

Arbitrato societario

Arbitrato societario: cassata la tesi del «doppio binario»

Cassazione Civile, Sez. VI, 13 ottobre 2011, n. 21202 - Pres. Finocchiaro - Rel. Segreto - Z.M. c. Archivio Notarile di Ragusa

Arbitrato societario - Società - Clausola statutaria - Clausola compromissoria binaria - Invalidità - Accertamento - Responsabilità notaio

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

La norma del D.Lgs. n. 5/2003, art. 34, con riferimento agli atti costitutivi delle società, ad eccezione di quelle che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio a norma dell'art. 2325 bis c.c., prevede l'unica ipotesi di clausola compromissoria stipulabile nell'ambito di detti atti, restando dunque esclusa la possibilità che essi possano prevedere sia una clausola compromissoria ai sensi dell'art. 808 c.p.c., sia quest'ultima in via alternativa alla clausola secondo l'art. 34. Ne consegue che, ove l'atto costitutivo preveda una forma di clausola compromissoria che non rispetti la prescrizione in punto di nomina degli arbitri di cui a detta norma, la nullità della clausola comporta che la controversia possa essere introdotta soltanto davanti all'AGO.

Arbitrato societario - Società - Clausola statutaria - Clausola compromissoria binaria - Invalidità - Accertamento - Responsabilità notaio

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

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

La Corte (omissis).

1. Preliminarmente all'esame dei motivi dedotti in ricorso e con riferimento alle prime sei infrazioni commesse prima del 26 agosto 2006, deve rilevarsi che per esse è intervenuta la prescrizione dell'azione disciplinare.

La L. n. 89/1913, art. 146, risulta sostituito dal D.Lgs. 1 agosto 2006, n. 249, art. 29.

Tuttavia, l'art. 54 del predetto D.Lgs., statuisce che «Per i fatti commessi anteriormente alla data di entrata in vigore delle disposizioni di cui all'art. 55, comma 1, continuano ad applicarsi, se più favorevoli, le norme modificate dagli artt. 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 29, 30, 47, 50 e 51», per cui nella fattispecie va applicato la L. n. 89/1913, art. 146, nell'originaria formulazione, quale norma più favorevole rispetto all'attuale. Secondo tale norma, in tema di sanzioni disciplinari per i notai, la prescrizione della relativa azione, si compie per effetto del decorso di quattro anni dal giorno in cui l'infrazione è stata commessa, «ancorché vi siano stati atti di procedura».

Ne consegue che nella fattispecie i primi sei illeciti disciplinari sono estinti per prescrizione.

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

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

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

Per potersi affermare tale responsabilità occorrerebbe ritenere, come appunto sostiene la corte di merito, che è principio inequivoco che nell'ambito societario l'unico

arbitrato possibile sia quello endosocietario di cui al D.Lgs. n. 5/2003, art. 34.

Il D.Lgs. n. 5/2003, art. 34, statuisce che: «1. Gli atti costitutivi delle società, ad eccezione di quelle che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio a norma dell'art. 2325 *bis* c.c., possono, mediante clausole compromissorie, prevedere la devoluzione ad arbitri di alcune ovvero di tutte le controversie insorgenti tra i soci ovvero tra i soci e la società che abbiano ad oggetto diritti disponibili relativi al rapporto sociale. 2. La clausola deve prevedere il numero e le modalità di nomina degli arbitri, conferendo in ogni caso, a pena di nullità, il potere di nomina di tutti gli arbitri a soggetto estraneo alla società. Ove il soggetto designato non provveda, la nomina è richiesta al presidente del tribunale del luogo in cui la società ha la sede legale».

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

Ai fini della responsabilità del notaio a norma della L. n. 89 del 1913, art. 28 è necessario che l'atto redatto dal notaio sia inequivocamente nullo (cfr. Cass. n. 11 novembre 1997).

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

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

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

4.2. Non ignora il collegio che questa Corte con sentenza n. 24867/2010 ha statuito che: «incombe in responsabilità disciplinare, per violazione del divieto di ricevere atti nulli, il notaio che, nel rogare lo statuto di una società

di capitali, vi inserisca una clausola compromissoria che deferisca eventuali controversie ad arbitri nominati dalle parti, in violazione del divieto di cui al D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, art. 34, a nulla rilevando che, l'ordinamento preveda la sostituzione automatica di tale clausola, ai sensi dell'art. 1419 c.c., trattandosi di rimedio predisposto dal legislatore al solo fine di conservare l'atto ai fini privatistici, né che la nullità riguardi non l'intero atto, ma una singola clausola, trattandosi, comunque, di nullità parziale assoluta».

Senonché alla data di redazione degli atti notarili oggetto di questo procedimento disciplinare (anno 2006/2007) lo stato della giurisprudenza di merito e della dottrina era contrastante e non era intervenuta alcuna sentenza di legittimità, con funzione nomofilattica.

Ciò comporta che, ai fini della decisione di questa causa non possa farsi riferimento a questo precedente, poiché nella fattispecie, vertendosi in tema di procedimento disciplinare nei confronti di notaio, e non di una vertenza in materia societaria, ciò che costituisce oggetto della decisione non è tanto quale fosse l'esatta interpretazione del D.Lgs. n. 5/2003, art. 34, ma soprattutto se essa fosse alla data dell'atto redatto dal notaio inequivoca, in modo che lo stesso non potesse non percepire, secondo la diligenza qualificata che egli doveva avere, di redigere un atto nullo.

