

specifica può addursi la più forte responsabilità che l'affermazione importa e, di conseguenza, la maggior ponderatezza che dovrebbe accompagnarla (dire sapendo che il proprio dire cambierà qualcosa nella vita di uno o più uomini in carne e ossa implica — se chi dice è sufficientemente virtuoso — un momento di particolare impegno). E, forse — in una prospettiva incentrata sulla funzione stessa del diritto — può sostenersi che in tanto ha senso dare una regola specifica in quanto la stessa serva a risolvere una lite che già è in atto o, comunque, possa applicarsi ad eventi, già accaduti, che la esigono (*ex facto oritur ius*).

Per la maggior attendibilità della *regula* affermata solamente con lo sguardo al futuro può invece mettersi in campo l'argomento della libertà o della serenità di giudizio: proprio lo sganciamento da una fattispecie concreta — e proprio l'affrancamento dalla responsabilità di irrompere con la propria scelta interpretativa nella sfera soggettiva di qualcuno già ben individuato — può rendere l'attività ermeneutica più attenta alle varie implicazioni possibili dell'interpretazione e, quindi, più accettabile per la maggior ampiezza panoramica che può caratterizzarla (l'interprete che non decide è quasi un legislatore).

Se c'è dunque una ragione per ritenere che l'enunciazione di principi di diritto nell'interesse della legge (come, del resto, di *obiter dicta*) da parte della Cassazione vada — non dico guardata con sfavore, ma almeno — non eccessivamente incoraggiata, la ragione non è necessariamente quella di una loro minor persuasività.

È invece una ragione di economia⁸. Specialmente quando la Corte suprema è già affaticata dall'eccessivo lavoro che deve svolgere per decidere ricorsi che influiscono su controversie effettive, non è consigliabile che si carichi di un lavoro ulteriore: tanto più se questo lavoro può farlo la letteratura giuridica.

Certo, ad intorbidare un'affermazione così drasticamente semplice, non manca qualche interrogativo complicante.

Il principio di diritto enunciato dalla cassazione *ex art. 363 c.p.c.* non ha comunque un maggior peso rispetto a quello enunciato da uno studioso del diritto?

Non si può infatti presumere che, quando giungerà alla Corte la controversia per la cui soluzione quel principio di diritto servirà effettivamente, essa sarà propensa a seguire l'orientamento che già aveva espresso nel solo interesse della legge, più di quanto non sia propensa a seguire una tesi della dottrina?

Ma — poiché il diritto è comunque fatto da uomini e per gli uomini — possiamo dire che questa presunzione varrà ancora se la tesi è stata espressa in dottrina

proprio da un magistrato di cassazione o da un professore che divenga magistrato di cassazione ai sensi del comma 3 dell'art. 106 Cost. (e della L. 5 agosto 1998, n. 303) o, comunque, da uno studioso la cui ponderatezza sia carica di *vis* persuasiva? O se il principio di diritto *ex art. 363 c.p.c.* è stato espresso un po' affrettatamente oppure da un collegio giudicante composto da magistrati (penso soprattutto all'estensore e al presidente) prossimi alla pensione e che dunque non potranno più contribuire personalmente alla decisione di ricorsi che coinvolgono direttamente quel principio?

5. Per riprendere la sinossi tra i principii che la Cassazione può enunciare nell'interesse della legge e quelli che la dottrina elabora nella sua attività di studio, possiamo leggere la sentenza in commento come se dicesse che l'affermazione dei primi può corrispondere esclusivamente al contenuto di una nota a sentenza e non può allargarsi alle dimensioni strutturali di un articolo né, peggio ancora, a quelle di una monografia: come l'annotatore deve stare sul pezzo e tendenzialmente non dire cose che non abbiano diretta attinenza con la decisione oggetto del commento (ma già io, probabilmente, sto qui contravvenendo al canone), così la Cassazione non può — neppure nell'interesse della legge — dire cose che non servano a confermare o a smentire la bontà delle tesi utilizzate dalla decisione oggetto del ricorso.

Ha dunque fatto male il procuratore generale a proporre il ricorso che ha proposto?

Direi di no. Per una sorta di teleologia incidentale o trasversale (o addirittura di *serendipity*), non ha raggiunto lo scopo che voleva, ma ha raggiunto comunque uno scopo: quello di far enunciare dalla Corte non il principio di diritto auspicato, ma un principio di diritto comunque utile sui limiti di fruibilità del ricorso nell'interesse della legge.

ALBERTO RONCO

ARBITRATO

I.

CASSAZIONE CIVILE, III SEZIONE, 9 dicembre 2010, n. 24867 — MORELLI *Presidente* — FILADORO *Relatore* — GOLIA *P.M.* (conf.) — C.A. (avv.ti Ascenzi, Farina, Paolini) - Archivio notarile Cosenza (Avv. Gen. Stato) ed altro.

