazione della perdita di oltre un terzo del capitale sociale è della conseguente riduzione del detto capitale al di sotto del minimo legale, deve tenersi conto dei risultati anche eventualmente positivi di gestione presenti nella situazione patrimoniale al momento in cui l'assemblea è chiamata a provvedere in merito, anche quando tali risultati siano maturati in epoca successiva all'ultimo bilancio d'esercizio nel quale le perdite anzidette erano state registrate (Cass. 23.03.2004 n. 5740). Da tanto discende l'infondatezza della richiesta avanzata da Pizzicati sotto tale profilo, posto che nel bilancio predisposto dal commercialista della società Ravennate Corse e Cavalli s.r.l. per il periodo 1.1.2005 – 31.8.2005, che conteneva un perdita di esercizio di Euro 10.495,98, non era incluso il credito vantato nei confronti della A.S.I.R. che pure si riferiva a crediti sorti negli anni 2004-2005 come emerge dalle fatture nn. 1, 2, 3 e 4 emesse rispettivamente il 1.7.2005, 11.7.2005, 28.7.2005 e 3.5.2005. Né la proposta opposizione da parte della debitrice può far ritenere come assolutamente infondata la pretesa creditoria ove si consideri, come le stesse parti affermano, che questo stesso Tribunale in altro e diverso procedimento aveva giudicato il credito come sussistente e fondato.

Diversamente deve dirsi per quanto concerne il secondo motivo relativo all'avvenuto scioglimento della società per impossibilità di funzionamento a ragione della estrema conflittualità tra i soci, essendo il ricorso sul punto fondato. Giova ricordare in diritto che l'impossibilità di funzionamento dell'assemblea ricorre solo quando l'organo assembleare appaia stabilmente ed irreversibilmente incapace di assolvere le sue funzioni essenziali, cioè di disposizione, di direzione e di controllo, perché l'attività dell'ente possa svolgersi per il raggiungimento dello scopo sociale (Cass. 8 novembre 1967 n.2703; 24 ottobre 1996 n. 9267). In punto di fatto, già questo tribunale nell'ordinanza del 19.9.05 qualificava come "paradossale" la situazione creatasi nei rapporti A.S.I.R. — Ravennate Corse e Cavalli s.r.l. e l'attribuiva alla "situazione d'intollerabile conflittualità tra persone facenti parte, a vario titolo, delle due compa-

gini..., e alla posizione di conflitto venutasi a creare anche tra l'associazione e la società". E tanto meglio s'intende considerando, che, come sopra accennato, il Pizzigati è titolare dell'A.S.I.R. e non intende più avere rapporti commerciali con la Ravennate Corse e Cavalli s.r.l., della quale detiene il 50% delle quote sociali, mentre la restante quota è in proprietà dei Baldini. Gli indicati decreti emessi da questo Tribunale in data 19.9 / 14.11 e 17.12.2005 sono l'espressione concreta di tale conflitto, così come lo è la mancata approvazione del bilancio del 2004, per l'assenza della compagine dei Baldini, alle assemblee del 11 ottobre e 4 novembre 2005. Per altro, a ben vedere, gli stessi resistenti riconoscono, nella memoria di costituzione, "l'impossibilità di funzionamento della società Ravennate", anche se "imputabile esclusivamente alle condotte illecite del Pizzicati". – *Omissis*.

**Arbitrato societario e diritti disponibili (specialmente in materia di impugnativa di bilancio)\***

\* Provvedimento I pubblicato in *Società*, 2010, 194 ss.;

Provvedimento II inedito;

Provvedimento III pubblicato in *Giurisprudenza italiana*, 2010, 1321 ss.;

Provvedimento IV inedito;

Provvedimento V inedito;

Provvedimento VI pubblicato in *Società*, 2011, 335 ss. (ma pubblicata con data di deposito);

Provvedimento VII pubblicato in *Società*, 2011, 715 ss.;

Provvedimento VIII inedito;

Provvedimento IX pubblicato in *Rivista dell'arbitrato*, 2011, 291 ss.;

Provvedimento X inedito;

Provvedimento XI inedito;

Provvedimento XII inedito;

Provvedimento XIII inedito;

I.

TRIB. PRATO, 10 marzo 2009 – X *Presidente e Relatore*. – P.S. c. Star Casa s.r.l.

**Arbitrato – Arbitrato societario – Bilancio di esercizio – Impugnazione – Compromettibilità – Presupposti.**  
(D. Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, art. 34).

*Sono compromettibili in arbitrato (nella specie: irrituale), perché aventi ad oggetto diritti disponibili, le impugnative con le quali si denuncino vizi che determinano l'annullabilità della delibera (nella specie: di approvazione del bilancio di esercizio) (1).*

II.

TRIB. TOLMEZZO, 14 maggio 2009 – CUMIN *Presidente* – MASSARELLI *Relatore*. – B2 S2 s.r.l. e altri (avv.ti Santosuosso, Quaglia) c. Cartiere Ermolli s.p.a.

**Arbitrato – Arbitrato societario – Bilancio di esercizio – Impugnazione – Compromettibilità – Presupposti.**  
(D. Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, art. 34).

*Sono compromettibili in arbitrato (nella specie: rituale), perché aventi ad oggetto diritti disponibili, le impugnative con le quali si denuncino vizi che determinano la nullità della delibera (nella specie: di approvazione del bilancio di esercizio e di riduzione del capitale per perdite e sua ricostituzione) (1).*

III.

TRIB. MILANO, 12 gennaio 2010 – PEROZZIELLO *Presidente* – MAMBRIANI *Relatore*. – Perilla (avv.ti Morano e Sitzia) c. Nuova Seri Cart s.r.l. (avv. Praino)

**Arbitrato – Arbitrato societario – Bilancio di esercizio – Impugnazione – Compromettibilità – Presupposti.**  
(D. Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, art. 34).

*Non sono compromettibili in arbitrato, perché aventi ad oggetto diritti indisponibili, le impugnative con le quali si denuncino vizi che determinano la nullità della delibera (nella specie: di approvazione del bilancio di esercizio) (1).*

IV.

TRIB. NAPOLI, ORD., 8 marzo 2010 – CAMPESE *Estensore*. – E.D.P. c. D.P. s.p.a.

**Arbitrato – Arbitrato societario – Bilancio di esercizio – Impugnazione – Compromettibilità – Presupposti.**  
(D. Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, art. 34).

*Sono compromettibili in arbitrato, perché aventi ad oggetto diritti disponibili, le impugnative di deliberazioni (nella specie: di approvazione del bilancio di esercizio) indipendentemente dalla natura del vizio lamentato (nella specie, il Tribunale ritiene che la riforma societaria abbia superato la tradizionale distinzione fra nullità ed annullabilità, ancorando la disponibilità alla facoltà di incidere a livello collettivo – quindi con decisione dell'ente - sugli effetti dell'invalidità) (1).*

V.

LODO ARB. TORINO, 31 maggio 2010 – CAVALLI *Arbitro unico* – T. (avv.ti A. Monteverde e Cagnasso) c. B. s.r.l. (avv.ti A. Riscossa e M.M. Riscossa).

**Arbitrato – Arbitrato societario – Bilancio di esercizio – Impugnazione – Compromettibilità – Presupposti.**  
(D. Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, art. 34).

*Sono compromettibili in arbitrato (nella specie: irrituale), perché aventi ad oggetto diritti disponibili, le impugnative con le quali si denuncino vizi della delibera (nella specie: di approvazione del bilancio di esercizio) che investano interessi dei singoli soci (1).*

## VI.

TRIB. NAPOLI, 6 luglio 2010 – SCOPPA *Presidente* – PERRINO *Relatore*. – Borselli e altri (avv.ti Pisani Massamormile e Portale) c. S.E.N. s.p.a. (avv.ti Martorano e Cesàro)

**Arbitrato – Arbitrato societario – Bilancio di esercizio – Impugnazione – Compromettibilità – Presupposti.**  
(D. Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, art. 34).

*Sono compromettibili in arbitrato, perché aventi ad oggetto diritti disponibili, le impugnative di deliberazioni (nella specie: di approvazione del bilancio di esercizio) salvo che sia fatto valere un vizio di nullità insanabile e imprescrittibile (nella specie, il Tribunale ritiene che ciò accada solo in caso di deliberazioni che abbiano modificato l'oggetto sociale prevedendo attività illecite o impossibili) (1).*

## VII.

TRIB. MILANO, 10 dicembre 2010 – PERROZZIELLO *Presidente* – DAL MORO *Relatore*. – Platini c. Artelegno s.r.l.

**Arbitrato – Arbitrato societario – Bilancio di esercizio – Impugnazione – Compromettibilità – Presupposti.**  
(D. Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, art. 34).

*Non sono compromettibili in arbitrato, perché aventi ad oggetto diritti indisponibili, le impugnative con le quali si denuncino vizi della delibera (nella specie: di approvazione del bilancio di esercizio) che investano un interesse pubblico, che in quanto tale non è nella disponibilità della società, né in quella del socio (1).*

## VIII.

TRIB. NAPOLI, 31 gennaio 2011 – SCOPPA *Presidente* – PERRINO *Relatore*. – Emini (avv.ti Fimmanò e Caravella) c. Truglia s.r.l. (Di Foggia e Chianese)

**Arbitrato – Arbitrato societario – Bilancio di esercizio – Impugnazione – Compromettibilità – Presupposti.**  
(D. Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, art. 34).

*Sono compromettibili in arbitrato, perché aventi ad oggetto diritti disponibili, le impugnative di deliberazioni (nella specie: di approvazione del bilancio di esercizio) salvo che sia fatto valere un vizio di nullità insanabile e imprescrittibile (nella specie, il Tribunale ritiene che ciò accada solo in caso di deliberazioni che abbiano modificato l'oggetto sociale prevedendo attività illecite o impossibili) (1).*

## IX.

TRIB. MILANO, 22 febbraio 2011 – RIVA CRUGNOLA *Presidente* – CONSOLANDI *Relatore*. – Pittari (avv. Sadun) c. Spazio Occhiali s.r.l.)

**Arbitrato – Arbitrato societario – Bilancio di esercizio – Impugnazione – Compromettibilità – Presupposti.**  
(D. Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, art. 34).

*Sono compromettibili in arbitrato, perché aventi ad oggetto diritti disponibili, le impugnative con le quali si denuncino vizi della delibera (nella specie: di approvazione del bilancio di esercizio) che investano interessi dei singoli soci (nella specie, il Tribunale ritiene che la mancata messa a disposizione del bilancio e la carenza di dettaglio nell'esposizione di determinate poste non investano norme poste a protezione di interessi collettivi) (1).*

## X.

TRIB. MILANO, 22 aprile 2011 – PEROZZIELLO *Presidente* – FIECCONI *Relatore*. – Perilla (avv.ti Morano e Sitzia) c. Nuova Seri Cart s.r.l. (avv. Praino)

**Arbitrato – Arbitrato societario – Bilancio di esercizio – Impugnazione – Compromettibilità – Presupposti.**  
(D. Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, art. 34).

*Sono compromettibili in arbitrato, perché aventi ad oggetto diritti disponibili, le impugnative con le quali si denuncino vizi della delibera (nella specie: di approvazione del bilancio di esercizio) che investano interessi dei singoli soci (nella specie, il Tribunale ritiene che la mancata messa a disposizione del bilancio e la carenza di dettaglio nell'esposizione di determinate poste non investano norme poste a protezione di interessi collettivi) (1).*

## XI.

CASS., 12 settembre 2011, n. 18600 – CARNEVALE *Presidente* – BISOGNI *Relatore*. – T.C. (avv.ti Rolando, Bodo) c. M.G. (avv. Bonino)

**Arbitrato – Arbitrato societario – Società di persone – Socio amministratore – Decisione di revoca ed esclusione – Impugnazione – Compromettibilità – Presupposti.**  
(D. Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, art. 34).

*Non sono compromettibili in arbitrato, perché aventi ad oggetto diritti indisponibili, le impugnative con le quali si denuncino vizi di una decisione sociale che investano interessi collettivi (nella specie, la S.C. ritiene che la decisione di revoca dalla carica di amministratore di società di persone ed esclusione dalla compagine sociale fondata sulla violazione da parte dell'amministratore medesimo delle disposizioni che prescrivono la precisione e la chiarezza dei bilanci nonché dell'obbligo di consentire ai soci il controllo della gestione sociale, trattandosi di disposizioni preordinate alla tutela di interessi non disponibili da parte dei singoli soci e perciò non deferibili al giudizio degli arbitri) (1).*

## XII.

TRIB. MILANO, 10 novembre 2011 – RIVA CRUGNOLA *Presidente* – GALIOTO *Relatore*. – Cristiano (avv. Maccabruni) c. I&S s.r.l. e altri (avv.ti Griffo e Centola)

**Arbitrato – Arbitrato societario – Bilancio di esercizio – Impugnazione – Compromettibilità – Presupposti.**  
(D. Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, art. 34).

*Sono compromettibili in arbitrato, perché aventi ad oggetto diritti disponibili, le impugnative con le quali si denuncino vizi della delibera (nella specie: di approvazione del bilancio di esercizio) che investano interessi dei singoli soci (nella specie, il Tribunale ritiene che la violazione dei criteri ex art. 2423 in relazione ad appostazioni in bilancio di fondo*

*rischi ingiustificato, ad iscrizione di debiti insussistenti e a crediti tributari non correttamente calcolati non investano norme poste a protezione di interessi collettivi*) (1).

### XIII.

TRIB. TORINO, 19 dicembre 2011 – DOMINICI *Presidente* – LIBERATI *Relatore*. – Ciravegna (avv.ti Rollero e Cornaglia) c. Eco.Dem. s.r.l. e altro (avv.ti Restano e Busso)

#### **Arbitrato – Arbitrato societario – Amministratore di s.r.l. – Revoca giudiziaria – Impugnazione – Compromettibilità – Presupposti.**

(D. Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, art. 34; C.c. art. 2476).

*Sono compromettibili in arbitrato, perché aventi ad oggetto diritti disponibili, le impugnative con le quali si denunciano vizi della delibera (nella specie: di revoca di un amministratore di .s.r.l.) che investano interessi dei singoli soci (nella specie, il Tribunale ritiene che le ragioni dedotte a fondamento della domanda di revoca dell'amministratore investano condotte dello stesso produttive di danno per il patrimonio della società e per i soci, e non implicanti violazione di norme poste a tutela dell'interesse collettivo dei soci o dei terzi)* (1).

\* \* \*

#### I.

*Omissis*. – In via del tutto preliminare il Tribunale deve valutare la fondatezza dell'eccezione di compromesso sollevata da parte convenuta. La difesa dell'attore sostiene:

- a) la nullità della clausola compromissoria contenuta nell'atto costitutivo per indeterminatezza dell'oggetto;
- b) la incompromettibilità della lite attesa la natura del vizio (nullità) di cui sarebbero affette le delibere impugnate.

Il tribunale non condivide le obiezioni dell'attore.

La clausola compromissoria contenuta nell'atto costitutivo è da intendersi pienamente efficace poiché conforme ai criteri di validità previsti per le clausole arbitrali di diritto comune. La formula generica utilizzata (qualsiasi controversia dovesse insorgere tra le parti...) non comporta, come sostenuto dalla difesa dell'attore, la invalidità della clausola, ma al contrario, deve essere interpretata nel senso che "rientrano nelle competenze arbitrali tutte le controversie che si riferiscono a pretese aventi la loro causa petendi nel contratto medesimo" (così Cass. 20.2.1997, n. 1559; conf. Cass. 22.12.2005, n. 28485; Cass. 2.2.2001 n. 1496). Né può ritenersi che la clausola sia nulla perché sussiste, come allegato, un'oggettiva incertezza sul tipo di arbitrato (rituale o irrituale) previsto. In via generale si premette che nel caso in cui vi siano delle incertezze circa la reale volontà delle parti sulla natura dell'arbitrato, l'interprete (lunghi dal dichiarare la nullità della clausola) deve propendere per ritenere l'arbitrato irrituale in considerazione dell'eccezionalità della deroga alla competenza del giudice ordinario che la previsione pattizia rappresenta (cfr tra le altre Cass. 90/2315). Nel caso di specie il riferimento alla decisione "secondo equità", insieme alle espressioni usate per indicare i provvedimenti dell'arbitro (risoluzione e determinazione e non decisione o lodo) nonché la precisazione che i suddetti provvedimenti vincoleranno le parti e che l'arbitro stabilirà come ripartire le spese tra stesse (precisazione inutile in caso di arbitrato rituale) inducono l'interprete a ritenere che le parti abbiano voluto un arbitrato libero. Tale tipo di arbitrato è espressamente previsto in materia societaria dall'art 35 comma 5 d.l.vo 2003 n. 5 con particolare riferimento anche alle controversie aventi ad oggetto "la validità di delibere assembleari". E si giunge così ad affrontare il problema della compromettibilità delle questioni portate oggi al vaglio del Tribunale. Possono essere devolute ad arbitri solo le controversie aventi ad oggetto diritti disponibili. Il principio già enucleato in via interpretativa dalla giurisprudenza è stato esplicitato dal legislatore nell'art. 34 dl.vo 5/2003. In materia di impugnazione di delibere assembleari la giurisprudenza ha sempre distinto tra controversie volte ad ottenere la declaratoria di annullabilità di una delibera e controversie volte ad richiedere l'accertamento della nullità. Solo le prime sono state considerate compromettibili in quanto aventi ad oggetto diritti disponibili. Le ragioni sono facilmente enunciabili. Le cause di annullabilità riguardano normalmente violazioni di norme che incidono su interessi individuali dei singoli soci, a differenza della nullità conseguenza della violazione di norme imperative, previste a tutela di interessi generali. La riforma del 2003 ha fortemente innovato la disciplina delle invalidità delle delibere assembleari riducendo fortemente l'area delle nullità ed ampliando conseguentemente quella dell'annullabilità. Ed invero l'art. 2379 cc nella formulazione attualmente in vigore prevede quattro sole ipotesi di nullità (mancata convocazione dell'assemblea, mancanza del verbale, illiceità o impossibilità dell'oggetto della deliberazione, modifica dell'oggetto sociale con previsione di attività illecite o impossibili). Tutti gli altri vizi delle deliberazioni sono disciplinate dall'art. 2377 c.c. che prevede la mera possibilità di annullamento, con legittimazione ristretta e massima sanabilità (oltre alla previsione di un breve termine decadenziale, è prevista la impugnabilità solo da parte del titolare di una quota rappresentativa e la sostituibilità generalizzata della deliberazione). Ciò premesso si osserva che nel caso di specie nessuno dei vizi delle deliberazioni impugnate descritti dall'attore rientra tra le ipotesi indicate dall'art. 2379 c.c. Ne consegue che le violazioni allegate - qualora esistenti - comporterebbero la mera annullabilità della delibera con conseguente applicazione dell'art. 2377 c.c. Ma se il vizio della delibera può essere sanato dalla mancata impugnazione nei termini, se può essere sollevato solo da una quota rappresentativa del capitale, se può essere eliminato con una nuova deliberazione è difficile sostenere che la norma la cui violazione ha dato origine al vizio stesso sia posta a tutela di diritti indisponibili. – *Omissis*.

