

I) ITALIANA

Sentenze annotate

CORTE DI CASSAZIONE, Sez. I civ., sentenza 30 marzo 2007, n. 7972 — *Losavio Pres.; Scuro Est.; C.O.L.T.A. - Cooperativa Lavoratori Tubi per Acque-*
dotti r.l. c. S.G.

Arbitrato - Clausola compromissoria statutaria - Nomina arbitri - Imparzialità - Terzietà - Collegio sindacale - Società - Società cooperativa - Nullità.

La clausola compromissoria, contenuta nello statuto di una società cooperativa, che deferisca le controversie tra la società e i soci ad un collegio arbitrale formato dai sindaci della società, è nulla per difetto del requisito dell'imparzialità degli arbitri (essenziale tanto nel caso di arbitrato rituale, quanto in quello di arbitrato libero), in quanto i sindaci, oltre alla funzione di controllo — che, peraltro, rappresenta anch'essa un aspetto dell'amministrazione dell'ente societario — hanno un potere di iniziativa analogo a quello degli amministratori, congiuntamente o in sostituzione o unione con essi, di modo che il collegio sindacale assume una importante partecipazione nella vita societaria e nell'elaborazione del relativo indirizzo, il che rende oggettivamente incompatibile, da parte dei componenti di tale organo, l'esercizio di una funzione « terza », quale quella di giudicare le predette controversie.

CENNI DI FATTO. — I. Con atto notificato il 1° aprile 1992 il signor S.G., socio della cooperativa di lavoro C.O.L.T.A. a r.l., impugnava davanti al Tribunale di Bari la delibera di detta società con la quale egli è stato escluso dal sodalizio per sopravvenuta inidoneità fisica, conseguente ad infortunio, a svolgere le abituali mansioni di lavoro. L'attore chiedeva l'annullamento della delibera di esclusione per difetto dei presupposti di fatto con i quali la stessa è stata motivata e la condanna di controparte alla corresponsione dei salari ingiustamente non percepiti, al risarcimento del danno e alla reintegrazione nel posto di lavoro.

La Cooperativa resiste alla domanda, eccependo l'incompetenza del giudice adito, stante la previsione contrattuale di una clausola compromissoria che demanda ogni controversia tra socio ed ente alla decisione del collegio sindacale in

funzione di collegio arbitrale e, nel merito, deducendo l'infondatezza della domanda.

II. Il Tribunale di Bari, sospesa l'esecuzione della delibera impugnata e disposta consulenza tecnica d'ufficio di natura medico legale, con sentenza del 4 ottobre 1999, ritenuta la nullità della clausola compromissoria, annulla la delibera di esclusione, rigettando ogni altra domanda del S. Propone appello la Cooperativa convenuta, ribadendo le difese già svolte in primo grado e lamentando l'errata valutazione delle risultanze peritali da parte del primo giudice, che, contrariamente a quanto ritenuto in sentenza, conferma lo stato di inabilità al lavoro del socio escluso. Resiste all'appello il S., che, con appello incidentale, chiede l'accoglimento delle domande rigettate dal primo giudice.

III. La Corte di appello di Bari, con sent. n. 970/02 del 19 novembre 2002, rigetta l'appello della Cooperativa e, in parziale accoglimento dell'appello incidentale, condanna la C.O.L.T.A. a pagare al S., a titolo di risarcimento del danno, la somma di € 5.165.000, con rivalutazione e interessi legali sul capitale rivalutato dalla domanda all'effettivo pagamento, confermando nel resto la sentenza impugnata. A fondamento della sentenza la Corte di merito afferma che:

a) la clausola compromissoria contempla una fattispecie di arbitrato rituale, come è possibile desumere dalla previsione statutaria dell'impugnabilità del lodo ai sensi degli artt. 827 ss. c.p.c., applicabili solo agli arbitrati rituali, e pertanto deve essere considerata nulla, come ritenuto dai giudici di primo grado, in quanto, non essendo stato costituito il collegio dei probiviri, la controversia dovrebbe essere decisa, secondo la previsione statutaria, dal collegio sindacale, non nominato dai soci all'unanimità e tenuto conto che la clausola stessa è intesa a costituire una competenza arbitrale esclusiva in materia di controversie di lavoro, in violazione dell'art. 409 c.p.c., e art. 808 c.p.c., comma 2;

b) nel merito, il S. è stato ritenuto pienamente idoneo al lavoro a seguito di ampia ed esauritiva indagine peritale, mentre l'appellante ha ritenuto il socio non più idoneo a svolgere attività lavorativa sulla base di una valutazione sommaria ed arbitraria, in quanto il socio medesimo non è stato sottoposto a visita medica, mentre la certificazione medica disponibile attestava la sua piena idoneità allo svolgimento delle mansioni di gruista montatore di tubi, risultanti dalla denuncia di infortunio redatta dalla stessa Cooperativa;

c) quanto all'appello incidentale — premesso che, diversamente da quanto ritenuto dal Tribunale, la qualità di socio della cooperativa non esclude la configurabilità di un rapporto di lavoro subordinato tra la cooperativa e il socio, purché la prestazione di lavoro non sia conferita alla società per patto contrattuale e a tale conferimento non fossero connesse una pattuizione di partecipazione alle decisioni della società ed una quota di partecipazione agli utili — il S. non ha provato, come era suo onere, la sussistenza dei presupposti del rapporto di lavoro subordinato, restando pertanto confermata la configurazione del rapporto come societario già effettuata dal primo giudice;

d) va pertanto condivisa la decisione del Tribunale di rigettare la richiesta di reintegrazione nel posto di lavoro e di corresponsione delle retribuzioni non percepite per la illegittima esclusione dalla cooperativa, non essendo applicabile la normativa di garanzia del rapporto di lavoro ad un rapporto societario;

e) sulla reintegrazione del S. nella compagine sociale pendente separato giudizio, mentre è indubitabile che il socio illegittimamente escluso ha subito un ingiusto

danno che deve essere risarcito, nella misura — determinata forfetariamente ed equitativamente, nella impossibilità di una più puntuale quantificazione — di € 5.165.000, oltre a rivalutazione ed interessi e con vittoria delle spese del grado.

IV. Per la cassazione di tale sentenza la Cooperativa C.O.L.T.A. ricorre sulla base di tre motivi.

MOTIVI DELLA DECISIONE. — 1. Con il primo motivo la ricorrente — denunciando violazione e falsa applicazione degli artt. 1362, 1363, 1367 e 1424 c.c., artt. 806 e 808 c.p.c., nonché vizio di motivazione — censura la sentenza impugnata per avere i giudici di appello qualificato la clausola compromissoria prevista nello statuto come arbitrato rituale in base alla previsione dell'impugnabilità del lodo ai sensi degli artt. 827 ss. c.p.c. Al riguardo la Cooperativa C.O.L.T.A. deduce che:

1.1. la disposizione dello statuto di una cooperativa che demanda ad un collegio dei probiviri, da nominarsi da parte dell'assemblea, la composizione dei contrasti e la definizione delle liti tra soci e cooperativa non dà luogo ad arbitrato rituale, ma determina l'istituzione di un organo societario al quale è riservata la cognizione delle controversie, mediante un procedimento il cui mancato preventivo esperimento comporta la temporanea improcedibilità della domanda giudiziale;

