

Arbitrato societario

## «Estraneità» dell'autorità di nomina e clausola compromissoria statutaria

TRIBUNALE DI MILANO, Sez. VIII, 7 luglio 2005  
Pres. Ciampi - Rel. D'Isa - O.G. c. Edil-Mat Orsini s.r.l.

*Procedimenti societari - Arbitrato societario - Società a responsabilità limitata - Impugnazione di delibera assembleare - Clausola compromissoria statutaria - Nomina arbitri - Validità - Modifica patti sociali*

(Art. 34, D.Lgs. n. 5/2003)

- I. Il concetto di estraneità contenuto all'art. 34 del D.Lgs. n. 5/2003, intende consolidare l'indipendenza e l'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.
- II. Il requisito dell'estraneità rispetto alla società appare rispettato allorquando il designatore sia individuato funzionalmente con riferimento ad un soggetto investito di una determinata carica.
- III. È manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 36, comma 6, del D.Lgs. n. 5/2003, nella parte in cui prevede l'introduzione di una clausola compromissoria statutaria con deliberazione assunta a maggioranza dei soci anziché all'unanimità.
- IV. La scelta da parte del singolo di appartenenza ad un 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.

### Il Tribunale (omissis).

**I**l 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 precostituzione «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 di-

screzionalità 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. 24, 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 conferire «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 quan-

do, come nella fattispecie, il designatore sia individuato con riferimento ad un soggetto investito di una determinata carica (potendo compunse 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 giugno 2002, n. 9281 - ord.), di improcedibilità delle domande svolte in causa dall'attore.

(omissis).

## IL COMMENTO

di Nicola Soldati

***La riforma del processo societario ha introdotto una modalità di nomina degli arbitri differente rispetto a quella prevista dal codice di rito, imponendo che tutti gli arbitri siano nominati da un soggetto estraneo rispetto alla società; altresì sono state disciplinate le maggioranze necessarie per deliberare l'introduzione e***

***la soppressione delle clausole compromissorie negli statuti delle società.***

**I. - II.** A quanto consta, la sentenza del Tribunale di Milano in esame costituisce uno dei primi arresti in tema di estraneità dell'organo di nomina degli arbitri

nell'ambito dell'arbitrato nascente da clausola compromissoria statutaria.

Come è noto, in base alla nuova disciplina del processo societario (1), introdotta con il D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, (2) l'arbitrato nascente da clausola compromissoria statutaria contempla una previsione tanto innovativa quanto foriera di interpretazioni assai divergenti tra di loro, in relazione alle modalità di composizione del collegio arbitrale (3).

L'art. 34, comma 2, del decreto impone, infatti, 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 nuovo meccanismo di nomina che, nelle sue fondamentali caratteristiche, viene a differenziarsi nettamente rispetto a quello dettato dal codice di rito, anche dopo la recente novellazione (4), così nettamente che è stato affermato che il legislatore abbia voluto dare vita ad una vera e propria *species* di clausola arbitrale in ambito societario la quale, per certi aspetti, come detto, si pone in aperto contrasto con le previsioni contenute all'interno del codice di procedura civile dettate in tema di arbitrato (5).

Nella sua configurazione l'art. 34, comma 2, sancendo la nullità della clausola che preveda la designazione degli arbitri ad opera delle parti, da un lato, viene a sacrificare il principio della libera e paritaria partecipazione delle stesse alla nomina dei componenti del collegio arbitrale, ma, dall'altro, è in grado di garantire, la paritaria partecipazione delle parti alla procedura (6), nonché la terzietà del collegio arbitrale, oltre che di superare la problematica relativa alla potenziale pluralità di parti della controversia.

Infatti, sulla scorta di una interpretazione rigidamente letterale, che, peraltro, appare la più corretta e conforme agli orientamenti della giurisprudenza maggioritaria fino ad oggi sviluppatasi (7), la mancata previsione

(4) D.Lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, in G.U. 15 febbraio 2006, n. 38, recante: «Modifiche al codice di procedura civile in materia di processo di cassazione in funzione nomofilattica e di arbitrato, a norma dell'art. 1, comma 2, L. 14 maggio 2005, n. 80».