II.

*Omissis.* – Qualora si dovesse ritenere che le lamentele relative alle poste di bilancio integrino un’ipotesi di nullità, azionabile anche dai soci danti pegno sulle azioni, le domande proposte nondimeno andrebbero respinte per ulteriori ragioni di rito.

Il tribunale, infatti, risulterebbe in tal caso incompetente a decidere, causa l’eccepita sussistenza di una clausola compromissoria in arbitri.

Nella vigente versione dello statuto sociale della resistente è infatti previsto, all’art. 32.1, che tutte le controversie che abbiano per oggetto la validità delle delibere assembleari saranno decise da un collegio arbitrale, interamente nominato, entro trenta giorni dalla richiesta, dal presidente della camera di commercio di Udine; in mancanza, dal presidente di questo tribunale; l’arbitrato sarà rituale e secondo diritto.

Trattasi di compromesso rituale, e perciò la vicenda rileva sul piano della competenza su iniziativa di parte (art 819 ter c.p.c.); l’eccezione è tempestiva e fondata.

In un recentissimo precedente cautelare intercorso fra le stesse parti, con lo stesso petitum, gli attori non hanno per nulla contestato la validità e l’efficacia della clausola compromissoria in parola. In quella occasione le loro difese si erano incentrate sul vuoto di tutela derivante ai ricorrenti nel tempo occorrente alla regolare costituzione del collegio arbitrale (di ciò danno conto gli stessi attori in citazione).

Oggi, invece, essi ritengono che la natura dei vizi dedotti (nullità delle deliberazioni per illiceità dell’oggetto) abbia per conseguenza diretta la non compromettibilità della controversia in arbitri.

Invocano a loro favore precedenti di merito conformi; nessuno tuttavia emesso in relazione alla riforma sostanziale e processuale intervenuta nel 2003 in materia societaria.

E’ noto al collegio che, più in generale, nell’impero della legge anteriormente vigente, era assolutamente prevalente in giurisprudenza l’orientamento secondo cui potevano essere compromettibili in arbitri le sole controversie che non coinvolgessero anche interessi sociali, collettivi o di terzi; ciò perché altrimenti i diritti fatti valere non avrebbero avuto qualità disponibile e dunque sarebbero stati inidonei a formare oggetto di transazione (vedi tra le tante Cass. n° 12412/00; n° 9022/00, n° 3322/98, n° 1739/98; nella giurisprudenza di merito Trib. NA 29.3.2003, in *Le Società*, 2003, p. 1251; Trib. MI 6.3.2003, in *Giur. It.*, 2003, p. 1411; Trib. MI 15.10.2001, in *Giur. It.*, 2002, p. 737).

Tale interpretazione ha sempre attirato su di sé severe critiche, in quanto la distinzione fra i vari tipi di interessi coinvolti in una deliberazione societaria appare operazione difficilissima (l’interesse sociale è la somma degli interessi sei singoli soci; anche un interesse singolare coinvolge i terzi estranei, se legati alla società – ad esempio i creditori) ed alla fin fine era rimessa alla mera discrezionalità del giudice.

Tale interpretazione è stata comunque seguita da diversi tribunali anche dopo la novella (Trib. RA 3.2.2006, in *Corr. Mer.*, 2006, p. 840; Trib. BL 26.10.2005, in *Giur. It.*, 2006, p. 1639; Trib. MI 4.10.2005 e 27.9.2005, ambo in *Giur. Comm.*, 2006, II, p. 1128; Trib. NA 30.9.2005, in *Foro It.*, 2006, c. 2246; Trib. LU 11.1.2005, in *Giur. Mer.*, 2005, I, p. 2662; Trib. TO 27.9.2004, in *Le Società*, 2005, p. 899), ma sempre riportando tralattivamente l’argomento della prevalenza degli interessi generali di società e terzi coinvolti nella deliberazione, quale indice di indisponibilità del diritto.

E’ invece tempo di accogliere le giuste critiche che da più parti della dottrina si appuntano su tale opzione (i relativi Autori qui non sono citabili giusta il divieto ex art. 118, terzo comma, disp. att. c.p.c.), che in realtà non tiene in debito conto la portata delle modifiche normative intervenute in materia dal 2003 in poi.

L’art. 34 D.Lgs. n° 5/2003 (introdotto senza sfruttare appieno i più ampi spazi conferiti dalla delega di cui all’art. 12 comma 3 della legge n° 366/2001) dà agli statuti sociali la possibilità di contenere clausole compromissorie che prevedano la devoluzione ad arbitri di tutte le controversie insorgenti fra soci e fra soci e società che abbiano ad oggetto diritti disponibili relativi al rapporto sociale. Unico espresso limite è costituito dall’intervento obbligatorio del P.M.: in siffatte controversie la devoluzione è esclusa.

Analoghe regole sono state poste in occasione della riforma dell’arbitrato (D.Lgs. n° 40/2006): dall’art. 806 c.p.c. è stato eliminato ogni riferimento alla transigibilità, sicché la devoluzione agli arbitri è oggi possibile in ogni materia in cui siano coinvolti diritti disponibili.

L’art. 35, comma 5, D.Lgs. n° 5/2003 afferma implicitamente che sono suscettibili di devoluzione in arbitrato anche le controversie sulla validità di delibere assembleari, senza introdurre limitazioni.

L’art. 36 comma 1 D.Lgs. n° 5/2003 impone agli arbitri, ove il giudizio verta sulla validità di delibere assembleari, di decidere sempre secondo diritto con lodo impugnabile ex art. 829 c.p.c.

Se si analizza l’attuale tenore degli artt. 2377 e s. c.c. (specie dopo l’intervento correttivo di cui al D.Lgs. n° 37/2004) si evince che vi sono significative deviazioni dalle regole ordinarie vigenti nel diritto civile:

- l’annullamento di una delibera viziata non può aver luogo se la stessa viene sostituita con altra esente da vizi (sanatoria nel merito);
- idem per il caso di nullità;
- la nullità di deliberazioni, derivante da mancata convocazione o da mancanza del verbale, è sanabile (pur trattandosi di nullità) nei casi indicati dall’art. 2379 bis c.c. (sanatoria nel merito);
- l’azione di annullamento è sottoposta a termine di decadenza (sanatoria in rito);
- l’azione di nullità è sottoposta a prescrizione triennale (eccetto il caso residuale di nullità derivante da modifica dell’oggetto sociale prevedendo attività illecite o impossibili);
- il giudice può rilevare d’ufficio la nullità di una deliberazione, ma solo nei casi e con gli stessi termini temporali sopra indicati;
- tutte le azioni di invalidità (annullamento e nullità), riguardanti deliberazioni su specifici oggetti, sono soggette a brevi o brevissimi termini di decadenza (art. 2379 ter c.c.)
- l’annullamento o la dichiarazione di nullità delle deliberazioni di approvazione del bilancio non possono essere chiesti dopo l’approvazione del bilancio successivo ex art. 2434 bis c.c. (sanatoria che si verifica anche in caso di oggetto illecito: bilancio falso);

- nel corso del giudizio di impugnativa (quale si sia il vizio lamentato) il giudice esperisce il tentativo di conciliazione, eventualmente suggerendo le modificazioni da apportare alla deliberazione impugnata.

Dunque il codice civile e la legge speciale pongono una regola generale: l'arbitrabilità di controversie involgenti diritti disponibili; unica eccezione espressa in materia societaria consiste nell'ipotesi di necessaria partecipazione al giudizio del P.M.

Disponibilità del diritto, com'è ovvio, significa possibilità di alienarlo e di rinunciarvi. Non va confuso con tale concetto quello di inderogabilità della disciplina positiva, che è invece la causa per cui la fattispecie – per come si è svolta nella natura - si presenta viziata. I soci sono infatti soggetti alla norma inderogabile, ma possono disporre in ogni direzione del loro concreto interesse ad introdurre su quel punto una lite (cfr. Trib. MI 29.1.1998, in Giur. It., 1998, p. 1196).

Visto che quasi ogni deliberazione, anche se nulla, può essere sanata, e che il diritto di far valere i suoi vizi può essere rinunciato o comunque divenir precluso per inerzia del titolare, ne deriva che secondo la legge oggi vigente non basta più invocare generici interessi collettivi per escludere la disponibilità (e dunque l'arbitrabilità) di una controversia, ma occorre rigorosamente dimostrare che in quegli specifici casi il legislatore ha inteso tutelare l'interesse pubblico a tal punto, da comprimere in senso assoluto ogni disponibilità del diritto in capo alle parti.

Non fa scandalo (se non a chi riproponga acriticamente tesi non più fondate sul diritto positivo) che l'impugnativa di una deliberazione viziata da nullità (ad esempio l'approvazione di un bilancio falso, in cui il vizio è costituito dall'illiceità dell'oggetto) sia arbitrabile, qualora lo statuto preveda una clausola compromissoria che comprenda tale tipo di controversia. Ciò in quanto:

- i soci e la società possono a vario titolo sanare la nullità o rinunciare a farla valere ovvero sostituire la delibera viziata, e dunque il loro diritto va considerato disponibile (essi non dispongono della disciplina positiva, ma del loro interesse a farla valere in giudizio);

- gli arbitri aditi dovranno decidere secondo diritto e il loro lodo sarà impugnabile per violazione di legge (in ciò il diritto oggettivo è salvo);

- i terzi, che a ciò siano legittimati e vogliano far valere gli stessi vizi (art. 2379, primo comma, c.c.), lo potranno fare in un giudizio ordinario, non essendo soggetti alla clausola compromissoria.

Elementi di conforto della correttezza di questa ricostruzione si trovano poi in alcuni significativi precedenti giurisprudenziali.

Si veda Trib. AR 2.3.2004 (in Riv. Arb., 2005, p. 311), che ritiene passibile di arbitrato ogni controversia in cui si discuta di deliberazioni di assemblee sociali per annullabilità o nullità per qualsiasi causa, sempreché non si tratti di vizi che rendano le deliberazioni stesse non mai convalidabili (cioè vizi attinenti all'impossibilità dell'oggetto).

Si veda inoltre Cass. n° 3772/2005 (che non può certo essere invocata a sostegno delle tesi dei ricorrenti, in quanto resa sulla disciplina societaria previgente), la cui motivazione presenta alcuni obiter dicta che contrastano le tesi tradizionali e supportano quanto sostenuto nei passaggi precedenti:

- si riconosce che l'art. 35 D.Lgs. n° 5/2003 è la base normativa nuova per affermare la piena arbitrabilità di ogni tipo d'impugnativa di deliberazioni assembleari (punto n° 7);

- si afferma (punto n° 7.1) che l'appartenenza dell'interesse in gioco alla collettività dei soci o ai terzi non esclude la compromettibilità in arbitri della controversia, potendo l'interesse pubblico essere tutelato da strumenti processuali come l'obbligo per gli arbitri di decidere secondo diritto o la sindacabilità a posteriori del lodo per violazione di legge (inderogabile);

- si dice (punto n° 7.1 in fine) che l'indisponibilità di un interesse, indice di non compromettibilità di una controversia intorno ad esso, deriva solo dal fatto che "la sua protezione sia assicurata mediante la predisposizione di norme inderogabili, la cui violazione determina una reazione dell'ordinamento svincolata da una qualsiasi iniziativa di parte".

Dunque se ne deve inferire che l'indisponibilità dell'interesse in questa materia sussiste solo quando il vizio lamentato sia irremovibile e rilevabile a prescindere da qualunque iniziativa di parte, senza possibilità di convalide, sanatorie o sostituzioni; oggi invece, come s'è visto, il vizio che colpisce una deliberazione assembleare societaria non è praticamente mai svincolato rigorosamente da qualsiasi iniziativa di parte. Ne deriva ulteriormente l'affermazione per cui ciò che non è transigibile non è necessariamente anche inarbitrabile, perché il giudizio arbitrale è preordinato ad accertare l'effetto illecito (tramite l'obbligo di applicare la legge nel corso del giudizio, con la garanzia del successivo sindacato per nullità del lodo), mentre la transazione pone fine allo stesso. Il ragionamento pare infine supportato anche dal dato normativo: secondo l'attuale tenore dell'art. 808 c.p.c. gli arbitri sono legittimati ad occuparsi dell'invalidità del contratto anche se proprio in esso è contenuta la clausola compromissoria che li incardina. – *Omissis*.

### III.

*Omissis*. – Deve preliminarmente essere rigettata l'eccezione formulata da parte convenuta di incompetenza di questo Tribunale per essere la causa devoluta alla cognizione di un arbitro, ai sensi dell'art. 48 dello statuto sociale. La Corte di cassazione, adottando un indirizzo condiviso da questo Tribunale, ha affermato che le controversie in materia societaria possono, in 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 e, dunque, inderogabili in quanto concernenti interessi indisponibili. In applicazione di tale principio la Corte regolatrice ha escluso la compromettibilità, tra l'altro, di controversie aventi ad oggetto la nullità della delibera di approvazione del bilancio per la violazione di norme inderogabili (Cass., sez. I, n. 3772 del 2005; Cass., sez. I, n. 322 del 1998; Cass., n. 1739 del 1988; Cass., sez. un. n. 27 del 2000) e di controversie concernenti impugnazione di delibere assembleari per omessa convocazione del socio impugnante (Cass., sez. I, n. 1148 del 2004). Tanto basta per escludere l'applicabilità della clausola in questione alla presente controversia, vertente anzitutto, almeno con riferimento alle domande formulate nell'atto di citazione, sulla nullità delle delibere assunte nell'assemblea di Nuova Seri Cart s.r.l. (Nuova Seri Cart) il 14.11.2007 e sulla nullità della delibera di approvazione del bilancio al 31.12.2007 adottata dalla società nell'assemblea tenuta il 16 maggio 2008. – *Omissis*.

### IV.

*Omissis.* – Giova, invero, premettere che, in attuazione della delega contenuta nell'art. 12, terzo comma, della legge n. 366/2001, gli artt. 34 e ss. del d. lgs. n. 5/2003 (tuttora vigenti, atteso che l'art. 54, quinto comma, della legge 18.6.2009, n. 69, ha abrogato tale decreto limitatamente agli artt. da 1 a 33, 41, primo comma, e 42) hanno ridisegnato l'istituto dell'arbitrato nelle controversie societarie come sistema tendenzialmente esaustivo della conflittualità endosocietaria, fondato sulla particolare efficacia vincolante della clausola compromissoria, e caratterizzato da una spiccata giurisdizionalizzazione del profilo procedimentale.

L'intervento riformatore, che ha lasciato inalterato l'impianto codicistico delineando un corpus autonomo di regole, che in parte integrano ed in parte derogano al modello preesistente, ha avuto portata significativamente innovativa con riguardo all'ampliamento del novero delle questioni compromettibili, alla previsione della deroga al tradizionale divieto per gli arbitri di conoscere incidentalmente le questioni non arbitrabili, all'attribuzione agli arbitri del potere di emanare provvedimenti cautelari

In particolare, l'art. 12, terzo comma, della citata legge delega aveva previsto la possibilità che gli statuti delle società commerciali contenessero clausole compromissorie, anche in deroga agli artt. 806 e 808 c.p.c. (il riferimento era al testo di quegli articoli nella formulazione anteriore a quella introdotta dal decreto legislativo 2 febbraio 2006 n. 40), per tutte od alcune controversie societarie di cui al primo comma; nella disposizione di delega si era chiarito, altresì, che, "nel caso in cui la controversia concerna questioni che non possono formare oggetto di transazione, la clausola compromissoria dovrà riferirsi a un arbitrato secondo diritto, restando escluso il giudizio di equità, e che il lodo sarà impugnabile anche per violazione di legge".