4.3. La prima pronunzia di legittimità che ha investito l'esatta interpretazione della norma in questione, sia pure ai fini di valutare se sussistesse la fattispecie disciplinare di cui alla L. n. 89/1913, art. 28, è stata appunto la sentenza n. 24867 del 9 dicembre 2010.

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

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

Certamente anche il notaio rogante, come ogni operatore giuridico, dovrà attenersi all'interpretazione nomofilattica della norma in questione data da questa Corte di

legittimità, preposta, appunto, a garantire l'esatta interpretazione ed osservanza della legge.

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

In altri termini la fattispecie oggettiva dell'illecito è costituita non solo dalla redazione di un atto nullo, ma anche dal fatto che tale nullità è inequivoca, cioè pacifica. Solo l'inequivocità della nullità integra l'atto «espressamente proibito dalla legge» alla cui redazione l'art. 28 riconnette la responsabilità disciplinare.

Tale circostanza (la pacificità della nullità) costituisce, quindi, una componente dell'elemento oggettivo dell'illecito e non dell'elemento soggettivo (come pare ritenere Cass. n. 18892/2011).

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

In merito al D.Lgs. n. 5/2003, art. 34, può quindi ritenersi che la nullità di clausola arbitrale che preveda un arbitrato di diritto comune in atto di costituzione di società, già affermata da Cass. n. 24867/2010, si è ulteriormente consolidata a seguito della successiva statuizione della Corte del 20 luglio 2011, n. 15892.

Pertanto la pacificità dell'interpretazione può ritenersi raggiunta negli operatori giuridici, decorso il tempo necessario alla diffusione di tali 2 arresti e quindi alla fine di agosto 2011.

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

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

6. L'accoglimento del primo motivo di ricorso comporta l'assorbimento dei restanti motivi.

In definitiva va cassata l'impugnata sentenza senza rinvio quanto all'incolpazione di cui agli illeciti commessi anteriormente al 26 agosto 2006, essendo gli stessi prescritti. Quanto alle incolpazioni a decorrere da tale data, va cassata l'impugnata sentenza, in accoglimento del primo motivo e, decidendo la causa nel merito non essendo necessari ulteriori accertamenti, va rigettata la richiesta di applicazione di sanzione disciplinare proposta contro il ricorrente.

(omissis).

IL COMMENTO

di Nicola Soldati

Il D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 prevede un modello esclusivo di arbitrato nascente da clausola compromissoria statutaria, il quale, a mente dell'art. 34, comma 2, del decreto stesso, prevede l'obbligatorietà della fonte eteronoma di nomina degli arbitri, essendo sanzionata con il precetto della nullità ogni clausola statutaria che consenta la nomina degli arbitri alle parti in lite. L'inserimento di una clausola compromissoria statutaria in statuti ed atti costitutivi non conforme al precetto del citato articolo comporta responsabilità del notaio ai sensi dell'art. 28 l.not.

Premessa

La sentenza della Suprema Corte in esame, pur rappresentando il quarto arresto di legittimità in tema di clausole compromissorie statutarie (1), risulta di particolare interesse poiché costituisce una sintesi motivata delle pronunce precedenti, ponendo alcuni punti fermi su di un tema che ha dato vita ad un ampio dibattito dottrinale e giurisprudenziale in merito al quale pare opportuno effettuare alcune riflessioni.

La Corte di cassazione era stata chiamata a pronunciarsi, ancora un volta, in merito alla responsabilità di un notaio che aveva introdotto all'interno

di statuti societari clausole compromissorie di diritto comune non conformi al dettato normativo imposto dall'art. 34, D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 (2),

Note:

(1) Cass., sez. III, 9 dicembre 2010, 24867, in *Riv. arb.*, 2011, 255; Cass., sez. VI, 11 marzo 2011, n. 5913, in *Resp. civ. e prev.*, 2011, 1528; Cass., sez. III, 20 luglio 2011, n. 15892, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, 9.

(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".

in violazione dell'art. 28, L. 16 febbraio 1913, n. 89 (Legge notarile).

In primo grado, il CO.RE.DI. per la Sicilia aveva dichiarato il notaio responsabile per avere ricevuto n. 12 atti costitutivi e di trasformazione di e in società di persone, ove erano state inserite clausole arbitrali che non prevedevano che l'arbitro dovesse essere nominato da un soggetto estraneo alle parti in controversia. Avverso tale decisione il notaio aveva proposto reclamo alla Corte d'Appello di Palermo la quale aveva confermato la responsabilità del notaio e la sanzione irrogata.

Anche contro tale sentenza il notaio aveva proposto gravame in Cassazione dove il ricorso veniva in parte accolto.

Nella sentenza in esame la Corte, superando le sue precedenti pronunce, attraverso un'interpretazione nomofilattica (3) volta a garantire l'esatta interpretazione ed osservanza della legge, arriva ad affermare un principio assai importante per la giurisprudenza che verrà.

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

Alla luce di tale assunto, ai soli fini della responsabilità del notaio rogante, la Corte (4) fornisce anche una *deadline* temporale dopo la quale il notaio verrà ritenuto responsabile ai sensi dell'art. 28 l.not. ove riceva atti societari contenenti clausole compromissorie statutarie non conformi al dettato dell'art. 34, D.Lgs. n. 5/2003, affermando il principio di diritto in base al quale: «sussiste la responsabilità disciplinare del notaio a norma della L. n. 89/1913, art. 28, comma 1, n. 1, per aver redatto un atto espressamente proibito dalla legge, allorché sia stato rogato, a decorrere dall'1 settembre 2011, un atto costitutivo di società, con previsione di clausola compromissoria di arbitrato di diritto comune e, quindi, difforme dal disposto del D.Lgs. n. 5/2003, art. 34, poiché solo da tale data può ritenersi pacifica l'interpretazione della norma come comportante la nullità di siffatta clausola» (5).