1.2. tale attività, in mancanza del collegio dei probiviri e nel rispetto delle norme statutarie, può essere legittimamente esercitata dal collegio sindacale che pertanto assume il compito di definire la lite insorta sostituendosi alla volontà dei contraenti, essendo peraltro dotato di tutti i requisiti di correttezza e di imparzialità per giudicare su di un provvedimento di esclusione del socio dalla cooperativa, anche perché nominato prima dell'insorgere della controversia;

1.3. la Corte di merito, in sede di interpretazione della clausola statutaria della società cooperativa, che devolve ai probiviri, ovvero al collegio sindacale, questioni in materia di esclusione del socio, avrebbe dovuto tener conto, utilizzando il criterio di ermeneutica sussidiaria di cui all'art. 1367 c.c. (principio di conservazione dell'atto) che la previsione di un arbitrato rituale esprimeva la clausola medesima ad invalidità, non potendo essere assunta una posizione di imparzialità da parte di soggetti non eletti all'unanimità ovvero da parte di organi sociali;

1.4. l'incertezza in sede interpretativa della clausola compromissoria e della relativa qualificazione dell'arbitrato previsto dalle parti andava risolta nel senso che le parti avessero inteso prevedere un arbitrato irrituale ovvero l'attribuzione ai probiviri di una funzione amministrativa e di conciliazione, ma non di decisione di una controversia, così da non pregiudicare in alcun modo l'azione giurisdizionale.

2. Il motivo è privo di fondamento.

La Corte territoriale ha interpretato lo statuto della cooperativa appellante ritenendo, sulla base della comune intenzione delle parti desunta dal senso letterale delle parole utilizzate, che esso contempli una clausola compromissoria configurante una fattispecie di arbitrato rituale, come desumibile dalla previsione statutaria dell'impugnabilità del lodo ai sensi degli artt. 827 e seguenti c.p.c., applicabili solo agli arbitrati rituali.

2.1. In relazione a tale interpretazione, non può essere accolta la censura della ricorrente, secondo cui la Corte di merito avrebbe dovuto utilizzare il criterio di ermeneutica sussidiaria di cui all'art. 1367 c.c. (principio di conservazione dell'atto, in forza del quale, nel dubbio, il contratto o le singole clausole devono interpretarsi nel senso in cui possono avere qualche effetto, anziché in quello secondo cui non

ne avrebbero alcuno), in quanto la previsione di un arbitrato rituale avrebbe esposto la clausola medesima ad invalidità, non potendo essere assunta una posizione di imparzialità da parte di soggetti non eletti all'unanimità ovvero da parte di organi sociali, oppure avrebbe dovuto procedere ad una vera e propria conversione di clausola contrattuale nulla... attraverso una interpretazione « sostitutiva » della reale intenzione delle parti, mediante l'applicazione dell'art. 1424 c.c.

2.2. Ritiene infatti il collegio, condividendo un orientamento già affermato da questa Corte, che il criterio interpretativo previsto dall'art. 1367 c.c. ha carattere integrativo e sussidiario dei mezzi di ermeneutica fissati nelle precedenti disposizioni (art. 1362 ss. c.p.c.), in quanto postula che il giudice non abbia potuto identificare chiaramente l'intento delle parti attraverso l'utilizzo di detti mezzi, con la conseguenza che esso non può trovare applicazione quando il significato e la portata del contratto sono stati adeguatamente individuati mediante il ricorso ai canoni di ermeneutica fissati nelle precedenti disposizioni (Cass. 24 aprile 1970, n. 1180; 29 agosto 1973, n. 2385; 9 febbraio 1980, n. 905) e che il fine della conservazione del contratto non può essere conseguito attraverso un'interpretazione che sia sostitutiva della volontà delle parti, dovendo in tal caso il giudice evitare detta interpretazione sostitutiva e dichiarare, ove ne ricorrano gli estremi, la nullità del contratto (Cass. 7 ottobre 2004, n. 19994).

2.3. Le ulteriori doglianze sollevate dalla ricorrente in ordine all'interpretazione della clausola statutaria in questione si risolvono in inammissibili censure di merito all'accertamento di fatto compiuto dalla Corte di appello in ordine all'interpretazione della portata e del contenuto di detta clausola statutaria, che costituisce una tipica indagine di fatto affidata al giudice di merito, sindacabile in cassazione solo per violazione dei canoni ermeneutici — violazione che, per quanto osservato in precedenza, non ricorre nella fattispecie in esame, — ovvero per vizio della motivazione, configurabile solo nel caso, anch'esso non ricorrente nella specie, in cui la motivazione manchi del tutto ovvero sia meramente apparente, oppure sia affetta da contraddizioni logiche tali da rendere impossibile la individuazione o la comprensione della *ratio decidendi* che sorregge la decisione (Cass. 20 dicembre 2002, n. 18149; 6 settembre 2005, n. 17801).

2.4. Nel merito, va pienamente condiviso il giudizio, formulato dal giudice di appello, in ordine alla nullità della clausola compromissoria per arbitrato rituale che demanda la decisione della controversia al collegio sindacale della cooperativa, in quanto conforme all'orientamento di questa Corte, pienamente condiviso dal collegio, secondo il quale la clausola compromissoria, contenuta nello statuto di una società cooperativa, che deferisca le controversie tra società e soci ad un collegio arbitrale formato dai sindaci della società, è nulla per difetto del requisito dell'imparzialità degli arbitri (essenziale tanto nel caso di arbitrato rituale, quanto in quello di arbitrato libero), in quanto i sindaci, oltre alla funzione di controllo — che, peraltro, rappresenta anch'essa un aspetto dell'amministrazione dell'ente societario — hanno un potere di iniziativa analogo a quello degli amministratori, o in sostituzione o in unione con essi, di modo che il collegio sindacale assume una importante partecipazione nella vita societaria e nell'elaborazione del relativo indirizzo, il che rende oggettivamente incompatibile, da parte dei componenti di tale organo, l'esercizio di una funzione « terza », quale quella di giudicare le predette controversie (Cass. 21 giugno 1996, n. 5778; 6 marzo 2001, n. 3240; 30 maggio 2001, n. 7350; 11 ottobre 2006, n. 21816). Vanno pertanto disattese, in quanto diffidanti dal

suddetto orientamento e in assenza di nuove argomentazioni che inducono ad un riesame della questione, le censure sollevate sul punto dalla ricorrente.

3. Con il secondo motivo la Cooperativa C.O.L.T.A., prospettando insufficiente e contraddittoria motivazione, critica la sentenza impugnata per aver apoditticamente affermato la idoneità del S. al lavoro di montatori di tubi, recependo acriticamente le inverosimili e contraddittorie conclusioni del consulente tecnico d'ufficio, senza esaminare gli specifici ed argomentati rilievi mossi dalla stessa cooperativa e tali, se fondati, da condurre ad una diversa soluzione della questione controversa.

3.1. La doglianza è inammissibile.

La Corte territoriale, pur tenendo conto, diversamente da quanto affermato dalla ricorrente in questa sede di legittimità, delle osservazioni critiche svolte dalla cooperativa alle relazioni del consulente tecnico d'ufficio (v. pag. 6 della sentenza di appello), ha accertato — proprio sulla scorta delle complessive valutazioni di detto consulente, ritenute sorrette da una motivazione esente da vizi logici o da contraddizioni, anche alla stregua delle osservazioni critiche dell'appellante — la piena idoneità del socio allo svolgimento della propria attività lavorativa.