(5) Corsini, *La nullità della clausola compromissoria statutaria e l'esclusività del nuovo arbitrato societario*, in *Giur. comm.*, 2006, I, 809; Soldati, *Le clausole compromissorie nelle società commerciali*, Milano, 2005; Crisci, *Considerazioni sull'arbitrato in materia societaria tra ritualità e irritualità nel quadro della riforma del processo societario di cui al D.Lgs. n. 5 del 17 gennaio 2003*, in *Riv. dir. comm.*, 2005, 139; Salvaneschi, *L'oggetto del nuovo diritto societario*, in *Studi in onore di Giuseppe Tarzia*, III, Milano, 2005, 2207; Ghirga, *Gli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie nel quadro della riforma del diritto societario*, in *Studium iuris*, 2005, 51; Morellini, *Le parti e l'oggetto dell'arbitrato societario*, in questa *Rivista*, 2005, 79; Picaroni, *L'arbitrato nella riforma societaria*, ivi, 2005, 495; Chiarloni, *Appunti sulle controversie deducibili in arbitrato societario e sulla natura del lodo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, 123; 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; Zoppini, *I diritti «disponibili» relativi al rapporto sociale*, in *Riv. soc.*, 2004, 1173; De Nova, *Controversie societarie: arbitrato societario o arbitrato di diritto comune?*, in *I Contratti*, 2004, 847; Danovi, *L'arbitrato nella riforma del diritto processuale societario*, in *Dir. giur.*, 2004, 561; Galletto, *L'arbitrato nel diritto societario: cosa cambia con la riforma*, in *Foro pad.*, 2003, II, 56; Arieta, De Santis, *Diritto processuale societario*, Padova, 2003, 593; Zucconi Galli Fonseca, *Commento sub art. 34*, in Carpi (a cura di), *Arbitrato societario*, Bologna, 2004, I; Soldati, *La nuova clausola compromissoria statutaria*, in *Dir. prat. soc.*, 2004, n. 16, 26; Rubino Sammartano, *Diritto speciale dell'arbitrato societario*, in *Foro pad.*, 2003, II, 1; 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; Lombardini, *L'arbitrato societario alla luce della recente riforma*, in *Studium iuris*, 2003, 825; 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 questa *Rivista*, 2003, 791; Corsini, *L'arbitrato nella riforma del diritto societario*, in *Giur. it.*, 2003, 1285. Con riferimento alla possibile coesistenza di clausole arbitrali societarie e clausole arbitrali di diritto comune si veda: Nela, *Oggetto ed effetti di clausole compromissorie statutarie*, in Chiarloni (diretto da), *Il nuovo processo societario*, cit., 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 questa *Rivista*, 2004, 1457; Recchioni, *L'arbitrato in materia societaria fra clausola compromissoria preesistente e ius superveniens*, in *Riv. arb.*, 2004, 711.

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

(7) Trib. Milano 4 maggio 2005, in *Giur. it.*, 2005, 1653; Trib. Bari 24 gennaio 2005, in [www.giurisprudenzabarese.it](http://www.giurisprudenzabarese.it); Trib. Catania 26 novembre 2004, in *Nuovo dir.*, 2005, 721, con nota di Soldati, *Nomina degli arbitri nell'arbitrato societario ex art. 34 D.Lgs. n. 5 del 2003*; Trib. Udine 4 novembre 2004, in questa *Rivista*, 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 *Dir. prat. soc.*, 2005, n. 2, 73, con nota di Soldati, *Nullità della clausola compromissoria statutaria a* (segue)

#### Note:

(1) Chiarloni (diretto da), *Il nuovo processo societario*, Bologna, 2004; Arieta, De Santis, *Diritto processuale societario*, Padova, 2004; Amadei, Soldati, *Il processo societario. Prima lettura sistematica delle novità introdotte dal D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5*, Milano, II ed., 2004; Alpa, Galletto (a cura di), *Processo, arbitrato e conciliazione nelle controversie societarie, bancarie e del mercato finanziario. Commento al D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5*, Milano, 2004; Sassani (a cura di), *La riforma delle società. Il processo*, Torino, 2003; Colantuoni, Fabiani, Norelli, Picaroni, Rubino, Vivaldi, *I procedimenti* (D.Lgs. 17 gennaio 2003 n. 5), Milano, 2003.