È opportuno, allora, evidenziare che l'art. 806 c.p.c., richiamato dall'art. 808 c.p.c. per i limiti della clausola compromissoria, non consentiva la devoluzione ad arbitri, tra le altre, delle controversie che non potevano formare oggetto di transazione in quanto, ai sensi dell'art. 1966 c.c., "per transigere le parti devono avere la capacità di disporre dei diritti che formano oggetto della lite" (cfr. primo comma), ed inoltre è nulla la transazione che abbia regolato diritti che "per loro natura o per espressa disposizione di legge, sono sottratti alla disponibilità delle parti" (cfr. secondo comma).

Si discuteva, quindi, di quali fossero le controversie che potevano essere devolute ad arbitri nella materia societaria, ossia che potevano formare oggetto di transazione ai sensi dell'art. 806 c.p.c., e, tra esse, una delle principali questioni interpretative riguardava il problema dei limiti dell'arbitrabilità delle controversie in tema d'impugnativa di delibere assembleari: soprattutto, come si dovesse tracciare la linea di confine tra quelle arbitrabili e non.

È noto che la giurisprudenza aveva a tal fine operato non già ancorandosi alla distinzione tra diritti disponibili ed indisponibili, bensì distinguendo a seconda dell'interesse in gioco, se individuale o generale, ovvero della norma violata, se derogabile od inderogabile.

In altri termini, il principio generale al quale si era ispirata la prevalente giurisprudenza era che le controversie in materia societaria potessero, in linea di massima, formare oggetto di compromesso, a meno che esse non fossero riferibili a vicende concernenti gli interessi della società, ovvero alla violazione di norme poste a tutela dell'interesse collettivo dei soci o dei terzi (cfr. ad esempio, Cass. 10.10.1962 n. 2910; Cass. 24.5.1965 n. 999; Cass. 30.3.1998 n. 3322; Cass. 2.10.1998 n. 10530; Cass. 23.1.2004 n. 1148).

Ed analogo criterio era stato adoperato anche per le controversie inerenti l'invalidità delle delibere assembleari, per cui l'arbitrato era ammissibile, se il potere di impugnativa della delibera assembleare era concesso al socio a tutela del proprio interesse personale, mentre non lo era se il potere di impugnativa era riconosciuto a tutela degli interessi della società o dell'interesse collettivo dei soci o dei terzi.

Da ciò discendeva la non compromettibilità dell'impugnazione della delibera di approvazione del bilancio, in quanto le norme sulla formazione del bilancio sono poste a tutela dell'interesse collettivo dei soci e/o dei terzi (cfr. Cass. 30.3.1998 n. 3322).

La giurisprudenza, in verità, faceva leva, al fine di decidere della possibilità di devoluzione ad arbitri delle controversie in materia societaria, sul criterio relativo alla inderogabilità delle norme coinvolte nella controversia (cfr. Cass. 23.10.1998 n. 10530), ovvero alla dicotomia tra nullità e annullabilità delle deliberazioni stesse, considerando deferibile al giudizio arbitrale solo le controversie in cui veniva in gioco una questione di annullabilità, ma non quelle in cui era dedotta la nullità della delibera (cfr. Trib. Roma 23 luglio 1984, in *Le Società* 1985, 492 e ss.).

Non erano mancate, peraltro, decisioni di merito che avevano ritenuto deferibili al giudizio arbitrale le controversie fra soci e società attinenti alla contrarietà del bilancio alla effettiva situazione patrimoniale della società, e dunque alla normativa in materia di chiarezza e verità della rappresentazione contabile (cfr. Tribunale Milano, 29 gennaio 1998, in *Giurisprudenza italiana* 1998, 1196; Tribunale Milano, 10 gennaio 2000, in *Giurisprudenza italiana* 2000, 1239), muovendo dalla considerazione che, pur in presenza di una disciplina dettata nell'interesse generale, è da escludersi che il singolo interessato non possa disporre della singola azione volta a far valere il proprio interesse; il singolo non andrebbe, infatti, a disporre del diritto (indisponibile) tutelato attraverso una norma imperativa e di ordine pubblico, bensì del proprio concreto interesse all'osservanza di quella norma.

Al criterio fondato sulla disponibilità/indisponibilità dei diritti si contestava, però, che esso, di fatto, non veniva coerentemente applicato per talune specifiche ipotesi (in particolare, si faceva rilevare che la possibilità di deferire ad arbitri il giudizio in ordine alle azioni di responsabilità nei confronti degli organi sociali, pacificamente ammessa, contraddiceva detto criterio, trattandosi di applicare norme chiaramente poste nell'interesse generale della società e probabilmente anche dei terzi); lo stesso, inoltre, celava un evidente atteggiamento di sfavore della giurisprudenza nei confronti dell'arbitrato in materia societaria, in quanto, in qualche modo, tutte le norme dettate in tema di contratti associativi sono poste a tutela dell'interesse dell'ente o di quello generale degli associati, o comunque coinvolgono gli interessi di questi ultimi.

In tale contesto è intervenuto il d.lgs. n. 5/2003, che, tramite gli artt. 34-36, ha certamente ampliato l'area del ricorso all'arbitrato nelle controversie societarie, cercando, altresì, di risolvere le incertezze interpretative prima evidenziate.

Per quanto in questa sede specificamente interessa, tale disciplina prevede, innanzitutto, che: a) gli atti costitutivi delle società possono, 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 (art. 34, primo comma); b) la clausola è vincolante per la società e per tutti i soci, inclusi coloro la cui qualità di socio è oggetto della controversia" (art. 34, terzo comma).

Con riferimento alle impugnative delle delibere sociali, però, deve tenersi conto della necessità di coordinare l'art. 34 con le previsioni degli artt. 35, quinto comma, e 36, primo comma, del medesimo decreto legislativo: il primo prevede che la devoluzione in arbitrato, anche non rituale, di una controversia non preclude il ricorso alla tutela cautelare a norma dell'art. 669 quinquies del codice di procedura civile, ma se la clausola compromissoria consente la devoluzione in arbitrato di controversie aventi ad oggetto la validità di delibere assembleari agli arbitri compete sempre il potere di disporre, con ordinanza non reclamabile, la sospensione dell'efficacia della delibera; il secondo, che "anche se la clausola compromissoria autorizza gli arbitri a decidere secondo equità ovvero con lodo

non impugnabile, gli arbitri debbono decidere secondo diritto, con lodo impugnabile anche a norma dell'art. 829, secondo comma, del codice di procedura civile, quando per decidere abbiano conosciuto di questioni non compromettibili ovvero quando l'oggetto del giudizio sia costituito dalla validità di delibere assembleari".

Può, allora, osservarsi che, sulla base delle due disposizioni da ultime richiamate, con riguardo alle controversie aventi ad oggetto la validità di delibere assembleari, il favor nei confronti dell'arbitrato sembra manifestarsi in maniera particolarmente evidente, in quanto entrambe le disposizioni non solo non richiedono il requisito della disponibilità, ammettendo la devoluzione ad arbitri delle impugnazioni di delibere in via generale, ma recepiscono espressamente la condizione posta dalla legge delega per l'arbitrabilità di controversie in materia non disponibile (in quanto non transigibile), attraverso la previsione del divieto di equità e la relativa impugnabilità del lodo per violazione di legge.

In altri termini, proprio la previsione di cui al riportato articolo 36, primo comma, del d.lgs. n. 5/2003, conferma la volontà legislativa di ammettere l'arbitrabilità delle impugnative di delibere assembleari anche qualora esse riguardino interessi tradizionalmente considerati indisponibili, tanto che a tutte le impugnative di delibera viene estesa una caratteristica ritenuta necessariamente tipica delle decisioni che coinvolgono diritti indisponibili (cfr. Trib. Verona 7.11.2006, in Giur. mer. 2008, 409).

Peraltro, la volontà legislativa di svincolare le impugnative di delibere assembleari dalla disponibilità dei diritti coinvolti trova conferma nella previsione generalizzata della conciliabilità delle cause aventi ad oggetto tali impugnative (cfr. art. 2378, quarto comma, c.c.), nella estensione del potere di disposizione, attraverso l'omessa impugnazione, alle ipotesi più ricorrenti di delibere nulle (cfr. art. 2379, primo comma, c.c.) e nella generale sanatoria della nullità delle delibere assembleari attraverso il richiamo, contenuto nell'art. 2379, quarto comma, c.c., al disposto dell'art. 2377, ottavo comma, c.c. che riproduce, immodificata (salvi gli adattamenti resi necessari dalla riforma), la disposizione relativa alla sostituzione delle delibere annullabili previgente.

L'art. 35, quinto comma, del d. lgs. n. 5/2003, dunque, così come il successivo art. 36 primo comma, ha inequivocabilmente consentito la devoluzione in arbitrato di controversie aventi ad oggetto la validità di delibere assembleari (cfr., peraltro, Cass. Civ. n. 3772/2005, secondo cui "... la possibilità di devolvere alla cognizione degli arbitri le controversie concernenti la validità delle delibere assembleari è oggi riconosciuta in modo esplicito dal legislatore ..."), senza distinguere - a differenza dell'ipotesi generale prevista dall'art. 34, primo comma (che ammette l'arbitrato solo per le controversie relative a diritti disponibili) - tra vizi che determinano l'annullabilità della decisione dei soci (art. 2377 c.c.) o la sua nullità (art. 2379 c.c.), ed, in quest'ultimo caso, senza distinguere tra i vizi che riguardano il procedimento seguito per l'adozione della delibera impugnata (art. 2379, primo comma, c.c., con riferimento ai casi di mancata convocazione e di mancanza di verbale) e quelli che investono il suo contenuto (art. 2379, primo comma, c.c., con riferimento ai casi di impossibilità o illiceità dell'oggetto).

In buona sostanza, questo Tribunale, pur conscio dell'esistenza di contrari orientamenti espressi da una parte della giurisprudenza di merito formatasi sul punto all'indomani dell'entrata in vigore della citata normativa (cfr., ad esempio, Tribunale di Lucca 11 gennaio 2005, reperibile al sito [www.judicium.it](http://www.judicium.it), secondo cui sulla questione della compromettibilità in arbitrato di una data controversia in materia societaria si dovrebbero continuare a seguire i medesimi principi che si seguivano in passato, - vale a dire: il ricorso all'arbitrato è consentito a meno che la controversia non sia riferibile a interessi generali e/o della società, ovvero alla violazione di norme poste a tutela dell'interesse collettivo dei soci o di terzi - dal momento che il limite della disponibilità del diritto è stato mantenuto dal legislatore delegato, il quale non ha esercitato integralmente la delega, che avrebbe consentito di derogare a tale limitazione), ritiene, allo stato, maggiormente condivisibile la tesi (peraltro già espressa anche da quest'ufficio giudiziario. Cfr. la sentenza 12500/2009 allegata nella produzione della società convenuta) che ammette l'arbitrato in materia di invalidità delle delibere assembleari anche in caso di vizi riconducibili alla categoria della nullità prevista dall'art. 2379 c.c. (quanto meno per quelli indicati nella prima alinea del primo comma della norma in questione, che non consentono l'impugnazione senza limiti di tempo) e, in particolare, in materia di invalidità delle deliberazioni di approvazione del bilancio, anche laddove si deduca la violazione delle norme a presidio della verità, chiarezza e precisione del bilancio stesso.

Appaiono, invero, maggiormente persuasivi gli argomenti posti a base di detta opinione (tanto nella formulazione più radicale, che assume l'assoluta irrilevanza della disponibilità dei diritti sostanziali coinvolti, quanto in quella meno radicale che, pur ammettendo la persistenza del divieto di arbitrato in materia di diritti indisponibili, esclude che possano ritenersi tali, in base alla normativa attuale, quelli relativi all'impugnativa delle deliberazioni assembleari invalide, a prescindere dalla circostanza che le stesse siano annullabili o nulle, quanto meno per il caso di nullità non deducibili senza limiti di tempo), mentre le tesi contrarie sembrano riconoscere una portata eccessivamente riduttiva (se non praticamente nulla) alla riforma della disciplina del diritto societario, e quindi contraria allo scopo della riforma che era invece proprio quello di ampliare la possibilità di ricorso all'arbitrato nella materia delle controversie societarie.

Condivisibile, in particolare, è la ricostruzione della nozione di disponibilità dei diritti di azione giudiziale derivanti dall'invalidità delle deliberazioni assembleari societarie come di una categoria non coincidente con quella tradizionale della disponibilità dei diritti individuali derivanti dai contratti di scambio (e dalla loro invalidità), ma da riferirsi alla particolare natura di tali diritti, e al particolare regime dell'invalidità in questo specifico settore, in cui il rilievo dell'elemento organizzativo e procedimentale, e la conseguente esigenza di conservazione degli atti promananti dagli organi dell'ente, comportano che dall'invalidità stessa derivino conseguenze meno radicali di quelle ordinarie, e comunque tali da consentire la possibilità di convalide, sanatorie o sostituzione degli atti viziati da parte degli stessi organi sociali (ovvero, più in generale, - ed a prescindere dalla esatta qualificazione delle relative fattispecie - tali per cui sussiste il potere della compagine sociale di eliminare gli effetti dell'invalidità, anche in caso di nullità).

Tale ricostruzione porta, infatti, ad affermare ragionevolmente la disponibilità dei diritti derivanti dalla invalidità delle deliberazioni assembleari societarie, dovendo intendersi la suddetta disponibilità non come facoltà dispositiva del singolo, ma come facoltà dell'ente di incidere sugli effetti derivanti dall'invalidità dell'atto.

Sembra infine opportuno sottolineare, ad ulteriore sostegno della conclusione che si ritiene di accogliere, l'argomento implicito desumibile dalla previsione di cui all'art. 36, primo comma, del decreto legislativo 17 gennaio 2003 n. 5, in base al quale, in caso di giudizio devoluto ad arbitri in tema di validità delle deliberazioni assembleari, la decisione degli arbitri non può avvenire secondo equità ed il lodo è sempre impugnabile per violazione di legge, ai sensi dell'art. 829, secondo comma, c.p.c. (nel testo all'epoca vigente).

Essa appare giustificarsi, sul piano storico e razionale, proprio per le ipotesi in cui le deliberazioni siano viziate da nullità, o comunque per il caso di violazione di norme inderogabili poste a tutela degli interessi generali della società o di terzi, mentre non sarebbe ragionevole pensare che la limitazione sia stata introdotta esclusivamente per l'ipotesi di deliberazioni annullabili a causa della viola-

zione di norme poste a tutela di interessi individuali disponibili da parte del singolo socio (cioè per invalidità già ritenute arbitrabili, anche nel precedente regime, senza alcuna limitazione).

E di quanto appena rilevato pare potersi trovare conferma nella previsione dell'art. 12 della legge delega, che aveva espressamente previsto l'obbligo per il legislatore delegato di introdurre la limitazione in questione esclusivamente per il caso in cui avesse esercitato la facoltà di prevedere la possibile devoluzione ad arbitri di controversie in materia non transigibile.

In ragione delle suesposte argomentazioni, dunque, e richiamandosi l'ampio contenuto della già riportata clausola compromissoria di cui all'art. 19 dello Statuto della società convenuta, nonché l'art. 35, quinto comma, d.lgs. n. 5/2003, nella parte in cui espressamente dispone che se la clausola compromissoria consente la devoluzione in arbitrato di controversie aventi ad oggetto la validità di delibere assembleari agli arbitri compete sempre il potere di disporre, con ordinanza non reclamabile, la sospensione dell'efficacia della delibera, ne consegue che anche l'odierna istanza di sospensione formulata dall'attrice con riferimento alle deliberazioni assunte il 29.6.2009 dall'assemblea della D.P. s.p.a. per l'approvazione del bilancio chiuso al 31.12.2008, non può che essere, in questa sede, disattesa perché devoluta alla cognizione arbitrale. – *Omissis*.

## V.

*Omissis*. – Alla luce della citata previsione statutaria, il primo punto che occorre affrontare e risolvere investe l'ambito stesso della competenza arbitrale in rapporto alle domande formulate dalla signora T., rammentando che quest'ultima ha impugnato due distinte e diverse deliberazioni assunte dall'assemblea della s.r.l. B., prospettando per ciascuna altrettanta diverse e distinte ragioni d'invalidità.

Più precisamente.

La delibera 29 aprile 2008, con la quale fu approvato il bilancio dell'esercizio 2007, è ritenuta affetta da nullità assoluta per essere mancata la convocazione della sig.ra T. e, quindi, per sua totale carenza d'informazione.

La delibera 5 febbraio 2009, con la quale fu deciso un aumento di capitale della società, è ritenuta invece annullabile per violazione dell'art. 2481, 2° comma, c.c. e per abuso di maggioranza, deducendosi che il menzionato aumento di capitale sarebbe stato deliberato all'esclusivo scopo di danneggiare la socia T., avvantaggiando il gruppo di controllo della s.r.l. B.