La ricorrente, pur deducendo vizio di insufficiente e contraddittoria motivazione su di un punto decisivo della controversia della motivazione, censura la complessiva valutazione delle risultanze processuali compiuta dai giudici di appello a cui ha contrapposto una sua diversa interpretazione, così mirando alla revisione da parte della Corte di legittimità degli accertamenti di fatto compiuti dal giudice di merito (Cass. 8 maggio 2000, n. 5806; 20 novembre 2003, n. 17651; 12 agosto 2004, n. 15675).

3.2. Assume rilievo a tale riguardo il principio, più volte affermato da questa Corte e pienamente condiviso dal collegio, che i vizi della sentenza posti a base del ricorso per cassazione non possono risolversi nel sollecitare una lettura delle risultanze processuali diversa da quella operata dal giudice di merito (Cass. 25 agosto 2003, n. 12467), o consistere in censure che investano la ricostruzione della fattispecie concreta (Cass. 4 giugno 2001, n. 7476) o che siano attinenti al difforme apprezzamento dei fatti e delle prove dato dal giudice del merito rispetto a quello preteso dalla parte (Cass. 7 agosto 2003, n. 11918).

4. Con il terzo motivo si denuncia violazione e falsa applicazione degli artt. 1226 e 2697 c.c., artt. 113 e 115 c.p.c. e vizio di motivazione e si lamenta un'erronea applicazione dei principi in tema di determinazione del danno in via equitativa, in difetto della prova di un danno certo e non meramente potenziale e non essendo stati indicati i criteri seguiti per determinare l'entità del risarcimento.

4.1. Osserva il collegio che la Corte di merito — sul pacifico presupposto di fatto che la prestazione dell'attività lavorativa da parte del socio era statutariamente prevista come adempimento delle obbligazioni gravanti sul socio stesso per effetto del rapporto societario (v. pag. 7 della sentenza impugnata) e quindi in funzione del perseguimento non solo dello scopo mutualistico dell'ente, ma anche del vantaggio mutualistico del singolo cooperatore (Cass. 8 settembre 1999, n. 9513) — ha ritenuto che il S. abbia patito comunque un ingiusto danno per l'illegittima esclusione dalla cooperativa, intendendo in tal modo far riferimento, sulla base di nozioni di fatto rientranti nella comune esperienza (art. 115 c.p.c., comma 2), alle condizioni di forzata e prolungata inattività conseguenti a detta esclusione, condizioni che comportano un decremento di consuetudine lavorativa e di efficienza professionale.

4.2. Quanto alla determinazione della misura del danno da risarcire, i giudici di appello, dato atto dell'impossibilità di più puntuale quantificazione hanno fatto ricorso a parametri equitativi, come consentito dall'art. 1226 c.c., essendo in concreto difficilmente utilizzabili criteri di riferimento economici o reddituali, sulla base di una succinta argomentazione, priva tuttavia del carattere di arbitrarietà lamentato dalla ricorrente, tenuto conto della contenuta misura dell'importo liquidato e della durata del periodo di esclusione del S. dalla cooperativa, che, secondo quanto risulta dalla sentenza impugnata, decorre dal 1992 e alla data della sentenza impugnata (26 marzo-19 novembre 2002) non risultava ancora terminato, pendendo separato giudizio per la reintegrazione del socio nella compagine sociale (v. pag. 3, 7 e 8 della sentenza di appello). Alla stessa stregua non merita accoglimento la complessiva censura di omessa o insufficiente motivazione sollevata dalla ricorrente con riferimento alla liquidazione equitativa del danno, tenuto conto di tutti gli elementi argomentativi desumibili dal contenuto della sentenza impugnata e fin qui evidenziati.

4.3. Il ricorso va conseguentemente rigettato, ma nulla deve disporsi in ordine alle spese del giudizio di cassazione, non avendo l'intimato svolto attività difensiva.

Sindaci-arbitri: nullità della clausola compromissoria statutaria tra doveri di imparzialità e terzietà di nomina.

1. La sentenza della Suprema Corte si colloca nell'alveo di una consolidata giurisprudenza e viene a ribadire un orientamento di merito e di legittimità, affermatosi prima della riforma del diritto societario, in base al quale i sindaci di società non possono svolgere funzioni arbitrali, con conseguente nullità della relativa clausola compromissoria, sulla base del presupposto che gli arbitri di una controversia devono essere tutti, anche quelli nominati direttamente dalle parti, ugualmente neutrali, imparziali ed indipendenti (¹).

Nella caso in esame, la Suprema Corte ha confermato la sentenza della Corte di Appello di Bari del 19 novembre 2002, la quale aveva rigettato l'appello alla sentenza del Tribunale di Bari del 4 ottobre 1999, che aveva dichiarato la nullità della clausola compromissoria statutaria di una società cooperativa la quale prevedeva, in caso di controversie tra soci e società, il deferimento delle stesse al collegio dei probiviri, e, in caso di sua

mancata nomina, al collegio sindacale in funzione di collegio arbitrale, sulla base del presupposto che sindaci difettano manifestamente del requisito di imparzialità per lo svolgimento di funzioni arbitrali.

2. In ordine ai limiti dell'arbitrabilità soggettiva, prima della riforma del 2003 (²), che, come è noto, ha imposto all'art. 34 del D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, che gli arbitri « a pena di nullità devono essere nominati da un soggetto estraneo alla società », in ambito societario erano stati spesso sollevati numerosi dubbi in ordine alla terzietà del collegio arbitrale rispetto alle parti in lite.

Infatti, gli arbitri per la funzione *super partes* che sono chiamati a svolgere, funzione del tutto analoga a quella dei giudici togati, devono essere necessariamente imparziali, neutrali ed indipendenti rispetto alle parti in lite, a prescindere dal tipo di arbitro prescelto.

Assai di sovente, le clausole compromissorie statutarie, per lo più quelle inserite negli statuti maggiormente risalenti, attribuivano la competenza a risolvere le controversie societarie ad organi della società quali gli amministratori, i sindaci, ovvero i probiviri (³) e ciò indipendentemente dal tipo societario prescelto (⁴).

In linea puramente teorica, prima della riforma del diritto societario, non sarebbero sussistiti problemi ove tali organi fossero stati chiamati a risolvere dispute insorte tra soci (⁵) anche alla luce della giurisprudenza meno recente (⁶), mentre ogniquale volta tali dispute avessero avuto come controparte la società, l'arbitrabilità sarebbe risultata esclusa per difetto di terzietà dell'organo giudicante (⁷).

(¹) Legge 3 ottobre 2001, n. 366, in *G.U.* 8 ottobre 2001, n. 234, recante « Delega al Governo per la riforma del diritto societario »; D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 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 ».

(²) Può accadere che i sindaci siano individuati quale collegio arbitrale in sostituzione del collegio dei probiviri, ove statutariamente non ne venga prevista la presenza.

(³) BIANCHI, *L'arbitrato nelle controversie societarie*, Padova, 2001, 12; MARCINKIEWICZ, *Terzietà degli arbitri di controversie sociali*, in *Società*, 1991, 1238; Marengo, *Società e sindaci-arbitri: validità della clausola compromissoria in Giur. merito*, 1988, 790; SILINGARDI, *Il compromesso in arbitri nelle società di capitali*, Milano, 1979, 142; Nicotro, *Questioni vecchie e nuove in materia di clausola compromissoria negli statuti di società*, in *Riv. soc.*, 1968, 176.