Tale decisione basa le sue radici su di una consolidata giurisprudenza in relazione alla quale ai fini della responsabilità del notaio a norma della L. n.

89/1913, art. 28 è necessario che l'atto redatto dal notaio sia inequivocamente nullo (6).

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

Secondo la Suprema corte, tale responsabilità del notaio può derivare solo laddove l'irricevibilità dell'atto si giustifica, quando il divieto possa desumersi in via del tutto pacifica ed incontrastata da un orientamento interpretativo ormai consolidato sul punto, orientamento che secondo i supremi giudici, nonostante l'inequivocabile dettato normativo dell'art. 34, non poteva ritenersi raggiunto in presenza di contrastanti interpretazioni giurisprudenziali e dottrinali sul punto dell'alternatività tra arbitrati endosocietari e arbitrati di diritto comune, ovvero dell'esclusività solo dei primi in sede societaria.

Le clausole compromissorie statutarie e la previsione dell'art. 34, D.Lgs. n. 5/2003

Come è noto, l'art. 34, comma 2, D.Lgs. n. 5/2003 prevede che la clausola compromissoria

Note:

(3) Peraltro, precipuamente rivolta alla problematica notarile dell'inserimento o dell'adeguamento di clausole compromissorie negli statuti societari, tanto è vero che nella motivazione della sentenza si legge che: «Certamente anche il notaio rogante, come ogni operatore giuridico, dovrà attenersi all'interpretazione nomofilattica della norma in questione data da questa Corte di legittimità, preposta, appunto, a garantire l'esatta interpretazione ed osservanza della legge».

(4) Con buona pace del notaio condannato dalla prima sentenza della Suprema Corte n. 24867/2010.

(5) In Cass. 20 luglio 2011, n. 15982, cit., era stato affermato che: «Il Collegio... intende, a fini di nomofilachia ed al di là della rilevanza in funzione della presente decisione, affermare il principio per cui eventuali violazioni della norma, le quali potranno essere commesse successivamente al decorso di un termine ragionevole dalla pubblicazione della presente decisione, potranno viceversa dare luogo ad illecito disciplinare ai sensi del citato l.not., art. 28, comma 1» con la conseguenza che «la conseguenza che a far tempo da quando questa sentenza diverrà nota al pubblico, eventuali atti costitutivi rogati da notai con previsione di clausole compromissorie difformi dalla previsione dell'art. 34, comma 2, diverranno sanzionabili sul piano disciplinare, atteso che il notaio rogante, come ogni operatore giuridico, dovrà attenersi all'individuazione del significato della norma sostenuto da questa Corte di legittimità, preposta a garantire l'esatta osservanza della legge».

(6) In tale senso, *inter alia*, v. Cass. 19 febbraio 1998, n. 1766, in *Riv. not.*, 1998, II, 705; Cass. 11 novembre 1997, n. 11128, in *Notariato*, 1998, 7.

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».

In dottrina (7) è stato evidenziato come la codificazione di un meccanismo di nomina differente rispetto a quello contenuto nel codice di rito ha palesato la volontà del legislatore di dare vita a una vera e propria *species* di clausola arbitrale in ambito societario (8).

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, se, invero, da un lato, ha sacrificato il principio della libera e paritaria partecipazione delle stesse alla nomina degli arbitri, dall'altro, però, è stata in grado di superare tutte le criticità procedurali relative alla potenziale pluralità di parti della controversia, garantendo, al contempo, la paritaria partecipazione delle parti alla procedura (9) attraverso la terzietà del designatore, oltretutto una maggiore imparzialità, indipendenza e neutralità dell'organo giudicante (10).

Ciononostante, siffatto meccanismo di nomina ha creato, anche dopo la riforma, alcune interpretazioni difformi rispetto al testo del dettato normativo, dando vita alla c.d. teoria del «doppio binario» (11).

Note:

(7) V. Salafia, *L'arbitrato societario: contrasti interpretativi*, in questa Rivista, 2011, 465; V. Scognamiglio, *Impugnazione delle delibere assembleari e clausola arbitrale*, ivi, 2010, 194; A. Sarti, *La clausola compromissoria nelle società cooperative*, ivi, 2010, 77; V. Carbone, *Circolazione di quote sociali, clausola compromissoria e violazione della clausola di prelazione*, ivi, 2009, 1403; C. D'Apria, *Arbitrato societario: orientamenti di giurisprudenza dopo la riforma*, in *Dir. e prat. soc.*, 2009, n. 4, 30; F. Genari, *L'arbitrato societario*, Padova, 2009; F. Corsini, *Società di persone, clausola compromissoria statutaria ed arbitrabilità delle controversie in materia del rapporto sociale*, in *Giur. comm.*, 2008, II, 869; E. Senini, *Validità delle clausole compromissorie e regime transitorio*, in questa Rivista, 2006, 749; N. Soldati, «Estraneità» dell'autorità di nomina e clausola compromissoria statutaria, ivi, 2006, 1155; N. Soldati, *Le clausole compromissorie nelle società commerciali*, Milano, 2005; E. Picaroni, *L'arbitrato nella riforma societaria*, in questa Rivista, 2005, 495; F. Crisci, *Considerazioni sull'arbitrato in materia societaria tra ritualità e irrivalità nel quadro della riforma del processo societario di cui al d.lgs. n. 5 del 17 gennaio 2003*, in *Riv. dir. comm.*, 2005, 139; G. Gabrielli, *Clausola compromissoria e statuti sociali*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, 85; R. Sali, *Arbitrato e riforma societaria: la nuova clausola arbitrale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, 114; G. De Nova, *Controversie societarie: arbitrato societario o arbitrato di diritto comune?*, in *Contratti*, 2004, 847; G. Arieta - F.