Conferma App. Catanzaro, 23 giugno 2009, n. 24.

⁸ Sugli inconvenienti derivanti dall'allargamento degli spazi applicativi del ricorso nell'interesse della legge v. SCARSELLI, *op. cit.*, 3341 e seg. (il quale, nel sostenere un'interpretazione restrittiva della norma, paventa il rischio che, altrimenti, si veda domani la corte emanare circolari generali sull'applicazione del diritto); e IANNIRUBERTO, *op. cit.*, 1089 (che, nel negare la ricorribilità nell'interesse della legge dei provvedimenti istruttori, osserva che si elimina così «la preoccupazione che un uso incontrollato dello strumento in esame possa ancor più incrementare il carico di lavoro di una Corte, il cui compito istituzionale è troppe volte compromesso dall'eccessivo numero di procedi-

menti, che pervengono al suo esame». Scettici sulla capacità della riforma di ridare vigore all'istituto: CHIARLONI, voce «Ricorso per cassazione (dir. proc. civ.)», in *Il diritto. Enciclopedia giuridica*, Milano, 2007, XIII, 535 (il quale osserva come l'enunciazione del principio *ex officio* può suonare come una «sadica beffa» per la parte che si vede dichiarare inammissibile l'impugnazione e, al tempo stesso, si sente dire che ha comunque ragione); e CONSOLO, *op. cit.*, 216 e seg. Il numero delle decisioni citate alla nota 1 pare tuttavia smentire *ex post*, almeno in parte, questa prognosi.

Arbitrato — Società — Clausola compromissoria statutaria — Previsione che gli arbitri siano nominati anche dalle parti — Nullità — Responsabilità disciplinare del notaio (C.c. art. 1419; L. 16 febbraio 1913, n. 89, artt. 28, 138; D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, art. 34).

Deve ritenersi nulla la clausola compromissoria, contenuta in atti societari, che, in contrasto con l'art. 34 D.Lgs. n. 5/2003, preveda il deferimento di eventuali controversie al giudizio di arbitri nominati anche dalle parti. Incorre pertanto in sanzioni disciplinari il notaio che abbia inserito nei summenzionati atti una tale clausola. Né rileva che la clausola compromissoria, nulla per contrasto con norma imperativa, possa in ipotesi essere sostituita di diritto, ai sensi dell'art. 1419 c.c., dalla stessa norma violata. Tale rimedio, essendo previsto dal legislatore unicamente a fini privatistici, per assicurare la conservazione dell'atto, non sana, infatti, l'illecito disciplinare (1).

II.

CASSAZIONE CIVILE, I SEZIONE, 4 giugno 2010, n. 13664 (ordinanza) — PANEBIANCO Presidente — SCHIRÒ Relatore — CARESTIA P.M. — Sole ed altri (avv. ti Porru, Serra) - Sannascensori s.n.c. già Sanna e Sole s.n.c. di Gianfranco Sanna e C.

Conferma Trib. Sassari, 24 novembre 2008, n. 1600.

Arbitrato — Società — Clausola compromissoria statutaria — Arbitrato irrituale — Previsione che gli arbitri siano nominati anche dalle parti — Validità (C.p.c. art. 808; D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, artt. 34, 35).

La normativa sull'arbitrato societario in forza di clausola compromissoria contenuta nell'atto costitutivo di una società, di cui al D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, riguarda la disciplina dell'arbitrato rituale. Deve pertanto ritenersi che la nullità prevista dall'art. 34, comma 2, D.Lgs. n. 5/2003, 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, comma 1, c.p.c.) — pure consentito nelle controversie societarie, in forza del richiamo all'arbitrato non rituale contemplato dall'art. 35, comma 5, del decreto citato (2).

I.

 Per il testo della sentenza v. *Giur. It.*, 2011, 10, 2033, con nota di GRISERI; v., inoltre, *Giur. It.*, 2011, 11, 2306, con note di CERRATO e BOGGIO.

II.

Per il testo della sentenza v. *Giur. It.*, 2011, 11, 2306, con note di CERRATO e BOGGIO.

 (1-2) **La nomina degli arbitri nell'arbitrato societario approda in Cassazione**

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. Lo stallo interpretativo: i giudici di merito. — 3. (Segue): La dottrina. — 4. (Segue): I lavori preparatori. — 5. I segnali nel senso dell'esclusività

dell'arbitrato societario ex D.Lgs. n. 5/2003. — 6. L'intervento della Cassazione: rifiuto del "doppio binario" con l'arbitrato di diritto comune e sua possibile sopravvivenza solo rispetto alla forma irrituale. — 7. (Segue): Permanenza del dubbio circa l'operatività di meccanismi di sanatoria delle clausole compromissorie nulle.