Ora, fermo restando che nessuna delle parti ha posto in dubbio la deferibilità ad arbitri della seconda impugnativa, la possibilità di riconoscere la competenza arbitrale sulla prima domanda è, invece, controversa, poiché la s.r.l. B. sostiene che, essa, involgendo un vizio di radicale nullità, toccherebbe diritti sociali indisponibili, estranei all'area applicativa dell'art. 34 del d. lgs. 17 gennaio 2003, n. 5.

Si tratta allora di verificare se questa controversia, per il tipo di vizio denunciato (omessa convocazione ed informazione), per lo specifico contenuto della delibera (approvazione del bilancio d'esercizio) e per l'effetto richiesto (radicale nullità), rientri fra quelle inderogabilmente riservate alla competenza dell'autorità giudiziaria.

Come noto, la questione relativa ai limiti di arbitrabilità d'impugnative di delibere assembleari di società è tuttora discussa.

Prima della riforma del diritto societario e del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, l'orientamento di gran lunga prevalente presso la giurisprudenza era nel senso che le impugnative di nullità, coinvolgendo la violazione di norme imperative poste a tutela d'interessi travalicanti la sfera privata dei contendenti, non potessero formare oggetto di arbitrato.

Queste conclusioni, tuttavia, sono state poste in dubbio alla luce delle intercorse modifiche legislative sotto una pluralità di profili. In particolare, è stato autorevolmente sostenuto che il d.lgs. n. 5/2003, alla luce di una combinata lettura dei suoi artt. 34 e 36 ed anche nel quadro più generale di accentuazione dell'autonomia privata che contraddistingue l'attuale disciplina delle società a responsabilità limitata, avrebbe definitivamente consentito di deferire ad arbitri tutte le controversie concernenti la validità di deliberazioni assembleari, senza alcuna distinzione fra cause di nullità e cause di semplice annullabilità. Si è inoltre osservato che, nel contesto del vigente diritto societario, la distinzione fra delibere nulle e delibere annullabili si sarebbe notevolmente attenuata, come testimoniano il termine triennale di decadenza per l'esercizio dell'azione e le numerose cause di sanatoria introdotte dalla legge anche per deliberazioni nulle.

In ragione di ciò, la prevalente dottrina appare ormai incline ad ammettere la deferibilità ad arbitri delle impugnative di nullità. Ed in tale direzione appare orientata anche una parte della giurisprudenza di merito (si vedano, fra le altre, Trib. Milano, 4 ottobre 2005, in *Giur. comm.*, 2006, II, 1128; Trib. Como, 29 settembre 2006, in *Soc.*, 2007, 1277; Trib. Napoli, 30 settembre 2006, in *Foro it.*, 2006, I, 2256; Trib. Verona, 7 novembre 2006, in *Giur. mer.*, 2008, 409; Trib. Belluno, 8 maggio 2008, in *Giur. mer.*, 2008, 2252).

Per converso, altra giurisprudenza resta ancorata all'indirizzo interpretativo precedente, secondo il quale le controversie inerenti a vizi tanto gravi da indurre la radicale nullità della deliberazione sarebbero riservate alla cognizione esclusiva dell'autorità giudiziaria, attenendo al corretto svolgimento dei rapporti societari e coinvolgendo interessi di carattere generale.

Ad avviso dell'Arbitro Unico, una risposta al dilemma sopra sintetizzato, positiva o negativa che sia, appare difficilmente formulabile in termini generali. In particolare, desta perplessità la tesi secondo la quale la categoria della nullità avrebbe perduto ogni significativa valenza nel vigente ordinamento societario, per cui il distinguere, ai fini della deferibilità ad arbitri, fra delibere nulle e delibere annullabili non avrebbe più ragion d'essere. Certamente, il fatto che sia stato previsto un termine generale di decadenza per l'esercizio dell'azione testimonia la tendenza dell'ordinamento a privilegiare la certezza dei rapporti giuridici rispetto al contrapposto di esigenza di rimuovere sempre e comunque gli atti affetti dai vizi più gravi; ma, ad avviso del decidente, non vale ancora ad assimilare la nullità alla semplice annullabilità.

Neppure sembra decisivo, poi, che con la riforma del diritto societario siano state introdotti dei casi di possibile sanatoria del vizio. Se è vero, infatti, che, in conseguenza di ciò risultano derogate ed attenuate alcune caratteristiche tipiche della tradizionale categoria civilistica della "nullità" (imprescrittibilità dell'azione ed insanabilità del vizio), è altrettanto vero che altri elementi connotativi della fattispecie restano pur sempre vigenti, primo fra tutti la legittimazione attiva di chiunque abbia interesse a far valere l'invalidità e, almeno secondo alcuni interpreti, la sua rilevanza d'ufficio da parte del giudice, il che testimonia la persistenza di situazioni qualitativamente diverse da quelle che comportano il semplice annullamento dell'atto su iniziativa di una ristretta cerchia di legittimati attivi.

Parimenti non decisivo è, ancora, il fatto che la legge consenta di paralizzare l'azione di nullità attraverso la sostituzione della delibera invalida con altra delibera esente da vizi, poiché ciò consente semplicemente di eliminare dal mondo giuridico un atto invalido per sostituirlo con un atto conforme a legge, privando l'impugnante di un corrispondente interesse ad agire.

Poco persuasivi, infine, appaiono gli argomenti tratti dalla lettera dell'art. 36 del d.lgs. N. 5/2003, in quanto il riferimento ivi contenuto all'arbitrabilità d'impugnative di deliberazioni "invalide" non consente d'inferire con certezza che tale arbitrabilità possa estendersi in termini indifferenziati a tutti i tipi d'invalidità, indipendentemente dalla disponibilità od indisponibilità dei diritti coinvolti, in aperta deroga a quanto ribadito dal precedente art. 34.

Ad avviso dell'Arbitro Unico, pertanto, l'unico criterio sul quale appare affidabile e corretto fondare una decisione sulla competenza o sull'incompetenza arbitrale resta tuttora ancorato all'art. 806 c.p.c., il cui contenuto si trova puntualmente confermato dal citato art. 34 del d.lgs. n. 5/2003. Occorre cioè stabilire, con riferimento ai singoli casi concretamente portati all'attenzione dell'arbitro, se la domanda abbia o non abbia ad oggetto diritti disponibili dalle parti.

A tal fine, tuttavia, non sembra appagante una meccanica equazione fra nullità ed indisponibilità, né tanto meno persuade l'idea che abbia a ritenersi indisponibile ogni diritto presidiato da norme imperative e non meramente dispositive. On appare seriamente contestabile, infatti, che la sanzione della nullità ben possa essere predisposta dall'ordinamento anche a protezione d'interessi privatistici, così come a protezione d'interessi privatistici possono essere dettate norme imperative di legge. L'imperatività di una disposizione non impedisce, di per sé, che il soggetto tutelato possa rinunciare ad avvalersene, né impedisce che la controversia relativa all'invalidità dell'atto possa venire convenzionalmente transata. È noto, del resto, che neppure la rilevabilità d'ufficio della nullità (peraltro dubbia nel caso di decisioni dei soci di s.r.l., atteso il mancato rinvio dell'art. 2479 ter all'art. 2379) opera illimitatamente, se è vero, come è vero, che essa è pur sempre circoscritta all'ambito delle domande azionate in giudizio dalle parti e non autorizza certo una pronuncia del giudice anche nel caso in cui la causa sia stata abbandonata o conciliata dai diretti interessati.

Detto questo in via generale e venendo a considerare il caso di specie, occorre sottolineare come la nullità della delibera 29 aprile 2008 sia stata dedotta in causa non già per ragioni attinenti al suo oggetto od al suo contenuto, ma per un vizio di natura strettamente procedimentale, vale a dire per essere mancata una valida convocazione della signora T. e, quindi, una sua qualsiasi informazione in merito al thema decidendum.

Ora, che siffatta causa d'invalidità, legata al diritto individuale del socio di partecipare all'assemblea e di esprimervi consapevolmente il voto, investa un diritto disponibile da parte del suo titolare non sembra revocabile in dubbio. Prova di ciò si desume dal fatto che l'impugnazione non può essere esperita, in virtù del rinvio dell'art. 2479 ter, ultimo comma all'art. 2379 bis c.c., allorché il socio, anche successivamente, abbia dichiarato il suo assenso allo svolgimento dell'assemblea, ratificandone le deliberazioni e così "sanando", come si esprime la rubrica della norma, l'intercorsa causa di nullità. Questa disposizione ben poco si concilia con l'idea che la sanzione sia posta a presidio d'interessi diversi da quelli del socio leso dalla mancata convocazione o dalla carenza d'informazione. Il che induce a ritenere che, in questo particolare caso, la controversia non investa diritti indisponibili e che, conseguentemente, nulla impedisca il suo deferimento alla cognizione arbitrale.

È ben vero che, nella fattispecie concreta, la deliberazione impugnata ha avuto ad oggetto l'approvazione del bilancio d'esercizio e che la prevalente giurisprudenza tende ad escludere che, in questo particolare tipo di delibere, possa essere derogata la competenza dell'autorità giudiziaria (da ultime Trib. Milano, 30 aprile 2008, in Giur. it., 2009, 1446; Trib. Bari, 21 giugno 2007, in Soc., 2008, 235). La ragione di questo condivisibile orientamento, tuttavia, muove dalla considerazione che il bilancio è una comunicazione sociale che si dirige non solamente ai soci, ma anche ai terzi creditori e, più in generale, a tutti coloro che hanno instaurato od intendano instaurare rapporti con la società, con una diretta ricaduta sul corretto andamento dei traffici giuridici e dello stesso sistema imprenditoriale. Le norme che regolano la redazione del bilancio, garantendo una rappresentazione chiara, corretta e veritiera della situazione patrimoniale e reddituale della società, vengono conseguentemente visualizzate come precetti imperativi posti a presidio d'interessi che travalicano quelli dei soci e che vengono ascritti alla sfera dei diritti indisponibili. Ciò, peraltro, viene in evidenza solo quando la nullità della delibera di approvazione del bilancio attenga alla violazione di quella particolare tipologia di norme, dando luogo ad una comunicazione sociale falsa o carente nel suo intrinseco contenuto e, quindi, illecita. Il medesimo ragionamento non si attaglia, invece, al caso in cui, come nella fattispecie di causa, la ragione d'invalidità non riguardi il contenuto del bilancio d'esercizio, ma investa soltanto il procedimento di formazione della volontà sociale. Qui non vengono in gioco interessi di terzi od interessi di ordine pubblico coinvolti dalla falsità del bilancio, ma solo interessi del singolo socio che lamenti di non aver potuto partecipare, per omessa convocazione od informazione, alla delibera di approvazione del documento.

Le superiori considerazioni inducono, in conclusione, a rigettare l'eccezione formulata dalla s.r.l. B. in merito alla supposta indeferibilità arbitrale della controversia e ad affermare, invece, la competenza dell'Arbitro Unico a pronunciarsi sul punto. – *Omissis*.

## VI.

*Omissis*. – 1.- La società ha eccepito l'inammissibilità della domanda, facendo leva sull'art. 37 del proprio statuto, che contempla una clausola compromissoria in virtù della quale «tutte le controversie aventi ad oggetto la validità, l'interpretazione e l'esecuzione del presente atto o comunque inerenti a diritti disponibili relativi al rapporto sociale, che dovessero insorgere tra soci, oppure tra soci e società, ivi espressamente comprese anche quelle aventi ad oggetto la validità delle assemblee e quelle promosse da amministratori, liquidatori e sindaci, ovvero nei loro confronti, saranno deferite al giudizio di un Collegio, composto di tre arbitri, amichevoli compositori, nominati dal Presidente del Tribunale nella cui circoscrizione ha sede la società... Il Collegio arbitrale giudicherà secondo equità, ovvero con lodo non impugnabile; giudicherà secondo diritto quando per decidere abbia conosciuto di questioni non compromettibili ovvero quando l'oggetto del giudizio sia costituito dalla validità di delibere assembleari. In tal caso la decisione del Collegio sarà impugnabile ...». Il tenore della clausola, pienamente rispondente alle prescrizioni degli artt. 34 e 35, D.Lgs. n. 5/2003, è generale, in quanto si estende a tutte le controversie sociali, escluse soltanto quelle concernenti diritti indisponibili non che quelle per le quali la legge preveda l'intervento obbligatorio del pubblico ministero.

2.- Uno dei tratti peculiari della legge delega di riforma concerneva la deferibilità agli arbitri delle «questioni non suscettibili di transazione» (art. 12, comma 3). L'art. 12, comma 3, L. n. 366/2001 all'uopo sancisce che «il governo può prevedere la possibilità che gli statuti delle società commerciali contengano clausole compromissorie, anche in deroga agli artt. 806 e 808 del codice di procedura

civile, per tutte o alcune controversie societarie di cui al comma 1». Probabilmente anche in ragione delle accese reazioni della dottrina, che paventava il contrasto con gli artt. 24, 25 e 102 Cost. della nuova fisionomia dell'arbitrato che si andava delineando, il legislatore delegato ha circoscritto l'area delle controversie arbitrabili, introducendo i limiti:

- a. - della disponibilità dei diritti (art. 34, comma 1, D.Lgs. n. 5/2003);
- b. - della loro inerenza al rapporto sociale (art. 34, comma 1);
- c. - della circostanza che non si tratti di controversia

nella quale la legge preveda come obbligatorio l'intervento del P.M. (art. 34, comma 5).

I tradizionali contrasti sull'identificazione dei limiti oggettivi dell'arbitrato in materia societaria sono quindi destinati a rinfocolarsi, in quanto immutato è rimasto il parametro della disponibilità dei diritti al quale la giurisprudenza ha sinora agganciato il discrimine tra ciò che è arbitrabile e ciò che non lo è (in termini, Trib. Lucca, ord., 11 gennaio 2005, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it); Trib. Modena, decr., 12 maggio 2004, in *Le Società*, 2004, 1270). Conferma il parametro il terzo comma dell'art. 35, che, consentendo agli arbitri, secondo l'opzione preferibile, di conoscere *incidenter tantum* di questioni concernenti diritti indisponibili in deroga dell'art. 819 c.p.c., implicitamente ribadisce che di tali questioni gli arbitri non possono conoscere *principaliter*.

3.- In questo contesto, almeno una delle prospettate ragioni d'invalidità della delibera, data dal presunto abuso di voto dei soci di maggioranza, diretto a pregiudicare la posizione di quelli di minoranza, esula *ictu oculi* dall'area dell'indisponibilità.

La giurisprudenza ha in più occasioni, anche in epoche risalenti, affermato l'invalidità della deliberazione di aumento del capitale nel caso in cui essa fosse preordinata all'unico scopo di ridurre la quota di partecipazione di un socio (Cass. 12 maggio 1951, n. 1177, in *Giur. it.*, 1951, I, 1, 535; 7 febbraio 1963, n. 193, in *Riv. dir. comm.*, 1964, II, 93; App. Milano 21 novembre 1961, in *Giur. it.*, 1963, I, 2, 222), costruendo l'abuso di voto come violazione del principio di esecuzione del contratto secondo buona fede. Ma sempre tale costruzione si è riflessa, sul piano delle categorie, come mera annullabilità (Cass. 26 ottobre 1995, n. 11151, in *Giur. comm.*, 1996, II, 329; Trib. Milano 19 novembre 2001, in *Giur. it.*, 2001, 1438; Trib. Milano 2 giugno 2000, in *Foro it.*, 2000, I, 2368; Trib. Piacenza 25 maggio 1992, in *Le Società*, 1992, 1115).

4.- Non a caso, dunque, gli attori, nel rintuzzare l'eccezione proposta dalla società, al fine di evidenziare che la domanda da loro proposta ha ad oggetto diritti indisponibili, puntano sulle altre censure e, segnatamente, sul fatto «... le deliberazioni aventi ad oggetto - o comunque quale presupposto - un bilancio in contrasto con il principio di chiarezza o di veridicità o correttezza in base al quale operare le conseguenti modificazioni del capitale sociale sono affette da nullità per illiceità del contenuto... Non diversamente, le regole che presiedono alle modalità - e soprattutto all'ordine - con cui è possibile utilizzare le riserve per procedere al ripianamento delle perdite ...» (con questi termini, in sintesi, la comparsa conclusionale degli attori, pag. 51).

Osserva sul punto il tribunale che la delibera di azzeramento delle perdite e di ricostituzione ed aumento del capitale è stata adottata in base ad un bilancio infrannuale, ossia ad un documento rappresentativo della situazione patrimoniale della società. Una tale relazione, se pure non necessariamente destinata a costituire un bilancio in senso tecnico, va comunque redatta nel pieno rispetto delle regole che il codice fissa in ordine ai criteri di valutazione delle poste di bilancio (in termini, Cass. 5 maggio 1995, n. 4923; App. Milano 19 settembre 2000, in *Giur. it.*, 2001, 1202); ma ciò è irrilevante ai fini di causa.

Secondo gli attori, la nullità della delibera di azzeramento e ricostituzione del capitale sociale deriverebbe anzitutto dalla nullità del bilancio al 31 dicembre 2008, sul quale la situazione patrimoniale del bilancio infrannuale è stata calibrata; e, a questo riguardo, gli stessi attori, al cospetto della richiesta della convenuta di sospensione dell'odierno giudizio sino alla definizione di quello concernente il bilancio al 2008, non escludono, anzi, ammettono la sussistenza «... fra le due controversie, (di) un rapporto di dipendenza logica...».