(2) 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 L. 3 ottobre 2001, n. 366».

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

all'interno della clausola compromissoria statutaria della nomina degli arbitri ad opera di un soggetto estraneo alla società, prevista sotto pena di nullità, comporta la nullità dell'intera clausola arbitrale, costringendo soci ed organi della società a rivolgersi all'autorità giudiziaria ordinaria per la risoluzione delle controversie, fatta salva, evidentemente, la possibilità di trovare un accordo, una volta insorta la lite, per la stipulazione di un compromesso arbitrale.

È evidente che la nullità dell'intera clausola arbitrale, a seguito del mancato rispetto del meccanismo di nomina degli arbitri, può apparire una sanzione oltremodo penalizzante e contraria al *favor arbitrati* che traspare dai nuovi disposti (8); tuttavia, l'evidente intento del legislatore di fornire una soluzione definitiva alle problematiche relative alla plurisoggettività delle controversie sociali è più che meritevole e condivisibile.

Ciononostante, siffatto meccanismo di nomina dell'arbitro unico o del collegio arbitrale nasconde insidie maggiori di quelle che possono emergere da una prima semplice lettura della norma, così come si evince anche nel caso sottoposto all'attenzione dei giudici del Tribunale di Milano.

Nel caso di specie, infatti, la clausola compromissoria introdotta nello statuto della società risultava essere perfettamente valida e conforme ai disposti introdotti dalla normativa processual-societaria di cui all'art. 34 del decreto, prevedendo, seppure in modo alquanto singolare, la nomina della terna arbitrale in capo a tre differenti autorità di nomina tutte estranee rispetto alla società, vale a dire il Presidente del Tribunale, il Presidente della CCIAA ed il Presidente dell'Ascomed Provinciale di Milano, sindacato di categoria, a cui la società era associata.

Contro quest'ultima autorità di nomina si erano diretti gli strali della parte che tentava di inficiare la validità della clausola arbitrale nel tentativo di salvare il procedimento instaurato dinanzi al Tribunale di Milano, in luogo del collegio arbitrale, alla luce della eccezione di compromesso sollevata dalla difesa della società convenuta.

Il Tribunale di Milano è stato, quindi, chiamato ad esprimersi in ordine alla «estraneità», rispetto alla società, di un sindacato di categoria quale autorità di nomina. Al riguardo, i giudicanti, dopo avere giustamente rilevato come la norma contenuta all'art. 34 del decreto non fornisca alcuna definizione del concetto di estraneità, hanno ritenuto perfettamente salvo il requisito di validità indicato dalla legge nel caso *de quo*, in considerazione del fatto che il designatore è stato «individuato con riferimento ad un soggetto investito di una determinata carica» e non, invece, individuato come persona fisica, circostanza questa che avrebbe potuto inficiare l'estraneità laddove tale persona fisica avesse avuto legami contrattuali e/o professionali con la società, ovvero legami parentali con taluni dei soci.

Tale interpretazione ha indubbiamente il pregio di

evitare una patologica dilatazione del concetto di estraneità dell'autorità di nomina tale da farla assurgere ad «una sorta di neutralità ideologica, difficilmente riconoscibile ed eccessivamente enfaticamente il ruolo che è - e rimane - pur sempre quello di mero designatore» di uno o più arbitri, poiché, a tutela dell'indipendenza e dell'imparzialità dell'arbitro, sono state poste da parte dell'ordinamento le norme in tema di ricsuzione dell'arbitro, oggi disciplinate, in materia arbitrale, esclusivamente dall'art. 815 c.p.c., nonché quelle deontologiche previste dagli ordini o collegi professionali di eventuale appartenenza degli arbitri.

Altresì, in relazione all'autorità di nomina individuata in un sindacato di categoria a cui aderisce la società convenuta e che è istituzionalmente deputato alla tutela degli interessi delle società associate, il Tribunale di Milano ha rilevato che, in quanto tale, in capo al sindacato, a differenza di quello che può accadere in una controversia di lavoro, non può essere presupposta «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 un'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».

