

■ Arbitrato ■

Clausola compromissoria statutaria e nomina degli arbitri

Ambito di applicazione dell'arbitrato in materia societaria. Il meccanismo di nomina degli arbitri. La riforma del 2003: periodo transitorio e nullità della clausola non conforme. La sopravvivenza dell'arbitrato di diritto comune. I differenti orientamenti dottrinali.

a cura di **Nicola Soldati***

la QUESTIONE

**Quale forma deve avere la clausola compromissoria statutaria?
Come devono essere nominati gli arbitri nell'arbitrato societario?
Cosa accade in caso di violazione di leggi inerenti alla nomina degli arbitri?**

L'INTRODUZIONE

Nella pratica societaria, l'inserimento di una apposita clausola atta a devolvere in arbitrato la risoluzione delle future controversie¹ assume un carattere di sistematicità non riscontrabile in altri settori del diritto interno.

Pur partendo da esigenze diverse, le scelte compiute da società di persone, di capitali o cooperative sono, in ogni caso, accomunate dalla medesima intenzione di rimettere al giudizio di arbitri le liti eventualmente insorgenti all'interno della compagine sociale.

Tale forma di risoluzione delle controversie, non prende avvio di solito da un compromesso stipulato dalle parti al momento dell'insorgere della controversia, ai sensi dell'art. 806 c.p.c., quanto piuttosto dall'inserimento di una previsione nel corpo dello statuto o dall'atto costitutivo di un'apposita clausola compromissoria formalmente inserita al momento della costituzione della società ovvero attraverso una modificazione successiva dei patti sociali.

Il D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, che ha disegnato nuove norme per il processo commerciale, ha introdotto peculiari disposizioni in tema di arbitrato societario, alla luce della previsione conte-

* Avvocato del Foro di Modena e Professore aggregato di diritto commerciale Alma Mater Studiorum Università di Bologna, membro del Comitato di Redazione della Rivista.

¹ SOLDATI, Le clausole compromissorie nelle società commerciali, *Giuffrè*, 2005; SALAFIA, «La clausola compromissoria negli statuti sociali», in *Società*, 2001, 1042; BELLEZZA, «La clausola compromissoria negli statuti societari», in *Società & diritto*, 1994, 321; PLENTEDA, «Arbitrato e società», in *Rass. arb.*, 1989, 1; SILINGARDI, Il compromesso in arbitri nelle società di capitali, *Giuffrè*, 1979.

nuta all'art. 12, comma 3, della legge delega n. 366 del 2001, la quale aveva espressamente previsto «la possibilità che gli statuti delle società commerciali contengano clausole compromissorie, anche in deroga agli artt. 806 e 808 del Codice di procedura civile, per tutte o alcune tra le controversie societarie di cui al comma 1».

Il primo comma dell'art. 34 del decreto prevede che gli atti costitutivi delle società, a eccezione di quelle che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, a norma dell'art. 2325 *bis* c.c., vale a dire quelle emittenti azioni quotate in mercati regolamentati o diffuse tra il pubblico in misura rilevante², 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 a oggetto diritti disponibili relativi al rapporto sociale³.

le NORME

D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5

Art. 34

Codice di procedura civile

Artt. 809-810

la FATTISPECIE

La clausola compromissoria inserita all'interno dello statuto della società, fatta eccezione per quelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, in base all'art. 34, comma 2, del D.Lgs. n. 5 del 2003 deve prevedere sotto pena di nullità che la nomina dell'arbitro o degli arbitri debba avvenire a opera di un soggetto estraneo rispetto alla società.

Dal punto di vista pratico-operativo, le società a responsabilità limitata, le società per azioni, le società in accomandita per azioni e le società cooperative, ciascuna secondo le tempistiche scandite dal Legislatore delegato (art. 223 *bis* e art. 223 *duodecies* disp. att. c.c.)⁴, hanno potuto giovare di una finestra temporale per potere procedere all'adeguamento degli statuti, e, quindi, per potere procedere alla modifica delle clausole compromissorie, ove in contrasto con la disciplina

² In base alla previsione dell'art. 111 *bis* disp. att. c.c. che rinvia per la definizione di misura rilevante all'art. 116 del D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 e art. 2 e 108 del Regolamento Consob n. 11971/1999, come successivamente modificato, sono «emittenti strumenti finanziari diffusi» gli emittenti che abbiano azionisti diversi dai soci di controllo in numero superiore a 200 che detengano complessivamente una percentuale di capitale sociale almeno pari al 5% e che non abbiano la possibilità di redigere il bilancio in forma abbreviata ai sensi dell'articolo 2435 *bis*, comma 1, c.c.

Un problema assai delicato è dato dall'individuabilità delle società che possono rientrare nell'ambito della definizione di cui al combinato disposto degli artt. 2325 *bis* c.c. e 111 disp. att. c.c. Infatti, in considerazione del fatto che tale individuazione dipende da fattori variabili, si porranno all'interprete delicati problemi nell'ipotesi di mutamento nel tempo di tali fattori durante società. Infatti, resterà da verificare cosa potrà accadere nell'ipotesi in cui muti nel tempo la misura del ricorso al capitale di rischio da parte della società, in modo da oltrepassare, per eccesso o per difetto, i limiti in vigore alla data del 1° gennaio 2004.

³ LUIO, «Appunti sull'arbitrato societario», in Riv. dir. proc., 2003, 706; RICCI, «Il nuovo arbitrato societario», in Riv. trim. dir. e proc. civ., 2003, 520-521; RUFFINI, «Arbitrato e disponibilità dei diritti nella legge delega per la riforma del diritto societario», in Corr. giur., 2003, 133 ss.