Il punto è, peraltro, che la delibera in esame ha ad oggetto l'azzeramento delle perdite e la ricostituzione del capitale sociale voluta dai soci in base ai dati forniti dalla situazione patrimoniale. Dunque, anche l'eventuale mancanza di veridicità e di chiarezza della situazione patrimoniale, già in astratto pare rientrare nel novero delle situazioni capaci d'incidere in maniera anomala sul processo di formazione della volontà, impedendo che volontà dichiarata e volontà c.d. ipotetica coincidano: in una parola, rientra nel novero delle situazioni che il legislatore tratta come vizi della volontà, causa di annullabilità e non di nullità della dichiarazione negoziale (vedi, per l'affermazione dell'annullabilità della delibera di azzeramento e ricostituzione del capitale adottata in base ad una situazione patrimoniale non aggiornata App. Cagliari 31 dicembre 2002, in *Foro it.*, Rep. 2004, voce *Società*, n. 1083; App. Cagliari 19 marzo 2002, in *Dir. fall.*, 2003, II, 460; per l'affermazione dell'annullabilità della delibera di azzeramento e ricostituzione del capitale sociale non preceduta, negli otto giorni precedenti l'assemblea, dal deposito presso la sede sociale della situazione patrimoniale della società (Cass. 5 maggio 1995, n. 4923, in *Giur. comm.*, 1996, II, 354; App. Milano 19 settembre 2000, in *Giur. it.*, 2001, 1202; Trib. Bologna 4 maggio 1998, in *Foro it.*, 1999, I, 1016). Pur non potendosi escludere, in astratto, che l'eventuale nullità della delibera di approvazione del bilancio al 31 dicembre 2008 si sia riverberata sulla sorte della successiva delibera di azzeramento delle perdite e ricostituzione del capitale, il riverbero si sarebbe tradotto nell'eventuale vizio del procedimento di formazione della volontà sociale, che ha poi avuto ad oggetto l'azzeramento delle perdite e la ricostituzione del capitale sociale (in termini, in un'ipotesi similare, Trib. Napoli 14 dicembre 2007, in *Foro it.*, 2008, I, 2352).

Si può anche escludere che la situazione patrimoniale ed i dati in essa contenuti siano idonei ad integrare la c.d. presupposizione, capace d'influire sulla causa della manifestazione di volontà. Ciò in quanto la presupposizione, secondo la ricostruzione più accreditata, deve avere carattere oggettivo, ma soprattutto, si deve tradurre, per inficiare la causa, nell'inesistenza, al momento dell'espressione della volontà, della situazione data per presupposta (vedi, per tutte, Cass. 24 marzo 1998, n. 3083, in *Giust. civ.*, 1998, I, 3161); là dove, nel caso in esame, la situazione patrimoniale ed i dati in essa contenuti hanno determinato, già nella prospettazione degli attori, non già l'inesistenza della situazione rappresentata, bensì la falsa rappresentazione della realtà.

5.- Non sembrano poi dirimenti, ai fini della qualificazione d'indisponibilità dei diritti oggetto della delibera impugnata, perché non più attuali, le osservazioni degli attori, svolte sia con riguardo alla censura sopra esaminata sub 4, sia con riferimento alla dedotta violazione delle regole che presiedono alle modalità ed all'ordine d'impiego delle riserve, secondo cui le violazioni in questione non possono che essere sanzionate da nullità per contrasto con norme imperative o ordine pubblico, in quanto poste a tutela dei terzi e dei creditori.

In effetti, la giurisprudenza antecedente alla riforma soleva affermare che la violazione delle regole dettate dagli artt. 2446 e 2447 c.c. in ordine alle modalità di riduzione del capitale per perdite superiori al terzo determina(va) la nullità della deliberazione assembleare avente ad oggetto l'azzeramento e la ricostituzione del capitale sociale (Cass. 2 aprile 2007, n. 8222, in *Foro it.*, 2007, I, 2737 e la

coeva Cass. 2 aprile 2007, n. 8221), in base, appunto, alla strumentalità degli artt. 2446 e 2447 c.c. alla tutela non solo dell'interesse dei soci, ma anche a quello dei terzi.

In realtà, non v'è controversia societaria che coinvolga soltanto gli interessi individuali dei singoli soci.

Di norma sono coinvolti, sia pure in diversa misura, più interessi, sovente antagonisti:

- quello della società alla stabilità delle proprie deliberazioni;
- quello del mercato alla certezza dei rapporti giuridici;
- quello dei singoli soci a non subire pregiudizio per l'illegalità delle deliberazioni sociali.

Ciò posto, non vi è alcuna ragione per ritenere che i diritti della società siano per loro natura indisponibili. Né sembra consentito considerarli di rango superiore rispetto a quelli del singolo socio o addirittura pubblici.

La riforma del 2003 ha valutato gli interessi ex ante ed ha dosato le sanzioni in relazione a tali valutazioni; la nullità è stata calibrata soltanto sulle ipotesi più gravi, in cui particolarmente netta è la preminenza degli interessi generali o della collettività dei soci.

Sembra inoltre incomprensibile il motivo per cui una delibera invalida che coinvolga anche interessi di terzi estranei alla società non possa essere impugnata dinanzi ad un collegio arbitrale per la natura dell'oggetto dedotto in giudizio. In questo caso, semmai, il problema è di garantire al terzo di partecipare al giudizio.

6.- Il punto è che, nel sistema delle invalidità delineato dalla riforma, la rinnovata figurazione delle nullità non consente più di ritenere, quasi meccanicamente, che le ipotesi di nullità identifichino tutte fattispecie in cui vengono in considerazione interessi indisponibili.

Ciò in quanto la fisionomia della nullità è stata sensibilmente ritoccata nei suoi tratti tipici e, segnatamente, nei tratti dell'inefficacia e dell'insanabilità, in guisa tale da introdurre, in luogo di un paradigma di nullità della delibera, più paradigmi, variamente disciplinati. Sono state infatti contemplate:

- ipotesi di nullità sanabili (ex art. 2379 bis c.c.);
- ipotesi di nullità insanabili, ma soggette, quanto all'impugnazione, al termine triennale decorrente dall'iscrizione o dal deposito della delibera nel registro delle imprese, se si tratti di delibere soggette ad iscrizione o a deposito, ovvero dalla trascrizione nel libro delle adunanze dell'assemblea, se le deliberazioni non siano soggette né ad iscrizione, né a deposito (art. 2379 c.c.);
- ipotesi di nullità insanabili ed imprescrittibili (art. 2379, comma 1, secondo nucleo normativo, c.c.).

Né può stupire o indurre dubbi di coerenza questa intensità variabile: la moderna dottrina civilistica concorda ormai nel concepire la categoria della nullità come semplice medio logico tra un antecedente ed una disciplina non sempre costante, in quanto mutevole in ragione delle esigenze sostanziali emergenti nel settore di volta in volta regolato.

Dunque, è forse eccessivo ritenere che alla partizione dell'invalidità nelle categorie dell'annullabilità e della nullità non corrisponda più la distinzione tra disponibilità ed indisponibilità degli interessi che le categorie sono chiamate a presidiare; sembra, però, che si debba oggi affermare che la persistente attualità della distinzione vada graduata trasversalmente sulla gravità delle ipotesi contemplate dal legislatore.

In altri termini, pare al collegio che soltanto le ipotesi di nullità costruite dal legislatore come assolutamente insanabili ed imprescrittibili salvaguardino, nella scala di valori graduata dal legislatore della riforma, interessi indisponibili.

L'indisponibilità è evidenziata dal fatto in questi casi, ossia nei casi di «deliberazioni che modificano l'oggetto sociale prevedendo attività illecite o impossibili», sia interdetta qualunque possibilità di sanatoria, esplicita o implicita, giacché esse «possono essere impugunate senza limiti di tempo» ed in ogni tempo «... l'invalidità può essere rilevata d'ufficio dal giudice».

Sembra che queste siano le uniche ipotesi che salvaguardino interessi indisponibili, in quanto non soltanto la sanabilità prevista da alcuni casi, ma anche il termine triennale previsto per l'impugnazione contemplato negli altri evidenziano che il legislatore ha lasciato prevalere l'esigenza di stabilità degli atti societari rispetto all'esigenza di tutelare sine die ed ogni costo gli interessi tutelati dai casi di nullità in questione: nel bilanciamento tra queste contrapposte esigenze, il legislatore ha lasciato alle parti la facoltà di lasciar sfumare, sino a renderle irrilevanti, le ragioni di nullità, o mediante fattispecie di sanatoria, o merco il mancato esercizio del potere d'impugnazione entro il termine triennale. E questa scelta sembra inequivocabile spia della natura disponibile e, in conseguenza, compromettibile in arbitri, degli interessi in questione.

In definitiva ed in sintesi, a giudizio del collegio soltanto le deliberazioni che modificano l'oggetto sociale prevedendo attività illecite o impossibili sembrano presidiare, nel rinnovato assetto della validità degli atti societari, interessi indisponibili, appunto perché il legislatore non ne consente disposizione. E soltanto queste deliberazioni sembrano, in conseguenza, non compromettibili in arbitri.

7.- Ed allora, anche l'ulteriore censura mossa dagli attori, che denunciavano la mancanza di cariche sociali del soggetto che ha convocato l'assemblea che ha poi adottato la delibera impugnata, non sembra destinata ad incidere sul giudizio di compromettibilità in arbitri della controversia in oggetto.

Pare al collegio maggiormente plausibile la tesi che ravvisa l'ipotesi della mancata convocazione dell'assemblea nel (solo) caso in cui vi sia stata la totale omissione di convocazione, la quale non abbia consentito di poter far ricorso agli strumenti di tutela predisposti (non a caso, la giurisprudenza antecedente alla riforma ravvisava in questi casi ipotesi d'inesistenza della delibera).

La convocazione non si può ritenere giuridicamente mancante, ma, in astratto, soltanto invalida, qualora, pur non provenendo dall'organo legittimato, essa sia idonea a consentire la partecipazione a tutti i titolari del diritto d'intervento, informandoli tanto della prefigurata celebrazione dell'assemblea, quanto della data stabilita. Ed infatti, la giurisprudenza di legittimità, sia pure con riguardo a fattispecie antecedente alla riforma, ha reputato annullabile e non nulla la deliberazione di un'assemblea di società a responsabilità limitata che, nell'inerzia dell'organo amministrativo, era stata convocata per iniziativa del solo presidente del collegio sindacale in mancanza di una delibera assunta da detto collegio (Cass. 17 gennaio 2007, n. 1034, in Foro it., 2007, I, 3501).

Parrebbe in linea con questa opzione anche Cass., sez. un., 7 marzo 2005, n. 4806 che, benché abbia riguardo ad un'impugnazione di delibera di assemblea condominiale, ha fatto leva in motivazione anche su argomenti tratti dalla nuova formulazione dell'art. 2379 c.c. per affermare l'annullabilità (in luogo della nullità) delle delibere con vizi relativi alla regolare costituzione dell'assemblea ovvero affette da irregolarità nel procedimento di convocazione.

Ad ogni modo, anche una diversa opzione, che, puntando sul terzo comma dell'art. 2379 c.c. (nella parte in cui prescrive che «ai fini di quanto previsto dal primo comma la convocazione non si considera mancante nel caso d'irregolarità dell'avviso, se questo proviene da un componente dell'organo dell'amministrazione o di controllo della società ed è idoneo a consentire a coloro che hanno diritto di intervenire di essere preventivamente avvertiti della convocazione e della data dell'assemblea»), ritenga mancante la convocazione qualora essa provenga da soggetto estraneo all'organo amministrativo o di controllo, non riuscirebbe ad incidere sull'esito della deci-

sione, in quanto la relativa invalidità rientrerebbe nel novero delle nullità sanabili in caso di inutile decorso del termine triennale senza impugnazione. – *Omissis*.

## VII.

*Omissis*. – Va altresì respinta l'eccezione di "improponibilità delle domande svolte da controparte per la sussistenza della clausola arbitrale: l'art. 34, D.Lgs n. 5/2003 dispone che «gli atti costitutivi delle società...possono, mediante clausole compromissorie, prevedere la devoluzione ad arbitri di alcune ovvero di tutte le controversie insorgenti tra i soci e la società che abbiano ad oggetto diritti disponibili relativi al rapporto sociale».

Il legislatore ha definito i limiti dell'arbitrato societario attraverso l'oggetto delle controversie arbitrabili, chiarendo che è precluso l'accesso allo strumento arbitrale nel caso in cui l'oggetto della controversia relativa al rapporto sociale riguardi diritti indisponibili.

Aggiunge al quinto comma dell'art. 34 che non possono essere oggetto di clausola compromissoria le controversie nelle quali la legge preveda la partecipazione obbligatoria del Pubblico Ministero, il che sembra intendere che, è precluso l'accesso allo strumento arbitrale anche nel caso in cui la controversia abbia per oggetto diritti disponibili ma in essa sia previsto l'intervento obbligatorio del P.M. (si pensi alla lite promossa ex art. 2409 c.c., o quella in cui si discuta della falsità di un documento). L'opzione legislativa - assunta anche nella nuova formulazione dell'art. 806 c.p.c. che in precedenza escludeva l'arbitrato per «le controversie che non possono essere oggetto di transazione» - sembra valorizzare l'aspetto sostanziale della controversia e quindi sottolineare che la compromettibilità in arbitri non può essere valutata alla luce della disponibilità del "diritto d'azione" (sempre ammessa per definizione) ma del diritto sostanziale che con l'azione si intende tutelare (è noto che nel vigore della normativa precedente una parte della giurisprudenza ipotizzava la compromettibilità di controversie aventi per oggetto diritti indisponibili in quanto il singolo, facendosi promotore dell'arbitrato, disporrebbe non del diritto ma dell'azione).

Distinti dunque i piani, sostanziale e processuale, e stabilito che la compromettibilità delle controversie si fonda sulla natura disponibile del diritto oggetto della controversia, si tratta di stabilire se la controversia in questione abbia ad oggetto «diritti disponibili relativi al rapporto sociale».

Quanto alla richiesta declaratoria di invalidità per omessa indicazione all'ordine del giorno dell'assemblea dell'art. 2482 bis c.c. nonostante la situazione patrimoniale depositata evidenziasse una perdita d'esercizio tale da determinare l'erosione del capitale sociale in misura superiore al terzo, si osserva che all'esito del contraddittorio l'attore deve ritenersi aver rinunciato a far valere siffatto profilo procedimentale d'invalidità della delibera impugnata: nella memoria conclusionale egli assume esclusivamente la nullità della delibera per «la violazione dei principi di chiarezza precisione verità che presiedono inderogabilmente alla redazione del bilancio» e neppure accenna più alla violazione per omessa indicazione all'ordine del giorno della menzione dell'art. 2482 bis c.c.; onde, sul punto, il Tribunale reputa non dover pronunciare per rinuncia della parte alla relativa allegazione di invalidità.

Quanto alla richiesta di declaratoria di nullità della delibera per «la violazione dei principi di chiarezza precisione verità che presiedono inderogabilmente alla redazione del bilancio» si osserva che:

– la conformità del bilancio alle norme che ne presiedono la redazione, costituisce un requisito del generale buon funzionamento dell'organizzazione societaria che, in quanto tale, trascende la sfera meramente individuale e soggettiva dei diritti del socio, ed investe interessi e aspettative di una ben più ampia gamma di soggetti, sino a identificarsi e a tradursi, perciò, in un principio di ordine pubblico – il fatto che il rispetto dell'obbligo di procedere ad una rappresentazione chiara, veritiera e corretta del risultato di esercizio investa anche il diritto dei terzi - ai quali il bilancio si indirizza istituzionalmente in ragione della obbligatoria pubblicità al quale il documento di bilancio è assoggettato - di riportare pieno affidamento sulla idoneità dell'informazione che da esso ricevono circa la situazione patrimoniale e finanziaria della società (a tutela per esempio di ragioni di credito o di intenti di investimento) dimostra che con riguardo alla sua violazione:

1. non può parlarsi di "diritto relativo al rapporto sociale" in quanto i terzi ai quali l'informazione bilancistica pure si rivolge sono estranei a tale rapporto;

2. non può parlarsi di "diritto disponibile" poiché le norme che vi presiedono non chiamano in causa un "diritto" del quale possa ritenersi titolare in via esclusiva il socio (diritto alla rappresentazione veritiera e corretta in funzione dell'esercizio dei diritti amministrativi e patrimoniali), né la società: le norme dirette a garantire veridicità chiarezza e precisione del bilancio, invero non sono predisposte in funzione della tutela del potere di autodeterminazione e di disposizione del privato (soci e/ o società) ma in vista della tutela di un interesse pubblico superindividuale, che intercetta quello singolare del socio ad avvalersi di una rappresentazione veritiera e corretta della situazione patrimoniale della società in funzione dell'esercizio dei suoi diritti amministrativi e patrimoniali, ma non si esaurisce in esso; per questa ragione il socio può rinunciare all'azione eventualmente proposta a fronte di una concreta violazione delle norme sul bilancio senza perciò intaccare l'interesse di altri soci o di terzi a far valere la stessa violazione, e senza far venire meno il carattere "indisponibile" dell'interesse protetto (è evidente che pur potendo rinunciare ad agire o a coltivare un'azione proposta non potrebbero transigere la controversia insorta avente ad oggetto la veridicità chiarezze o correttezza del bilancio nel senso di accordarsi con la società per una certo risultato di bilancio).

