

# Arbitrato societario e nullità della clausola compromissoria

La Suprema Corte prende in esame per la prima volta dopo la riforma la disciplina dell'arbitrato societario affermando la nullità della clausola compromissoria statutaria non conforme all'art. 34, comma 2, D.Lgs. n. 5/2003 e negando l'applicabilità della teoria del "doppio binario".

**Corte di Cassazione - Sez. III - Sentenza 9 dicembre 2010, n. 24867**

(Presidente Morelli, Relatore Filadoro)

## LA MASSIMA

### Società di persone – Arbitrato societario – Nullità della clausola compromissoria statutaria

Una clausola compromissoria inserita negli atti societari, difforme da quella prevista dall'art. 34, D.Lgs. n. 5/2003, nella parte in cui preveda il deferimento delle eventuali controversie al giudizio di arbitri nominati anche dalle parti, deve ritenersi nulla. 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 arbitri 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.

Un atto notarile costitutivo di società di persone non può contenere una clausola compromissoria che preveda la nomina di arbitri da parte dei soci contendenti, anziché da un soggetto estraneo alla società, come richiesto dall'art. 34 D.Lgs. n. 5/2003. Il verificarsi di una simile circostanza costituisce, invero, violazione del disposto di cui all'art. 28 della legge notarile e, dunque, fonte di sanzione disciplinare ai sensi della medesima normativa. (Massima non ufficiale).

### di Nicola Soldati

PROFESSORE AGGREGATO DI DIRITTO COMMERCIALE  
ALMA MATER STUDIORUM UNIVERSITÀ DI BOLOGNA, AVVOCATO

**L**a sentenza costituisce il primo arresto della Suprema Corte in materia di arbitrato societario ai sensi dell'art. 34, comma 2, D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5<sup>(1)</sup> in ambito di società commerciali e fornisce un

interessante punto di arrivo nell'ambito dell'animato dibattito dottrinale e giurisprudenziale relativo a un tema che, dopo la riforma del diritto societario, ha visto parte della dottrina e della giurisprudenza schierata con un'interpretazione in aperto contrasto con il dato testuale del comma 2 dell'art. 34. Come è noto, l'arbitrato nascente da clausola compromissoria statutaria contempla una

(1) D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, in G.U. 22 gennaio 2003, n. 17, Suppl. Ord. n. 8, recante "Definizione dei procedimenti in materia di diritto societario e di intermediazione finanziaria, nonché in materia bancaria e creditizia, in attuazione dell'art. 12 legge 3 ottobre 2001, n. 366".



previsione che è stata foriera di una pletora di interpretazioni assai divergenti tra loro, in relazione alla validità stessa della clausola alla luce delle modalità di composizione dell'organo giudicante in essa contemplate<sup>[2]</sup>.

L'art. 34, comma 2, D.Lgs. n. 5/2003 impone che la clausola compromissoria contenuta negli atti costitutivi delle società debba prevedere il numero e le modalità di nomina degli arbitri «conferendo in ogni caso, a pena di nullità, il potere di nomina di tutti gli arbitri a soggetto estraneo alla società. Ove il soggetto designato non provveda, la nomina è richiesta al presidente del tribunale del luogo in cui la società ha la sede legale».

La codificazione di un meccanismo di nomina differente rispetto a quello disegnato dal codice di rito ha palesato la volontà del legislatore di dare vita a una vera e propria *species* di clausola arbitrale in ambito societario<sup>[3]</sup>.

La *ratio* che sta alla base della disposizione in parola, la quale sancisce la nullità della clausola statutaria che preveda la designazione degli arbitri a opera delle parti in lite, pur

sacrificando il principio della libera e paritaria partecipazione delle stesse alla nomina degli

arbitri, è, tuttavia, in grado di superare tutte le criticità procedurali relative alla potenziale pluralità di parti della controversia, garantendo, al contempo, la paritaria partecipazione delle

parti alla procedura<sup>[4]</sup> attraverso la terzietà del designatore, oltreché una maggiore imparzialità, indipendenza e neutralità del collegio arbitrale.

Ciononostante, siffatto meccanismo di nomina ha creato, anche dopo la riforma, alcune interpretazioni difformi rispetto al testo del dettato normativo.

