

La facoltà delle parti di scelta dell'arbitrato societario

Radicalmente nulla anche per il foro di Parma la clausola compromissoria dello statuto quando contravviene all'art. 34 della legge di riforma in tema di nomina di un arbitro estraneo alla società.

Tribunale di Parma - Sez. I - sentenza 11 aprile 2008
(Presidente Mari, Relatore Ciccio)

LA MASSIMA

Arbitrato societario - Nullità della clausola compromissoria statutaria (D.Lgs. n. 5/2003, art. 34)

L'art. 34 D.Lgs. n. 5/2003, al comma 1, consente di devolvere ad arbitri le controversie insorgenti tra soci ovvero tra i soci e la società e impone, al comma 2, a pena di nullità, che il potere di nomina degli arbitri venga devoluto a soggetto estraneo alla società.

Il riferimento al "possono" di cui all'art. 34, comma 1, D.Lgs. n. 5/2003 è chiaramente volto a consentire la libertà per la società di scegliere per la definizione delle controversie la via arbitrale in alternativa a quella giurisdizionale, ma una volta compiuta tale scelta è necessario a norma del successivo comma 2 osservare le disposizioni inderogabili dell'art. 34 senza alcuna eccezione.

Nicola Soldati

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

La sentenza in esame emanata lo scorso anno dai giudici di Parma fornisce un interessante e nuovo spunto di riflessione nell'ambito dell'animato dibattito

Per consultare il testo completo dei provvedimenti vedi la banca dati:
@ www.dps.ilsole24ore.com

dottrinale e giurisprudenziale relativo alla validità delle clausole compromissorie statutarie, a seguito dell'introduzione della disciplina del processo societario⁽¹⁾ avve-

(1) Arieta, *De Santis*, Commentario dei processi societari, Torino, 2007; Luiso (a cura di), Il nuovo processo societario, Torino, 2006; Costantino (a cura di), I procedimenti in materia commerciale, Padova, 2005; Chiarloni (diretto da), Il nuovo processo societario, Bologna, 2004; Arieta, *De Santis*, Diritto processuale societario, Padova, 2004; Amadei, Soldati, Il processo societario. Prima lettura sistematica delle novità introdotte dal D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, Milano, 2004; Alpa, Galletto (a cura di), Processo, arbitrato e conciliazione nelle controversie societarie, bancarie e del mercato finanziario. Commento al D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, Milano, 2004; Sassani (a cura di),

(segue)

nuta con il D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5^[2]. Come è noto, l'arbitrato nascente da clausola compromissoria statutaria contempla una previsione che è stata foriera di una pletora di interpretazioni assai divergenti tra loro, in relazione alla validità stessa della clausola alla luce delle modalità di composizione dell'organo giudicante in essa contemplate^[3]. L'art. 34, comma 2, impone che la clausola compromissoria contenuta negli atti costitutivi delle società debba prevedere il numero e le modalità di nomina degli arbitri, «conferendo in ogni caso, a pena di nullità, il potere di nomina di tutti gli arbitri a soggetto estraneo alla società. Ove il soggetto designato non provveda, la nomina è richiesta al presidente del tribunale del luogo in cui la società ha la sede legale».

**GIURISPRUDENZA**

Arbitrato societario - Autorità di nomina: ai sensi dell'art. 34, comma 2, D.Lgs. n. 5/2003, sono nulle le clausole compromissorie binarie, dovendo il potere di nomina di tutti gli arbitri essere necessariamente attribuito ad un soggetto estraneo alla società (trib. Salerno 12 aprile 2007).

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^[4].

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 potenziale pluralità di parti della controversia, garantendo, al contempo, la paritaria partecipazione delle parti alla procedura^[5], nonché una maggiore terzietà del collegio arbitrale.

La riforma delle società. Il processo, Torino, 2003; Colantuoni, Fabiani, Norelli, Picaroni, Rubino, Vivaldi, I procedimenti (D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5); Milano, 2003.

(2) D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 (G.U. 22 gennaio 2003, n. 17, Suppl. Ord. n. 8) recante: "Definizione dei procedimenti in materia di diritto societario e di intermediazione finanziaria, nonché in materia bancaria e creditizia, in attuazione dell'art. 12 legge 3 ottobre 2001, n. 366". I testi integrali dei provvedimenti citati sono reperibili nella banca-dati "Diritto e Pratica delle Società" all'indirizzo www.dps.ilsole24ore.com.