1. Premessa.

La suprema Corte affronta per la prima volta, con le sentenze qui segnalate, l'importante questione della validità o meno delle clausole compromissorie contenute in statuti societari che — diversamente da quanto previsto dal comma 2 dell'art. 34 D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 — non devolvano il potere di nomina degli arbitri a soggetti estranei alla società.

L'interrogativo si era posto, nei primi tempi, soprattutto in un'ottica di diritto transitorio, per decidere del destino delle clausole compromissorie statutarie di diritto comune non adeguate alla riforma del diritto societario.

Il tema ha però una dimensione più ampia.

È infatti coinvolto il problema relativo alla sussistenza della facoltà per le parti di prevedere anche *ex novo*, in base alla disciplina di diritto comune, che la nomina dell'organo arbitrale resti a loro direttamente riservata (o venga comunque attribuita ad un organo sociale), preferendo così l'applicazione degli artt. 806 e segg. c.p.c. alle norme di cui al D.Lgs. n. 5/2003.

Le conseguenze di una scelta interpretativa piuttosto che di un'altra sono — come è appena il caso di osservare — di ordine processuale, riflettendosi sul potere degli arbitri di decidere la controversia.

Non si possono però trascurare altri aspetti, quali i profili di responsabilità del notaio chiamato a redigere uno statuto, posto che a quest'ultimo è precluso dall'art. 28 L. 16 febbraio 1913, n. 89, di ricevere atti proibiti dalla legge e che la violazione di tale divieto determina conseguenze disciplinari ai sensi dell'art. 138 della medesima legge.

Non a caso, con la sentenza 9 dicembre 2010, n. 24847, la Cassazione è stata chiamata a decidere per l'appunto su di una ipotesi di responsabilità disciplinare di un professionista accusato — secondo quanto si legge nella parte della sentenza dedicata allo svolgimento del processo — di essere incorso in «centoventi violazioni della Legge Notarile [...] per avere inserito in atti societari la clausola compromissoria che prevedeva il deferimento delle eventuali controversie al giudizio di tre arbitri, due dei quali nominati da ciascuna delle parti ed il terzo dai due arbitri così eletti (contravvenendo, in tal modo, al D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, art. 34, 2° comma, che prevede l'obbligo di estraneità del soggetto al quale viene affidato il potere di nomina degli arbitri)».

2. Lo stallo interpretativo: i giudici di merito.

Ma entriamo nel vivo.

Di quali posizioni ermeneutiche, emerse in attesa dell'intervento dei giudici di legittimità, occorre dare conto?

La giurisprudenza di merito si presenta divisa.

Un orientamento ha ritenuto, traendone la conseguenza tanto della perdurante validità della clausola

non adeguata quanto dell'ammissibilità dell'introduzione *ex novo* di clausole non conformi alla disciplina introdotta dal legislatore della riforma del diritto societario, che le nuove regole contenute negli artt. 34 e segg. D.Lgs. n. 5/2003, non escludano la possibile autonoma operatività dell'arbitrato di diritto comune, sia rituale, sia irrituale, che viaggerebbe dunque per linee parallele, secondo una regola di "doppio binario", con il nuovo tipo di arbitrato¹.

L'altro orientamento si è pronunciato in senso diametralmente opposto, per dedurre (anche qui con riferimento al punto nodale dell'attribuzione a soggetti estranei alla società del potere di nominare gli arbitri) la nullità o l'inefficacia, perché in contrasto con la particolare disciplina prevista dal nuovo arbitrato societario, della clausola compromissoria statutaria non adeguata, salva comunque, ad avviso di alcune pronunce, la possibilità dell'arbitrato per effetto della sostituzione delle previsioni contrarie al D.Lgs. n. 5/2003 con norme imperative di legge ovvero grazie a meccanismi surrogatori della volontà delle parti come il ricorso al presidente del tribunale per la nomina del collegio arbitrale².

3. (Segue): La dottrina.

Pure la dottrina appare spaccata.

Un indirizzo si esprime nel senso della possibile coesistenza dell'arbitrato di diritto comune e dell'arbitrato societario, la cui adozione non sarebbe obbligata ma frutto della libera scelta di avvalersi dei vantaggi (e di sopportare gli svantaggi) del nuovo tipo arbitrale, con il corollario della possibile ultrattività delle clausole di diritto comune non adeguate al D.Lgs. n. 5/2003, come pure della possibile costituzione di società con atto contenente clausole compromissorie non conformi al nuovo modello legislativo o anche della possibile introduzione in statuti pregressi di siffatte clausole difformi³.

L'indirizzo contrario opta invece per il riconoscimento, in materia societaria, del solo arbitrato *ex art.* 34 e segg., D.Lgs. n. 5/2003, da intendere esclusivo e non concorrente con l'arbitrato di diritto comune, concludendo per la nullità o inefficacia delle preesistenti clausole statutarie non adeguate (o per la loro conversione *ex lege* in clausole compatibili rispetto alle previsioni inderogabili di cui alla nuova normativa)⁴.