Tuttavia, alla luce dell'interpretazione letterale della norma, che, peraltro, è quella seguita dalla decisione in commento e che appare la più corretta, la mancata previsione all'interno della clausola compromissoria statutaria della nomina degli arbitri a opera di un soggetto estraneo alla società non può che comportare la nullità dell'intera clausola arbitrale, costringendo soci e organi della società a rivolgersi all'autorità giudiziaria ordinaria per la risol-

**La legge vuole garantire  
la partecipazione paritaria delle parti  
alla procedura attraverso la terzietà  
del designatore nonché maggiore  
imparzialità, indipendenza e neutralità  
del collegio arbitrale**

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

(3) Scognamiglio, «Impugnazione delle delibere assembleari e clausola arbitrale», in *Società*, 2010, 194; Sarti, «La clausola compromissoria nelle società cooperative», in *Società*, 2010, 77; Carbone, «Circolazione di quote sociali, clausola compromissoria e violazione della clausola di prelazione», in *Diritto e Pratica delle Società*, 2009, 1403; D'Aprè, «Arbitrato societario: orientamenti di giurisprudenza dopo la riforma», in *Diritto e Pratica delle Società*, 2009, n. 4, 30; Gennari, *L'arbitrato societario*, Padova, 2009; Corsini, «Società di persone, clausola compromissoria statutaria ed arbitrabilità delle controversie in materia del rapporto sociale», in *Giur. comm.*, 2008, II, 869; Senini, «Validità delle clausole compromissorie e regime transitorio», in *Società*, 2006, 749; Soldati, «"Estraneità" dell'autorità di nomina e clausola compromissoria statutaria», in *Società*, 2006, 1155; Soldati, *Le clausole compromissorie nelle società commerciali*, Milano, 2005; Picaroni, «L'arbitrato nella riforma societaria», in *Società*, 2005, 495; Crisci, «Considerazioni sull'arbitrato in materia societaria tra ritualità e irrivalità nel quadro della riforma del processo societario di cui al D.Lgs. n. 5 del 17 gennaio 2003», in *Riv. dir. comm.*, 2005, 139; Gabrielli, «Clausola compromissoria e statuti sociali», in *Riv. dir. civ.*, 2004, 85; Sali, «Arbitrato e riforma societaria: la nuova clausola arbitrale», in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, 114; De Nova, «Controversie societarie: arbitrato societario o arbitrato di diritto comune?», in *Contratti*, 2004, 847; Arieta, De Santis, *Diritto processuale societario*, Bologna, 2004, 593; Zucconi Galli Fonseca, *Commento sub art. 34, in Carpi (a cura di), Arbitrato societario*, Bologna, 2004, 1; Soldati, «La nuova clausola compromissoria statutaria», in *Diritto e Pratica delle Società*, 2004, n. 16, 26; Luiso, «Appunti sull'arbitrato societario», in *Riv. dir. proc.*, 2003, 705; Carpi, «Profili dell'arbitrato in materia di società», in *Riv. arb.*, 2003, 411; Ricci, «Il nuovo arbitrato societario», in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2003, 523; Ruffini, «La riforma dell'arbitrato societario», in *Corr. giur.*, 2003, 1524; Zucconi Galli Fonseca, «La convenzione arbitrale nelle società dopo la riforma», in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2003, 929; Soldati, «Osservazioni a margine degli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie nella riforma del processo societario», in *Società*, 2003, 791; Corsini, «L'arbitrato nella riforma del diritto societario», in *Giur. it.*, 2003, 1285.

(4) Biavati, «Il procedimento nell'arbitrato societario», in *Riv. arb.*, 2003, pag. 31; Ricci, «Il nuovo arbitrato societario», cit., pagg. 525-526, il quale afferma: «Poiché si è in presenza di una particolare forma di giustizia del gruppo organizzato, la garanzia dell'indipendenza dell'arbitro richiede che lo stesso sia scelto da soggetto estraneo all'organizzazione societaria. Si parte qui dall'idea che la controversia, pur svolgendosi tra soggetti ben determinati, possa in realtà coinvolgere direttamente o indirettamente l'interesse di tutti i membri del gruppo e il gruppo stesso come ente; e proprio per questo si diffida delle designazioni in qualche modo legate alla scelta compiuta da membri del gruppo o da suoi organi».



zione delle controversie, fatta salva la possibilità per le parti di trovare un accordo, una volta insorta la lite, per la stipulazione di un compromesso arbitrale.