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

(4) 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, pag. 869; Senini, «Validità delle clausole compromissorie e regime transitorio», in Società, 2006, pag. 749; Soldati, «"Estraneità" dell'autorità di nomina e clausola compromissoria statutaria», in Società, 2006, pag. 1155; Soldati, Le clausole compromissorie nelle società commerciali, Milano, 2005; Picaroni, «L'arbitrato nella riforma societaria», in Società, 2005, pag. 495; Crisci, «Considerazioni sull'arbitrato in materia societaria tra ritualità e irritualità nel quadro della riforma del processo societario di cui al D.Lgs. n. 5 del 17 gennaio 2003», in Riv. dir. comm., 2005, pag. 139; Gabrielli, «Clausole compromissorie e statutarie sociali», in Riv. dir. civ., 2004, pag. 85; Sali, «Arbitrato e riforma societaria: la nuova clausola arbitrale», in Nuova giur. civ. comm., 2004, pag. 114; De Nova, «Controversie societarie: arbitrato societario o arbitrato di diritto comune?», in Contratti, 2004, pag. 847; Arieta, De Santis, Diritto processuale societario, cit., pag. 593; Zucconi Galli Fonseca, «Commento sub art. 34», in Carpi (a cura di), Arbitrato societario, Bologna, 2004, 1; Soldati, «La nuova clausola compromissoria statutaria», in Diritto e Pratica delle Società n. 16/2004, pag. 26; Luiso, «Appunti sull'arbitrato societario», in Riv. dir. proc., 2003, pag. 705; Carpi, «Profili dell'arbitrato in materia di società», in Riv. arb., 2003, pag. 411; Ricci, «Il nuovo arbitrato societario», in Riv. trim. dir. e proc. civ., 2003, pag. 523; Ruffini, «La riforma dell'arbitrato societario», in Corr. giur., 2003, pag. 1524; Zucconi Galli Fonseca, «La convenzione arbitrale nelle società dopo la riforma», in Riv. trim. dir. e proc. civ., 2003, pag. 929; Soldati, «Osservazioni a margine degli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie nella riforma del processo societario», in Società, 2003, pag. 791; Corsini, «L'arbitrato nella riforma del diritto societario», in Giur. it., 2003, pag. 1285. Con riferimento alla possibile coesistenza di clausole arbitrali societarie e clausole arbitrali di diritto comune, cfr.: Cerrato, «Arbitrato societario: nuove conferme per il "doppio binario"», in Giur. it., 2007, pag. 2240; Cerrato, «Arbitrato societario e doppio binario: una svolta?», in Giur. it., 2007, pag. 907; Recchioni, «L'arbitrato in materia societaria fra clausola compromissoria preesistente e ius superveniens», in Riv. arb., 2004, pag. 771; Nela, «Oggetto ed effetti di clausole compromissorie statutarie», in Chiarloni (diretto da), Il nuovo processo societario, cit., pag. 933; Auletta, «La nullità della clausola compromissoria a norma dell'art. 34 D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5: a proposito di recenti (dis-)orientamenti del notariato», in Riv. arb., 2004, pag. 361; Salafia, «Alcune questioni di interpretazione del nuovo arbitrato societario», in Società, 2004, pag. 1457.

(5) Biavati, «Il procedimento nell'arbitrato societario», in Riv. arb., 2003, pag. 31; Ricci, «Il nuovo arbitrato societario», cit., pagg.

(segue)

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, 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 e 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.

Il caso di Parma

Nella fattispecie in esame, il tribunale di Parma veniva adito da una società che richiedeva l'emissione di un'ingiunzione di pagamento a carico di due soci che non avrebbero restituito alla società somme di denaro a loro corrisposte a titolo di anticipo utili.

I soci ingiunti proponevano opposizione affermando la presenza all'interno della statuto della società di una clausola compromissoria per arbitrato irrituale che impediva alla

società il ricorso alla tutela monitoria.

Il tribunale riteneva la clausola compromissoria contenuta all'interno dello statuto della società invalida, a seguito di mancato adeguamento della stessa alle disposizioni inderogabili contenute all'art. 34, comma 2, D.Lgs. n. 5/2003 e conseguentemente affermava la propria competenza a conoscere dell'opposizione proposta nei confronti del decreto ingiuntivo emesso.