Sembra, dunque, consequenziale, ritenere che clausole compromissorie statutarie non possano riguardare le controversie sul bilancio poiché l'interesse protetto dalla legge alla corretta redazione del bilancio è un interesse pubblico, che in quanto tale non è nella disponibilità della società, né in quella del socio, con riferimento al quale non si traduce neppure in un diritto soggettivo: il singolo socio è infatti portatore di un interesse qualificato al rispetto delle norme sulla redazione del bilancio in vista dell'esercizio dei suoi diritti amministrativi e patrimoniali, e come tale può agire per ottenere la tutela che l'ordinamento predispone contro le deliberazioni aventi oggetto illecito - ovvero la declaratoria di nullità - come anche rinunciare ad agire, senza per questo disporre d'altro che del suo diritto d'azione, senza alcun pregiudizio dell'analogo diritto di altri e senza alcuna interferenza sulla natura indisponibile dell'interesse protetto.

In definitiva, pare al Tribunale, che l'eccezione proposta sia infondata stante il fatto che la controversia relativa alla validità della deliberazione assembleare che, in tesi, ha approvato un bilancio non conforme alle norme che presiedono alla sua redazione non ha per oggetto "diritti disponibili relativi al rapporto sociale". – *Omissis*.

## VIII.

*Omissis.* – 2.- Uno dei tratti peculiari della legge delega di riforma concerneva la deferibilità agli arbitri delle «questioni non suscettibili di transazione» (art. 12, comma 3). L'art. 12, comma 3, L. n. 366/2001 all'uopo sancisce che «il governo può prevedere la possibilità che gli statuti delle società commerciali contengano clausole compromissorie, anche in deroga agli artt. 806 e 808 del codice di procedura civile, per tutte o alcune controversie societarie di cui al comma 1». Probabilmente anche in ragione delle accese reazioni della dottrina, che paventava il contrasto con gli artt. 24, 25 e 102 Cost. della nuova fisionomia dell'arbitrato che si andava delineando, il legislatore delegato ha circoscritto l'area delle controversie arbitrabili, introducendo i limiti:

- a. - della disponibilità dei diritti (art. 34, comma 1, D.Lgs. n. 5/2003);
- b. - della loro inerenza al rapporto sociale (art. 34, comma 1);
- c. - della circostanza che non si tratti di controversia

nella quale la legge preveda come obbligatorio l'intervento del P.M. (art. 34, comma 5).

I tradizionali contrasti sull'identificazione dei limiti oggettivi dell'arbitrato in materia societaria sono quindi destinati a rinfocolarsi, in quanto immutato è rimasto il parametro della disponibilità dei diritti al quale la giurisprudenza ha sinora agganciato il discrimine tra ciò che è arbitrabile e ciò che non lo è (in termini, Trib. Lucca, ord., 11 gennaio 2005, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it); Trib. Modena, decr., 12 maggio 2004, in *Le Società*, 2004, 1270). Conferma il parametro il terzo comma dell'art. 35, che, consentendo agli arbitri, secondo l'opzione preferibile, di conoscere *incidenter tantum* di questioni concernenti diritti indisponibili in deroga dell'art. 819 c.p.c., implicitamente ribadisce che di tali questioni gli arbitri non possano conoscere *principaliter*.

3.- Solitamente si ragguaglia l'indisponibilità degli interessi regolati alla sanzione di nullità della delibera viziata, in base al rilievo che la nullità sanziona illegittimità destinate a esplicarsi oltre che nei confronti della società, altresì nei confronti dei soci e dei terzi. In realtà, non v'è controversia societaria che coinvolga soltanto gli interessi individuali dei soci. Di norma sono coinvolti, sia pure in diversa misura, più interessi, sovente antagonisti:

Di norma sono coinvolti, sia pure in diversa misura, più interessi, sovente antagonisti:

- quello della società alla stabilità delle proprie deliberazioni;
- quello del mercato alla certezza dei rapporti giuridici;
- quello dei singoli soci a non subire pregiudizio per l'illegalità delle deliberazioni sociali.

Ciò posto, non vi è alcuna ragione per ritenere che i diritti della società siano per loro natura indisponibili. Né sembra consentito considerarli di rango superiore rispetto a quelli del singolo socio o addirittura pubblici.

La riforma del 2003 ha valutato gli interessi ex ante ed ha dosato le sanzioni in relazione a tali valutazioni; la nullità è stata calibrata soltanto sulle ipotesi più gravi, in cui particolarmente netta è la preminenza degli interessi generali o della collettività dei soci.

Sembra inoltre incomprensibile il motivo per cui una delibera invalida che coinvolga anche interessi di terzi estranei alla società non possa essere impugnata dinanzi ad un collegio arbitrale per la natura dell'oggetto dedotto in giudizio. In questo caso, semmai, il problema è di garantire al terzo di partecipare al giudizio.

6.- Il punto è che, nel sistema delle invalidità delineato dalla riforma, la rinnovata figurazione delle nullità non consente più di ritenere, quasi meccanicamente, che le ipotesi di nullità identifichino tutte fattispecie in cui vengono in considerazione interessi indisponibili.

Ciò in quanto la fisionomia della nullità è stata sensibilmente ritoccata nei suoi tratti tipici e, segnatamente, nei tratti dell'inefficacia e dell'insanabilità, in guisa tale da introdurre, in luogo di un paradigma di nullità della delibera, più paradigmi, variamente disciplinati. Sono state infatti contemplate:

- ipotesi di nullità sanabili (ex art. 2379 bis c.c.);
- ipotesi di nullità insanabili, ma soggette, quanto all'impugnazione, al termine triennale decorrente dall'iscrizione o dal deposito della delibera nel registro delle imprese, se si tratti di delibere soggette ad iscrizione o a deposito, ovvero dalla trascrizione nel libro delle adunanze dell'assemblea, se le deliberazioni non siano soggette né ad iscrizione, né a deposito (art. 2379 c.c.);
- ipotesi di nullità insanabili ed imprescrittibili (art. 2379, comma 1, secondo nucleo normativo, c.c.).

Né può stupire o indurre dubbi di coerenza questa intensità variabile: la moderna dottrina civilistica concorda ormai nel concepire la categoria della nullità come semplice medio logico tra un antecedente ed una disciplina non sempre costante, in quanto mutevole in ragione delle esigenze sostanziali emergenti nel settore di volta in volta regolato.

Dunque, è forse eccessivo ritenere che alla partizione dell'invalidità nelle categorie dell'annullabilità e della nullità non corrisponda più la distinzione tra disponibilità ed indisponibilità degli interessi che le categorie sono chiamate a presidiare; sembra, però, che si debba oggi affermare che la persistente attualità della distinzione vada graduata trasversalmente sulla gravità delle ipotesi contemplate dal legislatore.

In altri termini, pare al collegio che soltanto le ipotesi di nullità costruite dal legislatore come assolutamente insanabili ed imprescrittibili salvaguardino, nella scala di valori graduata dal legislatore della riforma, interessi indisponibili.

L'indisponibilità è evidenziata dal fatto in questi casi, ossia nei casi di «deliberazioni che modificano l'oggetto sociale prevedendo attività illecite o impossibili», sia interdetta qualunque possibilità di sanatoria, esplicita o implicita, giacché esse «possono essere impugunate senza limiti di tempo» ed in ogni tempo «... l'invalidità può essere rilevata d'ufficio dal giudice».

Sembra che queste siano le uniche ipotesi che salvaguardino interessi indisponibili, in quanto non soltanto la sanabilità prevista da alcuni casi, ma anche il termine triennale previsto per l'impugnazione contemplato negli altri evidenziano che il legislatore ha lasciato prevalere l'esigenza di stabilità degli atti societari rispetto all'esigenza di tutelare sine die ed ogni costo gli interessi tutelati dai casi di nullità in questione: nel bilanciamento tra queste contrapposte esigenze, il legislatore ha lasciato alle parti la facoltà di lasciar sfumare, sino a renderle irrilevanti, le ragioni di nullità, o mediante fattispecie di sanatoria, o merco il mancato esercizio del potere d'impugnazione entro il termine triennale. E questa scelta sembra inequivocabile spia della natura disponibile e, in conseguenza, compromettibile in arbitri, degli interessi in questione.

In definitiva ed in sintesi, a giudizio del collegio soltanto le deliberazioni che modificano l'oggetto sociale prevedendo attività illecite o impossibili sembrano presidiare, nel rinnovato assetto della validità degli atti societari, interessi indisponibili, appunto perché il legislatore non ne consente disposizione. E soltanto queste deliberazioni sembrano, in conseguenza, non compromettibili in arbitri.

Intatto è quest'impugnazione sistematica anche con riferimento alla disciplina dell'invalidità delle decisioni dei soci nelle s.r.l. (ex art. 2479 ter c.c.), sia pure con alcune deviazioni rispetto alla corrispondente disciplina della s.p.a.

La disposizione che qui interessa, in considerazione della censura proposta dal ricorrente, è contemplata dal 3° comma dell'art. 2479 ter che fissa l'impugnabilità delle decisioni "prese in assoluta carenza di informazione" entro tre anni dalla loro trascrizione, in rapporto alla norma corrispondente del 1° comma dell'art. 2379 c.c., che prevede la nullità delle decisioni di s.p.a. nei due casi della "mancata convocazione dell'assemblea" e della "mancanza del verbale".

La lettura più convincente reputa che il riferimento alla "assoluta assenza di informazione" sia collegato all'introduzione delle tecniche deliberative di tipo non assembleare, prive sia della riunione, sia della convocazione. La nullità per assenza di informazione sarebbe pertanto il *pendant* nel sistema dell'invalidità della norma, che stabilisce il diritto inderogabile di partecipazione dei soci alle decisioni scritte (ex art. 2479, 5° co., c.c.). Ed in tal senso avrebbe la finalità di comprendere, come causa di nullità sia la mancata convocazione nelle deliberazioni assembleari, sia il mancato rispetto del diritto di partecipazione nelle decisioni scritte, accomunate appunto dal fatto che alcuni soci non hanno avuto informazione alcuna del procedimento deliberativo in corso.

8. – Va dunque escluso che le delibere impugnate esulino dall'ambito dell'arbitrabilità.

*Ad abundantiam*, con riferimento ai vizi denunciati, pare al Collegio maggiormente plausibile la tesi che ravvisa l'ipotesi della mancata convocazione dell'assemblea nel (solo) caso i cui vi sia stata la totale omissione di convocazione, la quale non abbia consentito di poter far ricorso agli strumenti di tutela predisposti (non a caso la giurisprudenza antecedente alla riforma ravvisava in questi casi ipotesi di inesistenza della delibera).

Parrebbe in linea con questa opzione anche Cass., sez. un., 7 marzo 2005, n. 4806 che, benché abbia riguardo ad un'impugnazione di delibera di assemblea condominiale, ha fatto leva in motivazione anche su argomenti tratti dalla nuova formulazione dell'art. 2379 c.c. per affermare l'annullabilità (in luogo della nullità) delle delibere con vizi relativi alla regolare costituzione dell'assemblea ovvero affette da irregolarità nel procedimento di convocazione.

Ad ogni modo, anche una diversa opzione, che, puntando sul terzo comma dell'art. 2379 c.c. (nella parte in cui prescrive che «ai fini di quanto previsto dal primo comma la convocazione non si considera mancante nel caso d'irregolarità dell'avviso, se questo proviene da un componente dell'organo dell'amministrazione o di controllo della società ed è idoneo a consentire a coloro che hanno diritto di intervenire di essere preventivamente avvertiti della convocazione e della data dell'assemblea»), ritenga mancante la convocazione qualora essa provenga da soggetto estraneo all'organo amministrativo o di controllo, non riuscirebbe ad incidere sull'esito della decisione, in quanto la relativa invalidità rientrerebbe nel novero delle nullità sanabili in caso di inutile decorso del termine triennale senza impugnazione.

9.- A maggior ragione queste conclusioni valgono in relazione all'altra censura mossa, concernente la circostanza che l'istante sarebbe stato rappresentato da un socio nonché, ancora, con riferimento alle doglianze riguardanti la dedotta mancanza della comunicazione contemplata dall'art. 2481 bis c.c. – *Omissis*.

## IX.

*Omissis*. – Il giudice istruttore decideva pertanto di rimettere la causa al collegio per la decisione sulla questione relativa alla competenza arbitrale. Parte attrice contesta l'eccezione di competenza arbitrale sostenendo che fra le materie non compromettibili, dunque di non operatività della clausola, rientrano quelle di nullità e che tale debba intendersi la questione relativa alla delibera che approva il bilancio.

In realtà l'articolo 34 del decreto legislativo 5 del 2003 non si riferisce affatto al tipo di vizio fatto valere, stabilendo soltanto che sono compromettibili le controversie che "abbiano ad oggetto diritti disponibili relativi al rapporto sociale".

Vale la pena a questo punto di ricordare come l'articolo 36 del medesimo decreto legislativo stabilisca che gli arbitri debbano decidere secondo diritto in ogni caso, il che elimina qualsiasi dubbio circa atto che anche in presenza di norme imperative, quali sono quelle sulla nullità, la decisione arbitrale possa portare ad una disapplicazione del diritto, perché il giudizio secondo equità, come si è ora detto, è escluso.

Ciò si dice a prescindere dal fatto che nel caso di specie sia fatto valere principalmente un vizio procedurale e cioè la mancata visione del bilancio, laddove visionare il bilancio prima della assemblea cui è sottoposto è una facoltà e non un dovere del socio e dunque deve ritenersi ricompresa sicuramente fra i diritti disponibili.

Tutti i vizi di informazione sono poi sicuramente disponibili, atteso che il socio può essere o dichiararsi sufficientemente edotto a deliberare, anche quando la informazione non gli sia stata correttamente fornita dal documento.

Logicamente diverso discorso vale per i vizi di chiarezza e precisione, i quali tuttavia sono fatti valere nel caso di specie in maniera perplessa e generica, con rinvio ad una perizia da espletarsi nel giudizio perizia che l'attore richiede, per la maggiore specificazione, cosa oltre a tutto inammissibile, perché l'atto di citazione deve enunciare in maniera completa i vizi fatti valere.

Anche la giurisprudenza a sezione unite citata dalla parte attrice - la decisione 21 febbraio 2000 numero 27 - nel momento in cui tratta di illiceità della delibera, nulla aggiunge quanto al diverso parametro introdotto dalla normativa del 2003, vale a dire la disponibilità del diritto.

Il parametro della liceità poteva valere, al più, prima della riforma del 2006, quando è stato introdotto il nuovo testo dell'art. 806 c.p.c., che prevede il parametro della disponibilità.

Non va confuso il piano della tutela del diritto indisponibile e della inderogabilità della norma con quello della transigibilità, che, in forza dell'art. 806 c.p.c. previgente condizionava la compromettibilità anche prescindendo dal mutamento avvenuto nel 2006, l'art. 1966 c.p.c. c. 2 delimita comunque la transabilità ai diritti sottratti alla disponibilità delle parti, quali ad esempio la paternità o le questioni di stato, mentre il voto è per sua natura disponibile e le determinazioni sul bilancio hanno spazi di discrezionalità lecita in verità assai ampi, fra questi sicuramente quello qui invocato sulla destinazione dell'utile e emolumento amministratori. Ne segue che la equazione delibera di "impugnazione di bilancio=mai compromettibile" è una equazione falsa.

Né può invocarsi - oggi a maggior ragione visto il mutato testo dell'art. 806 c.p.c. - la disposizione dell'art. 1972 c.c. che colpisce le transazioni su un contratto illecito: tale disposizione infatti applicabile in materia contrattuale, al fine di impedire che attraverso la transazione si consolidi un patto illecito, mentre nel caso di specie, della delibera sul bilancio, è sempre possibile la autonoma impu-

gnazione dei terzi. Con la impugnazione - o la non impugnazione - il socio dispone non già della disciplina inderogabile, ma del suo personale interesse alla osservanza di questa, con il che, secondo quanto già affermato da pronunce di questo Tribunale nel 2000, viene a cadere qualsiasi automatismo fra la decisione sul bilancio e la non compromettibilità.

Ciò tanto più laddove si consideri che l'art. 36 del d. lg. 5/2003 stabilisce che la decisione sia impugnabile "anche a norma dell'art. 829 c.p.c." quando abbia conosciuto incidentalmente di questioni non compromettibili, il che significa che l'arbitrato non è escluso dalla sola presenza di questioni non compromettibili ed implicitamente ammette una cognizione ampliata a queste questioni incidentali.

Si deve poi osservare come oggetto della azione sia una delibera, che è atto di per sé soggetto alla volontà delle parti, dunque disponibile, se è vero, come è vero, che i soci possono approvare o non approvare il bilancio loro sottoposto e nel bilancio, come nella sua approvazione, si uniscono aspetti necessitati secondo legge ed aspetti lasciati alla volontà delle parti, quali ad esempio la rapidità degli ammortamenti, gli accantonamenti, entro certi limiti anche la valutazione degli assets e delle riserve, la destinazione degli utili.