## Esame del caso al vaglio della Corte

Nella fattispecie in esame, la Suprema Corte era stata chiamata a decidere in merito alla sanzione comminata a un notaio per avere, *inter alia*, commesso centoventi violazioni dell'art. 28 della legge notarile 16 febbraio 1913, n. 89, per avere inserito in atti societari una clausola compromissoria che prevedeva il deferimento delle eventuali controversie al giudizio di tre arbitri, due dei quali nominati da ciascuna delle parti e il terzo dai due arbitri così eletti, contravvenendo, in tal modo, alla disposizione dell'art. 34, comma 2, D.Lgs. n. 5/2003, che prevede l'obbligo di estraneità del soggetto al quale viene affidato il potere di nomina degli arbitri.

In primo grado, la Commissione amministrativa regionale della Calabria, con decisione 22 ottobre 2008, aveva dichiarato il notaio responsabile di tutte le infrazioni ascrittegli. Avverso tale decisione il notaio aveva proposto reclamo e, con sentenza in data 26 maggio-23 giugno 2009, la Corte d'appello di Catanzaro aveva confermato integralmente la decisione impugnata. Anche contro tale sentenza il notaio aveva proposto gravame in Cassazione dove il ricorso veniva integralmente rigettato.

### La mancata previsione all'interno della clausola compromissoria statutaria della nomina degli arbitri ad opera di soggetto estraneo alla società comporta la nullità dell'intera clausola

## La decisione assunta

La sentenza della Suprema Corte in commento è la prima a esprimersi in ordine al tema dell'invalidità delle clausole arbitrali societarie con nomina degli arbitri rimessa alle parti in lite dopo l'introduzione dell'arbitrato societario avvenuta con il D.Lgs. n. 5/2003. La decisione si pone nell'alveo della giurisprudenza dominante<sup>(5)</sup> e viene inequivocabilmente ad affermare la nullità della clausola compromissoria contenuta all'interno dei patti sociali poiché contraria alla disposizione contenuta al comma 2 dell'art. 34 argomentando come «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 arbitri a soggetto estraneo alla società, costituisce una formulazione inequivoca, tale

da non consentire diverse interpretazioni».

Nella fattispecie, non si verteva sull'adeguamento di una clausola compromissoria statutaria preesistente alla riforma del diritto processual-societario, bensì sulla redazione di tale tipo di clausola dopo l'entrata in vigore del D.Lgs. n. 5/2003.

La Suprema Corte ha affermato correttamente l'applicabilità dell'art. 34, comma 2, alle società di persone in virtù della previsione all'interno della legge delega che aveva attribuito al Governo il potere di emanare norme in tema di arbitrato societario, con riferimento alle clausole compromissorie, contenute negli statuti delle

(5) Trib. Milano 20 aprile 2009, in Giust. a Milano, 2009, 4, 30; trib. Milano 12 marzo 2009, in Giust. a Milano, 2009, 4, 30; App. Milano 13 giugno 2008, in Foro pad., 2007, 421; trib. Trani 15 ottobre 2008, in Giurisprudenzabarese.it, 2008; trib. Parma 11 aprile 2008, in Diritto e Pratica delle Società, 2009, n. 4, 23, con nota di Soldati, «La facoltà delle parti di scelta dell'arbitrato societario»; trib. Salerno 12 aprile 2007, in Giur. comm., 2008, 4, 865; trib. Torino 6 ottobre 2006, inedita; App. Torino 4 agosto 2006, in Corr. merito, 2006, 11, 1259; trib. Milano 25 giugno 2005, in Giur. it., 2006, 8-9, 1639; coll. arb. Genova 29 aprile 2005, in Riv. arb., 2006, 169; trib. Bari 24 gennaio 2005, inedita; trib. Udine, 4 novembre 2004, in Società, 2005, 777, con nota di Soldati, «Clausole compromissorie statutarie e questioni di diritto transitorio», nella quale, peraltro, è stato affermato che «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», trib. Latina 22 giugno 2004, in Diritto e Pratica delle Società, 2005, n. 2, 73, con nota di Soldati, «Nullità della clausola compromissoria statutaria a seguito di mancato adeguamento»; trib. Trento 8 aprile 2004, in Giur. merito, 2004, 1699; trib. Trento 11 febbraio 2004 in Nuovo dir., 2005, n. 4, 275, con nota di Soldati, «Ambito di applicazione dell'arbitrato societario ex art. 34 D.Lgs. n. 5/2003 e disciplina transitoria»; contra: trib. Genova 7 marzo 2005, in Corr. merito, 2005, 759; trib. Torino 27 settembre 2004, in Diritto e Pratica delle Società, 2005, n. 10, 80, con nota di Soldati, «Validità della clausola compromissoria statutaria nel periodo transitorio».