De Santis, *Diritto processuale societario*, Padova, 2004, 593; E. Zucconi Galli Fonseca, *Sub art. 34*, in Carpi (a cura di), *Arbitrato societario*, Bologna, 2004, 1; N. Soldati, *La nuova clausola compromissoria statutaria*, in *Dir. e prat. soc.*, 2004, n. 16, 26; F.P. Luiso, *Appunti sull'arbitrato societario*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, 705; F. Carpi, *Profili dell'arbitrato in materia di società*, in *Riv. arb.*, 2003, 411; E.F. Ricci, *Il nuovo arbitrato societario*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2003, 523; G. Ruffini, *La riforma dell'arbitrato societario*, in *Corr. giur.*, 2003, 1524; E. Zucconi Galli Fonseca, *La convenzione arbitrale nelle società dopo la riforma*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2003, 929; N. Soldati, *Osservazioni a margine degli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie nella riforma del processo societario*, in questa Rivista, 2003, 791; F. Corsini, *L'arbitrato nella riforma del diritto societario*, in *Giur. it.*, 2003, 1285.

(8) In questo senso si esprime anche: I. Pagni, *Arbitrato societario e arbitrato di diritto comune in materia societaria dopo l'intervento della Cassazione n. 24867/2010*, in questa Rivista, 2011, 450, la quale afferma che «Il legislatore ha così inteso permettere al gruppo sociale organizzato di scegliere la via arbitrale in luogo della giustizia statale con minore difficoltà rispetto al passato».

(9) P. Biavati, *Il procedimento nell'arbitrato societario*, in *Riv. arb.*, 2003, 31; E.F. Ricci, *Il nuovo arbitrato societario*, cit., pp. 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».

(10) In questo senso, da ultimo, I. Pagni, *Arbitrato societario e arbitrato di diritto comune in materia societaria dopo l'intervento della Cassazione n. 24867/2010*, cit., 450, la quale afferma che: «L'introduzione, avvenuta quasi dieci anni fa, ad opera del D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, di una disciplina *ad hoc* dell'arbitrato societario come particolare forma di giustizia del gruppo sociale organizzato ha consentito il superamento della gran parte dei nodi interpretativi che avevano ostacolato l'applicazione dell'istituto alla materia delle liti societarie. E certamente ha permesso di ovviare alla difficoltà, che si presentava con regolarità dinanzi a clausole compromissorie di tipo binario, di adattare la soluzione della nomina degli arbitri ad opera delle parti con la caratteristica, propria di questo tipo di controversie, del coinvolgimento di più soggetti all'interno del procedimento».

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

Tuttavia, alla luce dell'interpretazione letterale della norma, che, peraltro, è quella seguita dalla decisione in commento e dalle precedenti pronunce della Corte di cassazione (12) e che appare la più corretta, la mancata previsione all'interno della clausola compromissoria statutaria della nomina degli arbitri ad opera di un soggetto estraneo alla società, non può che comportare la nullità dell'intera clausola arbitrale, costringendo soci e organi della società a rivolgersi all'autorità giudiziaria ordinaria per la risoluzione delle controversie, ovvero di fare ricorso all'arbitrato di diritto comune mediante la stipulazione di un compromesso arbitrale ai sensi dell'art. 806 c.p.c.

La sentenza della Suprema Corte in commento, come detto, è la quarta ad esprimersi in ordine al tema dell'invalidità delle clausole arbitrali societarie con nomina degli arbitri rimessa alle parti in lite dopo l'introduzione dell'arbitrato societario avvenuta con il D.Lgs. n. 5/2003.

La decisione si pone nell'alveo della giurisprudenza della Corte di cassazione e delle corti di merito dominanti (13) e viene inequivocabilmente a ribadire la nullità della clausola compromissoria contenuta all'interno dei patti sociali laddove contraria alla disposizione contenuta al secondo comma dell'art. 34 sulla base della considerazione che il dettato testuale della norma, la quale stabilisce che la clausola compromissoria debba "in ogni caso, a pena di nullità" prevedere il potere di nomina di tutti gli arbitri a soggetto estraneo alla società, costituisce una formulazione inequivoca, tale da non consentire diverse interpretazioni.

Nella sentenza in esame si afferma poi che solo a seguito della stessa ogni contrasto giurisprudenziale in materia deve ritenersi superato, divenendo conseguentemente inequivoca l'interpretazione dell'art. 34, D.Lgs. n. 5/2003 nel senso che la clausola compromissoria degli atti costitutivi di società che preveda un arbitrato di diritto comune, senza rispettare la prescrizione in punto di nomina degli arbitri di cui alla detta norma deve essere ritenuta radicalmente nulla.