⁴ IANNIELLO, La riforma del diritto societario, Ipsoa, 2005, 13.

della riforma al precipuo scopo di evitare, appunto, la loro nullità, allorché queste avessero previsto un meccanismo di nomina degli arbitri in capo direttamente alle parti, sulla base del modello disegnato dal codice di rito all'art. 810.

Di tale periodo transitorio, per contro, non hanno potuto giovare le società di persone in quanto non direttamente coinvolte dalla riforma del diritto societario del 2003.

▼ **L'ambito di applicazione dell'arbitrato in materia societaria**

Ai fini dell'individuazione dell'arbitrabilità delle controversie, il D.Lgs. n. 5 del 2003, stabilisce che non possono essere compromesse in arbitri le controversie per le quali la legge preveda l'intervento obbligatorio del Pubblico Ministero.

In questo modo, l'art. 34, comma 5, è venuto a disciplinare una fattispecie su cui la giurisprudenza *ante* riforma aveva avuto modo più volte di pronunciarsi con particolare riferimento alle gravi irregolarità amministrative ex art. 2409 c.c., nonché la fattispecie relativa alle controversie nascenti dalla nomina e dalle revoca dei liquidatori ex art. 2487 c.c. ultimo comma⁵.

Con riferimento alla denuncia al tribunale, è stato ritenuto decisivo il rilievo per cui, essendo attribuita la legittimazione alla proposizione del ricorso anche al Pubblico Ministero (art. 2409, ultimo comma, c.c.), il procedimento deve ritenersi previsto non solo a tutela degli azionisti di minoranza, ma anche dell'interesse generale connesso alla regolare amministrazione della società⁶. Dal punto di vista sostanziale, alla luce delle nuove norme del Codice civile, la previsione della non arbitrabilità delle materie in cui è previsto l'intervento obbligatorio del Pubblico Ministero appare una contraddizione in termini, infatti, il nuovo art. 2409 c.c. prevede l'intervento del PM solo nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, società nelle quali non è possibile il ricorso all'arbitrato ex clausola compromissoria statutaria ai sensi dell'art. 34, comma 1, del D.Lgs. n. 5 del 2003.

▼ **Il meccanismo di nomina degli arbitri**

Alla luce delle nuove norme introdotte dalla riforma, uno degli aspetti che si presenta maggiormente innovativo è quello che attiene alle modalità di composizione del collegio arbitrale, contenute all'interno della clausola compromissoria statutaria⁷.

Infatti, l'art. 34, comma 2, impone che la clausola 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».

È palese la codificazione di un nuovo meccanismo di nomina che viene a differenziarsi nettamente rispetto a quello disegnato dal Codice di rito, con la conseguenza che si viene a creare una vera e propria *species* di clausola arbitrale in ambito societario la quale, per certi aspetti, si pone in contrasto con le previsioni contenute all'interno del Codice di procedura civile dettate in tema di arbitrato.

⁵ CORSINI, «Società di persone, clausola compromissoria statutaria e arbitrabilità delle controversie in materia del rapporto sociale», in *Giur. comm.*, 2008, II, 869; SOLDATI, «Clausola arbitrale societaria e nomina del liquidatore», in *Società*, 2004, 1270.

⁶ App. Ancona 14 febbraio 1998, in *Società*, 1998, 941; Trib. Taranto 17 maggio 1996, in *Gius.*, 1996, 418; Cass., Sez. Un., 23 ottobre 1961, n. 2347, in *Foro pad.*, 1961, I, 1225.

⁷ CONSOLO, «Esercizi imminenti sul c.p.c.: metodi asistematici e penombre», in *Corr. giur.*, 2002, 1544, avanza qualche dubbio di costituzionalità sul meccanismo di nomina disegnato dal Legislatore delegato.

L'art. 34, comma 2, del decreto, sancendo la nullità dell'accordo che preveda la designazione degli arbitri a opera del parti, viene a sacrificare il principio della libera e paritaria partecipazione delle stesse alla nomina dei componenti del collegio arbitrale, ma, comunque, è in grado di superare una problematica assai rilevante nella pratica in ordine alla terzietà dei membri del collegio arbitrale⁸.

Il nuovo meccanismo di composizione del collegio arbitrale nasconde, tuttavia, insidie maggiori di quanto una prima semplice lettura della norma possa fare emergere.

Infatti, in base a una interpretazione letterale, che sembra la più corretta, nonché la più consona agli orientamenti della giurisprudenza maggioritaria fino a oggi sviluppata, la mancata previsione all'interno della clausola compromissoria statutaria della nomina degli arbitri da parte di un soggetto estraneo alla società, prevista, come detto, sotto pena di nullità, 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 l'ipotesi di trovare un accordo, una volta insorta la lite, per la stipulazione di un compromesso arbitrale.

È evidente che la nullità dell'intera clausola arbitrale, a seguito del mancato rispetto del meccanismo di nomina degli arbitri, può apparire una sanzione oltremodo penalizzante, tuttavia, l'evidente intento del Legislatore di porre definitivamente fine alle problematiche relative alla plurisoggettività delle controversie sociali, deve essere considerata più che meritevole e appare pienamente condivisibile.

la GIURISPRUDENZA

▼ **Orientamenti in merito alla validità delle clausole compromissorie**

La giurisprudenza fino a oggi formatasi in merito alla validità delle clausole compromissorie statutarie non conformi al dettato dell'art. 34 del D.Lgs. n. 5 del 2003 è arrivata a elaborare, alla stregua delle opinioni espresse in dottrina, tre differenti orientamenti.