¹ Cfr. App. Torino, 23 ottobre 2009, in *Giur. It.*, 2010, 2096; Id. Napoli, 14 gennaio 2009, in *Banca Borsa*, 2010, 335, con nota di CERRATO; Trib. Bologna, 17 giugno 2008, in *Giur. Comm.*, 2009, II, 1028, con nota di GUIDOTTI; App. Torino, 4 settembre 2007, in *Riv. Dir. Proc.*, 2008, con nota di SALVANESCHI; in *Guida Dir.*, 2007, 47, 50, con nota di TABELLINI; Id. Torino, 4 aprile 2007, e Id. Torino, 29 marzo 2007, in *Giur. It.*, 2007, 2237, con nota di CERRATO; Id. Torino, 8 marzo 2007, *ibid.*, 906, con nota di CERRATO; Trib. Bari, 2 novembre 2006, *ibid.*, 2237, con nota di CERRATO; Id. Ravenna, 13 febbraio 2006, in *Merito*, 2006, 6, 10, con nota di FABBRI; Id. Bologna, 27 ottobre 2005, in *Contratto e Impresa*, 2006, 52; Id. Bologna, 25 maggio 2005, in *Giur. Comm.*, 2006, II, 502, con nota di CERRATO, e in *Giur. It.*, 2006, 1640, con nota di RESTANO; Id. Genova, 7 marzo 2005, in *Giur. Comm.*, 2006, II, 500, con nota di CERRATO; Id. Biella, 28 febbraio 2005, in *Giur. It.*, 2006, 101, con nota di NELA; in *Foro Pad.*, 2006, I, 99, e in *Giur. Comm.*, 2006, II, 500, con nota di CERRATO.

² Cfr. Trib. Modena, 5-15 febbraio 2010, in *Giur. It.*, 2010, 2932, con nota di CORSINI, e in *Società*, 2010, 894, con nota di SOLDATI, che peraltro (in una fattispecie in cui, prima dell'inizio dell'arbitrato, era sopravvenuta una modifica del regolamento arbitrale richiamato nella clausola compromissoria che attribuiva al potere di nomina dell'organo arbitrale ad un soggetto estraneo alla società) ha "salvato" la clausola applicando il nuovo art. 832, comma 3, c.p.c., secondo cui, quando il patto per la devoluzione ad arbitri faccia riferimento ad un regolamento arbitrale preconstituito, «se le parti non hanno diversamente convenuto, si applica il regolamento in vigore al momento in cui il procedimento arbitrale ha inizio»; Id. Milano, 7 gennaio 2010, in *Giur. It.*, 2010, I, 2366; Id. Milano, 18 giugno 2009, *ivi*, 2009, 2117, con nota di BERTOLOTTI; Id. Milano, 18 settembre 2008, in *Rivista di diritto societario*, 2009, 322, con nota di CORSINI; Id. Parma, 11 aprile 2008, in *Giur. Comm.*, 2009, II, 1028, con nota di GUIDOTTI; Id. Pescara, 22 ottobre 2007, in *P.Q.M.*, 2008, I, 68, con nota di DE ROBERTIS; Id. Salerno, 12 aprile 2007, in *Giur. Comm.*, 2008, II, 865, con nota di CORSINI; Id. Milano, 22 settembre 2006, in *Giur. It.*, 2007, 399, con nota di CERRATO; App. Torino, 4 agosto-7 luglio 2006, *ibid.*, 398, con nota di CERRATO, e in *Dir. e Prat. Società*, 2007, 8, 63, con nota di SOLDATI; Trib. Milano, 9 novembre 2005, in *Società*, 2006, 750, con nota di SENINI; Id. Milano, 21 ottobre 2005, in *Giur. Comm.*, 2006, II, 502, con nota di CERRATO; Id. Milano, 25 giugno 2005, in *Società*, 2006, 750, con nota di SENINI, in *Giur. It.*, 2006, 1639, con nota di RESTANO, e in *Giur. Comm.*, 2006, II,