Pertanto, alla luce di tale considerazioni, il meccanismo di nomina del collegio arbitrale nella società *de quo* è stato ritenuto pienamente valido ed in conformità con la previsione dell'art. 34 del D.Lgs. n. 5 del 2003, di talché il Tribunale ha accolto l'eccezione di compromesso sollevata dalla società convenuta ed ha dichiarato l'improcedibilità della domanda attorea, essendo rimesso il relativo giudizio alla cognizione degli arbitri.

**III. - IV.** Nell'ambito del medesimo giudizio, il Tribunale di Milano è stato chiamato anche ad esprimersi in merito ad una questione di legittimità costituzionale sollevata da parte attrice con riferimento all'introduzione, all'interno dello statuto della società convenuta, di una clausola compromissoria statutaria, con il voto favorevole dei due terzi del capitale sociale, in conformità all'ultimo comma dell'art. 34 del D.Lgs. n. 5 del 2003.

Tale presunta incostituzionalità della norma era stata denunciata in virtù del fatto che un'introduzione a

#### Note:

(segue nota 7)

seguito di mancato adeguamento; Coll. Arb. Biella 24 maggio 2004, in *Riv. arb.*, 2004, 767, con nota di Recchioni, *L'arbitrato in materia societaria fra clausola compromissoria preesistente e ius superveniens*; Trib. Trento 8 aprile 2004, in *Giur. mer.*, 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 del D.Lgs. n. 5/2003 e disciplina transitoria*; contra: Trib. Genova 7 marzo 2005, in *Corr. mer.*, 2005, 759; Trib. Torino 27 settembre 2004, in *Dir. prat. soc.*, 2005, n. 10, 80, con nota di Soldati, *Validità della clausola compromissoria statutaria nel periodo transitorio*.

(8) Basti pensare all'allargamento dei poteri degli arbitri di cui all'art. 35 del decreto.

maggioranza della clausola arbitrale all'interno dei patti sociali distoglierebbe dal Giudice naturale, consentendo una «precostituzione domestica, con lesione dei principi di imparzialità e indipendenza del giudice».

Come è noto, la nuova disciplina del processo societario ha previsto, all'ultimo comma dell'art. 34, che le modifiche dell'atto costitutivo volte all'introduzione od alla soppressione di una clausola compromissoria debbano essere approvate con una maggioranza che rappresenti almeno i due terzi del capitale sociale, fatta salva la possibilità per i soci assenti o dissenzienti di esercitare il diritto di recesso nel termine di novanta giorni (9).

Nella pratica, la clausola compromissoria può essere introdotta, non solamente all'atto della costituzione della società, ma anche in un qualsivoglia momento successivo, come nel caso di specie, mediante un'apposita modificazione dei patti sociali, con la conseguenza che possono emergere contestazioni in ordine ai *quorum* deliberativi necessari per effettuare tali modifiche.

Fino all'entrata in vigore del D.Lgs. n. 5 del 2005, per le società in cui vigeva, in mancanza di contraria disposizione pattizia *ex art.* 2252 c.c., la regola dell'unanimità per le modifiche del contratto sociale, non sembravano intravedersi particolari difficoltà, visto che la clausola doveva essere approvata specificatamente da ciascun socio, anche per iscritto, pure se solo ai fini dell'iscrizione nel Registro delle imprese. Per contro, quando nelle società di persone fosse stata prevista la regola della maggioranza, oppure nel caso delle società di capitali o cooperative dove tale regola era espressamente prevista dalla legge agli artt. 2368, 2369, 2480 e 2538 c.c., la modifica dello statuto non richiedeva l'espressa approvazione da parte del singolo socio (10), ma ciò non influiva, comunque, sulla forma scritta, requisito che poteva dirsi sicuramente rispettato anche dalla presenza del notaio verbalizzante.

La codificazione di queste nuove modalità operative consente, quindi, sicuramente di dissipare buona parte dei dubbi sollevati in giurisprudenza sulla necessità del consenso di tutti i soci per l'introduzione o modificazione dell'accordo arbitrale nei patti sociali (11), dubbi che, nel caso di specie, hanno costituito la base delle doglianze di legittimità costituzionale della norma sollevate da parte attrice.