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

In precedenza la Suprema corte aveva anche correttamente affermato l'applicabilità dell'art. 34, comma 2, alle società di persone in virtù della previsione all'interno della legge delega che aveva at-

tribuito al Governo il potere di emanare norme in tema di arbitrato societario, con riferimento alle clausole compromissorie, contenute negli statuti delle "società commerciali" (art. 12, comma 3), riferendosi alle "società che hanno per oggetto l'esercizio di una attività commerciale", società che, ai sensi dell'art. 2249 c.c., devono costituirsi secondo uno dei tipi regolati nei capi III e seguenti del titolo V del codice civile e, quindi, anche alle società in nome collettivo e in accomandita semplice (14), evidenziando di conseguenza come il pe-

Note:

(12) Ad esempio, Cass. 20 luglio 2011, n. 15892, cit., afferma che «il legislatore delegato ha scelto... di considerare la norma di cui all'art. 34 come impositiva di una forma necessaria ed esclusiva di clausola compromissoria nell'ambito societario indicato dalla norma stessa». E ancora: «... La scelta nel senso della esclusività emerge dalle implicazioni delle espressioni usate nel redigere la norma. È invece di assoluto rilievo l'espressa previsione che l'inosservanza di una delle regole dettate per la stipula della clausola compromissoria secondo la norma - appunto quella relativa alle modalità di nomina degli arbitri ed alla necessità che essi siano nominati tutti da soggetto estraneo alla società - determini la nullità e, si badi, secondo la lettera della legge, la nullità della clausola compromissoria. E ciò senza possibilità, perché non prevista dal legislatore delegato, di salvezza della clausola sia pure come clausola di diritto comune».

(13) In termini di precedenti editi, tra cui: Trib. Milano 7 gennaio 2010, in *Giur. it.*, 2010, 2366; Trib. Milano 20 aprile 2009, in *Giust. a Milano*, 2009, 4, 30; Trib. Milano 12 marzo 2009, *ivi*, 2009, 4, 30; App. Milano 13 giugno 2008, in *Foro pad.*, 2007, 421; Trib. Trani 15 ottobre 2008, in *Giurisprudenzabarese.it*, 2008; Trib. Parma 11 aprile 2008, in *Dir e prat. soc.*, 2009, n. 4, 23, con nota di N. Soldati, *La facoltà delle parti di scelta dell'arbitrato societario*; Trib. Salerno 12 aprile 2007, in *Giur. comm.*, 2008, 4, 865; Trib. Torino 6 ottobre 2006, inedita; App. Torino 4 agosto 2006, in *Corr. mer.*, 2006, 11, 1259; Trib. Milano 25 giugno 2005, in *Giur. it.*, 2006, 8-9, 1639; Coll. Arb. Genova 29 aprile 2005, in *Riv. arb.*, 2006, 169; Trib. Bari 24 gennaio 2005, inedita; Trib. Udine 4 novembre 2004, in questa *Rivista*, 2005, 777, con nota di N. 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, con nota di N. Soldati, *Nullità della clausola compromissoria statutaria a seguito di mancato adeguamento*; 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 N. 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. e prat. soc.*, 2005, n. 10, 80, con nota di N. Soldati, *Validità della clausola compromissoria statutaria nel periodo transitorio*.

(14) Condivide questa interpretazione anche I. Pagni, *Arbitrato societario e arbitrato di diritto comune in materia societaria dopo l'intervento della Cassazione n. 24867/2010*, cit., 450, la quale afferma che «Dal punto di vista soggettivo, quasi ovvio è il rilievo che la creazione, nel 2003, di un nuovo possibile teatro della risoluzione delle dinamiche conflittuali dell'attività d'impresa, dovesse riferirsi alla sola impresa organizzata in forma societaria, e non già all'impresa individuale, nella quale i conflitti sono, per

(segue)

riodo transitorio, di cui agli artt. 223 bis e 223 duodecies disp. att. c.c., avesse il precipuo ed unico scopo di prescrivere «i tempi di adeguamento degli atti costitutivi e degli statuti delle società di capitali e delle società cooperative alle nuove disposizioni inderogabili», senza però escludere «che un tale adeguamento sia posto in essere anche dalle società di persone» (15).

Il primo comma dell'art. 34, D.Lgs. n. 5/2003 prevede espressamente che: «gli atti costitutivi delle società... possono, mediante clausole compromissorie, prevedere la devoluzione ad arbitri di alcune ovvero di tutte le controversie ...».

In tutte le pronunce i Supremi ermellini, dando atto di conoscere profondamente il dibattito giurisprudenziale sul punto, hanno fornito in chiave nomofilattica una corretta lettura del problema, peraltro già affermata in dottrina (16) e in giurisprudenza di merito (17), che pone alla base della argomentazione una particolare lettura del verbo “possono” contenuto al citato primo comma dell'art. 34.

Infatti, è stato affermato che il riferimento al verbo “possono” non deve essere interpretato come possibilità di dare adito alla teoria del c.d. doppio binario, bensì, come già rilevato anche da molte corti di merito, la facoltà insita in tale espressione “possono” (analoga a quella contenuta nell'art. 808 c.c.) «è da ritenersi riferita non alla scelta tra l'arbitrato di diritto comune e quello previsto dalla medesima norma, ma a quella tra il ricorso all'arbitrato previsto dalla stessa norma ed il ricorso al giudice ordinario» (18).

La negazione della tesi del “doppio binario”

L'arresto della Suprema Corte in esame risulta essere di fondamentale importanza poiché sembra costituire l'ulteriore e definitivo tassello per il totale superamento della tesi del c.d. “doppio binario” affermata, come detto, da parte della dottrina (19) e della giurisprudenza (20), che ha sostenuto, non solo, l'ultrattività delle clausole compromissorie di diritto comune all'interno degli statuti delle società in considerazione del fatto che le nuove disposizioni introdotte dal D.Lgs. n. 5/2003 non sostituirebbero il sistema disegnato dal codice di rito, ma ad esso si andrebbero ad aggiungere, come del resto sarebbe anche evidenziato nella relazione ministeriale al decreto legislativo (21), ma addirittura la possibilità di predisporre statuti societari con clausole arbitrali di diritto comune anche dopo la riforma del 2003.