Un primo orientamento afferma la radicale nullità della clausola arbitrale che contempla la nomina degli arbitri da parte di soggetti intranei alla società, facendo talvolta un distinguo tra clausole *ante* riforma e clausole *post* riforma, con particolare riferimento al periodo transitorio.

Un secondo orientamento ha affermato la nullità della clausola arbitrale non conforme al detta-

⁸ BIAVATI, «Il procedimento nell'arbitrato societario», in Riv. arb., 2003, 31; RICCI, Il nuovo arbitrato societario, cit., 525-526, il quale afferma che «Poiché si è in presenza di una particolare forma di giustizia del gruppo organizzato, la garanzia dell'indipendenza dell'arbitro richiede che lo stesso sia scelto da soggetto estraneo all'organizzazione societaria. Si parte qui dall'idea che la controversia, pur svolgendosi tra soggetti ben determinati, possa in realtà coinvolgere direttamente o indirettamente l'interesse di tutti i membri del gruppo e il gruppo stesso come ente; e proprio per questo si diffida delle designazioni in qualche modo legate alla scelta compiuta da membri del gruppo o da suoi organi». Aggiunge, inoltre, che: «Affidare la nomina degli arbitri a un terzo era dunque la soluzione più consigliabile sotto tutti i profili». In senso parzialmente critico della nuova norma che, comunque, non garantirebbe l'indipendenza del terzo nella nomina del collegio arbitrale poiché l'indicazione del terzo verrebbe sempre effettuata, salvo in sede di costituzione della società da un terzo indicato dall'assemblea v. RUFFINI, La riforma dell'arbitrato societario, cit., 1530, il quale afferma che «L'espedito di imporre alla società di conferire a un soggetto a essa estraneo il potere di nomina di tutti gli arbitri non consente infatti di ritenere rispettato detto principio se e in quanto la scelta del terzo designatore sia comunque rimessa alla volontà della maggioranza assembleare. All'evidenza infatti detto terzo, estraneo alla società fin quando non viene prescelto per la designazione degli arbitri, cessa di essere tale una volta investito del predetto incarico, che lo trasforma in mandatario della società; e la nomina degli arbitri, in quanto frutto di una mediata manifestazione di volontà della maggioranza, inidonea a rappresentare la volontà dei soci assenti o dissenzienti che con la società entrino in conflitto, sarà giuridicamente imputabile soltanto a quest'ultima».

to dell'art. 34, comma 2, del decreto, con possibilità di applicazione dell'art. 1419 c.c., limitando, quindi, l'invalidità della stessa alla sola previsione del conferimento della nomina a soggetti intranei alla società e facendo salva la scelta compromissoria attraverso il meccanismo sostitutivo contemplato dal secondo comma dell'articolo in parola, con intervento del presidente del tribunale quale autorità di nomina.

Da ultimo, il terzo orientamento afferma la sopravvivenza dell'arbitrato di diritto comune con nomina degli arbitri da parte di soggetti intranei accanto al nuovo arbitrato societario.

▼ Il travaglio del periodo transitorio e la nullità della clausola non conforme

Una parte della giurisprudenza ha posto l'attenzione sull'importanza del periodo transitorio previsto per la modifica degli statuti delle società. Ne è conseguito che anche, se, a onor del vero, la disciplina dettata dal Legislatore in tema sembrava piuttosto chiara, molte volte è stata fatta confusione su periodo transitorio relativo alle norme processuali e periodo transitorio relativo alle norme sostanziali, essendo la clausola compromissoria disciplinata sì dal D.Lgs. n. 5 del 2003, ma avendo anche effetti sostanziali all'interno dei patti sociali.

In materia si annoverano poi, allo stato, tre sole sentenze di giudici di secondo grado, tutte provenienti dalla Corte d'Appello di Torino, che arrivano ad affermare principi diametralmente opposti.

Un elemento che è stato ritenuto rilevante dalla giurisprudenza ai fini della dichiarazione di nullità delle clausole compromissorie statutarie non conformi attiene al momento di introduzione del giudizio, infatti, in base alla disposizione contenuta al secondo comma dell'art. 34 del D.Lgs. n. 5 del 2003 a fare tempo dal 1° gennaio 2004, così come previsto dall'art. 43 dello stesso decreto, non è stato ritenuto possibile che una clausola compromissoria potesse essere ritenuta valida fino al 30 settembre 2004, con possibilità di una sua uniformazione a quanto previsto dall'art. 34 fino alla stessa data, «in virtù di una lettura della disciplina transitoria della riforma societaria processuale come interamente recettizia (attraverso il citato art. 41, secondo comma) delle disposizioni contenute nel pure citato art. 223 *bis* c.c.».

Sulla base di tale assunto la giurisprudenza ha rilevato che il quinto comma art. 223 *bis* disp. att. c.c. stabilisce l'efficacia fino al 30 settembre 2004 delle previgenti disposizioni dell'atto costitutivo e dello statuto, anche se non conformi alle disposizioni inderogabili del D.Lgs. n. 6 del 2003 e che l'art. 41, comma 2, del D.Lgs. n. 5 del 2003 afferma che alle modifiche deliberate a norma degli artt. 223 *bis* e 223 *duodecies* delle disposizioni di attuazione del codice civile, per adeguare le clausole compromissorie preesistenti alle disposizioni inderogabili del D.Lgs. n. 5 del 2003 non si applica l'art. 34, comma 6.