«società commerciali» (art. 12, comma 3), riferendosi alle «società che hanno per oggetto l'esercizio di un'attività commerciale», società che, ai sensi dell'art. 2249 cod. civ., devono

costituirsi secondo uno dei tipi regolati nei capi III e seguenti del titolo V cod. civ. e, quindi, anche alle s.n.c. e alle s.a.s., evidenziando di conseguenza come il periodo

transitorio, di cui agli artt. 223-bis e 223-duodecies disp. att. cod. civ., avesse il precipuo e unico scopo di prescrivere «i tempi di adeguamento degli atti costitutivi e degli statuti delle società di capitali e delle società cooperative alle nuove disposizioni inderogabili», senza però escludere «che un tale adeguamento sia posto in essere anche dalle società di persone»<sup>(6)</sup>. Il primo comma dell'art. 34 D.Lgs. n. 5/2003 prevede espressamente che: «gli atti costitutivi delle società (...) possono, mediante clausole compromissorie, prevedere la devoluzione ad arbitri di alcune ovvero di tutte le controversie (...)».

I Supremi ermellini, dando atto di conoscere profondamente il dibattito giurisprudenziale sul punto, hanno fornito una corretta lettura del problema, peraltro già affermata in dottrina<sup>(7)</sup> e in giurisprudenza<sup>(8)</sup>, che pone alla base dell'ar-

gomentazione una particolare lettura del verbo «possono» contenuto al citato primo comma dell'art. 34.

Infatti, è stato affermato che il riferimento al

verbo «possono» non deve essere interpretato come possibilità di dare adito alla teoria del c.d. doppio binario, bensì, come già rilevato anche dalla Corte territoriale nella sentenza

impugnata, la facoltà insita in tale espressione «possono» (analoga a quella contenuta nell'art. 808 cod. civ.) «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 e il ricorso al giudice ordinario».

### Tesi della "ultrattività" delle clausole statutarie di diritto comune

Tale arresto della Suprema Corte risulta essere di fondamentale importanza poiché in grado finalmente, ove confermato nelle future pronunce, di superare la tesi del c.d. doppio binario affermata da parte della dottrina<sup>(9)</sup> e della giurisprudenza<sup>(10)</sup>, che sostengono, non

### La scelta arbitrale nell'ambito degli statuti delle società commerciali porta solo alla possibilità di scelta tra arbitrato, giustizia ordinaria e mediazione

(6) Trib. Latina 22 giugno 2004, cit., nella cui motivazione si legge: «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».

(7) Corsini, «Società di persone, clausola compromissoria statutaria ed arbitrabilità delle controversie in materia del rapporto sociale», cit., 875; Soldati, Le clausole compromissorie nelle società commerciali, cit., 32; trib. Catania 26 novembre 2004, in Nuovo diritto, 2005, n. 9, 721, con nota di Soldati, «Nomina degli arbitri nell'arbitrato societario ex art. 34 D.Lgs. n. 5/2003».

(8) Trib. Parma 11 aprile 2008, cit.