501, con nota di CERRATO; Id. Milano, 4 maggio 2005, in *Giur. It.*, 2005, 1653, e in *Giur. Comm.*, 2006, II, 501, con nota di CERRATO; Coll. Arb. Genova, 29 aprile 2005, in *Riv. Arb.*, 2006, 169, con nota di SOLDATI; Trib. Catania, 26 novembre 2004, in *Corriere Giur.*, 2005, 1131, con nota di SANGIOVANNI; in *Giur. Comm.*, 2006, II, 500, con nota di CERRATO; in *Giur. di Merito*, 2005, 1789 con nota di MERONE, e *ivi*, 2006, 115, con nota di MERONE; Id. Palmi, 11 ottobre 2004, in *Corti calabresi*, 2005, 273; Id. Torino, 27 settembre 2004, in *Società*, 2005, 899, con nota di MORELLINI, in *Vita Notar.*, 2005, 820, con nota di COLTRARO; in *Dir. e Prat. Società*, 2005, 10, 80, con nota di SOLDATI; Arb. Unico Lucca, 17 settembre 2004, in *Riv. Arb.*, 2005, 604, con nota di OCCHIPINTI; Trib. Tortona, 3 agosto 2004, in *Giur. Comm.*, 2006, II, 498, con nota di CERRATO; Id. Latina, 22 giugno 2004, in *Società*, 2005, 93, con nota di SALAFIA; in *Notariato*, 2005, 258, con nota di GUIDOTTI; in *Dir. e Prat. Società*, 2005, 2, 73, con nota di SOLDATI; in *Riv. Notar.*, 2005, 603, con nota di MANULI; in *Giur. It.*, 2005, 1900, con nota di BESSO, e in *Giur. Comm.*, 2006, II, 498, con nota di CERRATO; Id. Trento, 8 aprile 2004, in *Giur. It.*, 2005, 116, con nota di NELA, in *Società*, 2004, 996, con nota di MORELLINI; in *Giur. di Merito*, 2004, 1699, con nota di PEDRELLI, in *Riv. Arb.*, 2004, 738, con nota di PERAGO, e in *Giur. Comm.*, 2006, II, 497, con nota di CERRATO; Id. Trento, 14-11 febbraio 2004, in *Giur. di Merito*, 2004, 1699, con nota di PEDRELLI; in *Riv. Arb.*, 2004, 738, con nota di PERAGO, e in *Giur. Comm.*, 2006, II, 497, con nota di CERRATO.

³ Cfr. AULETTA, Sub artt. 34-37, d.lgs. n. 5/2003, in *La riforma delle società. Il processo a cura di Sassani*, Torino, 2003, 328 e seg.; Id., *La nullità della clausola compromissoria a norma dell'art. 34, d.lgs. n. 5/2003: a proposito di recenti (dis)orientamenti del notariato*, in *Riv. Arb.*, 2004, 361-366; DE SANTIS, Sub art. 34, d.lgs. n. 5/2003, in *Commentario dei processi societari a cura di Arietà*, De Santis, Torino, 2007, 907 e segg., part. 913 e segg.; GALLETO, *Arbitrato societario*, in BUONFRATE, GIOVANNUCCI ORLANDI, *Codice degli arbitrati, delle conciliazioni e di altre Adr*, Torino, 2006, 466 e segg. e 471 e seg.; MAJORANO, Sub artt. 34-36, d.lgs. n. 5/2003, in *I procedimenti in materia commerciale a cura di Costantino*, Padova, 2005, 761 e 765 e seg.; NELA, Sub artt. 34-36, d.lgs. n. 5/2003, in *Il nuovo processo societario a cura di Chiarloni*, 2ª ed., Bologna, 2008, 1167 e seg.; SALAFIA, *Alcune questioni di interpretazione del nuovo arbitrato societario*, in *Società*, 2004, 1457 e seg.; SANGIOVANNI, *L'arbitrato di diritto comune in materia societaria*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 2010, 675 e segg.

⁴ Cfr. BIANCHINI, *Osservazioni in tema di (in)validità delle clausole compromissorie non adeguate alla nuova disciplina del*

4. (Segue): *I lavori preparatori.*

Nessun argomento decisivo può infine trarsi dai lavori preparatori che, a prescindere dalla loro non vincolatività in sede di interpretazione del risultato legislativo, appaiono assai equivoci.

L'affermazione contenuta nei lavori preparatori, a cui tenore «la formulazione del testo contribuisce alla creazione di una nuova *species* arbitrale che si sviluppa senza pretesa di sostituire il modello codicistico (naturalmente ultrattivo anche in materia societaria)»⁵, può essere infatti intesa in modi assolutamente divergenti tra loro: o nel senso della coesistenza alternativa tra disciplina comune e disciplina speciale, con possibilità di scegliere in materia societaria tra l'una e l'altra (optando ad esempio, per il sistema di nomina tradizionale degli arbitri o per il sistema previsto dall'art. 34, comma 2, D.Lgs. n. 5/2003); o nel senso che la nuova disciplina dell'arbitrato societario non ha tale completezza da sostituirsi interamente alla disciplina dell'arbitrato di diritto comune e deve quindi necessariamente compenetrarsi con essa, che dunque sopravvive in materia societaria ma solo per integrare le lacunose disposizioni di cui al D.Lgs. n. 5/2003 (come oltretutto espressamente prevedeva, per l'insieme delle controversie societarie, l'art. 1, comma 4, D.Lgs. n. 5/2003; secondo cui le disposizioni del codice di rito avrebbero continuato a trovare applicazione in mancanza di regole speciali).