Dall'interpretazione del combinato disposto delle disposizioni transitorie la giurisprudenza è arrivata alla conclusione⁹, che il richiamo di cui all'art. 41, comma 2, debba essere inteso limitatamente all'adozione per tali adeguamenti della maggioranza semplice prevista appositamente dall'art. 223 *bis* secondo, terzo e quarto comma, «a fini evidentemente agevolativi, in via di disciplina transitoria», evidenziando come, oltre a ciò, la disposizione transitoria della disciplina processuale non

⁹ Trib. Trento 11 febbraio 2004, in Nuovo dir., 2005, n. 4, 275, con nota di SOLDATI, «Ambito di applicazione dell'arbitrato societario ex art. 34 del D.Lgs. n. 5/2003 e disciplina transitoria»; Trib. Trento 8 aprile 2004, in Giur. merito, 2004, I 699; Trib. Latina 22 giugno 2004, in Dir. e prat. soc., 2005, n. 2, 73, con nota di SOLDATI, «Nullità della clausola compromissoria statutaria a seguito di mancato adeguamento»; Trib. Udine 4 novembre 2004, in Società, 2005, 777, con nota di SOLDATI, «Clausole compromissorie statutarie e questioni di diritto transitorio».

prevede, in particolare, la vigenza degli effetti delle clausole compromissorie difforni dall'art. 34, secondo comma fino al 30 settembre 2004; essendo una tale efficacia espressamente prevista soltanto dall'art. 223 *bis*, quinto comma c.c., «e non estensibile in via analogica ad altri ambiti, in quanto disposizione eccezionale, in mancanza, come accertato, di una norma di specifico richiamo»¹⁰. In questo modo, la giurisprudenza è arrivata ad affermare l'applicazione delle norme del nuovo rito societario a tutte le società, a far tempo dall'entrata in vigore del decreto, vale a dire dal 1° gennaio 2004 sulla base del fatto che il quinto comma dell'art. 223 *bis* disp. att. c.c., in base al dettato del quale le disposizioni statutarie, ancorché non conformi a norme inderogabili della riforma, mantengono efficacia sino al 30 settembre 2004, dispone che l'ultrattività sia prevista solamente con riferimento alle disposizioni statutarie che «non sono conformi alle disposizioni inderogabili del presente decreto», vale a dire del D.Lgs. n. 6 del 2003, mentre nulla è previsto per il caso di non conformità al D.Lgs. n. 5 del 2003, sicché è da ritenere che le disposizioni statutarie in contrasto con la nuova disciplina processuale cessino di avere efficacia con l'entrata in vigore di quest'ultima. Ne consegue che, alla luce di questo orientamento giurisprudenziale, la disciplina transitoria del diritto processual-societario entrato in vigore il 1° gennaio 2004 andrebbe ricostruita nel seguente modo.

Alle clausole binarie *ante* riforma delle società di capitali non si applica il disposto dell'art. 223 *bis* disp. att. c.c. perché si riferisce al decreto n. 6 con la conseguenza che non vi è alcuna ultrattività sino al 30 settembre 2004 ovvero al 31 marzo 2005 di tali clausole binarie, di talché queste non conservano efficacia alcuna.

In altre termini, l'ultrattività prevista dagli artt. 223 *bis* e *duodecies* disp. att. c.c. si riferisce unicamente alla disciplina introdotta dal D.Lgs. n. 6 del 2003, con la conseguenza che le clausole compromissorie non conformi alla disciplina introdotta dal D.Lgs. n. 5 del 2003 sono contrarie a disposizioni inderogabili di legge e, pertanto, sono da ritenersi nulle a fare tempo dal 1° gennaio 2004. E ciò indipendentemente dalla seppur scarsa disciplina transitoria disegnata per il nuovo rito processuale per le clausole compromissorie statutarie ai sensi dell'art. 34 del D.Lgs. n. 5 del 2003. Infatti, il citato secondo comma dell'art. 41 stabilisce che alle modifiche deliberate a norma degli artt. 223 *bis* e 223 *duodecies* disp. att. c.c., per adeguare le clausole compromissorie preesistenti alle disposizioni inderogabili del presente decreto legislativo non si applica l'art. 34, comma 6.

▼ **La sopravvivenza dell'arbitrato di diritto comune**

Secondo un'altra parte della giurisprudenza¹¹, poiché le nuove disposizioni introdotte dal D.Lgs. n. 5 del 2003 non sostituiscono il sistema disegnato dal Codice di rito, ma a esso si vanno ad aggiungere, come del resto sarebbe stato evidenziato anche dalla relazione ministeriale al decreto legislativo¹², nella quale 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 (na-

¹⁰ Le uniche norme transitorie (art. 41) riguardano l'applicabilità temporale della nuova disciplina, nonché l'impossibilità per il socio assente o dissidente di esercitare il diritto di recesso dalle società di capitali e dalle società cooperative nel periodo transitorio di cui ai citati artt. 223 *bis* e 223 *duodecies* disp. att. c.c., nell'ipotesi di adeguamento delle clausole compromissorie alle disposizioni inderogabili del decreto n. 5 del 2003.

¹¹ Trib. Bologna 25 maggio 2007, in Guida al Diritto, 2007, 45, 106; App. Torino 29 marzo 2007, in Giur. it., 2007, 2237; App. Torino 8 marzo 2007, in Giur. it., 2007, 906; Trib. Genova 7 marzo 2005, in Corr. merito, 2005, 759.