In dottrina (12) è stato affermato che il nuovo *quorum* dei due terzi troverebbe applicazione solamente con riferimento alla introduzione e soppressione delle clausole compromissorie statutarie, applicandosi, per contro, alle semplici modifiche delle clausole compromissorie gli ordinari *quorum* dell'assemblea straordinaria, e ciò alla luce della considerazione che tale modifica sarebbe, a tutti gli effetti, equiparabile a quella di una qualsivoglia altra clausola statutaria. Pertanto, in base a tale orientamento, in caso di semplice modifica della clausola compromissoria, non spetterebbe al socio assente o dissenziente il diritto di recesso.

In questo senso, la norma viene, quindi, a porre la

clausola compromissoria sullo stesso piano di una qualsiasi altra clausola statutaria la cui soppressione od introduzione non richiede più l'unanimità dei consensi, bensì una particolare maggioranza in sede di assemblea straordinaria, e ciò, forse, sottovalutando la circostanza che la clausola compromissoria costituisce un negozio giuridico autonomo rispetto allo statuto a cui accede, il quale necessiterebbe, pertanto, di specifica approvazione da parte del socio. Per contro, il diritto di recesso accordato al socio assente o dissenziente viene ad introdurre una nuova fattispecie di recesso, tradizionalmente legato alla modifica di essenziali aspetti strutturali ed organizzativi della società.

In questo senso, la previsione dell'art. 34 si pone in sintonia con la volontà del legislatore delegante di consentire ai soci ulteriori ipotesi di recesso, basti pensare anche alla facoltà di recedere in caso di proroga della durata della società.

Sul punto il Tribunale di Milano ha posto in luce il fatto 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».

Infatti, «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».

Qualche dubbio di costituzionalità è stato sollevato in dottrina (13) relativamente all'introduzione o soppressione a maggioranza di una clausola compromissoria. Mentre la prima ipotesi può ritenersi, nella pratica, alquanto marginale, essendo assai limitato il numero degli statuti che non contengono *ab origine* una clausola com-

#### Note:

(9) Galletto, *L'arbitrato nel diritto societario: cosa cambia con la riforma*, cit., 56.

(10) App. Bologna 22 febbraio 1997, in questa *Rivista*, 1997, 1156, con nota di Stesuri, *Sul regime di modificabilità delle clausole arbitrali societarie*.

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

(12) Condò, *Clausole compromissorie statutarie*, in AA.VV., *Il nuovo ordinamento delle società*, Milano, 2003, 525, è la tesi, peraltro, sostenuta dalla Scuola del notariato della Lombardia; AA.VV., *Le massime del consiglio notarile di Milano*, Milano, 2005.

(13) Ruffini, *La riforma dell'arbitrato societario*, cit., 1529.

promissoria, dall'altra parte, l'ipotesi di soppressione della clausola può senza dubbio abbracciare una casistica potenzialmente più ampia (14). Infatti, l'introduzione a maggioranza della clausola compromissoria potrebbe essere ritenuta in contrasto con l'art. 2 della Costituzione, alla luce del quale il diritto ad agire ed il diritto al giudice naturale precostituito (artt. 24 e 25 Cost.) sono riconosciuti e garantiti ai singoli ed alle formazioni sociali (15).

Al riguardo, il Tribunale di Milano ha giustamente evidenziato 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», nonché «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».

Ne consegue che se il legislatore ha voluto determinare un *quorum* deliberativo all'interno di una norma processuale, con specifico riferimento alle modifiche relative ad una clausola oggi presente nella quasi totalità dei patti sociali, tale *quorum* non può che avere, quindi, un'incidenza su quelli ordinariamente stabiliti nei diversi tipi di società dal codice civile.

Pertanto, occorre valutare se il decreto legislativo n. 5 del 2003 possa essere considerato norma speciale rispetto alle regole del codice civile: ove questa interpretazione fosse ritenuta corretta, come pare esserlo per specialità delle fonti (16), allora la maggioranza di almeno i due terzi richiesta dal comma 6 dell'art. 34 del decreto medesimo verrebbe a derogare alla disciplina generale dettata dall'art. 2252 c.c. per le società di persone (17), che richiede l'unanimità dei consensi per la modifica dell'atto costitutivo, ove non diversamente pattuito all'interno dell'atto costitutivo (18).