(⁴) SILINGARDI, *L'arbitrato e la linea di maggior rigore*, cit. 142.

(⁵) Cass., 7 febbraio 1968, n. 404, in *Foro it.*, 1968, I, 1233; Teri, *L'arbitrato nelle società*, in questa *Rivista*, 1993, 309.

(⁶) Cass., 30 agosto 1999, n. 9114; Cass., 10 maggio 1984, n. 2860, in *Società*, 1984, 1138; Cass., 11 maggio 1982, n. 2945, in *Giur. it.*, 1982, I, 69; Cass., 21 ottobre 1980, n. 5635, in *Giur. it.*, 1981, I, 1, 42; Trib. Como, 26 maggio 1989, in *Società*, 1989, 951; Trib.

(¹) Cass., 3 maggio 1984, n. 2680, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 1985, I, 10, con nota contraria di SILINGARDI, *L'arbitrato in materia societaria e la « linea di maggior rigore »*, in *Giur. comm.*, 1986, II, 2 e nota favorevole di PAZZANGLIA, *Clausola compromissoria, statuto di società cooperativa e sindaci arbitri*, in *Giust. civ.*, 1985, I, 126; Trib. Lecce, 7 gennaio 1989, in *Società*, 1989, 728; Trib. Milano, 21 aprile 1988, in *Giur. comm.*, 1990, II, 66; Trib. Monza, 11 novembre 1986, in *Giur. merito*, 1988, 790; Trib. Ferrara, 10 marzo 1980 e App. Bologna, 20 giugno 1980, in *Giur. comm.*, 1980, II, 820.

Occorre premettere che la necessaria applicazione degli elementari requisiti di neutralità, indipendenza ed imparzialità⁽⁸⁾, ha luogo sia con riferimento all'arbitrato rituale, che a quello irrituale⁽⁹⁾.

Infatti, non appare di nessuna rilevanza operare una distinzione dei due tipi di arbitrato sul punto, anche alla luce della riforma del 1994, che, secondo buona parte della dottrina⁽¹⁰⁾, ha costituito un superamento di quello irrituale, essendo venute meno le principali ragioni che ne avevano giustificata la creazione e ciò appare ulteriormente suffragato dalla riforma dell'arbitrato del 2006⁽¹¹⁾ che ha introdotto una espressa codificazione delle caratteristiche di quello irrituale.

Ma, soprattutto, appare opportuno sottolineare come la giurisprudenza abbia fatto assurgere l'imparzialità e la terzietà degli arbitri a principi di ordine pubblico⁽¹²⁾, sanzionandone la mancanza, come nel caso di specie, con la nullità dell'accordo arbitrale.

Altresì, con riferimento ai requisiti deontologici degli arbitri, non si deve dimenticare che la mancanza di neutralità, imparzialità ed indipendenza consente di reagire mediante la proposizione dell'istanza di ricusazione, ai sensi dell'art. 815 c.p.c., che, con la riforma introdotta dal D.Lgs. n. 40/2006, ha fornito una specifica elencazione dei motivi di ricusazione.

In particolare, l'art. 815 c.p.c. prevede oggi sei differenti ipotesi in cui un arbitro può essere ricusato: in base alla prima, può essere ricusato se non ha le qualifiche espressamente convenute dalle parti. In base alla seconda, l'arbitro può essere ricusato se egli stesso, o un ente, associazione o società

Milano, 28 luglio 1988, in *Società*, 1989, 138; Trib. Milano, 29 ottobre 1984, in *Società*, 1985, 288.

⁽⁸⁾ Per tutti si vedano: CONSOLO, *Imparzialità degli arbitri. Ricusazione*, in questa *Rivista*, 2005, 732; BERSINI, *L'arbitrato. Diritto interno, convenzioni internazionali*, Bologna, 1993, 287; RICCIARDI, *La scelta degli arbitri e la costituzione del collegio arbitrale: deontologia e prassi*, in questa *Rivista*, 1992, 793; FAZZALARI, *L'etica dell'arbitrato*, in questa *Rivista*, 1991, 1; GRANDE STEVENS, *Una finestra sul mondo della deontologia arbitrale*, in *Rassegna Forense*, 1990, 283; FAZZALARI, *L'etica dell'arbitrato*, in questa *Rivista*, 1992, 1.

⁽⁹⁾ Cass. 7 giugno 1985, n. 3394, in *Foro it.*, 1985, I, 1959.

⁽¹⁰⁾ LA CHINA, *L'arbitrato*, Milano, 3 ed., 2007, 9; CARBONE, *Superata la distinzione tra arbitrato rituale e irrituale*, in *Corr. giur.*, 1994, 1326; ROVELLI, *Arbitrato e figure affini (sulla natura giuridica dell'arbitrato irrituale)*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, 220; MIRABELLI, *L'arbitrato irrituale deve essere ancora favorito?*, in *Giur. it.*, 1991, I, 1, 220.

⁽¹¹⁾ SANGIOVANNI, *Natura contrattuale o processuale dell'arbitrato irrituale?*, in *Contratti*, 2008, 869; BIANCHI, *Commento all'art. 808-ter, in CARPI (diretto da), Arbitrato*, 2 ed., Bologna, 2007, 180; ARRICIONI, *Arbitrato irrituale tra negozio e processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, 323 ss.; BOVE, *Commento all'art. 808-ter, in Nuove leggi civ. comm.*, 2007, 1184; VERDE, *Arbitrato irrituale*, in FAZZALARI (a cura di), *La riforma della disciplina dell'arbitrato*, Milano, 2006, 7; CURTI, *L'arbitrato irrituale*, Torino, 2005; NIELA, *Commento all'art. 808-ter, in CHIARLONI (diretto da), Le recenti riforme del processo civile. Commentario*, II, Torino, 2007, 1646; SASSANI, *L'arbitrato a modalità irrituale*, in questa *Rivista*, 2007, 25.

⁽¹²⁾ Si veda Cass., 3 maggio 1984, n. 2680, cit.

di cui sia amministratore, ha interesse nella causa, se egli stesso o il coniuge è parente fino al quarto grado o è convivente o commensale abituale di una delle parti, di un rappresentante legale di una delle parti, o di alcuno dei difensori.

In base alla terza, l'arbitro può essere ricusato se egli stesso o il coniuge ha causa pendente o grave inimicizia con una delle parti, con un suo rappresentante legale, o con alcuno dei suoi difensori. In base alla quarta, l'arbitro può essere ricusato se è legato ad una delle parti, ad una società da questa controllata, al soggetto che la controlla, o a società sottoposta a comune controllo, da un rapporto di lavoro subordinato o da un rapporto continuativo di consulenza o di prestazione d'opera retribuita, ovvero da altri rapporti di natura patrimoniale o associativa che ne compromettono l'indipendenza⁽¹³⁾. In base alla quinta, l'arbitro può essere ricusato, se è tutore o curatore di una delle parti e, da ultimo, in base alla sesta, se ha prestato consulenza, assistenza o difesa ad una delle parti in una precedente fase della vicenda o vi ha deposto come testimone.