GIURISPRUDENZA

Autorità di nomina - Nullità clausola: in seguito all'introduzione dell'art. 34 D.Lgs. n. 5/2003 non è più consentita la redazione di una clausola compromissoria di tipo binario, perché il dato testuale della norma non permette alcun dubbio circa la volontà normativa di consentire alle parti la mera possibilità di devolvere ad arbitri la risoluzione di controversie endosocietarie che abbiano ad oggetto diritti disponibili relativi al rapporto sociale e sancisce altrettanto chiaramente che, laddove le parti abbiano optato per tale devoluzione, la clausola compromissoria deve in ogni caso, a pena di nullità, prevedere il potere di nomina di tutti gli arbitri a soggetto estraneo alla società (trib. Torino 6 ottobre 2006).

La decisione

La sentenza in commento, ponendosi nell'alveo della giurisprudenza dominante⁽⁶⁾ viene ad affermare la nullità della clausola compromissoria contenuta all'interno dei patti sociali, poiché contraria alla disposizione contenuta al comma 2 dell'art. 34 argomentando come «appare evidente che la disposizione che prevede che la nomina degli arbitri sia

devoluta a soggetto estraneo alla società ha natura inderogabile, essendo prevista sotto pena di nullità, e che lo statuto sociale debba essere conseguentemente adeguato *in parte qua* ai sensi del primo comma 4 dell'art. 223-bis disp. att. cod. civ.».

Nella fattispecie, nessun adeguamento della clausola compromissoria alla nuova disposizione di legge era stato effettuato dai soci,

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

(6) Trib. Bari 24 gennaio 2005, inedita; trib. Udine 4 novembre 2004, in Società, 2005, pag. 777, con nota di Soldati, «Clausole compromissorie statutarie e questioni di diritto transitorio», nella quale, peraltro, è stato affermato che «la sanzione di nullità deve quindi ritenersi limitata alle clausole compromissorie deliberate dopo l'entrata in vigore della nuova normativa processuale societaria, rimanendo le clausole preesistenti valide ed efficaci, sia pure nei limiti di efficacia loro riconosciuta dalle norme previgenti», trib. Latina 22 giugno 2004, in Diritto e Pratica delle Società n. 2/2005, pag. 73, con nota di Soldati, «Nullità della clausola compromissoria statutaria a seguito di mancato adeguamento»; trib. Trento 8 aprile 2004, in Giur. merito, 2004, pag. 1699; trib. Trento 11 febbraio 2004, in Nuovo dir. n. 4/2005, pag. 275, con nota di Soldati, «Ambito di applicazione dell'arbitrato societario ex art. 34 D.Lgs. n. 5/2003 e disciplina transitoria»; contra: trib. Genova 7 marzo 2005, in Corr. merito, 2005, pag. 759; trib. Torino 27 settembre 2004, in Diritto e Pratica delle Società n. 10/2005, pag. 80, con nota di Soldati, «Validità della clausola compromissoria statutaria nel periodo transitorio».

come si deduce dalla lettura della sentenza dei giudici di merito^[7]. I giudici del tribunale di Parma, dimostrando una buona conoscenza del dibattito giurisprudenziale sul punto, hanno fornito un'interessante lettura del problema; peraltro già affermata in dottrina^[8], che pone alla base dell'argomentazione una particolare lettura del verbo "possono" contenuto al comma 1 dell'art. 34.

I giudici sono arrivati, così, ad affermare che «il riferimento al verbo "possono" di cui all'art. 34, primo comma, D.Lgs. n. 5/2003 è infatti chiaramente volto a consentire la libertà per la società di scegliere per la definizione delle controversie la via arbitrale in alternativa a quella giurisdizionale, ma una volta compiuta tale scelta è necessario a norma del successivo secondo comma osservare le disposizioni inderogabili ivi previste senza alcuna eccezione».

La tesi relativa all'ultrattività delle clausole statutarie di diritto comune

Occorre evidenziare, per completezza di trattazione, che parte della dottrina e della giurisprudenza^[9], come in precedenza ricordato, sostengono l'ultrattività delle clausole com-

promissorie 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^[10], 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»^[11].

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.