¹² AMADEI-SOLDATI, Il processo societario. Prima lettura sistematica delle novità introdotte dal D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, II, Ipsoa, 2004, 255.

turalmente ultrattivo anche in materia societaria) comprendendo numerose opzioni di rango processuale... che appaiono assolutamente funzionali alla promozione della cultura dell'arbitrato endo-societario»¹³, le vecchie clausole compromissorie statutarie c.d. binarie nelle quali la nomina degli arbitri è in capo ai litiganti sarebbero ancora pienamente valide ed efficaci.

Tale ricostruzione appare, nella sua premessa, senza dubbio corretta e nella realtà auspicabile, però si mostra debole per sostenere la possibile coesistenza nell'ambito dei patti sociali di clausole di diritto comune e di clausole di diritto societario.

Infatti, la volontà espressa dal Legislatore con la previsione di una creazione di una nuova *species* arbitrale che non vada a sostituire il modello codicistico, può essere anche, e forse più correttamente, interpretata nel senso che gli arbitrati nascenti da clausola compromissoria statutaria sono regolati dal Codice di rito, laddove la nuova disciplina non sia venuta a fornirne una specifica disciplina.

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 a essere nominati arbitri, ovvero istruzione probatoria e assunzione delle testimonianze)¹⁴.

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.

NULLITÀ SOPRAVVENUTA DELLA CLAUSOLA NON CONFORME ALL'ART. 34

Tribunale di Trani 15 ottobre 2008

Il mancato adeguamento dello statuto sociale al contenuto di cui all'art. 34 D.Lgs. n. 5 del 2003 introduttivo del c.d. rito societario, concernente la nomina degli arbitri comporta la nullità della clausola statutaria difforme. Infatti l'anzidetta norma – prevedendo che gli atti costitutivi delle società, a eccezione di quelle che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio a norma dell'art. 2325 *bis* c.c., mediante clausole compromissorie possono 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 a oggetto diritti disponibili relativi al rapporto sociale – dispone che la clausola statutaria 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 un soggetto estraneo alla compagine societaria, enunciando espressamente il principio che ove il soggetto designato non provveda, la nomina è richiesta al Presidente del tribunale del luogo in cui la società ha la sede legale. (*Giurisprudenzabarese.it*, 2008)

Tribunale di Parma 11 aprile 2008

L'art. 34 del D.Lgs. n. 5/2003 al primo comma consente di devolvere ad arbitri le controversie insorgenti tra soci ovvero tra i soci e la società e impone al secondo comma 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, del 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 secondo comma osservare le disposizioni inderogabili dell'art. 34 senza alcuna eccezione.

Tribunale di Salerno 12 aprile 2007

Ai sensi dell'art. 34, comma 2, D.Lgs. n. 5 del 2003, sono nulle le clausole compromissorie binarie, dovendo il pote-

¹³ 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, 363-364.

¹⁴ 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.

re di nomina di tutti gli arbitri essere necessariamente attribuito ad un soggetto estraneo alla società. (*Giur. comm.*, 2008, 4, 865)

Tribunale di Torino 6 ottobre 2006

In seguito all'introduzione dell'art. 34 D.Lgs. n. 5 del 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 a 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.

La previsione della sostituzione di diritto della clausola nulla a opera della norma imperativa di cui all'art. 34 D.Lgs. n. 5 del 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.).

Corte d'Appello di Torino 4 agosto 2006

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. c.c., sono destinate a perdere efficacia dopo il 30 settembre 2004). (*Corr. merito*, 2006, 11, 1259)

Tribunale di Milano 25 giugno 2005

È viziata da nullità la clausola compromissoria contenuta nello statuto di una società, introdotta antecedentemente alla data di entrata in vigore del D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, e non adeguata al disposto dell'art. 34, comma 2, del predetto decreto. (*Giur. it.*, 2006, 8-9, 1639)

Collegio Arbitrale di Genova 29 aprile 2005

È affetta da radicale nullità la clausola compromissoria statutaria che demanda alle parti in lite, la nomina degli arbitri. La disciplina dettata dall'art. 34 D.Lgs. n. 5 del 2003 non consente alcuna ultrattività per le clausole compromissorie statutarie non conformi. (*Riv. arb.*, 2006, 169)

Tribunale di Bari 24 gennaio 2005

La disposizione di cui all'art. 34, comma 2, D.Lgs. 17 gennaio 2003 n. 5, sancisce, «a pena di nullità», che la clausola compromissoria deve conferire in ogni caso il potere di nomina di tutti gli arbitri a 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. (*Giurisprudenzabarese.it*, 2005)

Tribunale di Catania 26 novembre 2004

Il tenore dell'art. 34 comma 2, D.Lgs. n. 5 del 2003 fa ritenere nulle le clausole che attribuiscono a 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 dell'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 la originaria scelta compromissoria non potendo nella specie trovare applicazione il meccanismo di salvezza di cui al comma 2 dell'art. 1419 c.c. per le ipotesi di nullità parziale. (*Nuovo dir.*, 2005, 721)

Tribunale di Udine 4 novembre 2004

A decorrere dall'1 gennaio 2004 devono ritenersi nulle tutte le clausole compromissorie in difformità del disposto di cui all'art. 34 D.Lgs. n. 5 del 2003. L'art. 223 bis disp. att. c.c. si limita, infatti, a prevedere che le disposizioni statutarie, ancorché non conformi alle norme inderogabili del D.Lgs. n. 6 del 2003, mantengono efficacia sino al 30 settembre 2004: nessuna ultrattività è invece disposta per il caso di difformità alla nuova disciplina del processo societario. (*Società*, 2005, 777)