5: *I segnali nel senso dell'esclusività dell'arbitrato societario ex D.Lgs. n. 5/2003.*

Si è dunque venuta a determinare una situazione di estrema incertezza.

Né è stato possibile comporre il contrasto interpretativo venutosi a determinare.

Ciò per quanto paiano significativi, nella direzione del superamento dei dubbi insorti, due rilevi.

Da un lato, infatti, occorrerebbe prendere atto della presa di posizione assunta da un Consiglio notarile importante come quello di Milano, che — impartendo un preciso indirizzo operativo ai notai chiamati a redigere gli statuti sociali — si è pronunciato per la nullità delle clausole compromissorie statutarie non conformi alla disciplina del D.Lgs. n. 5/2003⁶.

Dall'altro, non si può che convenire con chi osserva come, dopo il D.Lgs. n. 40/2006, il modello societario e quello di diritto comune riformato appaiono nettamente convergenti, sicché, «se prima del 2006 poteva a ragione sostenersi una soluzione di continuità fra l'arbitrato ridisegnato dal legislatore del 1994 e il modello "giurisdizionalizzato" dell'arbitrato societario», oggi è venuto meno «quel distacco che aveva spinto la dottrina a parlare di modelli paralleli, quindi autonomi» ed «in mancanza di un dettato normativo espresso, è sempre valido il canone secondo cui *lex specialis derogat lege generale*»⁷.

6. *L'intervento della Cassazione: rifiuto del "doppio binario" con l'arbitrato di diritto comune e sua possibile sopravvivenza solo rispetto alla forma irrituale.*

Nel quadro descritto si calano le due pronunce in rassegna.

La suprema Corte, con la sentenza 9 dicembre 2010, n. 24867, della III Sezione ha infatti stabilito che «una clausola compromissoria inserita negli atti societari, difforme da quella prevista dall'art. 34 D.Lgs. n. 5/2003 (in quanto preveda il deferimento delle eventuali controversie al giudizio di arbitri nominati anche dalle parti), deve considerarsi nulla», anche quando sia per arbitrato irrituale, dato che — ad avviso dei giudici della III Sezione — l'art. 34 D.Lgs. n. 5/2003, dovrebbe essere obbligatoriamente applicato pure nel campo dell'arbitrato irrituale, ove si verta in materia societaria.

L'esclusività dell'impianto arbitrale introdotto dal legislatore del 2003 discenderebbe — per la III Sezione — dalla formulazione letterale della norma, che inequivocabilmente attribuirebbe il potere di nomina di tutti gli arbitri a soggetto estraneo alla società «in ogni caso, a pena di nullità» e che apparirebbe perfettamente congruente rispetto alla finalità di «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», sicché la tesi del "doppio binario" non troverebbe «alcuna giustificazione».

Tale radicale rifiuto della teoria del "doppio binario" entra in conflitto con quanto pochi mesi prima stabilito

l'arbitrato c.d. «endo-societario», in *Giur. Comm.*, 2006, I, 410-447; BOCCAGNA, *Sub artt. 35-36, d.lgs. n. 5/2003*, in *Commentario dei processi societari* a cura di Arieta, De Santis, Torino, 2007, 935 e segg.; CORSINI, *La nullità della clausola compromissoria statutaria e l'esclusività del nuovo arbitrato societario*, in *Giur. Comm.*, 2005, I, 809-829; GABELLINI, *Arbitrato societario: due questioni ancora aperte*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 2003, 1445 e segg., part. 1463; LUISO, *Sub artt. 34-36*, in *Il nuovo processo societario* a cura di Luiso, Torino, 2006, 558; DELLA PIETRA, *La clausola compromissoria*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso* a cura di Abbadessa, Portale, Torino, 2006, 240 e segg.; MOTTO, *Esperienze del nuovo arbitrato societario*, in *Riv. Arb.*, 2006, 563 e segg.; RICCIO, *La sorte delle vecchie clausole compromissorie societarie dopo l'entrata in vigore dell'art. 34, 2° comma, d.lgs. n. 5/2003*, in *Contratto e Impresa*, 2006, 35-54; SALI, *L'arbitrato per le nuove società. Dodici (piccoli) nodi applicativi e qualche proposta*, in *Giur. It.*, 2005, 445 e seg.; SALVANESCHI, *L'arbitrato societario*,

L'arbitrato societario, in *Arbitrato, ADR, conciliazione* a cura di Rubino, Sammartano, Bologna, 2009, 202; SANTONI, *Le clausole compromissorie nella riforma del diritto societario*, in *Studium iuris*, 2005, 48 e segg.; SANZO, *Sub artt. 34-37, d.lgs. n. 5/2003*, in *La riforma del diritto societario* a cura di Cottino, Bologna, 2004, 2984; SOLDATI, *Le clausole compromissorie nelle società commerciali*, Milano, 2005, 28 e segg.; PICARONI, *L'arbitrato nella riforma del processo societario*, in *Società*, 2005, 495; ZUCCONI GALLI FONSECA, *Modelli arbitrali e controversie societarie*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 2006, 513-538.