Al contrario, sostenendo che la regola dei patti sociali, relativamente al *quorum* deliberativo, prevale sempre su quella determinata dall'ultimo comma dell'art. 34, significherebbe porre nel nulla la nuova regola processuale, salvo non volerla interpretare come limite minimo di consensi richiesti.

Nella pratica ciò starebbe a significare che, ove nelle società di persone fosse seguita la regola codicistica, sarebbe sempre necessaria l'unanimità dei consensi, mentre, al contrario, se, a titolo esemplificativo, fosse pattiziamente prevista la maggioranza semplice, per la modifica della clausola compromissoria sarebbe, invece, sempre necessaria la volontà di tanti soci che rappresentino almeno i due terzi del capitale sociale (19).

Tuttavia questa interpretazione si troverebbe in contrasto e, al contempo, verrebbe a spogliare di significato l'ultima parte del sesto comma dell'art. 34 dove si legge che il socio assente o dissenziente può esercitare il diritto di recesso.

Vieppiù, dopo la riforma del diritto societario, la previsione dell'art. 2252 c.c. dovrebbe essere letta nel senso che anche la legge può prevedere *quorum* diversi dall'u-

nanimità dei consensi (20): ciò accade, in particolare, all'art. 2500 *ter* c.c., relativamente alla trasformazione di una società di persone in società di capitali (21), nonché all'art. 2502 c.c., in materia di decisione in ordine alla fusione (22), dove si prevede che la decisione possa essere assunta con il voto favorevole della maggioranza dei soci, secondo la parte attribuita a ciascuno negli utili.

In entrambe le fattispecie, la deroga al regime dell'art. 2252 c.c. proviene da norma di rango equivalente,

#### Note:

(14) Non si ritiene necessario procedere alla soppressione delle clausole compromissorie nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio ex art. 2325 *bis* c.c. alla luce della disposizione dell'art. 34, comma 1, poiché queste, non potendo essere applicabili, risultano solamente inefficaci.

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

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

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

(18) Lo stesso principio è stato più volte ribadito anche in giurisprudenza con riferimento a tutti i tipi di società di persone: v. Trib. Milano 31 maggio 2001, in questa *Rivista*, 2002, 372; Trib. Cagliari 13 aprile 2001, in *Riv. giur. sarda*, 2002, 51; Cass. 12 giugno 1996, n. 5416, in *Giust. civ.*, 1997, I, 157; Cass. 10 maggio 1984, n. 2860, in *Dir. fall.*, 1984, II, 728; Pret. Cuneo 7 marzo 1983, in *Giur. comm.*, 1983, II, 925, nota di Cottino, Ghiozzi, *Sulla modificazione a maggioranza del contratto di società in accomandita semplice e sulla nomina di un secondo accomandatario contro la volontà del primo*.

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

(20) Auletta, Salanitro, *Elementi di diritto commerciale*, Milano, 2003, 75 dove si afferma che «il contratto sociale può essere modificato soltanto con il consenso di tutti i soci, a meno che nella legge o nello stesso contratto non sia stabilito diversamente».

(21) Marasà, *Sprunti sulla nuova disciplina di trasformazioni e fusioni*, in *Giur. comm.*, 2004, I, 784; Cagnasso, *Commento sub art. 2500 *ter* - 2500 quinquies*, in *Il nuovo diritto societario*, Commentario diretto da Cottino, Bonfante, Cagnasso, Montalenti, Bologna, 2004, III, 2258; Spena, *Commento sub art. 2500 *ter**, in Sandulli, Santoro (a cura di), *La riforma delle società*, Torino, 2003, 370; Galgano, *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, a cura di Galgano, Padova, 2003, 518.

(22) Cagnasso, *Commento sub art. 2502 - 2502 bis*, in *Il nuovo diritto societario*, Commentario diretto da Cottino, Bonfante, Cagnasso, Montalenti, cit., 2258.

in quanto contenuta sempre all'interno del codice civile. Alla luce di questa tesi, non pare possano esservi ostacoli nell'affermare che anche una *lex specialis* di natura processuale, quale il decreto legislativo n. 5 del 2003, sia in grado di derogare la disciplina legale dell'art. 2252 c.c. (23), una volta che il dogma dell'unanimità dei consensi per la modifica dell'atto costitutivo, derogabile unicamente per volontà pattizia di tutti i soci, che preveda un diverso *quorum*, risulti oggi essere stato superato anche dalla espressa volontà dello stesso legislatore, proprio all'interno del codice civile (24).