Prima della riforma del 2006, invece, il presupposto della ricusazione era basato sul fatto che l'arbitro, al pari del giudice, aveva l'obbligo di astenersi dall'accettare la nomina in tutti i casi indicati dall'art. 51 c.p.c., con la conseguenza che, laddove non si fosse astenuto, sarebbe stato passibile di ricusazione ad opera della parte che non lo aveva nominato.

Alla luce di tale impostazione normativa, la Suprema corte⁽¹⁴⁾ aveva evidenziato che, seppure la nomina degli arbitri fosse riferibile ad entrambe le parti, ma « secondo un sistema che implica che essa ricada su soggetti che rivestono una determinata qualifica, comune a tutti gli arbitri, il problema non era più quello del "gradimento" riservato all'apprezzamento ed alla disponibilità del soggetto, secondo la logica dell'art. 815 (che richiami l'art. 51 c.p.c.), in quanto trascende l'interesse particolare e attiene all'ordine pubblico ».

Ne conseguiva che il problema si poneva a monte, vale a dire, nel momento in cui veniva individuato un organo societario per la risoluzione delle controversie, organo, in quanto tale, privo della necessaria terzietà, e non con riferimento al singolo arbitro, persona fisica, nominato dalla parte al momento dell'insorgere della controversia, nei cui confronti sarebbe stata esperibile l'istanza di ricusazione in presenza di almeno uno dei motivi contemplati dall'art. 51 c.p.c. (oggi art. 815 c.p.c.)⁽¹⁵⁾.

⁽¹³⁾ LUISSO, SASSANI, *La riforma del processo civile. Commentario breve agli articoli riformati del codice di procedura civile*, Milano, 2006, 280; per una pronuncia in tema di ricusazione post riforma si rinvia a: Trib. Milano, 24 novembre 2008, in questa *Rivista*, 2008, con nota di PANZAROLA, *Su alcuni profili della ricusazione degli arbitri*.

⁽¹⁴⁾ Cass., 29 maggio 2001, n. 7350, in *Dir. e prat. soc.*, n. 17, 2001, 62.

⁽¹⁵⁾ Il problema rimane oggi il medesimo con riferimento all'art. 815 c.p.c. ove si

Accadeva spesso, in particolare modo nelle società cooperative, come nella fattispecie in esame, prima della riforma del 2003, che il collegio arbitrale venisse a coincidere con un organo della società, quale il collegio sindacale, ovvero il collegio dei probiviri⁽¹⁶⁾.

3. Come noto, il collegio sindacale viene nominato dalla maggioranza assembleare e si colloca in una posizione nettamente autonoma rispetto alla maggioranza assembleare che lo ha eletto, tanto da andare soggetto solamente alla legge, mantenendosi in una posizione di assoluta terzietà o ciò anche in considerazione del combinato disposto degli artt. 2403 e 2407 c.c. che delineano rispettivamente i doveri e la responsabilità del collegio sindacale.

Con particolare riferimento a quegli organismi di controllo che, a seguito della riforma del diritto societario, sono chiamati a svolgere, anche solo in parte, funzioni analoghe a quelle del collegio sindacale, occorre evidenziare come l'art. 223-septies disp. att. c.c. preveda espressamente, se non diversamente disposto, l'applicazione, in quanto compatibili, delle disposizioni relative al collegio sindacale anche al consiglio di sorveglianza, nel sistema dualistico, ed al comitato interno per il controllo sulla gestione, nel sistema monistico⁽¹⁷⁾.

Volendo estendere la portata della sentenza in esame al nuovo assetto della *governance* disegnato dal codice civile siccome riformato, ne consegue che anche il consiglio di sorveglianza ed il comitato interno per il controllo sulla gestione non potranno mai assumere la qualità e svolgere la funzione di collegio arbitrale e ciò indipendentemente dalle modalità con cui sono stati nominati⁽¹⁸⁾.

Quindi, a fronte dell'autonomia di questo organo societario, *prima facie*, non vi sarebbero stati problemi in ordine al compimento delle funzioni

voglia accedere alla tesi che sostiene l'ammissibilità dell'utilizzo dell'arbitrato di diritto comune nell'ambito delle controversie societarie.

⁽¹⁶⁾ GUIDOTTI, *Le limitazioni imposte agli organi sociali aventi funzioni di arbitri (anche con riferimento alla riforma delle società di capitali)*, in *Contratto e impresa*, 2003, 244; GUIDOTTI, *Clausola compromissoria, compromesso e arbitrabilità soggettiva*, in AA.VV., *L'arbitrato in materia societaria*, in *Le monografie di Diritto e pratica delle società*, n. 1, 2003, 39.

⁽¹⁷⁾ Ancora, il secondo comma dell'articolo in parola prevede espressamente che: «Ogni riferimento al collegio sindacale o ai sindaci presente nelle leggi speciali è da intendersi effettuato anche al consiglio di sorveglianza e al comitato per il controllo sulla gestione o ai loro componenti, ove compatibili con la specificità di tali ragioni».

⁽¹⁸⁾ Per contro in virtù del citato richiamo, consiglio di sorveglianza e comitato interno per il controllo potranno essere parte, al pari degli altri organi sociali, di un procedimento arbitrale ai sensi dell'art. 34 del D.Lgs. n. 5/2003.

arbitrali, e, qualora si fossero presentati, avrebbero dovuto essere risolti, caso per caso, dinanzi alla fattispecie concreta⁽¹⁹⁾.

Tuttavia, il Collegio sindacale è venuto assumendo, in base ad un consolidato orientamento della Cassazione, un ruolo ben più pregnante di quello meramente formale e contabile⁽²⁰⁾, ruolo ancora più magnificato dalla riforma del diritto societario, estendendosi l'attività di vigilanza e controllo al contenuto della gestione sociale e ciò con riferimento alla vigilanza sul rispetto dei principi di corretta amministrazione e, in particolare, sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società e sul suo concreto funzionamento, nonché alla vigilanza sull'andamento delle operazioni sociali o su determinati affari⁽²¹⁾.

Anche dal punto di vista normativo⁽²²⁾, è evidente il ruolo assai forte e potenzialmente incisivo del collegio sindacale nella vita della società⁽²³⁾. Basti pensare, ad esempio, al potere-dovere dei sindaci di partecipare alle adunanze del consiglio di amministrazione (a pena di decadenza), del comitato esecutivo e dell'assemblea dei soci, ai sensi dell'art. 2405 c.c., al potere di controllo e verifica del progetto di bilancio redatto dagli amministratori prima della sua presentazione in assemblea, nonché all'obbligo di riferire in merito in assemblea, facendo osservazioni e proposte.

Ancora, si pensi al potere di impugnativa delle delibere dell'assemblea dei soci e del consiglio di amministrazione (artt. 2377, comma 2, 2479-ter, comma 1, 2391, comma 3, e 2475-ter, comma 2, c.c.), oltre al potere di svolgere gli atti di ordinaria amministrazione, quando vengano a cessare l'amministratore unico o tutti gli amministratori prima della convo-

⁽¹⁹⁾ MARENGO, *Società e sindaci-arbitri: validità della clausola compromissoria*, cit., 790; SILINGARDI, *L'arbitrato in materia societaria*, cit., 176 ss.