Vi sono in altre parole nel bilancio degli spazi di discrezionalità che rappresentano altrettanti aspetti disponibili.

Risulta pertanto non condivisibile l'affermazione che solo perché vi siano taluni principi inderogabili posti in materia di bilancio qualsiasi delibera che di questo tratti sia esclusa dal novero di quelle compromettibili. È d'altronde la stessa Cassazione nella sentenza 23 febbraio 2005 numero 3772 che, nel nuovo regime, afferma come "l'area dell'indisponibilità sia più ristretta di quella degli interessi genericamente superindividuali", con il che non risulta sufficiente, per escludere la compromettibilità in arbitri, riconoscere - come dovuto - al bilancio una funzione di tutela della collettività, per la sicurezza dei traffici ovvero per la certezza della garanzia patrimoniale della società debitrice. Per altro quella sentenza riguardava materia diversa dal bilancio, che viene toccato solo quale obiter dictum (la Corte aveva confermato la sentenza impugnata che aveva ritenuto compromettibile una controversia nella quale, attraverso l'impugnazione di una delibera di un Consorzio di imprese, un'impresa consorziata aveva chiesto il pagamento di un conguaglio commisurato all'ammontare dei lavori assegnati alle singole imprese che partecipavano al Consorzio stesso. In motivazione, la Corte ha affermato che gli effetti della delibera impugnata sul bilancio del Consorzio erano soltanto indiretti, in quanto non coinvolgevano direttamente l'applicazione delle norme inderogabili che devono essere osservate nella redazione dei bilanci). Deve rilevarsi peraltro come nella novellata disciplina qualsiasi violazione societaria, anche quando abbia per conseguenza la nullità della delibera, sia passibile di consolidazione o sanatoria, col decorso di tre anni senza che venga proposta impugnazione, eccettuate soltanto le delibere che modifichino l'oggetto sociale prevedendo attività illecite o impossibili (un'ipotesi quasi di scuola, cfr. art. 2379 c. 1 - 2479 ter c. 3) e come dunque anche le delibere che violino il principio di chiarezza e precisione nel bilancio siano sostanzialmente sanate dal decorso dei tre anni dalla iscrizione. Se dunque i soci limitandosi a non agire in giudizio possono ottenere - sempre che nessun altro impugni - una sorta di definitività del bilancio in ipotesi illegittimo, come del resto possono approvarlo, non pare potersi affermare che la materia sia di per sé indisponibile. Ciò fermo restando il diritto dei terzi alla impugnativa, quando si tratti di nullità; ma è chiaro che il giudizio arbitrale promosso da un socio per la nullità della delibera non pregiudica il diritto del terzo, che non ne è parte, a proporre la medesima impugnazione. Milita in ogni caso a favore della compromettibilità anche il mutato inquadramento legislativo dell'arbitrato che non è più una alternativa "privata" di soluzione delle liti, ma può essere configurato come un sistema processuale alternativo: e in tal senso va considerata la (pur nominalistica) indicazione in tema di "competenza degli arbitri" di cui all'art. 819ter c.p.c. e all'art. 817 c.p.c., nonché la più rilevante previsione (sempre contenuta nell'art. 819 ter c.p.c.) per la quale la sentenza del giudice che afferma la competenza dell'arbitro è impugnabile con regolamento di competenza, indicando così che si tratta di due sistemi processuali tra di loro contigui e non di rimedio "privato" contrapposto al rimedio pubblico tradizionale.

Nello stesso senso, di un diverso contenuto della disciplina arbitrale introdotta dal legislatore del 2006, va poi considerata la decisione secondo diritto, già ricordata, introdotta dal dlgs n.5 del2003. Questi mutamenti, con il già ricordato mutamento dell'art. 806 c.p.c., attenuano il legame fra arbitrato e transazione, affievolendo il carattere di decisione privata, secondo canoni non statali, dell'arbitrato, per cui oggi sicuramente meno di ieri compromettere in arbitri può significare transigere.

In relazione dunque ai vizi qui fatti valere, in particolare a quelli relativi alla conoscenza degli atti prima della assemblea e alla delibera sui compensi degli amministratori, deve riconoscersi che si tratta di questioni disponibili, la cui decisione può essere devoluta agli arbitri, non riguardando sicuramente aspetti di verità o precisione o chiarezza.

Quanto alle questioni circa il modo di esporre le grandezze economiche riportate dal bilancio ed in particolare il dettaglio dovuto o pretese incongruenze o inverosimiglianze, a parte la formulazione perplessa delle doglianze ("vi sono infine alcune poste del bilancio, invero del tutto incongrue, che inducono l'esponente a dubitare della loro verosimiglianza"), si deve riconoscere che il giudizio arbitrale non riguarda il generale obbligo di redazione del bilancio secondo il canone di verità, bensì la sola posizione del socio in ordine alla approvazione di quella delibera, in definitiva concernendo dunque il diritto del socio a non essere soggetto agli effetti della approvazione di un documento contabile incidente sulla configurazione della sua partecipazione sociale, id est riguardante un suo diritto patrimoniale, come tale per definizione disponibile.

In definitiva la eccezione preliminare è fondata e va dichiarata la incompetenza del Tribunale. – *Omissis*.

## X.

*Omissis*. – L'articolo 34 del decreto legislativo 5 del 2003 non si riferisce affatto al tipo di vizio fatto valere, stabilendo soltanto che sono compromettibili le controversie che "abbiano ad oggetto diritti disponibili relativi al rapporto sociale".

Giova ricordare come l'articolo 36 del medesimo decreto legislativo stabilisce che gli arbitri debbano decidere secondo diritto in ogni caso con lodo impugnabile, e non secondo equità, ove debbano pronunciarsi sulla validità di delibere assembleari, scongiurando così il pericolo che con il ricorso alla giustizia arbitrale, pur in presenza di norme imperative, quali sono quelle sulla nullità, la decisione arbitrale possa portare ad una disapplicazione del diritto al fine di ricomporre gli interessi delle parti in contesa.

Nel campo societario l'opzione arbitrale è da ritenersi ormai completamente "giurisdizionalizzata" se inserita in una clausola statutaria (come nel caso di specie, proprio perché l'arbitrato amministrato da un arbitro non nominato dalle parti, come regolato dal d.lgs. 5/2003, a parere di questo tribunale, costituisce l'unico modello arbitrale applicabile).

Detto modello di arbitrato è dunque certamente percorribile nel caso in cui sia fatto valere principalmente un vizio procedurale, come la mancata visione del progetto di bilancio prima della assemblea, essendo questa una facoltà e non un dovere del socio e dunque de-

ve ritenersi ricompresa sicuramente fra i diritti disponibili. Tutti i vizi di informazione sono poi sicuramente disponibili, atteso che il socio può essere o dichiararsi sufficientemente edotto a deliberare, anche quando la informazione non gli sia stata correttamente fornita dal documento. Mentre un approccio più problematico vale per i vizi di chiarezza e precisione, che concernono l'applicazione di norme inderogabili che, ove violate, determinano la nullità della delibera di approvazione.

La giurisprudenza della Corte di Cassazione a sezione unite - la decisione 21 febbraio 2000 numero 27 - nel momento in cui tratta di illiceità della delibera, nulla aggiunge quanto al diverso parametro introdotto dalla normativa del 2003, vale a dire la disponibilità del diritto. Il parametro della liceità poteva valere, al più, prima della riforma del codice di procedura civile del 2006, quando nell'art. 806 c.p.c. si indicava il parametro della transigibilità dei diritti anziché quello della disponibilità dei diritti, come indicato nella nuova versione oggi in vigore.

A parere di questo tribunale, ai fini che ci occupano, il piano della tutela del diritto indisponibile e della inderogabilità della norma non può in ogni caso essere confuso con quello della transigibilità che, in forza dell'art. 806 c.p.c. previgente determinava l'area di compromettibilità ed era suscettibile di un'interpretazione più restrittiva dell'ambito di operatività della clausola compromissoria. L'art. 1966 c.p.c. c. 2 delimita infatti l'area di transigibilità escludendovi i diritti sottratti alla disponibilità delle parti, tra essendo solo quelli inerenti, ad esempio, alla paternità o alle questioni di stato, mentre è incontestato che l'espressione del voto da parte del socio è per sua natura disponibile e che le determinazioni illecite sul bilancio hanno spazi di sopravvivenza una volta decorso il termine per l'impugnativa del bilancio. Ne segue che oggi l'equazione "delibera di impugnazione di bilancio = mai compromettibile" si rivela concettualmente non più automatica come invece si riteneva una volta.

Né può invocarsi - visto il mutato testo dell'art. 806 c.p.c. - che la disposizione dell'art. 1972 c.c. che colpisce le transazioni su un contratto illecito possa valere per l'arbitrato amministrato di cui sopra: tale disposizione infatti è senza dubbio valida in materia contrattuale, soprattutto allorché le parti in contesa ricorrono a un arbitrato di diritto comune, al fine di impedire che attraverso la transazione si consolidi un patto illecito, mentre nel caso di specie, nell'arbitrato forzatamente amministrato e regolato dal rito societario, la decisione andrà a fondarsi sul diritto e sarà sempre possibile la autonoma impugnazione delle parti o dei terzi. Con la impugnazione - o la non impugnazione - il socio dispone non già della disciplina inderogabile, ma del suo personale interesse alla osservanza di questa, con il che, secondo quanto già affermato da pronunce di questo Tribunale nel 2000, rimaste isolate per effetto del permanere di una visione contrattualistica dell'arbitrato, in questo diverso contesto di tutela, re melior perpensa, viene a cadere qualsiasi ragione per mantenere un automatismo logico fra la decisione sul bilancio e la non compromettibilità dei relativi diritti in contesa. Si consideri, per inciso, che l'art. 36 del d. l. n. 5 /2003 stabilisce che la decisione sia impugnabile "anche a norma dell'art. 829 c.p.c." quando abbia conosciuto incidentalmente di questioni non compromettibili, il che significa che l'arbitrato non è escluso dalla sola presenza di questioni non compromettibili ed implicitamente ammette una cognizione ampliata a queste questioni incidentali.

Si deve poi osservare come oggetto della azione sia una delibera, che è atto di per sé soggetto alla volontà delle parti, dunque disponibile, se è vero, come è vero, che i soci possono approvare o non approvare il bilancio loro sottoposto e nel bilancio, come nella sua approvazione, si uniscono aspetti necessitati secondo legge ed aspetti lasciati alla volontà delle parti, quali ad esempio la rapidità degli ammortamenti, gli accantonamenti, entro certi limiti anche la valutazione degli assets e delle riserve, la destinazione degli utili. Vi sono in altre parole nel bilancio degli spazi di discrezionalità che rappresentano altrettanti aspetti disponibili.

Risulta pertanto non condivisibile l'affermazione che solo perché vi sono taluni principi inderogabili posti dalle norme in materia di bilancio qualsiasi delibera che di questo tratti sia esclusa dal novero dei diritti disponibili.

È d'altronde la stessa Cassazione nella sentenza 23 febbraio 2005 numero 3772 che, nel nuovo regime, afferma come "l'area dell'indisponibilità sia più ristretta di quella degli interessi genericamente superindividuali", con il che non risulta sufficiente, per escludere la compromettibilità in arbitri, riconoscere - come dovuto - al bilancio una funzione di tutela della collettività, per la sicurezza dei traffici ovvero per la certezza della garanzia patrimoniale della società debitrice. Per altro quella sentenza riguardava materia diversa dal bilancio, che viene toccato solo quale obiter dictum.

Riassumendo i ragionamenti sopra tratteggiati per la soluzione del caso di specie, deve sottolinearsi come il mutamento di orientamento giurisprudenziale oggi proposto si giustifica alla luce della novellata disciplina societaria ove qualsiasi violazione delle norme, anche quando abbia per conseguenza la nullità della delibera, sia passibile di consolidazione o sanatoria, col decorso di tre anni senza che venga proposta impugnazione, eccettuate soltanto le delibere che modificano l'oggetto sociale prevedendo attività illecite o impossibili (un'ipotesi quasi di scuola, cfr. art. 2379 c. 1 - 2479 ter c. 3) e come dunque anche le delibere che violino il principio di chiarezza e precisione nel bilancio siano sostanzialmente sanate dal decorso dei tre anni dalla iscrizione.

Se dunque i soci limitandosi a non agire in giudizio possono ottenere - sempre che nessun altro impugni - una sorta di definitività del bilancio in ipotesi illegittimo, come del resto possono approvarlo, non pare potersi affermare che la materia sia di per sé indisponibile.

Milita in ogni caso a favore della compromettibilità anche il mutato inquadramento legislativo dell'arbitrato comune che, secondo un orientamento condiviso da questo tribunale, non è più un'alternativa "privata" di componimento di interessi e diritti disponibili, ma si configura come un sistema processuale alternativo di composizione delle liti: e in tal senso va considerata la (pur nominalistica) indicazione in tema di "competenza degli arbitri" di cui all'art. 819ter c.p.c. e all'art. 817 c.p.c., nonché la più rilevante previsione (sempre contenuta nell'art. 819 ter c.p.c.) per la quale la sentenza del giudice che afferma la competenza dell'arbitro è impugnabile con regolamento di competenza, indicando così che si tratta di due sistemi processuali tra di loro contigui e non di rimedio "privato" contrapposto al rimedio pubblico tradizionale e giurisdizionale.

Nello stesso senso, di un diverso contenuto della disciplina arbitrale introdotta dal legislatore del 2006, va poi considerata la decisione secondo diritto, già ricordata, introdotta dal dlgs n.5 del 2003. Anche questi mutamenti, con il già ricordato mutamento dell'art. 806 c.p.c., cancellano il legame fra arbitrato e transazione, affievolendo il carattere di decisione privata, secondo canoni non statali, dell'arbitrato, per cui oggi sicuramente meno di ieri compromettere in arbitri può significare transigere.

In relazione dunque ai vizi qui fatti valere, in particolare a quelli relativi alla conoscenza degli atti prima della assemblea e alla delibera sui compensi degli amministratori, deve riconoscersi che si tratta di questioni disponibili, la cui decisione può essere devoluta agli arbitri, non riguardando sicuramente aspetti di verità o precisione o chiarezza.

Quanto alle questioni circa il modo di esporre le grandezze economiche riportate dal bilancio secondo le direttive normative (art. 2423 c.c. e seg.) ed in particolare il dettaglio dovuto o pretese incongruenze o inverosimiglianze, mettendo da parte ogni possibile rilievo sulla formulazione generica e vaga delle doglianze formulate dall'attore in merito a operazioni risalenti al bilancio chiuso al 2005, si deve riconoscere che il giudizio arbitrale non riguarda il generale obbligo di redazione del bilancio secondo il canone di veri-

tà, bensì la sola posizione del socio in ordine alla approvazione di quella delibera, in definitiva concernendo dunque il diritto del socio a non essere soggetto agli effetti della approvazione di un documento contabile incidente sulla configurazione della sua partecipazione sociale, id est riguardante un suo diritto patrimoniale, come tale per definizione disponibile. In definitiva la eccezione preliminare è fondata e va dichiarata la incompetenza del Tribunale. – *Omissis*.

## XI.

*Omissis*. – Con il primo motivo di ricorso si deduce la improponibilità del ricorso al giudice in materia societaria, in presenza di clausola arbitrale nel contratto sociale stipulato fra due soci, dei quali l'accomandatario abbia anche procura ad negotia del coniuge accomandante, con conseguente violazione dell'art. 806 c.p.c.. La deduzione del vizio viene proposta dal ricorrente ex art. 360 c.p.c., nn. 3 e 5.

Il ricorrente formula il seguente quesito con riferimento all'art. 366 bis c.p.c.: il principio fatto proprio da alcune massime della S.C. e da parte della Dottrina, secondo cui tutte le controversie ex artt. 2259, 2315 e 2293 cod. civ. non sono compromettibili in arbitri ex art. 806 c.p.c. non può essere ritenuto di portata generale, facendovi eccezione particolari controversie, quali quelle fra coniugi-soci in società personali, ove la compromettibilità trova la sua ragione in esigenze di riservatezza e di celerità nella soluzione dei dissidi insorti.

Il motivo di ricorso va respinto. La giurisprudenza di legittimità (Cass. civ., sezione 1<sup>a</sup>, n. 3772 del 23 febbraio 2005) afferma che 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.

L'area della indisponibilità deve ritenersi circoscritta a quegli interessi protetti da norme inderogabili, la cui violazione determina una reazione dell'ordinamento svincolata da qualsiasi iniziativa di parte, quali le norme dirette a garantire la chiarezza e la precisione del bilancio di esercizio. E' stato quindi ritenuto che non è compromettibile in arbitri l'azione di revoca per giusta causa di un amministratore di società in accomandita semplice ex art. 2259 cod. civ. in relazione all'art. 2315 e 2293 cod. civ. fondata sulla violazione da parte dell'amministratore medesimo delle disposizioni che prescrivono la precisione e la chiarezza dei bilanci nonché dell'obbligo di consentire ai soci il controllo della gestione sociale, trattandosi di disposizioni preordinate alla tutela di interessi non disponibili da parte dei singoli soci e perciò non deferibili al giudizio degli arbitri (Cass. civ., sezione 1<sup>a</sup>, n. 1739 del 18 febbraio 1988). E' stata altresì disconosciuta la compromettibilità in arbitri, relativamente alla controversia concernente l'esclusione del socio da cui derivi lo scioglimento della società (Cass. civ., sezione 1<sup>a</sup>, n. 404 del 7 febbraio 1968) e quella concernente lo scioglimento della società anche di persone (Cass. civ., sezione 1<sup>a</sup>, n. 12412 del 19 settembre 2000). – *Omissis*.