Ad ulteriore conferma di questo orientamento appare anche la *ratio* stessa della disposizione in parola che è chiaramente quella di tutelare la minoranza nei confronti della maggioranza, affinché la prima non sia costretta a subire una, più o meno, radicale modifica del regime processuale, da e nei confronti della società e degli altri soci (25), senza che, tuttavia, possa parlarsi di lesione di rango costituzionale.

Ad ogni buon conto, al fine di accordare al socio una congrua tutela dinanzi a possibili abusi della maggioranza (26) al sacrificio del principio dell'unanimità dei consensi, è stato previsto il rimedio per il socio assente o dissenziente di recedere dalla società.

Alla luce di quanto sopra, ne consegue che nelle società di persone le modifiche dell'atto costitutivo introduttive o soppressive di clausole compromissorie dovranno essere adottate sempre da almeno i due terzi dei soci, vale a dire con un *quorum* anche inferiore rispetto a quello ordinariamente previsto dal codice civile, ovvero superiore rispetto a quello pattiziamente convenuto all'interno dell'atto costitutivo per la modifica dei patti sociali (27).

Lo stesso ragionamento vale nelle società di capitali, dove il *quorum* necessario potrà risultare pure superiore a quello ordinariamente richiesto per le modificazioni dell'atto costitutivo. In particolare, come è noto, nelle società a responsabilità limitata, salvo diversa disposizione dei patti sociali, l'assemblea delibera, sulla base del combinato disposto degli artt. 2479 *bis*, comma 3, e 2479, comma 2, n. 4, c.c., con il voto favorevole dei soci che rappresentano almeno la metà del capitale sociale. Nelle società per azioni, in base all'art. 2368 c.c., le modifiche dei patti sociali vengono deliberate, dall'assemblea straordinaria in prima convocazione, con il voto favorevole di tanti soci che rappresentano più della metà del capitale sociale, salvo che lo statuto non richieda una maggioranza più elevata. In seconda convocazione, l'assemblea straordinaria, che è regolarmente costituita con la partecipazione di oltre un terzo del capitale sociale, delibera con il voto favorevole di almeno i due terzi del capitale sociale rappresentato in assemblea; lo statuto può richiedere, comunque, maggioranza più elevate.

Più in generale, in conclusione, nelle società di capitali, alla luce delle disposizioni introdotte dalla riforma, potrebbe essere ipotizzabile una apposita previsione pat-

tizia in base alla quale i soci potrebbero determinare il necessario *quorum* deliberativo per le modifiche attinenti all'atto costitutivo che riguardano la clausola compromissoria, *quorum* che, peraltro, nelle sole società a responsabilità limitata, potrebbe essere determinato da un minimo di almeno i due terzi ad un massimo dell'unanimità dei consensi (28).

#### Note:

(23) Olivieri, Presti, Vella, *Il diritto delle società*, Bologna, 2004, 366.

(24) Interessante è anche il dibattito dottrinale con riferimento al principio di unanimità e principio di maggioranza nelle deliberazioni dei soci nelle società di persone. Infatti, l'art. 2252 c.c. regola solamente le modificazioni dell'atto costitutivo, mentre il codice tace sui *quorum* necessari per l'assunzione delle altre deliberazioni aventi oggetto diverso dalla modificazione dell'atto costitutivo. Per tutti v. Galgano, voce *Società semplice*, in *Dig. disc. priv.*, sez. *comm.*, Torino, 1997, XIV, 438.

(25) Luiso, *Appunti sull'arbitrato societario*, cit., 707.

(26) Invero, peraltro, poco immaginabili in relazione alla introduzione o soppressione di clausole compromissorie statutarie.

(27) *Contra* Corsini, *L'arbitrato nella riforma del diritto societario*, cit., 1291, il quale ritiene non applicabile alle società di persone tale previsione, 1292.

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