(9) Cerrato, «Arbitrato societario e "doppio binario": qualche riflessione alla luce della giurisprudenza più recente», in Banca, borsa e tit. cred., 2010, 340; Guidotti, «C'è davvero disordine normativo in tema di arbitrato di diritto comune in materia societaria?», in Giur. comm., 2009, II, 1012; Cerrato, «Arbitrato societario: nuove conferme per il "doppio binario"», in Giur. it., 2007, 2240; Cerrato, «Arbitrato societario e doppio binario: una svolta?», in Giur. it., 2007, 907; Guidotti, «L'arbitrato di diritto comune dopo la riforma del diritto societario», in Notariato, 2005, 261; Recchioni, «L'arbitrato in materia societaria fra clausola compromissoria preesistente e ius superveniens», in Riv. arb., 2004, 771; Nela, «Oggetto ed effetti di clausole compromissorie statutarie», in Chiarloni (diretto da), Il nuovo processo societario, Bologna, 2005, 933; Auletta, «La nullità della clausola compromissoria a norma dell'art. 34 D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5: a proposito di recenti (dis-)orientamenti del notariato», in Riv. arb., 2004, 361; Salafia, «Alcune questioni di interpretazione del nuovo arbitrato societario», in Società, 2004, 1457. Si segnala, altresì, che stato presentato in Senato il disegno di legge n. A.S. 1702 in data 21 luglio 2009 recante: «Interpretazione autentica degli artt. 34, 35, 36 e 37 D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5», con il quale si propone di interpretare l'art. 34 D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, nel senso della legittimità del "doppio binario".

(10) App. Napoli 14 gennaio 2009, in Banca, borsa e tit. cred., 2010, 335; App. Torino 18 settembre 2009, inedita; trib. Bari 5 novembre 2007, in Giur. merito, 2008, 1329; App. Torino 4 settembre 2007, in Guida al Diritto, 2007, n. 47, 50; trib. Bologna 25 maggio 2007, in Guida al Diritto, 2007, 45, 106; App. Torino 29 marzo 2007, in Giur. it., 2007, 10, 2237; App. Torino 8 marzo 2007, in Giur. it., 2007, 4, 906; trib. Ravenna 13 febbraio 2006, in Merito, 2006, n. 6, 10; trib. Bologna 25 maggio 2005, in Giur. it., 2006, 1640; trib. Bari 2 novembre 2006, in Giur. it., 2007, 2237; trib. Genova 7 marzo 2005, cit.



solo, l'ultrattività delle clausole compromissorie di diritto comune all'interno degli statuti delle società in considerazione del fatto che le nuove disposizioni introdotte dal D.Lgs. n. 5/2003 non sostituirebbero il sistema disegnato dal codice di rito, ma a esso si andrebbe ad aggiungere, come del resto sarebbe anche evidenziato nella relazione ministeriale al decreto legislativo<sup>[11]</sup>, ma addirittura la possibilità di predisporre statuti societari con clausole arbitrali di diritto comune anche dopo la riforma del 2003.

Alla luce di tale orientamento, oggi sconfessato dalla decisione in esame, le clausole compromissorie statutarie c.d. binarie, nelle quali la nomina degli arbitri permane in capo ai litiganti, sarebbero ancora pienamente valide ed efficaci con la conseguenza che potrebbero essere inserite negli statuti della società.

A fronte della decisione in esame, viene confermato l'orientamento dottrinale e giurisprudenziale<sup>[12]</sup> che ha affermato che la situazione delle società di fronte alla nuova disciplina dell'arbitrato sarebbe rappresentabile nei termini di opzione, come suffragato dal testo della norma che recita «possono»; infatti, ove la società volesse potere conseguire i peculiari effetti dell'arbitrato societario dovrebbe introdurre una clausola compromissoria ex art. 34 del decreto, in caso contrario, le controversie societarie continuerebbero a essere regolate dalla disciplina del codice di rito, innanzi all'autorità giudiziaria ordinaria.

**La giurisprudenza di merito  
si è già espressa sull'attività  
del notaio di ricezione e deliberazione  
di legittimità degli statuti sociali  
contenenti clausole compromissorie**

Ne consegue che l'introduzione di una clausola compromissoria di diritto comune all'interno dello statuto di una società risulta essere in aperto contrasto con il dettato normativo dell'art. 34 che - come affermato dalla Suprema Corte - costituisce «una formulazione inequivoca, tale da non consentire diverse interpretazioni».

Pertanto, risulta affermato che la corretta ricostruzione della volontà del legislatore in merito alla previsione relativa alla creazione di una nuova *species* arbitrale, che non va a sostituire il modello codicistico, porta a evidenziare come la scelta arbitrale nell'ambito degli statuti delle società commerciali porti solo alla possibilità di scelta tra arbitrato ex

D.Lgs. n. 5/2003, giustizia ordinaria e mediazione.