## XII.

*Omissis*. – In merito al secondo punto, il Collegio ritiene che debbano essere richiamati i principi espressi dal Tribunale in altra controversia vertente su analoga questione che si riportano di seguito.

“L'articolo 34 del decreto legislativo 5 del 2003 non si riferisce affatto al tipo di vizio fatto valere, stabilendo soltanto che sono compromettibili le controversie che "abbiano ad oggetto diritti disponibili relativi al rapporto sociale".

Giova ricordare come l'articolo 36 del medesimo decreto legislativo stabilisce che gli arbitri debbano decidere secondo diritto in ogni caso con lodo impugnabile, e non secondo equità, ove debbano pronunciarsi sulla validità di delibere assembleari, scongiurando così il pericolo che con il ricorso alla giustizia arbitrale, pur in presenza di norme imperative, quali sono quelle sulla nullità, la decisione arbitrale possa portare ad una disapplicazione del diritto al fine di ricomporre gli interessi delle parti in contesa.

Nel campo societario l'opzione arbitrale è da ritenersi ormai completamente “giurisdizionalizzata” se inserita in una clausola statutaria (come nel caso di specie, proprio perché l'arbitrato amministrato da un arbitro non nominato dalle parti, come regolato dal d.lgs. 5/2003, a parere di questo tribunale, costituisce l'unico modello arbitrale applicabile).

Detto modello di arbitrato è dunque certamente percorribile nel caso in cui sia fatto valere principalmente un vizio procedurale, come la mancata visione del progetto di bilancio prima della assemblea, essendo questa una facoltà e non un dovere del socio e dunque deve ritenersi ricompresa sicuramente fra i diritti disponibili. Tutti i vizi di informazione sono poi sicuramente disponibili, atteso che il socio può essere o dichiararsi sufficientemente edotto a deliberare, anche quando la informazione non gli sia stata correttamente fornita dal documento. Mentre un approccio più problematico vale per i vizi di chiarezza e precisione, che concernono l'applicazione di norme inderogabili che, ove violate, determinano la nullità della delibera di approvazione.

La giurisprudenza della Corte di Cassazione a sezione unite - la decisione 21 febbraio 2000 numero 27 - nel momento in cui tratta di illiceità della delibera, nulla aggiunge quanto al diverso parametro introdotto dalla normativa del 2003, vale a dire la disponibilità del diritto. Il parametro della liceità poteva valere, al più, prima della riforma del codice di procedura civile del 2006, quando nell'art. 806 c.p.c. si indicava il parametro della transigibilità dei diritti anziché quello della disponibilità dei diritti, come indicato nella nuova versione oggi in vigore.

A parere di questo tribunale, ai fini che ci occupano, il piano della tutela del diritto indisponibile e della inderogabilità della norma non può in ogni caso essere confuso con quello della transigibilità che, in forza dell'art. 806 c.p.c. previgente determinava l'area di compromettibilità ed era suscettibile di un'interpretazione più restrittiva dell'ambito di operatività della clausola compromissoria. L'art. 1966 c.p.c. c. 2 delimita infatti l'area di transigibilità escludendovi i diritti sottratti alla disponibilità delle parti, tai essendo solo quelli inerenti, ad esempio, alla paternità o alle questioni di stato, mentre è incontestato che l'espressione del voto da parte del socio è per sua natura disponibile e che le determinazioni illecite sul bilancio hanno spazi di sopravvivenza una volta decorso il termine per l'impugnativa del bilancio. Ne segue che oggi l'equazione “delibera di impugnazione di bilancio = mai compromettibile” si rivela concettualmente non più automatica come invece si riteneva una volta.

Né può invocarsi - visto il mutato testo dell'art. 806 c.p.c. – che la disposizione dell'art. 1972 c.c. che colpisce le transazioni su un contratto illecito possa valere per l'arbitrato amministrato di cui sopra: tale disposizione infatti è senza dubbio valida in materia con-

trattuale, soprattutto allorché le parti in contesa ricorrano a un arbitrato di diritto comune, al fine di impedire che attraverso la transazione si consolidi un patto illecito, mentre nel caso di specie, nell'arbitrato forzatamente amministrato e regolato dal rito societario, la decisione andrà a fondarsi sul diritto e sarà sempre possibile la autonoma impugnazione delle parti o dei terzi. Con la impugnazione - o la non impugnazione - il socio dispone non già della disciplina inderogabile, ma del suo personale interesse alla osservanza di questa, con il che, secondo quanto già affermato da pronunce di questo Tribunale nel 2000, rimaste isolate per effetto del permanere di una visione contrattualistica dell'arbitrato, in questo diverso contesto di tutela, re melior perpensa, viene a cadere qualsiasi ragione per mantenere un automatismo logico fra la decisione sul bilancio e la non compromettibilità dei relativi diritti in contesa. Si consideri, per inciso, che l'art. 36 del d. l. n. 5/2003 stabilisce che la decisione sia impugnabile "anche a norma dell'art. 829 c.p.c." quando abbia conosciuto incidentalmente di questioni non compromettibili, il che significa che l'arbitrato non è escluso dalla sola presenza di questioni non compromettibili ed implicitamente ammette una cognizione ampliata a queste questioni incidentali.

Si deve poi osservare come oggetto della azione sia una delibera, che è atto di per sé soggetto alla volontà delle parti, dunque disponibile, se è vero, come è vero, che i soci possono approvare o non approvare il bilancio loro sottoposto e nel bilancio, come nella sua approvazione, si uniscono aspetti necessitati secondo legge ed aspetti lasciati alla volontà delle parti, quali ad esempio la rapidità degli ammortamenti, gli accantonamenti, entro certi limiti anche la valutazione degli assets e delle riserve, la destinazione degli utili. Vi sono in altre parole nel bilancio degli spazi di discrezionalità che rappresentano altrettanti aspetti disponibili.

Risulta pertanto non condivisibile l'affermazione che solo perché vi sono taluni principi inderogabili posti dalle norme in materia di bilancio qualsiasi delibera che di questo tratti sia esclusa dal novero dei diritti disponibili.

È d'altronde la stessa Cassazione nella sentenza 23 febbraio 2005 numero 3772 che, nel nuovo regime, afferma come "l'area dell'indisponibilità sia più ristretta di quella degli interessi genericamente superindividuali", con il che non risulta sufficiente, per escludere la compromettibilità in arbitri, riconoscere - come dovuto - al bilancio una funzione di tutela della collettività, per la sicurezza dei traffici ovvero per la certezza della garanzia patrimoniale della società debitrice. Per altro quella sentenza riguardava materia diversa dal bilancio, che viene toccato solo quale obiter dictum.

Riassumendo i ragionamenti sopra tratteggiati per la soluzione del caso di specie, deve sottolinearsi come il mutamento di orientamento giurisprudenziale oggi proposto si giustifica alla luce della novellata disciplina societaria ove qualsiasi violazione delle norme, anche quando abbia per conseguenza la nullità della delibera, sia passibile di consolidazione o sanatoria, col decorso di tre anni senza che venga proposta impugnazione, eccettuate soltanto le delibere che modificano l'oggetto sociale prevedendo attività illecite o impossibili (un'ipotesi quasi di scuola, cfr. art. 2379 c. 1 - 2479 ter c. 3) e come dunque anche le delibere che violino il principio di chiarezza e precisione nel bilancio siano sostanzialmente sanate dal decorso dei tre anni dalla iscrizione.

Se dunque i soci limitandosi a non agire in giudizio possono ottenere - sempre che nessun altro impugni - una sorta di definitività del bilancio in ipotesi illegittimo, come del resto possono approvarlo, non pare potersi affermare che la materia sia di per sé indisponibile.

Milita in ogni caso a favore della compromettibilità anche il mutato inquadramento legislativo dell'arbitrato comune che, secondo un orientamento condiviso da questo tribunale, non è più un'alternativa "privata" di componimento di interessi e diritti disponibili, ma si configura come un sistema processuale alternativo di composizione delle liti: e in tal senso va considerata la (pur nominalistica) indicazione in tema di "competenza degli arbitri" di cui all'art. 819ter c.p.c. e all'art. 817 c.p.c., nonché la più rilevante previsione (sempre contenuta nell'art. 819 ter c.p.c.) per la quale la sentenza del giudice che afferma la competenza dell'arbitro è impugnabile con regolamento di competenza, indicando così che si tratta di due sistemi processuali tra di loro contigui e non di rimedio "privato" contrapposto al rimedio pubblico tradizionale e giurisdizionale.

Nello stesso senso, di un diverso contenuto della disciplina arbitrale introdotta dal legislatore del 2006, va poi considerata la decisione secondo diritto, già ricordata, introdotta dal dlgs n.5 del 2003. Anche questi mutamenti, con il già ricordato mutamento dell'art. 806 c.p.c., cancellano il legame fra arbitrato e transazione, affievolendo il carattere di decisione privata, secondo canoni non statali, dell'arbitrato, per cui oggi sicuramente meno di ieri compromettere in arbitri può significare transigere, e non risolvere una controversia.

In relazione dunque ai vizi qui fatti valere, deve riconoscersi che si tratta di questioni tutte disponibili, la cui decisione può essere devoluta agli arbitri, non riguardando sicuramente materie indisponibili (fra le quali certamente rientra quella relativa all'osservanza dei termini di deposito del bilancio)" (Trib. Milano, 10 gennaio 2011, nella causa iscritta al n. 61168/2009 RG).

In conclusione l'eccezione preliminare è fondata e va dichiarata la incompetenza del Tribunale. – *Omissis*.

### XIII.

*Omissis*. – Ritene il Collegio che l'eccezione preliminare di incompetenza sollevata dal Novara, in forza del disposto della clausola compromissoria contemplata dall'art. 22 dello statuto della società (doc. 2 della attrice e doc. 21 del Novara), sia fondata.

Tale norma statutaria stabilisce, infatti, che: "Qualora insorga controversia relativamente all'interpretazione od all'esecuzione del presente contratto sociale, deve essere esperito un tentativo di conciliazione avanti l'apposito organismo istituito presso la Camera di Commercio, Industria, Agricoltura ed Artigianato del luogo ove ha sede la società, su istanza della parte più diligente.

Se il tentativo fallisce la controversia sarà devoluta ad un collegio di tre arbitri secondo il regolamento della Camera Arbitrale del Piemonte e nel rispetto della disciplina dettata dagli articoli 34,35 e 36 decreto legislativo 17 gennaio 2003 numero 5".

Inoltre il quinto comma di tale norma statutaria prevede, espressamente, proprio a proposito delle azioni nei confronti degli amministratori, che: "Devono essere deferite al giudizio arbitrale tutte le controversie insorgenti tra i soci o tra i soci e la società oppure promosse tra amministratori, liquidatori e sindaci ovvero nei loro confronti, salvo quelle che per legge non possono formare oggetto di giudizio arbitrale". (cfr. doc. 2 parte attrice).

Come già osservato nella ordinanza cautelare dell'11.3.2011, la compromettibilità in arbitri dell'azione di responsabilità degli amministratori è espressamente ammessa dalla giurisprudenza (cfr. in questo senso, Cass. 11658/07, in cui, sia pure in fattispecie anteriore al d.lgs n. 3/05, è stato affermato che "L'azione sociale di responsabilità, prevista dall'art. 2393 c.c., può formare oggetto di rinuncia e transazione, sicché, per il combinato disposto dell'art. 806 c.p.c., essa è deferibile al giudizio arbitrale"; nonché Tribunale Bologna, sez. IV, 17/10/2006, n. 2401, ne Il merito 2007, 5, 35, entrambe menzionate anche dal Novara nella sua conclusionale), in considera-

zione, tra l'altro, del rilievo che tale azione può essere oggetto di rinuncia o transazione, come espressamente previsto ora dal quinto comma dell'articolo 2476 c.c., e, quindi, può anche essere deferita al giudizio degli arbitri, ai sensi dell'articolo 806 c.p.c.

Nella stessa direzione, d'altra parte, deve leggersi l'art. 34 del d.lgs. 5/2003, che, tra l'altro, prevede espressamente la possibilità di deferire ad arbitri le controversie nei confronti di amministratori e sindaci, e stabilisce che: "Gli atti costitutivi delle società, ad eccezione di quelle che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio a norma dell'articolo 2325-bis del codice civile, possono, 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.

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 la sede legale.

La clausola è vincolante per la società e per tutti i soci, inclusi coloro la cui qualità di socio è oggetto della controversia.

Gli atti costitutivi possono prevedere che la clausola abbia ad oggetto controversie promosse da amministratori, liquidatori e sindaci ovvero nei loro confronti e, in tale caso, essa, a seguito dell'accettazione dell'incarico, è vincolante per costoro.

Non possono essere oggetto di clausola compromissoria le controversie nelle quali la legge preveda l'intervento obbligatorio del pubblico ministero.

Le modifiche dell'atto costitutivo, introduttive o soppressive di clausole compromissorie, devono essere approvate dai soci che rappresentino almeno i due terzi del capitale sociale. I soci assenti o dissenzienti possono, entro i successivi novanta giorni, esercitare il diritto di recesso."

Ne consegue l'incompetenza del Tribunale in ordine alla azione di responsabilità esercitata dalla attrice, stante la chiara e non contestata natura rituale della clausola compromissoria di cui entrambe le parti convenute hanno eccepito l'esistenza e la evidenziata, pacifica, compromettibilità in arbitri delle controversie riguardanti la responsabilità di amministratori di società a responsabilità limitata.

Non sembra, infatti, condivisibile il rilievo al riguardo sollevato dalla attrice, secondo cui l'azione di responsabilità dalla stessa esercitata implicherebbe anche profili di rilievo pubblicistico, con la conseguenza che la stessa non potrebbe essere devoluta alla cognizione degli arbitri.

L'attrice, infatti, nel domandare la revoca del convenuto Novara dalla sua carica di amministratore e la condanna al risarcimento dei danni dallo stesso arrecati alla società, ha prospettato condotte dello stesso produttive di danno per il patrimonio della società e per i soci, e non ha, quindi, prospettato condotte implicanti violazione di norme poste a tutela dell'interesse collettivo dei soci o dei terzi.

La deduzione della non corretta gestione delle rimanenze iscritte nel bilancio del 2009 (con il timore di irregolarità nella gestione del magazzino e di non contabilizzazione di utili), del rimborso al solo Novara di un finanziamento soci, dell'utilizzo di somme per omaggi e regalie, del mancato pagamento di un debito nei confronti della S.a.s. Autodemolizioni Roberto, dell'aumento del compenso del Novara, non sembra trascendano la posizione del singolo socio per investire diritti che non siano disponibili da parte dei singoli soci e quindi non siano neppure deferibili al giudizio degli arbitri, non essendo, tra l'altro, state formulate domande in relazione ai bilanci della società od alla deliberazione concernente il compenso dell'amministratore, ma solamente domande risarcitorie (oltre a quella di revoca), evidentemente disponibili dalle parti e dunque compromettibili.

L'art. 34 del d.lgs. 5 del 2003 consente, infatti, la devoluzione al giudizio arbitrale sia di quelle controversie per le quali non è previsto l'intervento obbligatorio del Pubblico Ministero, sia di quelle che hanno per oggetto diritti disponibili relativi al rapporto sociale, escludendo la compromettibilità in arbitrato solo delle controversie che abbiano per oggetto diritti indisponibili inerenti al rapporto societario, oltre che quelle in cui è obbligatorio l'intervento del Pubblico Ministero.

In ambito societario l'indisponibilità dei diritti deve ravvisarsi quando le norme coinvolte tutelano interessi ultra individuali, e cioè, quando hanno ad oggetto interessi della società, della collettività dei soci o dei terzi, come, ad esempio, le norme in materia di bilancio, considerate le funzioni di misuratore del valore del patrimonio sociale e di indicatore degli utili di esercizio di tale atto (così Tribunale Bari, sez. IV, 21/06/2007, n. 1643, in *Giurisprudenzabarese.it* 2007, citata anche dalla attrice nella sua conclusionale).

In sostanza l'area dei diritti indisponibili esclusi dalla compromettibilità in arbitri non coincide con gli interessi genericamente "superindividuali", ma deve individuarsi nelle situazioni di diritto protette da norme inderogabili, la cui violazione determini una reazione dell'ordinamento svincolata da qualsiasi iniziativa di parte, come, ad esempio, in materia di garanzia della chiarezza e precisione del bilancio di esercizio, mentre laddove, come nel caso di specie, si controverta solamente in ordine a pretese risarcitorie, non sembra possano esservi dubbi circa l'operatività della clausola compromissoria.

In accoglimento delle eccezioni tempestivamente formulate da entrambe le parti, deve, pertanto, dichiararsi l'incompetenza del Tribunale, per essere competente il Collegio arbitrale contemplato dall'art. 22 dello statuto sociale. – *Omissis*.