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

A fronte della decisione in esame, viene confermato l'orientamento dottrinale e giurisprudenziale (22) che, al contrario, ha affermato che la situazione delle società di fronte alla nuova disciplina dell'arbitrato è rappresentabile nei termini di opzione, come suffragato dal testo della norma che recita “possono”.

Note:

(segue nota 14)

definizione, tutti esterni all'impresa, e dove perciò, mancando la dimensione plurisoggettiva che caratterizza l'agire societario, niente si opponeva a che la disciplina del giudizio arbitrale continuasse ad essere quella del diritto comune» e poi rileva che «meno chiaro è, invece ... se vi siano, tra le società diverse dalle società di capitali, società alle quali le regole dell'arbitrato societario non si applicano, e che debbono perciò far ricorso alle norme del codice di rito: ciò alla luce dell'art. 12, comma 3, della legge delega, che ha attribuito al Governo il potere di dettare norme in materia di arbitrato soltanto per le clausole contenute negli statuti delle società commerciali».

(15) Trib. Latina 22 giugno 2004, cit., nella cui motivazione si legge: «avendo il legislatore configurato una *vacatio legis* destinata appositamente anche all'adeguamento dei negozi societari alla nuova normativa, l'inerzia delle società preesistenti potrebbe essere sintomatica della consapevole volontà delle stesse di lasciare elidere, per effetto della nuova disciplina cogente, la clausola compromissoria dal proprio ordinamento, alla quale non dovrebbe quindi sovrapporsi necessariamente una sorta di ultrattività della clausola per effetto della sua sostituzione automatica».

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

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

(18) In questo senso: Cass. 8 ottobre 2010, n. 24867, cit.

(19) V. nota n. 7.

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

(21) F. 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.

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

Infatti, ove la società voglia conseguire i peculiari effetti dell'arbitrato societario deve introdurre una clausola compromissoria ex art. 34 del decreto, in caso contrario, le controversie societarie continuano ad essere regolate dalla disciplina del codice di rito, innanzi all'autorità giudiziaria ordinaria.

Ne consegue che l'introduzione di una clausola compromissoria di diritto comune all'interno dello statuto di una società risulta essere in aperto contrasto con il dettato normativo dell'art. 34 che, come affermato dalla Suprema corte costituisce «una formulazione inequivoca, tale da non consentire diverse interpretazioni» (23).

Pertanto, risulta confermato che la corretta ricostruzione della volontà del legislatore in merito alla previsione relativa alla creazione di una nuova *species* arbitrale, che non va a sostituire il modello codicistico, porta ad evidenziare come la scelta arbitrale nell'ambito degli statuti delle società commerciali porti alla sola possibilità di utilizzo di clausole compromissorie ex D.Lgs. n. 5/2003, rimanendo l'utilizzo dell'arbitrato di diritto comune relegato, come più sopra evidenziato e ribadito anche dalla sentenza in commento, alle sole ipotesi di sottoscrizione di un compromesso arbitrale, una volta insorta la lite, non essendo stato il compromesso arbitrale oggetto di alcun intervento riformatore da parte del legislatore (24).

Il futuro delle clausole compromissorie statutarie

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

In particolare, per quanto attiene ai precedenti editi vi sono pronunce contrastanti: il Tribunale di Torino (25) aveva sanzionato il notaio che aveva introdotto nei patti sociali clausole compromissorie statutarie non conformi all'art. 34, comma 2, D.Lgs. n. 5/2003. Tale decisione veniva poi riformata dalla Corte di appello di Torino (26) che affermava la legittimità di una clausola compromissoria statutaria di diritto comune con nomina degli arbitri in capo alle parti in lite.

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

Anche le altre decisioni di merito che hanno portato alle tre citate sentenze della Cassazione si

erano espresse in senso contrario alla tesi del «doppio binario» rispettivamente pronunciate dalla Corte d'appello di Catanzaro, di Venezia e di Bologna e, da ultimo, nel caso in esame, dalla Corte d'appello di Palermo.

Note:

(23) Sul punto appare pienamente condivisibile la conclusione di I. Pagni, *Arbitrato societario e arbitrato di diritto comune in materia societaria dopo l'intervento della Cassazione n. 24867/2010*, cit., 464, la quale evidenzia che «Se oggi si consentisse senza limiti, attraverso la stipula di una clausola invalida secondo le regole del diritto speciale, di fatto di richiamare le norme del diritto comune, l'inderogabilità delle regole processuali contenute nell'art. 35, D.Lgs. n. 5/2003 verrebbe ad essere aggirata. La nullità della pattuizione, invece, sta proprio a significare che le parti non possono derogare, neppure prevedendo una clausola tradizionale in luogo di quella prevista dall'art. 34, al modello di arbitrato endosocietario voluto dal legislatore quando la devoluzione in arbitri sia opera di un patto stipulato quando ancora non si conoscono i confini oggettivi e soggettivi della lite. E questo dovrebbe essere un argomento decisivo, contro un'ammissibilità della clausola difforme affermata senza limitazioni: ad evitare che i soci siano indotti sistematicamente, all'atto della costituzione della società e dell'introduzione del patto nello statuto, a preferire, alla previsione di una eterodesignazione dell'arbitro, la più consueta forma di designazione ad opera della parte, che certo consente il recupero del tradizionale rapporto di fiducia, ma vanifica, nel contempo, lo sforzo fatto dal legislatore, nel 2003, di far funzionare, con norme inderogabili, l'istituto arbitrale a dispetto della struttura tipicamente plurisoggettiva della lite sociale e della particolarità della materia versata nel procedimento».