Per contro, l'utilizzo dell'arbitrato di diritto comune risulta, alla luce della sentenza in esame relegato alle

sole ipotesi di sottoscrizione di un compromesso arbitrale una volta insorta la lite, non essendo stato questo oggetto di alcun intervento riformatore da parte del legislatore<sup>[13]</sup>.

**La redazione dei patti sociali**

La giurisprudenza di merito aveva avuto già modo di esprimersi in merito all'attività del notaio di ricezione e deliberazione di legittimità di statuti sociali contenenti clausole compromissorie.

In particolare, per quanto attiene ai precedenti editi vi sono pronunce contrastanti: il

(11) Auletta, «La nullità della clausola compromissoria a norma dell'art. 34 D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5: a proposito di recenti (dis-)orientamenti del notariato», cit., 363-364.

(12) Trib. Parma 11 aprile 2008, cit.

(13) Si fa riferimento alle controversie nascenti dal trasferimento di partecipazioni sociali (Corsini, «Società di persone, clausola compromissoria statutaria ed arbitrabilità delle controversie in materia del rapporto sociale», cit. 874; Carpi, «Profili dell'arbitrato in materia di società», cit., 416; Nobili, «Conciliazione e arbitrato nelle controversie societarie», in atti del convegno Conciliazione e arbitrato nelle controversie societarie, Roma, 2003, 64, e a quelle nascenti all'interno di patti parasociali (Chiarloni, «Appunti sulle controversie deducibili in arbitrato societario e sulla natura del lodo», in Riv. trim. dir. e proc. civ., 2004, 133; Carpi, «Profili dell'arbitrato in materia di società», cit., 411; Ricci, «Il nuovo arbitrato societario», cit., 523; Ruffini, «La riforma dell'arbitrato societario», cit., 1525; Corsini, «L'arbitrato nella riforma del diritto societario», cit., 1290; contra Zucconi Galli Fonseca, «Commento sub art. 34», in Carpi (a cura di), Arbitrato societario, cit., 5-6; Zucconi Galli Fonseca, «La convenzione arbitrale nelle società dopo la riforma», cit., 935; Briguglio, «Conciliazione e arbitrato nelle controversie societarie», in atti del convegno Conciliazione e arbitrato nelle controversie societarie, Roma, 2003, 28-29).



tribunale di Torino<sup>[14]</sup> aveva sanzionato il notaio che aveva introdotto nei patti sociali clausole compromissorie statutarie non conformi all'art. 34, comma 2, D.Lgs. n. 5/2003. Tale decisione veniva poi riformata dalla Corte d'appello di Torino<sup>[15]</sup> che affermava la legittimità di una clausola compromissoria statutaria di diritto comune con nomina degli arbitri in capo alle parti in lite.

Successivamente, relativamente a identica vicenda riguardante altro notaio sempre la Corte d'appello di Torino riaffermava la legittimità di una clausola compromissoria statutaria di diritto comune.

## In conclusione

La Suprema Corte ha, quindi, ritenuto poco convincenti le argomentazioni della dottrina e della giurisprudenza

che sostengono l'ultrattività delle clausole compromissorie statutarie di diritto comune, arrivando ad affermare la radicale nullità delle clausole compromissorie statutarie non

conformi al disposto dell'art. 34, comma 2, D.Lgs. n. 5/2003.

La Corte afferma come lo scopo dell'art. 34 D.Lgs. n. 5/2003 «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) dell'imparzialità della decisione, consolidando l'indipendenza e l'imparzialità dell'arbitro attraverso la terzietà del designatore».

Altresì, è importante sottolineare come le intenzioni del legislatore delegante fossero

### La Cassazione non ha ritenuto convincenti le tesi di dottrina e giurisprudenza circa l'ultrattività delle clausole compromissorie statutarie di diritto comune

nel senso di aumentare le facoltà dei soci<sup>[16]</sup> e tale aumento è sicuramente stato realizzato attraverso la previsione di norme processuali *ad hoc* per l'arbitrato societario.

Per contro, ove si continuasse a sostenere, contrariamente a quanto affermato dalla Corte di Cassazione, che sia ancora possibile inserire nell'ambito dei patti sociali clausole di diritto comune, ciò significherebbe non certo aumentare le facoltà delle parti, quanto piuttosto diminuirle: basti pensare, a titolo esemplificativo, all'impossibilità nella scelta dell'arbitrato di diritto comune, di chiedere agli arbitri provvedimenti cautelari<sup>[17]</sup>.