Con particolare riferimento all'arresto del tribunale di Parma, il summenzionato orientamento dottrinale ha affermato che 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 poter conseguire i



GIURISPRUDENZA

Nomina degli arbitri - Nullità clausola: è nulla per violazione dell'art. 34, comma 2, D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, la clausola dello statuto di una società di capitali che preveda la devoluzione delle controversie tra società e soci a un collegio arbitrale i cui membri devono essere nominati dalle parti e solo in via suppletiva da un soggetto estraneo alla società. (Nell'affermare il suddetto principio il tribunale ha affermato che le clausole, quale quella in esame, già contenute nell'atto costitutivo e contrarie alle nuove disposizioni, in virtù di quanto previsto dalla disposizione transitoria contenuta nell'art. 223-bis disp. att. cod. civ., sono destinate a perdere efficacia dopo il 30 settembre 2004) (app. Torino 4 agosto 2006).

(7) 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».

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

(9) App. Torino 4 settembre 2007, in Guida al Diritto n. 47/2007, pag. 50; trib. Ravenna 13 febbraio 2006, in Merito n. 6/2006, pag. 10; trib. Bologna 25 maggio 2005, in Giur. it., 2006, pag. 1640; trib. Bari 2 novembre 2006, in Giur. it., 2007, pag. 2237; trib. Genova 7 marzo 2005, cit.

(10) Amadei, Soldati, «Il processo societario. Prima lettura sistematica delle novità introdotte dal D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5», cit., pag. 255.

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

di aumentare le facoltà dei soci^[15] e tale aumento è stato realizzato sicuramente 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^[16].

Questo orientamento, pur ispirato ad un'ampia libertà di scelta della forma di arbitrato da adottare, finirebbe per ostacolare la riforma, facendo perdurare lo stato di inoperatività dell'istituto. Né, tanto meno, il "possono" di cui all'art. 34 farebbe 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"^[17].

Pertanto, una diversa formulazione della norma, come forse qualcuno avrebbe sperato

GIURISPRUDENZA

Nullità clausola - Arbitrato irrituale: la disposizione di cui all'art. 34, comma 2, D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, che sancisce, "a pena di nullità", che la clausola compromissoria deve conferire in ogni caso il potere di nomina di tutti gli arbitri ad un soggetto estraneo alla società, sia da riferire anche alla clausola compromissoria per arbitrato irrituale, con la conseguenza che la clausola compromissoria, non adeguata alla disciplina imperativa sopravvenuta, deve ritenersi comunque nulla (trib. Bari 24 gennaio 2005).

per maggiore chiarezza sistematica, con l'indicazione "devono", sarebbe stata palesemente incostituzionale, venendosi a configurare quella fattispecie costantemente perseguita dai giudici costituzionali e nota come arbitrato c.d. obbligatorio^[18]. Ma se i soci non intendono avvalersi di clausole compromissorie statutarie, in caso di controversia, potranno alternativamente rivolgere le proprie istanze al giudice societario, 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^[19].

Pertanto, alla luce delle considerazioni svolte, pare potersi sostenere allo stato^[20], conformemente alla sentenza in esame, 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, sono tenuti ad modificare 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^[21].

(15) Come giustamente rileva anche Salafia, «Alcune questioni interpretative», cit., pag. 1458.

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

(17) 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 inserimento di clausole compromissorie all'interno degli statuti.

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

(19) Al riguardo cfr. 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».

(20) 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.

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

IN SINTESI

**TRIBUNALE DI PARMA, SEZ. I.
SENTENZA 11 APRILE 2008**

IL FATTO

Una s.r.l. agiva monitoriamente nei confronti dei soci della società medesima per il pagamento di una somma pari a 48mila euro circa a carico di ciascuno, asseritamente dovuta a titolo di debito sociale per acconto sui dividendi regolarmente iscritto nei bilanci degli anni 2002 e 2003. Gli ingiunti proponevano opposizione al decreto ingiuntivo eccependo preliminarmente l'improponibilità della domanda alla luce della clausola compromissoria per arbitrato irrituale contenuta in un articolo dello statuto societario, che prevedeva la nomina di tre arbitri dei quali uno ciascuno nominato dalle parti e il terzo designato dagli arbitri così nominati.

LA DECISIONE

Il tribunale di Parma ritiene l'assunto infondato.