⁵ V. la Relazione illustrativa al D.Lgs. n. 5/2003, in *La riforma del diritto societario. Lavori preparatori, testi e materiali* a cura di Vietti, Auletta, Lo Cascio, Tombari e Zoppini, Milano, 2006, 96.

⁶ V. la massima n. 3 della Commissione per i principi uniformi in tema di società del Consiglio notarile di Milano, in *Massime notarili in materia societaria*, 3^a ed., Milano, 2007, 49.

⁷ ZUCCONI GALLI FONSECA, *Sub art. 34, d.lgs. 5/2003*, in *Arbitrati speciali* a cura di Carpi, Bologna, 2008, 60 e segg.

dalla stessa suprema Corte e precisamente dalla I Sezione, che, con l'ordinanza 4 giugno 2010, n. 13664, aveva invece affermato (invero piuttosto apoditticamente) «potersi ritenere che la nullità prevista dall'art. 34, comma 2, D.Lgs. n. 5/2003, 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*, comma 1, c.p.c.) — pure consentito nelle controversie societarie, in forza del richiamo all'arbitrato non rituale contemplato dall'art. 35, comma 5, del decreto citato».

Senonché, a ben vedere, il contrasto è solo parziale, concernendo esclusivamente la possibilità di un arbitrato irrituale in materia societaria che preveda la nomina degli arbitri direttamente ad opera delle parti.

In altri termini, il disaccordo all'interno della Cassazione appare limitato alla configurabilità di un "doppio binario" tra l'arbitrato societario e l'arbitrato irrituale di diritto comune, posto che l'ordinanza 4 giugno 2010, n. 13664, della I Sezione (ritiene che le clausole per arbitrato irrituale in materia societaria non siano toccate dalla previsione di cui all'art. 34, comma 2, D.Lgs. n. 5/2003, ma) non nega la nullità delle clausole per arbitrato societario rituale che non contemplino il ricorso ad un soggetto terzo per la nomina degli arbitri; mentre la sentenza 9 dicembre 2010, n. 24867, della III Sezione sancisce la nullità proprio di siffatte clausole, ove riferite all'arbitrato societario rituale (estendendo poi sino a comprendere le clausole per arbitrato irrituale, sull'assunto della necessaria applicazione anche a quest'ultimo dell'art. 34 D.Lgs. n. 5/2003, quando ci si muova sul terreno del diritto societario).

7. (Segue): Permanenza del dubbio circa l'operatività di meccanismi di sanatoria delle clausole compromissorie nulle

Degno di menzione, infine, è il cenno, possibilista rispetto all'applicazione di meccanismi conservativi, operato dalla III Sezione della suprema Corte nella

sentenza 9 dicembre 2010, n. 24867, dove la tesi della nullità parziale di cui all'art. 1419 c.c. viene ricordata, ma viene altresì ritenuta irrilevante ai fini della questione in decisione, che riguardava la responsabilità disciplinare di un notaio per l'inserimento in un atto societario di una clausola nulla (nella specie, per l'inserimento, in uno statuto, di una clausola compromissoria per arbitrato, a quanto pare irrituale, che prevedeva la nomina di arbitri da parte di soci contendenti anziché da parte di un soggetto estraneo alla società come richiesto dall'art. 34 D.Lgs. n. 5/2003), in quanto la mera esistenza della nullità, «posta in essere dal notaio con la redazione della clausola nulla», già segnerebbe «il momento consumativo dell'illecito, sul quale non possono spiegare efficacia sanante, o estintiva della punibilità, rimedi predisposti dal legislatore per conservare l'atto a fini privatistici».

La tesi della nullità solo parziale della clausola, in applicazione del comma 2 dell'art. 1419 c.c., risulta peraltro assai controversa.

Un orientamento appare favorevole alla nullità parziale e all'operatività di meccanismi surrogatori rispetto a quanto invalidamente previsto dalle parti per la nomina degli arbitri⁸.

Ma ad esso si contrappone una diffusa opinione contraria⁹.

Nulla essendosi stabilito con la sentenza 9 dicembre 2010, n. 24867, permane dunque il dubbio, che si è sinora riflesso anche in un timido contrasto di giurisprudenza.