(24) Si fa riferimento alle controversie nascenti dal trasferimento di partecipazioni sociali (I. Pagni, *Arbitrato societario e arbitrato di diritto comune in materia societaria dopo l'intervento della Cassazione n. 24867/2010*, cit., 453-454; F. Corsini, *Società di persone, clausola compromissoria statutaria ed arbitrabilità delle controversie in materia del rapporto sociale*, cit. 874; Carpi, *Profili dell'arbitrato in materia di società*, cit., 416; Nobili, *Conciliazione e arbitrato nelle controversie societarie*, in *Atti del Convegno su «Conciliazione e arbitrato nelle controversie societarie»*, Roma, 2003, 64) ed a quelle nascenti all'interno di patti parasociali (S. Chiarloni, *Appunti sulle controversie deducibili in arbitrato societario e sulla natura del lodo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2004, 133; F. Carpi, *Profili dell'arbitrato in materia di società*, cit., 411; E.F. Ricci, *Il nuovo arbitrato societario*, cit., 523; G. Ruffini, *La riforma dell'arbitrato societario*, cit., 1525; F. Corsini, *L'arbitrato nella riforma del diritto societario*, cit., 1290; contra E. Zucconi Galli Fonseca, *Commento sub art. 34*, in Carpi (a cura di), *Arbitrato societario*, cit., 5-6; E. Zucconi Galli Fonseca, *La convenzione arbitrale nelle società dopo la riforma*, cit., 935; A. Briguglio, *Conciliazione e arbitrato nelle controversie societarie*, in *Atti del Convegno su «Conciliazione e arbitrato nelle controversie societarie»*, Roma, 2003, 28-29).

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

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

La Suprema Corte ha, quindi, ritenuto poco convincenti le argomentazioni della dottrina e della giurisprudenza a sostegno della tesi dell'ultrattività delle clausole compromissorie statutarie di diritto comune, arrivando ad affermare la radicale nullità delle clausole compromissorie statutarie non conformi al disposto dell'art. 34, comma 2, D.Lgs. n. 5/2003.

Le citate sentenze hanno affermato come lo scopo dell'art. 34, D.Lgs. n. 5/2003 «è, indubbiamente, quello di attribuire il potere di nomina degli arbitri solo a soggetti estranei alla compagine sociale e tende ad assicurare il principio (di ordine pubblico, cfr. Cass. 18 marzo 2008, n. 7262) della imparzialità della decisione, consolidando la indipendenza e la imparzialità dell'arbitro attraverso la terzietà del designatore».

Altresì, è importante sottolineare come le intenzioni del legislatore delegante fossero nel senso di aumentare le facoltà dei soci (27) e tale aumento è sicuramente stato realizzato attraverso la previsione di norme processuali *ad hoc* per l'arbitrato societario (28).

Per contro, ove si continuasse a sostenere, contrariamente a quanto affermato dalla Corte di cassazione, che sia ancora possibile inserire nell'ambito dei patti sociali clausole di diritto comune, ciò significherebbe, non certo aumentare le facoltà delle parti, quanto piuttosto diminuirle, basti pensare, a titolo esemplificativo, all'impossibilità nella scelta dell'arbitrato di diritto comune, di chiedere agli arbitri provvedimenti cautelari (29).

La tesi del doppio binario, pur ispirata ad un'ampia libertà di scelta della forma di arbitrato da adottare, finirebbe però per ostacolare la riforma, facendo perdurare lo stato di inoperatività dell'istituto, e ciò in virtù del fatto che il "possono" di cui all'art. 34 rappresenta l'alternativa della "giurisdizione arbitrale" a quella ordinaria e non, invece, la sopravvivenza dell'arbitrato di diritto comune tacciato, nella decisione in commento, di nullità, sulla base della espressa previsione della nullità della clausola compromissoria statutaria in caso di inosservanza della norma in parola.

Il fatto che la clausola compromissoria possa essere introdotta nei patti sociali a discrezione dei soci è di palmare evidenza nel testo stesso dell'art. 34 del decreto laddove espressamente il legislatore ha ritenuto di fare uso del termine "possono" (30).

Peraltro, una diversa formulazione della norma, come forse qualcuno avrebbe sperato per maggiore chiarezza sistematica, con l'indicazione "devono", sarebbe stata palesemente incostituzionale, venen-

dosi a configurare quella fattispecie costantemente perseguita dai giudici costituzionali e conosciuta come arbitrato c.d. obbligatorio, fattispecie che, come è noto, si configura in tutte quelle ipotesi in cui l'arbitrato è imposto per legge, risultando così contrario ai principi della Carta Costituzionale poiché preclude alle parti la possibilità di adire il giudice statale (31).

Nessuna differenza può essere operata sul punto in esame tra arbitrato rituale e irrituale proprio anche in considerazione del fatto che l'inciso "anche non rituale" contenuto al quinto comma dell'art. 35 del D.Lgs. n. 5/2003 «intende sottolineare proprio in un'ottica di attenuazione della distinzione tra arbitrato libero ed irrituale, la possibilità del ricorso alla tutela cautelare anche in tale ipotesi di arbitrato non rituale» (32).

Note:

(27) Come giustamente rileva anche V. Salafia, *Alcune questioni di interpretazione del nuovo arbitrato societario*, cit., 1458.

(28) In questo senso vedasi anche I. Pagni, *Arbitrato societario e arbitrato di diritto comune in materia societaria dopo l'intervento della Cassazione n. 24867/2010*, in questa Rivista, cit., 463.