Come ritenuto dalla prevalente anche se non unanime giurisprudenza, le clausole statutarie, che attribuiscono ad un intraneo alla compagine la nomina degli arbitri e che non abbiano ricevuto adeguamento ai nuovi principi previsti per l'arbitrato societario dall'art. 34 D.Lgs. n. 5/2003 entro il termine del 30 settembre 2004, sono da ritenersi nulle. L'art. 223-bis disp. att. cod. civ. introdotto dal D.Lgs. n. 5/2003 impone, infatti, l'adeguamento dell'atto costitutivo e dello statuto alle nuove disposizioni inderogabili dettate dal citato decreto.

A sua volta, l'art. 34 D.Lgs. n. 5/2003, al comma 1, consente di devolvere ad arbitri le controversie insorgenti tra soci ovvero tra i soci e la società, e impone, al comma 2, a pena di nullità, che il potere di nomina degli arbitri venga devoluto

a soggetto estraneo alla società. La disposizione la quale prevede che la nomina degli arbitri sia devoluta a soggetto estraneo alla società ha natura inderogabile, essendo prevista sotto pena di nullità, e lo statuto sociale dev'essere conseguentemente adeguato. L'orientamento giurisprudenziale che, fondandosi sul dato letterale dell'art. 34 D.Lgs. n. 5/2003 nella parte in cui prevede che gli atti costitutivi delle società possono prevedere la devoluzione ad arbitri delle controversie, giunge a ritenere che accanto all'arbitrato societario coesista un tipo di arbitrato comune regolato dal codice di rito e che trarrebbe fonte da clausole compromissorie non adeguate alle nuove disposizioni non appare in alcun modo convincente. Il riferimento al "possono" di cui all'art. 34, comma 1, D.Lgs. n. 5/2003 è chiaramente volto a consentire la libertà per la società di scegliere per la definizione delle controversie la via arbitrale in alternativa a quella giurisdizionale, ma una volta compiuta tale scelta, è necessario a norma del successivo comma 2 osservare le disposizioni inderogabili ivi previste senza alcuna eccezione.

La clausola compromissoria contenuta nello statuto della s.r.l. di cui sopra deve pertanto essere dichiarata nulla. Nel merito l'opposizione si considera fondata e il decreto ingiuntivo nei confronti dei soci è revocato.

I PRECEDENTI

Trib. Salerno 12 aprile 2007; trib. Torino 6 ottobre 2006; App. Torino 4 agosto 2006; trib. Milano 25 giugno 2005; coll. arbitrale Genova 29 aprile 2005; trib. Bari 24 gennaio 2005; trib. Catania 26 novembre 2004; trib. Udine 4 novembre 2004; trib. Latina 22 giugno 2004.

**ORIENTAMENTO DEL MERITO
Nullità clausole non adeguate:**

il tenore dell'art. 34, comma 2, D.Lgs. n. 5/2003 fa ritenere nulle le clausole che attribuiscono ad un intraneo alla compagine il potere di nomina degli arbitri; e ciò sia in caso di nuova costituzione che di società già costituite alla data del 1° gennaio 2004 che non abbiano provveduto ad adeguare lo statuto nel termine ultimo del 20 settembre 2004. Ed è una nullità radicale che priva di qualsivoglia effetto nella sua interezza l'originaria scelta compromissoria, non potendo nella specie trovare applicazione il meccanismo di salvezza di cui al comma 2 dell'art. 1419 cod. civ. per le ipotesi di nullità parziale (trib. Catania 26 novembre 2004).

Clausola compromissoria - Nullità sopravvenuta:

a decorrere dal 1° gennaio 2004, devono ritenersi nulle tutte le clausole compromissorie in difformità del disposto di cui all'art. 34 D.Lgs. n. 5/2003. L'art. 223-bis disp. att. cod. civ. si limita, infatti, a prevedere che le disposizioni statutarie, ancorché non conformi alle norme inderogabili del D.Lgs. n. 6/2003, mantengono efficacia sino al 30 settembre 2004: nessuna ultrattività è invece disposta per il caso di difformità alla nuova disciplina del processo societario

(trib. Udine 4 novembre 2004).

Mancato adeguamento - Nullità:

la clausola arbitrale contenuta nello statuto di una s.r.l. e conforme alle disposizioni contenute negli artt. 806 e segg. cod. proc. civ. è nulla se al momento del giudizio, nel quale sia eccepito il difetto di giurisdizione del giudice ordinario adito dall'attore, non è stata adeguata all'art. 34 D.Lgs. n. 5/2003 (trib. Latina 22 giugno 2004).