Tribunale di Latina 22 giugno 2004

La clausola arbitrale contenuta nello statuto di una s.r.l. e conforme alle disposizioni contenute negli art. 806 ss. c.p.c. 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 del 2003. (*Dir. e prat. soc.*, 2005, 2, 73)

VALIDITÀ DELLA CLAUSOLA NON CONFORME ALL'ART. 34 POST RIFORMA

Tribunale di Bari 5 novembre 2007

L'art. 34 D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, ha introdotto per gli arbitrati in materia societaria un modello concorrente rispetto a quello tradizionale disciplinato dagli artt. 806 ss. c.p.c. e non esclusivo: ne deriva che le parti hanno la facoltà di scegliere liberamente tra i due modelli e che, pertanto, la clausola compromissoria non può essere ritenuta nulla soltanto per la violazione delle regole poste dall'art. 34 D.Lgs. n. 5 del 2003. (*Giur. merito*, 2008, 1329)

Tribunale di Bologna 25 maggio 2007

La norma dell'art. 41, comma 2, D.Lgs. n. 5/2003 non sancisce un obbligo di adeguamento degli statuti, nella parte relativa alle clausole compromissorie, alle nuove regole dettate in materia di arbitrato endosocietario: il rispetto della disciplina di cui all'art. 34 D.Lgs. n. 5/2003 deve perciò considerarsi come un onere imposto solo a chi vuole fruire dei vantaggi offerti dalla nuova tipologia arbitrale (quali l'estensione dell'ambito delle controversie compromettibili, l'attribuzione agli arbitri della competenza in materia cautelare o l'efficacia del lodo nei confronti della intera compagine sociale). Al mancato adeguamento delle clausole compromissorie preesistenti consegue l'applicazione della disciplina formale e sostanziale dell'arbitrato di tipo "tradizionale" nei limiti di efficacia riconosciuti in precedenza a clausole così redatte. (*Guida al Diritto*, 2007, 45, 106)

Corte d'Appello di Torino 29 marzo 2007

È valida la clausola compromissoria introdotta *ex novo* nello statuto di una società (nella specie: di persone) e non conforme all'art. 34 D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 (nella specie, la clausola prevedeva un arbitrato irrituale e stabiliva che i tre arbitri fossero nominati uno per ciascuno dei due contendenti e il terzo dai primi due ovvero, in mancanza di accordo, dal Presidente del Tribunale). (*Giur. it.*, 2007, 10, 2237)

Corte d'Appello di Torino 8 marzo 2007

È valida la clausola compromissoria introdotta *ex novo* nello statuto di una società (nella specie: di persone) e non conforme all'art. 34 D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 (nella specie, la clausola prevedeva un arbitrato irrituale e stabiliva che i tre arbitri fossero nominati uno per ciascuno dei due contendenti e il terzo dai primi due ovvero, in mancanza di accordo, dal Presidente dell'Ordine dei dottori commercialisti). (*Giur. it.*, 2007, 4, 906)

Tribunale di Genova 7 marzo 2005

Dal momento che il nuovo modello di arbitrato endosocietario è venuto ad aggiungersi e non a sostituirsi alla disciplina dell'arbitrato di diritto comune, la clausola compromissoria introdotta nello statuto o nell'atto costitutivo di una società anteriormente all'entrata in vigore del D.Lgs. 17 gennaio 2003 n. 5 e successivamente non adeguata alle disposizioni inderogabili previste dal suddetto decreto conserva piena validità ed efficacia. (*Giur. comm.*, 2006, II, 500)

VALIDITÀ DELLA CLAUSOLA NON CONFORME ALL'ART. 34 POST RIFORMA CON APPLICAZIONE DELL'ART. 1419, C. 2, C.C.

Tribunale di Milano 22 settembre 2006

In applicazione dell'art. 1419 comma 1 c.c., la presenza di un meccanismo residuale di nomina degli arbitri da parte di un terzo estraneo non comporta la nullità dell'intera clausola compromissoria, contenuta nello statuto di una società (nella specie: di capitali), introdotta antecedentemente alla data di entrata in vigore del D.Lgs. 17 gennaio 2003 n. 5 e non adeguata al disposto dell'art. 34 comma 2 del predetto decreto. (*Giur. it.*, 2007, 2, 399)

Tribunale di Torino 27 settembre 2004

La controversia avente a oggetto l'impugnazione di delibere assembleari è deferibile al giudizio arbitrale. Le norme transitorie di cui agli artt. 223 *bis* e *duodecies* disp. att. c.c. si applicano anche alla disciplina prevista dall'art. 34 D.Lgs. n. 5 del 2003. Di conseguenza la clausola compromissoria che non affida il potere di nomina degli arbitri ad un terzo estraneo non è nulla. In ogni caso la clausola compromissoria, priva dei requisiti imposti dalla nuova normativa, mantiene la propria validità in forza dell'art. 1419, comma 2, c.c. (*Dir. e prat. soc.*, 2005, 10, 80)

la DOTTRINA

La dottrina, pur concordando sul fatto che il Legislatore della riforma sia riuscito, attraverso il nuovo meccanismo di nomina degli arbitri, a superare le due principali problematiche della pratica arbitral-societaria, costituite dalla potenziale multilateralità di una lite societaria e dalla imparzialità degli arbitri¹⁵, si è oggi attestata, però, su due posizioni nettamente contrapposte che, comunque, nella loro linearità di costruzione giuridica del problema, appaiono entrambe meritevoli di attenzione e di studio.