La tesi del doppio binario, pur ispirata ad un'ampia libertà di scelta della forma di arbitrato da adottare, finirebbe però per osta-

colare la riforma, facendo perdurare lo stato di inoperatività dell'istituto, e ciò in virtù del fatto che il «possono» di cui all'art. 34 rappresenta l'alternativa della

«giurisdizione arbitrale» a quella ordinaria e non, invece, la sopravvivenza dell'arbitrato di diritto comune, tacciato, nella decisione in commento, di nullità, sulla base dell'espressa previsione della nullità della clausola compromissoria statutaria in caso di inosservanza della norma in parola.

Il fatto che la clausola compromissoria possa essere introdotta nei patti sociali a discrezione dei soci è di palmare evidenza nel testo stesso dell'art. 34 del decreto laddove espressamente il legislatore ha ritenuto di fare uso del termine «possono»<sup>[18]</sup>.

Peraltro, una diversa formulazione della nor-

(14) Trib. Torino 6 ottobre 2006, cit., aveva affermato: «La previsione della sostituzione di diritto della clausola nulla a opera della norma imperativa di cui all'art. 34 D.Lgs. n. 5/2003 con il meccanismo previsto ex art. 809 cod. proc. civ., secondo il disposto dell'art. 1419 comma 2, cod. civ. lascia sussistere la violazione dell'art. 28 legge not. perché è proprio il meccanismo di integrazione automatica di cui all'art. 1419, comma 2, cod. civ., a presupporre l'esistenza di una nullità assoluta, con la previsione di strumenti privatistici con finalità conservative dell'atto, e non incide sulla natura viziata di esso al momento della redazione dell'atto da parte del notaio (tenuto conto del carattere istantaneo dell'illecito di cui all'art. 28 n. 1 legge not.)».

(15) App. Torino 8 marzo 2007, cit.

(16) Come giustamente rileva anche Salafia, «Alcune questioni di interpretazione del nuovo arbitrato societario», cit., 1458.

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

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



ma, come forse qualcuno avrebbe sperato per maggiore chiarezza sistematica, con l'indicazione «devono», sarebbe stata palesemente incostituzionale, venendosi a configurare quella fattispecie costantemente perseguita dai giudici costituzionali e nota come arbitrato c.d. obbligatorio<sup>[19]</sup>.

Nessuna differenza può essere operata sul punto in esame tra arbitrato rituale e irrituale proprio anche in considerazione del fatto che l'inciso «anche non rituale» contenuto al comma 5 dell'art. 35 D.Lgs. n. 5/2003 «intende sottolineare proprio in un'ottica di attenuazione della distinzione tra arbitrato libero e irrituale, la possibilità del ricorso alla tutela cautelare anche in tale ipotesi di arbitrato non rituale»<sup>[20]</sup>.

### **È evidente come la clausola compromissoria possa essere introdotta nei patti sociali a discrezione dei soci**

Ma se i soci non intendano avvalersi di clausole compromissorie statutarie, in caso di controversia, potranno alternativemente rivolgere le proprie istanze al giudice ordinario, ovvero

all'arbitrato di diritto comune nascente da compromesso<sup>[21]</sup>, ovvero, da ultimo, alla mediazione ex D.Lgs. 4 marzo 2010, n. 28<sup>[22]</sup>.

Pertanto, alla luce delle

considerazioni svolte, pare potersi sostenere allo stato, conformemente alla sentenza in esame, che non è più possibile inserire negli statuti delle società commerciali clausole compromissorie difformi dalle norme inderogabili dell'art. 34 che impongono la nomina degli arbitri in capo a un soggetto estraneo alla società; ove il precetto dovesse risultare violato, la clausola dovrà ritenersi radicalmente nulla<sup>[23]</sup>.

(19) Da ultimo, Corte cost. 8 giugno 2005, n. 221, in Riv. arb., 2005, 515.

(20) Sono le parole utilizzate dalla Suprema Corte in motivazione. Contra App. Napoli 14 gennaio 2009, in Banca, borsa e tit. cred., 2010, 335, la quale afferma: «La nuova disciplina dell'arbitrato societario contenuta negli artt. 34, 35, 36 D.Lgs. 17 gennaio 2003 n. 5, non si applica agli arbitrati irrituali».