⁽²⁰⁾ Cass., 21 giugno 1996, n. 5778, in *Notariato*, 1997, 223; Cass., 3 maggio 1984, n. 2680, cit.; in dottrina: SALAFIA, *La funzione di controllo del collegio sindacale*, in *Società*, 1994, 1165.

⁽²¹⁾ E ciò, in generale, a prescindere dallo svolgimento del controllo contabile e, quindi, indipendentemente dalla presenza di un revisore o di una società di revisione a cui tale controllo viene affidato.

⁽²²⁾ Applicabile, per espresso richiamo dell'art. 2516 c.c., anche alle società cooperative, nonché alle società a responsabilità limitata ai sensi del nuovo art. 2477, comma 4, c.c.

⁽²³⁾ AMBROSINI, *I poteri del collegio sindacale*, in ARBADESSA, *PORTALE (diretto da), Il nuovo diritto delle società*, Torino, 2007, III, 27; CALANDRA BUONAIUTA, *I modelli di amministrazione e controllo nella riforma del diritto societario*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 548; MANCINELLI, *Novità nei controlli del collegio sindacale: il modello latino*, in *Società*, 2003, 1314; AMBROSINI, *L'amministrazione e i controlli nella società per azioni*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 316; CASELLI, *Elogio, con riserve, del collegio sindacale*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 263; COSTI, *Il governo delle società cooperative: alcune annotazioni esegetiche*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 244; AQUAS, *La nomina del collegio sindacale nella società cooperativa*, in *Società*, 2003, 959; CAVALLI, *I sindaci*, in COLOMBO, *PORTALE (diretto da), Trattato delle società per azioni*, Torino, 1988, V, 111.

cazione dell'assemblea che dagli stessi deve essere convocata (art. 2386, comma 4, c.c.), ovvero il dovere di convocazione dell'assemblea in caso di omissione da parte degli amministratori (art. 2406 c.c.).

Inoltre, i sindaci ed i componenti degli organi equiparati nei sistemi alternativi di gestione sono espressione della stessa maggioranza assembleare da cui promana la nomina dell'organo amministrativo, nel sistema tradizionale ed in quello monistico, e sono legati alla società da un rapporto che rientra nell'ambito dei contratti d'opera intellettuale ai sensi dell'art. 2230 c.c., che pur non potendosi inquadrare come un vero e proprio rapporto di mandato, impone ai sindaci di « adempiere ai loro doveri con la professionalità e la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico » (art. 2407 c.c.)⁽²⁴⁾ nell'interesse del committente⁽²⁵⁾.

Altresì, è opportuno ricordare che i sindaci hanno il diritto di percepire per l'opera prestata un compenso da parte della società (art. 2402 c.c.).

Tutto ciò evidenzia come i sindaci non potessero e tutt'oggi non possono assolutamente essere considerati in alcun modo in una posizione di terzietà rispetto alla società da cui vengono nominati nei confronti della quale molto spesso si possono trovare in una posizione di conflitto di interessi anche in considerazione del compenso percepito per l'opera prestata, con la conseguente sanzione della nullità per la clausola compromissoria contenuta nello statuto di una società che ne prevedesse una funzione giudicante in qualità di arbitri⁽²⁶⁾.

4. Prima della riforma del diritto societario, al fine di cercare di salvare l'opzione arbitrale compiuta dalle parti tramite la previsione di una clausola compromissoria all'interno dello statuto che avesse devoluto la risoluzione delle controversie all'organo di controllo, si era tentato di sostenere che, ove l'assemblea fosse stata totalitaria, ovvero che il socio in lite con la società avesse partecipato alla nomina del collegio sindacale con il proprio voto prima dell'insorgere della controversia, essendo stata detta nomina espressione della volontà anche dello stesso socio in lite, la clausola sarebbe stata considerata valida⁽²⁷⁾.

⁽²⁴⁾ SALARA, *La responsabilità dei sindaci*, in *Società*, 1994, 1313.

⁽²⁵⁾ Cass., 23 aprile 1975, n. 1579, in *Foro it.*, 1976, I, 1670.

⁽²⁶⁾ SATTA, *Commentario al Codice di procedura civile*, IV, Milano, 1971, 249; VARELLI, *Rassegna in tema di cooperative*, in *Riv. soc.*, 1967, 1328.

⁽²⁷⁾ App. Torino, 29 dicembre 1992, cassata da Cass., 21 giugno 1996, n. 5778, cit.; App. Milano, 15 settembre 1989, in *Società*, 1990, 320; Trib. Patti, 10 aprile 1986, in *Giur. comm.*, 1987, II, 114; Trib. Bologna, 3 novembre 1984, in *Dir. fall.*, 1986, II, 101, la quale è stata appellata e la Corte di appello si è espressa in senso contrario: App. Bologna, 18 marzo 1986, in *Dir. fall.*, 1987, II, 124; Cass., 7 febbraio 1968, n. 404, in *Foro it.*, 1968, I, 1233; App. Roma, 11 luglio 1966, in *Temi Romana*, 1966, 578; App. Brescia, 24 febbraio 1965, in *Giust. civ.*, 1965, I, 2127.

Infatti, attraverso tale argomentazione era stata fatta salva la necessità che la nomina degli arbitri fosse stata espressione di entrambe le parti in lite, non potendo altrimenti essere ritenuta valida la clausola che non avesse consentito ad una delle parti in lite di procedere alla designazione del proprio arbitro⁽²⁸⁾.

Ciò non sarebbe avvenuto, infatti, ogniquale volta il socio non avesse partecipato all'assemblea nella quale si doveva procedere alla nomina dei componenti del collegio sindacale in quanto assente, ovvero il socio avesse espresso il proprio voto in dissenso rispetto alla maggioranza⁽²⁹⁾.

Appare opportuno evidenziare come i requisiti di terzietà, imparzialità e neutralità degli arbitri siano sottratti alla disponibilità delle parti, essendo, come ricordato in precedenza, requisiti di ordine pubblico inderogabili, sia per l'arbitrato rituale, che per quello irrituale. Conseguentemente nella situazione *ante* riforma non poteva, e non può per i giudizi ancora pendenti, che essere sanzionata con la nullità la clausola compromissoria contenuta nello statuto di una società che non salvaguardi in modo adeguato tale requisito inderogabile⁽³⁰⁾ e ciò anche alla luce del consolidato principio *nemo iudex in causa sua*.

I precedenti giurisprudenziali maggiormente rappresentativi hanno evidenziato la « necessità che la nomina degli arbitri ricada su soggetti imparziali, in quanto la funzione arbitrale può essere svolta soltanto da tali soggetti, secondo un principio di ordine pubblico; ne consegue che anche una nomina fatta d'accordo fra le parti che non rispetti tale principio, è affetta da nullità ai sensi dell'art. 1418 c.c. »⁽³¹⁾.

Ancora, con riferimento alla terzietà dell'organo giudicante, in giurisprudenza è stato affermato che « non è possibile conciliare tale dovere, dipendente da un rapporto specifico con la società con il dovere di imparzialità che è un requisito indispensabile dell'arbitrato rituale. Infatti, è logicamente impensabile che un arbitro, nell'esercizio dei propri compiti, possa incorrere in una responsabilità in forza di un rapporto particolare con uno dei litiganti (diverso dal rapporto che ha dato luogo alla nomina) perché,

⁽²⁸⁾ Basti pensare alla giurisprudenza in tema di arbitrato nei lavori pubblici e le relative pronunce della Corte costituzionale: Corte cost. 13 febbraio 1995, n. 33, in *Giur. cost.*, 1996, 379, la quale afferma che « una legge la quale preveda la composizione del collegio arbitrale per la soluzione di controversie fra un soggetto pubblico ed un privato, non può far venire meno la caratteristica fondamentale dell'istituto secondo cui, se è dato ad una delle parti di designare uno o più componenti del collegio che deve decidere la controversia, pari facoltà deve essere concessa all'altra parte ».