▼ Due posizioni contrapposte

In base a un primo orientamento, sarebbero valide solamente quelle clausole compromissorie societarie nelle quali la nomina degli arbitri sia stata demandata a soggetti estranei rispetto alle parti in lite; per contro, in base al secondo orientamento, le clausole compromissorie c.d. di diritto comune, nelle quali alle parti permane il potere di scelta dei propri arbitri, sarebbero perfettamente valide in base al combinato disposto degli artt. 808, ultimo comma, c.p.c. e l. 424 c.c., poiché il negozio compromissorio autonomamente valutato, anche se nullo alla stregua dell'art. 34, potrebbe sempre valere come clausola compromissoria di diritto comune laddove contenga tutti i requisiti di sostanza e di forma del diverso contratto descritto nel Codice di rito.

Con riferimento alla seconda teoria, la dottrina si è divisa nell'affermare, da una parte, la validità delle sole clausole compromissorie statutarie di diritto comune solamente nel caso in cui queste siano state introdotte all'interno degli statuti prima dell'entrata in vigore del D.Lgs. n. 5 del 2003 e, dall'altra, nel sostenere la piena fungibilità delle clausole compromissorie di diritto comune con quelle di diritto societario, anche dopo l'entrata in vigore della riforma.

Il summenzionato orientamento dottrinale porta a ritenere che la situazione delle società di fronte alla nuova disciplina dell'arbitrato sia rappresentabile nei termini dell'onere, alla luce del testo della norma che recita «possono»; infatti, ove la società volesse potere conseguire i peculiari effetti dell'arbitrato societario dovrebbe introdurre una clausola compromissoria ex art. 34 del decreto, in caso contrario, le controversie societarie continuerebbero a essere regolate dalla disciplina del Codice di rito, con tutte le relative limitazioni.

Ne deriverebbe che, il mancato adeguamento non minerebbe in alcun modo la validità delle clausole arbitrali di diritto comune contenute negli statuti, contrariamente a quanto affermato dalla maggioranza degli arresti giurisprudenziali, con la conseguenza che, alla luce del combinato disposto degli artt. 808, ultimo comma, c.p.c. e l. 424 c.c., la clausola compromissoria potrebbe sì 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.

Tali argomentazioni, non trovano però il consenso di coloro che abbracciano il primo orientamento e che sottolineano che le intenzioni del Legislatore delegante erano nel senso di aumentare le facoltà dei soci¹⁶ e tale aumento è sicuramente stato realizzato attraverso la previsione di norme processuali *ad hoc* per l'arbitrato societario.

¹⁵ CARPI, «Profili dell'arbitrato in materia societaria», in Riv. arb., 2003, 411; BIAVATI, Il procedimento nell'arbitrato societario, cit., 31; RICCI, Il nuovo arbitrato societario, cit., 525-526; RUFFINI, La riforma dell'arbitrato societario, cit., 1530; BOVE, «L'arbitrato nelle controversie societarie», in Giust. civ., II, 2003, 488.

¹⁶ Come giustamente rileva anche SALAFIA, Alcune questioni interpretative del nuovo arbitrato societario, in Società, 2004, 1458.

Al contrario, laddove si sostenesse che fosse 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 cautelari¹⁷.

Siffatto orientamento, pur ispirato a 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 non farebbe certo intendere una sopravvivenza dell'arbitrato di diritto comune, quanto piuttosto l'alternativa della «giurisdizione arbitrale» a quella ordinaria ovvero alla conciliazione stragiudiziale.

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»¹⁸.

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 arbitrato c.d. obbligatorio¹⁹.

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

▼ **Ulteriore posizione dottrinale accolta anche dalla giurisprudenza**

Da ultimo, è stata autorevolmente espressa un'ulteriore opinione²⁰ che ha avuto riscontro anche in giurisprudenza²¹, la quale, nel tentativo di salvare la clausola arbitrale, ha sostenuto che la regola che impone l'attribuzione al terzo del potere di nomina degli arbitri «a pena di nullità» non si riferisce all'intera clausola, e che, quindi, sarebbe applicabile il meccanismo sostitutivo di cui all'art. 1419, secondo comma, c.c. con la conseguenza che si potrebbe conservare l'efficacia della clausola, sostituendo con la previsione ex lege, la regola statutaria che attribuisce alle parti la nomina degli arbitri²².

Tuttavia, la dottrina maggioritaria²³, a contrasto dell'opinione espressa ha affermato che il meccanismo contemplato dall'art. 1419, comma 2, c.c. non appare applicabile al caso di specie in mancanza di una espressa indicazione normativa in tale senso, infatti, come sostenuto in giurisprudenza²⁴, tale previsione opera soltanto se la sostituzione stessa debba avvenire «di diritto», in forza, cioè, di un'espressa previsione di legge.

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

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

¹⁹ Da ultimo: Corte Cost. 8 giugno 2005, n. 221, in Riv. arb., 2005, 515.

²⁰ LUIO, Appunti sull'arbitrato societario, in Riv. dir. proc., 2003, 717.

²¹ Trib. Milano 22 settembre 2006, in Giur. it., 2007, 2, 399; Trib. Torino 27 settembre 2004, in Dir. e prat. soc., 2005, n. 10, 80, con nota di SOLDATI, «Validità della clausola compromissoria statutaria nel periodo transitorio».