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

(22) Sul punto ci sia consentito rinviare a Soldati, «La mediazione per la risoluzione delle liti civili e commerciali», in Diritto e Pratica delle Società, n. 4, 2010, 13 e, con specifico riferimento alla materia societaria, Soldati, «Controversie societarie: ambito di applicazione e procedimento», in «La mediazione delle controversie societarie bancarie e finanziarie», monografia di Diritto e Pratica delle Società n. 3/2010, 12.

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

## **IN SINTESI**

### **SENTENZA CORTE DI CASSAZIONE - SEZ. III - 9 DICEMBRE 2010, N. 24867**

#### **IL FATTO**

L'Archivio notarile di Cosenza comminava a un notaio una sanzione pecuniaria per avere, *inter alia*, commesso centoventi violazioni dell'art. 28 della legge notarile 16 febbraio 1913, n. 89 per avere inserito in atti societari una 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, alla disposizione dell'art. 34, comma 2, D.Lgs. n. 5/2003, che prevede l'obbligo di estraneità del soggetto al quale viene affidato il potere di nomina degli arbitri.

In primo grado, la Commissione amministrativa regionale della Calabria, con decisione del 22 ottobre 2008, aveva dichiarato il notaio responsabile di tutte le infrazioni ascrittegli. Avverso tale decisione il notaio aveva proposto reclamo e, con sentenza in data 26 maggio-23 giugno 2009, la Corte d'appello di Catanzaro aveva confermato integralmente la decisione impugnata.



Anche contro tale sentenza il notaio aveva proposto gravame in Cassazione.

#### LA DECISIONE

La Corte di cassazione rigetta integralmente il ricorso, sostenendo che la clausola compromissoria inserita negli atti societari, difforme da quella prevista dall'art. 34 D.Lgs. n. 5/2003, nella parte in cui preveda il deferimento delle eventuali controversie al giudizio di arbitri nominati anche dalle parti, deve ritenersi nulla. La Suprema Corte aggiunge che 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 arbitri a soggetto estraneo alla società, costituisce una formulazione inequivoca, tale da non consentire diverse interpretazioni; ne consegue che la tesi del «doppio binario» non trova alcuna giustificazione nella legge.

Da ultimo, con particolare riferimento all'attività del notaio, la Corte afferma che un atto notarile costitutivo di società di persone non

può contenere una clausola compromissoria che preveda la nomina di arbitri da parte dei soci contendenti, anziché da un soggetto estraneo alla società, come richiesto dall'art. 34 D.Lgs. n. 5/2003. Il verificarsi di una simile circostanza costituisce violazione del disposto di cui all'art. 28 della legge notarile e, dunque, fonte di sanzione disciplinare ai sensi della medesima normativa.

#### I PRECEDENTI

Non risultano precedenti in termini.

## I FORMULARI DI GUIDA AL DIRITTO

**NOVITÀ**



### FORMULARIO DEL CONSUMATORE

C. De Stefanis, D. Marinelli

Il volume, con oltre 130 formule, si pone come imprescindibile strumento di tutela per i consumatori e gli operatori del diritto, specialmente dopo l'introduzione nel nostro ordinamento della Class action, l'azione collettiva risarcitoria. In particolare tra le materie si segnalano: assicurazione e responsabilità civile da circolazione dei veicoli, banche, credito al consumo, prodotti difettosi, telefonia, utenze domestiche, pubblicità, privacy, viaggi e turismo. Si tratta dunque di uno strumento agile che consente di reperire in tempo reale schemi di atti, contratti, richieste, reclami e denunce, e permette una loro pronta utilizzazione. Ogni formula presenta interessanti e originali spunti di approfondimento e si distingue per l'efficacia delle icone, concepite per meglio illustrare i temi trattati: i soggetti interessati, i richiami normativi e giurisprudenziali. Inoltre ogni sezione contiene una premessa sistematica dell'istituto di riferimento trattato. Nel Cd-Rom allegato tutte le formule personalizzabili.

Pagg. 324 + CD-Rom – € 49,00

GRUPPO 24 ORE

Il prodotto è disponibile anche nelle librerie professionali. Trova quella più vicina all'indirizzo

[www.libreria.ilsolo24ore.com](http://www.libreria.ilsolo24ore.com)