⁽²⁹⁾ Con riferimento al collegio dei probiviri tale tesi ha trovato accoglimento in giurisprudenza: vedasi al riguardo: PACUCCI, *La compromettibilità delle controversie in materia di cooperative e di consorzi*, in *Società*, 2000, 1427; SOLDAVI, *Clausole per deferire le controversie ai probiviri nelle cooperative*, in *Dir. e prat. soc.*, 2001, 13, 54.

⁽³⁰⁾ Trib. Milano, 28 febbraio 1991, in *Società*, 1991, 1238.

⁽³¹⁾ Cass., 3 maggio 1984, n. 2680, cit.

nel caso di conflitto tra i due tipi di doveri, l'intendimento di osservarne uno potrebbe far violare l'altro... È la legge che deve preoccuparsi degli interessi preminenti della serietà del giudizio arbitrale ed impedire che tale conflitto sorga obiettivamente, e cioè indipendentemente dalla volontà delle parti, ponendo un limite all'autonomia privata (art. 1418 c.c.) » (32).

5. La problematica in commento pareva avere avuto una soluzione definitiva a seguito dell'introduzione del D.Lgs. n. 5/2003, il quale, all'art. 34, comma 2, impone, come più sopra ricordato, 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 ad una vera e propria *species* di clausola arbitrale in ambito societario (33).

La ratio che sta alla base della disposizione in parola, la quale sancisce la nullità della clausola statutaria che preveda la designazione degli arbitri ad 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 terzietà del

(32) Cass., 3 maggio 1984, n. 2680, cit.

(33) 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; SERRI, *Validità delle clausole compromissorie e regime transitorio*, in *Società*, 2006, 749; SOLDATI, « Etranetà » 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; CRESI, *Considerazioni sull'arbitrato in materia societaria tra ritrattabilità e irruttrabilità 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, *Clausole compromissorie e statuti sociali*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, 85; SALLI, *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, *Diritto processuale societario*, cit., 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 *Dir. e prat. soc.*, 2004, n. 16, 26; LUISO, *Appunti sull'arbitrato societario*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, 705; CARPI, *Profili dell'arbitrato in materia di società*, in questa Rivista, 2003, 411; RUCCI, *Il nuovo arbitrato societario*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2003, 523; RUCCI, *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.

collegio arbitrale, come nel caso in esame, nonché la potenziale pluralità di parti della controversia, garantendo, al contempo, la paritaria partecipazione delle parti alla procedura (34).

Ciononostante, siffatto meccanismo di nomina crea notevoli insidie per le clausole statutarie *ante* riforma non conformi. Infatti, alla luce dell'interpretazione letterale della norma, che a tutt'oggi è quella, a buon diritto, maggiormente seguita dalla giurisprudenza (35), la mancata previsione all'interno della clausola compromissoria statutaria della nomina degli arbitri ad opera di un soggetto estraneo alla società, 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 la possibilità per le parti di trovare un accordo, una volta insorta la lite, per la stipulazione di un compromesso arbitrale.

6. Pur tuttavia, occorre evidenziare che parte della dottrina (36) e della giurisprudenza (37), come in precedenza ricordato, sostengono l'ultrat-

(34) BIAVATI, *Il procedimento nell'arbitrato societario*, in questa Rivista, 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 ».

(35) 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 *Dir. e prat. soc.*, 2005, n. 2, 73; Trib. Trento, 8 aprile 2004, in *Giur. merito*, 2004, 1699; Trib. Trento, 11 febbraio 2004 in *Nuovo dir.*, 2005, n. 4, 275; *contra*: Trib. Genova, 7 marzo 2005, in *Corr. merito*, 2005, 759; Trib. Torino, 27 settembre 2004, in *Dir. e prat. soc.*, 2005, n. 10, 80.

(36) 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; RECCIONI, *L'arbitrato in materia societaria fra clausola compromissoria preesistente e ius superveniens*, in questa Rivista, 2004, 771; NELA, *Oggetto ed effetti di clausole compromissorie statutarie*, in CIBARONI (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 questa Rivista, 2004, 361; SALAFIA, *Alcune questioni di interpretazione del nuovo arbitrato societario*, in *Società*, 2004, 1457.

(37) App. Torino, 4 settembre 2007, in *Guida al dir.*, 2007, n. 47, 50; 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.

tività 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 ad esso si andrebbe ad aggiungere, come del resto sarebbe anche evidenziato nella relazione ministeriale al decreto legislativo (38), in cui si legge che « la formulazione del testo contribuisce alla creazione di una compiuta *species* arbitrale, che si sviluppa senza pretesa di sostituire il modello codicistico (naturalmente ultrattivo anche in materia societaria) comprendendo numerose opzioni di rango processuale... che appaiono assolutamente funzionali alla promozione della cultura dell'arbitrato endo-societario » (39).

Alla luce di tale orientamento, le vecchie clausole compromissorie statutarie c.d. binarie, nelle quali la nomina degli arbitri permane in capo ai litiganti, sarebbero ancora pienamente valide ed efficaci, poiché la situazione delle società di fronte alla nuova disciplina dell'arbitrato sarebbe rappresentabile nei termini dell'onere, 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 ad essere regolate dalla disciplina del codice di rito, con tutte le relative limitazioni.

Pertanto, ne conseguirebbe che il mancato adeguamento non minerebbe in alcun modo la validità delle clausole arbitrali di diritto comune contenute negli statuti, con la conseguenza che, alla luce del combinato disposto degli artt. 808, ultimo comma, c.p.c. e 1424 c.c., la clausola compromissoria potrebbe risultare nulla, ai sensi dell'art. 34 del decreto, e, pur tuttavia, continuare a valere come clausola compromissoria di diritto comune, laddove contenga tutti i requisiti di forma e di sostanza imposti dal codice di rito (40).

7. Ciononostante una più 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 ad affermare che gli arbitri nascenti da clausola compromissoria statutaria sono regolati dal codice di rito, laddove la nuova disciplina non sia venuta a fornire una specifica disciplina.

(38) Per la lettura del testo della relazione si rinvia, *inter alia*, a: AMADEI, SOLDATI, *Il processo societario. Prima lettura sistematica delle novità introdotte dal D.Lgs. 17 gennaio 2003*, n. 5, cit., 255.

(39) 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.

(40) 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.

Ciò apparirebbe anche dimostrato dal fatto che le nuove disposizioni degli artt. 34, 35 e 36 del decreto toccano aspetti marginali del procedimento arbitrale, mentre l'ossatura di base rimane sempre quella del codice di rito (ad esempio, capacità ad essere nominati arbitri, ovvero istruzione probatoria e assunzione delle testimonianze) (41).