(29) Chiaramente nelle fattispecie previste dalla legge e con le relative caratteristiche. In questo senso anche I. Pagni, *Arbitrato societario e arbitrato di diritto comune in materia societaria dopo l'intervento della Cassazione n. 24867/2010*, cit., 455 e ss. che esamina le differenze tra arbitrato di diritto comune e arbitrato societario alla luce degli artt. 34, 35 e 36, D.Lgs. n. 5/2003.

(30) 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.

(31) Da ultimo: Corte cost. 8 giugno 2005, n. 221, in *Riv. arb.*, 2005, 515 nella quale si legge: «questa Corte fin dalla sentenza n. 127 del 1977 (in realtà anche in precedenza; ma, nei casi allora sottoposti, aveva escluso che si fosse in presenza di un vero arbitrato obbligatorio: sentenze n. 62 del 1968 e n. 50 del 1966), ha osservato che, poiché la Costituzione garantisce ad ogni soggetto il diritto di agire in giudizio per la tutela dei propri diritti ed interessi legittimi, «il fondamento di qualsiasi arbitrato è da rinvenirsi nella libera scelta delle parti: perché solo la scelta dei soggetti (intesa come uno dei possibili modi di disporre, anche in senso negativo, del diritto di cui all'art. 24, comma primo, Cost.) può derogare al precetto contenuto nell'art. 102, comma primo, Cost. [...], sicché la "fonte" dell'arbitrato non può più ricercarsi e porsi in una legge ordinaria o, più generalmente, in una volontà autoritativa». Tale principio è stato costantemente ribadito da questa Corte con le sentenze n. 325/1998, n. 381/1997, n. 54/1996, n. 232, 206 e 49/1994, n. 488/1991, e precisato nel senso che, anche qualora sia richiesto «l'accordo delle parti per derogare alla competenza arbitrale, si rimette pur sempre alla volontà della sola parte che non voglia tale accordo derogatorio, l'effetto di rendere l'arbitrato concretamente obbligatorio per l'altro soggetto che non l'aveva voluto», essendo «sufficiente la mancata intesa sulla deroga della competenza arbitrale per vanificare l'apparente facoltatività bilaterale dell'opzione».

(32) Sono le parole utilizzate dalla Suprema corte in motivazione (segue)

Ma se i soci non intendano avvalersi di clausole compromissorie statutarie, in caso di controversia, potranno alternativamente rivolgere le proprie istanze al giudice ordinario, ovvero all'arbitrato di diritto comune nascente da compromesso (33), ovvero, da ultimo, alla mediazione ex D.Lgs. 4 marzo 2010, n. 28 (34).

Pertanto, alla luce della considerazioni svolte, pare potersi sostenere allo stato, conformemente alla sentenza in esame, che non è più possibile inserire negli statuti delle società commerciali clausole compromissorie difformi dalle norme inderogabili dell'art. 34, comma 2, che impongono la nomina degli arbitri in capo ad un soggetto estraneo alla società, ove il precetto dovesse risultare violato, la clausola dovrà ritenersi radicalmente nulla (35).

Note:

(segue nota 32)

a Cass. 9 dicembre 2010, n. 24867, cit. *Contra*, App. Napoli 14

gennaio 2009, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2010, 335, la quale afferma che: «La nuova disciplina dell'arbitrato societario contenuta negli art. 34, 35, 36 d.l.g. 17 gennaio 2003 n. 5, non si applica agli arbitrati irrituali».

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

(34) Mediante l'introduzione all'interno degli statuti di apposite clausole di mediazione, ovvero optando volontariamente per la mediazione in assenza della relativa clausola statutaria. Sul punto mi sia consentito rinviare a N. Soldati, *La mediazione per la risoluzione delle liti civili e commerciali*, in *Dir. e prat. soc.*, n. 4, 2010, 13 e, con specifico riferimento alla materia societaria, N. Soldati, *La mediazione nelle controversie societarie, bancarie e finanziarie*, in N. Soldati (a cura di), *La nuova mediazione e conciliazione nelle materie di applicazione*, Milano, 2011, 43.

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

LIBRI

Le società E.S.Co. e la politica energetica territoriale

Le Energy Service Companies in partnership pubblico-privato

Di Marco Libanora



La produzione di energia da fonti fossili è la principale causa dei cambiamenti climatici, è quindi necessario sviluppare rapidamente l'**impiego delle energie da fonti alternative**. Questo cambiamento si potrà realizzare solo con il contributo di un'**adeguata politica energetica** da parte degli enti territoriali, i quali dovranno promuovere **piani strategici adeguati** alle nuove risorse energetiche disponibili. L'**Energy Service Company**, o semplicemente E.S.Co., in partnership pubblico-privato, può rappresentare una valida **soluzione** per l'erogazione di **servizi energetici** in linea con tutte le altre politiche del territorio. Il libro prende in esame anche le funzioni che le E.S.Co. possono svolgere nella politica energetica locale a favore dei consumatori e delle aziende private che operano nella produzione, commercializzazione e installazione dei dispositivi eco-

compatibili e di risparmio energetico. L'analisi riporta e analizza anche i risultati delle ricerche economiche svolte in Europa e negli Stati Uniti. Il libro, infine, esamina **come strutturare** tali società in forma mista pubblico-privato con la partecipazione di più enti pubblici, attraverso i **modelli innovativi** introdotti con la riforma del diritto societario.

Ipsos, 2009, pagg. 288, € 36,00

Codice: 102051

ISBN: 978-88-217-3077-1

Per informazioni e acquisti

• **Servizio Informazioni Commerciali**

(tel. 02.82476794 – fax 02.82476403)

• **Agente di zona**

• **On line: www.shopwki.it**