Talune rare pronunce si sono infatti espresse per la sostituzione delle norme imperative di cui al D.Lgs. n. 5/2003 o comunque per l'operatività di sistemi residuali di nomina degli arbitri da parte di un terzo estraneo¹⁰.

Mentre in senso negativo rispetto ad ogni ipotesi di sanatoria, oltre ad essersi implicitamente schierata tutta la giurisprudenza che ha dichiarato nulle *tout court* le clausole in contrasto con le nuove modalità di designazione degli arbitri, si collocano esplicitamente altre decisioni¹¹.

EUGENIO DALMOTTO

⁸ Cfr. BOGGIO, *Le clausole compromissorie statutarie alla luce dell'art. 34, 2° comma, d.lgs. n. 5/2003*, in *Riv. Arb.*, 2005, 207 e segg.; BOVE, *L'arbitrato nelle controversie societarie*, in *Giust. Civ.*, 2003, 489, il quale ritiene che se le parti nulla hanno previsto o hanno previsto un meccanismo di nomina contrastante con il d.lgs. n. 5/2003, sarebbe eccessivo ritenere «che la clausola compromissoria statutaria debba essere messa fuori gioco», dovendosi invece ritenere che il patto compromissorio resti valido e che, «in base al combinato disposto degli artt. 809, comma 3, c.p.c. e 34, comma 2, della legge in commento, il collegio debba essere composto da tre membri, i quali saranno nominati dal presidente del tribunale del luogo in cui la società ha la sede legale»; LUISO, *Sub artt. 34-36*, cit., 576 e seg.; ID., *Appunti sull'arbitrato societario*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2003, 717, il quale pure ipotizza, per effetto della nullità parziale e del meccanismo sostitutivo di cui all'art. 1419 c.c., l'intervento del presidente del tribunale, ma ex art. 810 c.p.c.

⁹ Cfr. ARIETA-DE SANTIS, *Diritto processuale societario*, Padova, 2004, 640 e seg.; AULETTA, *Sub artt. 34-37*, cit., 341; DE SANTIS, *op. cit.*, 925 e seg.; MAJORANO, *op. cit.*, 765 e seg.; NELA, *op. cit.*, 1203 e seg.; RUFFINI, *Il nuovo arbitrato per le controversie societarie*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 2004, 522; ID., *La*

riforma dell'arbitrato societario, in *Corriere Giur.*, 2003, 1530; SALI, *op. cit.*, 444; SANGIOVANNI, *L'arbitrato di diritto comune in materia societaria*, cit., 648 e segg.; SANZO, *op. cit.*, 2985 e seg.; SOLDATI, *Sub artt. 34-37, artt. 35-37, d.lgs. 5/2003*, in AMADEI-SOLDATI, *Il processo societario*, Milano, 2003, 139 e segg.; ZUCCONI GALLI FONSECA, *Sub artt. 34*, cit., 101 e segg.

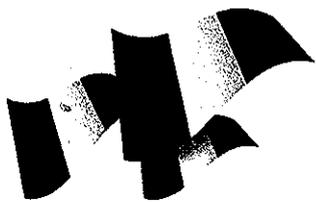
¹⁰ Cfr. Trib. Milano, 22 settembre 2006, in *Giur. It.*, 2007, 399, con nota di CERRATO; Id. Torino, 27 settembre 2004, in *Società*, 2005, 899, con nota di MORELLINI, in *Vita Notar.*, 2005, 820, con nota di COLTRARO, in *Dir. e Prat. Società*, 2005, 10, 80, con nota di SOLDATI; Arb. Unico Lucca, 17 settembre 2004, in *Riv. Arb.*, 2005, 595, con nota di OCCHIPINTI.

¹¹ Cfr. Trib. Milano, 18 settembre 2008, in *Rivista di diritto societario*, 2009, 322, con nota di CORSINI; App. Torino, 4 agosto 2006, in *Giur. It.*, 2007, 398, con nota di CERRATO, e in *Dir. e Prat. Società*, 2007, 8, 63, con nota di SOLDATI; Trib. Palmi, 11 ottobre 2004, in *Corti calabresi*, 2005, 273; Id. Latina, 22 giugno 2004, in *Società*, 2005, 93, con nota di SALAFIA; in *Notariato*, 2005, 258, con nota di GUIDOTTI, in *Dir. e Prat. Soc.*, 2005, 2, 73, con nota di SOLDATI; in *Riv. Notar.*, 2005, 603, con nota di MANULI, in *Giur. It.*, 2005, 1900, con nota di BESSO e in *Giur. Comm.*, 2006, II, 498, con nota di CERRATO.

GIURISPRUDENZA ITALIANA

www.giurit.it

FONDATA NEL 1849



1861 > 2011 > >
150° anniversario Unità d'Italia

DOTTRINA E ATTUALITÀ GIURIDICHE:



UTET
GIURIDICA

GIURISPRUDENZA ITALIANA