Del resto in ambito societario le controversie deferite ad arbitri mediante la sottoscrizione di un compromesso arbitrale, non essendo stato questo oggetto di alcun intervento riformatore da parte del legislatore, continueranno necessariamente ad essere regolate dalle norme del codice di rito, al pari di tutte quelle controversie di natura *lato sensu* societaria che esulano dall'ambito di applicazione dell'art. 34 del decreto (42).

Tali argomentazioni, della dottrina e della giurisprudenza che sostengono l'ultrattività delle clausole compromissorie statutarie di diritto comune non sembrano, quindi, convincenti.

Infatti, è importante ricordare che le intenzioni del legislatore delegante erano nel senso di aumentare le facoltà dei soci (43) e tale aumento è sicuramente stato realizzato attraverso la previsione di norme processuali *ad hoc* per l'arbitrato societario.

Ma se, al contrario, si sostenesse che sia ancora possibile utilizzare nell'ambito dei patti sociali clausole di diritto comune, ciò significherebbe, non certo aumentare tali facoltà quanto piuttosto diminuirle, basti pensare, a titolo esemplificativo, all'impossibilità nella scelta dell'arbitrato di diritto comune, di chiedere agli arbitri provvedimenti cautelari (44).

Questo orientamento, pur ispirato ad un'ampia libertà di scelta della forma di arbitrato da adottare, finirebbe per ostacolare la riforma, facendo

(41) Fatta salva l'ipotesi che, ai sensi dell'art. 816 c.p.c., le parti non abbiano previsto come regole della procedura quelle del nuovo processo societario.

(42) 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; CAREN, *Profili dell'arbitrato in materia di società*, cit., 416; NOBILI, *Conciliazione e arbitrato nelle controversie societarie*, in *Atti del Convegno su « Conciliazione e arbitrato nelle controversie societarie »*, Roma, 2003, 64) ed a quelle nascenti all'interno di patti parasociali (CHARLONI, *Appunti sulle controversie deducibili in arbitrato societario e sulla natura del lodo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2004, 133; CAREN, *Profili dell'arbitrato in materia di società*, cit., 411; RICCI, *Il nuovo arbitrato societario*, cit., 523; RUFINI, *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 CAREN (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 su « Conciliazione e arbitrato nelle controversie societarie »*, cit., 28-29).

(43) Come giustamente rileva anche SALAFIA, *Alcune questioni interpretative*, cit., 1458.

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

perdurare lo stato di inoperatività dell'istituto. Né, tanto meno, il « possono » di cui all'art. 34 non farebbe certo intendere una sopravvivenza dell'arbitrato di diritto comune, quanto piuttosto l'alternativa della « giurisdizione arbitrale » a quella ordinaria.

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 »⁽⁴⁵⁾.

Peraltro, una diversa formulazione della norma, 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 arbitratu-c.d. obbligatorio⁽⁴⁶⁾.

Ma se i soci non intendano avvalersi di clausole compromissorie statutarie, in caso di controversia, potranno alternativemente rivolgere le proprie istanze al giudice, sempre ai sensi dei disposti del D.Lgs. n. 5/2003, ovvero all'arbitrato di diritto comune nascente da compromesso ovvero, da ultimo, alla conciliazione stragiudiziale ex art. 38 del decreto⁽⁴⁷⁾.

Pertanto, alla luce delle considerazioni svolte, pare potersi sostenere allo stato⁽⁴⁸⁾, che, in presenza di una clausola compromissoria difforme dalle nuove norme inderogabili che impongono all'art. 34 del decreto la nomina degli arbitri in capo ad un soggetto estraneo alla società, se i soci vogliono utilizzare l'opzione arbitrale per la soluzione delle controversie siano tenuti a modificarne il contenuto laddove difforme dalla nuova previsione processuale di cui all'art. 34, comma 2, prima dell'insorgere della controversia, in mancanza, la clausola risulterà radicalmente nulla⁽⁴⁹⁾.

⁽⁴⁵⁾ 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.

⁽⁴⁶⁾ Da ultimo: Corte cost., 8 giugno 2005, n. 221, in questa Rivista, 2005, 515.

⁽⁴⁷⁾ Al riguardo v. SALAFIA, *Alcune questioni interpretative*, 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 ».

⁽⁴⁸⁾ Per un periodo di tempo era stata ventilata l'ipotesi di un intervento correttivo del legislatore sul punto che legittimasse la tesi dell'ultrattività delle clausole compromissorie statutarie di diritto comune, ma tale intervento allo stato non è stato effettuato e difficilmente potrà essere effettuato entro il periodo di un anno concesso dalla legge delega dall'entrata in vigore dei decreti delegati, anche alla luce della bozza di decreto legislativo approvata dal Consiglio dei ministri del 28 ottobre del 2004 che non contiene alcuna modifica in relazione all'arbitrato.

⁽⁴⁹⁾ Tale è anche l'orientamento espresso nelle Massime del Consiglio Notarile di Milano.

8. La decisione della Suprema Corte in esame, pur non affrontando il problema della riforma del diritto societario, appare, quindi, pienamente corretta e conforme alla interpretazione dominante, sia in dottrina che in giurisprudenza, e rimane, comunque, di grande attualità, nonostante l'introduzione delle previsioni di cui all'art. 34 del D.Lgs. n. 5/2003, poiché, alla luce della teoria del doppio binario, le clausole che prevedono come organo giudicante il collegio sindacale potrebbero anche risultare astrattamente valide, benché tendenzialmente inidonee, come più sopra dimostrato, allo svolgimento di un processo arbitrale, con tutti i conseguenti rischi di validità del lodo.

Infatti, a fronte di quell'orientamento di parte della dottrina e della giurisprudenza che ha affermato la coesistenza di clausole compromissorie di diritto comune all'interno degli statuti delle società commerciali a fianco delle clausole compromissorie statutarie ex art. 34 del D.Lgs. n. 5/2003, per le controversie attivate prima del 1° gennaio 2004⁽⁵⁰⁾ e per quelle nascenti da clausole compromissorie di diritto comune ancora presenti negli statuti delle società, ovvero arditamente inserite dopo l'entrata in vigore del processo societario⁽⁵¹⁾, la clausola non conforme all'art. 34, che prevedesse la devoluzione della controversia al collegio sindacale, potrebbe anche risultare valida, ma la sua validità dovrebbe essere valutata caso per caso, al fine di accertare, da una parte, che la nomina dei sindaci sia stata effettuata dalle parti in lite⁽⁵²⁾ e, dall'altra, che i soggetti chiamati a svolgere le funzioni arbitrali siano idonei a svolgerle con riferimento ai requisiti deontologici richiesti di neutralità, imparzialità ed indipendenza⁽⁵³⁾ esponendosi, però, in questo modo, ad un duplice rischio di invalidità, alla luce degli orientamenti dominanti in dottrina ed in giurisprudenza, sopra evidenziati.

NICOLA SOLDATI

⁽⁵⁰⁾ Data di entrata in vigore del processo societario e, quindi, dell'art. 34 in parola.
⁽⁵¹⁾ Come nel caso di cui si occupa App. Torino, 8 marzo 2007, in *Giur. it.*, 2007, 906.

⁽⁵²⁾ Come viene evidenziato in Cass., 21 ottobre 1980, n. 5635, cit. e Cass., 11 maggio, 1982 n. 2945, cit.

⁽⁵³⁾ Come viene evidenziato in Cass., 3 maggio 1984, n. 2680, cit. e in Cass., 21 giugno 1996, n. 5778, cit.