²² SALAFIA, Il nuovo arbitrato societario e altre questioni, in Società, 2005, 100.

²³ Trib. Udine 4 novembre 2004, cit.; Trib. Latina 22 giugno 2004, cit.; contra Trib. Torino 27 settembre 2004, cit.

²⁴ Cass. 28 giugno 2000, n. 8794, in Contratti, 2001, 236; nel medesimo senso: Cass. 2 settembre 1995, n. 9266, in Giust. civ. Mass., 1995, 1594; Cass., Sez. Un., 11 febbraio 1982, n. 835, in Foro it., 1983, I, 1081; Cass. 11 giugno 1981, n. 3783, in Giust. civ. Mass., 1981, f. 6; Cass. 4 settembre 1980, n. 5100, in Giust. civ. Mass., 1980, f. 9; Cass. 25 giugno 1979, n. 3551, in Giust. civ. Mass., 1979, f. 6; contra: Cass. 21 agosto 1997, n. 7822, in Giust. civ. Mass., 1997, 1467.

▼ **Per ulteriori approfondimenti dottrinali**

▼ **In generale**

- AMADEI-SOLDATI, *Il processo societario. Prima lettura sistematica delle novità introdotte dal D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5*, Ipsoa, II, 2004;
- ARIETA-DE SANTIS, *Diritto processuale societario*, Cedam, 2003, 593;
- CARPI, «Profili dell'arbitrato in materia di società», in *Riv. arb.*, 2003, 41 I;
- LUISO, «Appunti sull'arbitrato societario», in *Riv. dir. proc.*, 2003, 705;
- RICCIO, «La sorte delle vecchie clausole compromissorie societarie dopo l'entrata in vigore dell'art. 34, comma 2, D.Lgs. n. 5 del 2003», in *Contratto e impresa*, 2006, 5;
- SOLDATI, *Le clausole compromissorie nelle società commerciali*, Giuffrè, 2005;

▼ **A favore della tesi della nullità delle clausole non conformi all'art. 34**

- 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;
- CHIARLONI, «Appunti sulle controversie deducibili in arbitrato societario e sulla natura del lodo», in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, 123;
- CORSINI, «Società di persone, clausola compromissoria statutaria e arbitrabilità delle controversie in materia del rapporto sociale», in *Giur. comm.*, 2008, II, 869;
- CORSINI, «L'arbitrato nella riforma del diritto societario», in *Giur. it.*, 2003, 1285;
- CORSINI, «La nullità della clausola compromissoria statutaria e l'esclusività del nuovo arbitrato societario», in *Giur. comm.*, 2006, I, 809;
- CRISCI, «Considerazioni sull'arbitrato in materia societaria tra ritualità e irritualità nel quadro della riforma del processo societario di cui al D.Lgs. n. 5 del 17 gennaio 2003», in *Riv. dir. comm.*, 2005, 139;
- DANOVÌ, «L'arbitrato nella riforma del diritto processuale societario», in *Dir. giur.*, 2004, 561;
- PICARONI, «L'arbitrato nella riforma societaria», in *Società*, 2005, 495;
- RICCI, «Il nuovo arbitrato societario», in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2003, 523;
- RUFFINI, «La riforma dell'arbitrato societario», in *Corr. giur.*, 2003, 1524;
- SENINI, «Validità delle clausole compromissorie e regime transitorio», in *Società*, 2006, 749;
- SOLDATI, «Osservazioni a margine degli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie nella riforma del processo societario», in *Società*, 2003, 791;
- SOLDATI, «La nuova clausola compromissoria statutaria», in *Dir. e prat. soc.*, 2004, n. 16, 26;
- SOLDATI, «"Estraneità" dell'autorità di nomina e clausola compromissoria statutaria», in *Società*, 2006, 1155;
- ZUCCONI-GALLI-FONSECA, «Commento sub art. 34», in Carpi (a cura di), *Arbitrato societario*, Zanichelli, 2004, I;
- ZUCCONI-GALLI-FONSECA, «La convenzione arbitrale nelle società dopo la riforma», in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2003, 929.

▼ **A favore della tesi del doppio binario**

- 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;
- DE NOVA, «Controversie societarie: arbitrato societario o arbitrato di diritto comune?», in *Contratti*, 2004, 847;
- GALLETTO, «Arbitrato societario», in Buonfrate, Orlandi (a cura di), *Codice degli arbitrati delle conciliazioni e di altre ADR*, Torino, 2006, 465;
- NELA, «Oggetto ed effetti di clausole compromissorie statutarie», in Chiarloni (diretto da), *Il nuovo processo societario*, Zanichelli, II, 2008, 1151;
- RECCHIONI, «L'arbitrato in materia societaria fra clausola compromissoria preesistente e ius superveniens», in *Riv. arb.*, 2004, 771;
- SALAFIA, «Alcune questioni di interpretazione del nuovo arbitrato societario», in *Società*, 2004, 1457.

le CONCLUSIONI

Alla luce delle considerazioni svolte, pare potersi sostenere allo stato²⁵, conformemente alla dottrina e alla giurisprudenza maggioritaria, che, una clausola compromissoria statutaria non conferme all'art. 34, comma 2, del D.Lgs. n. 5 del 2003 sia pesantemente indiziata di invalidità, seppure sia possibile trovare giudici di merito che si sono espressi in senso contrario.

Il problema attiene principalmente alle clausole compromissorie contenute in statuti preesistenti alla riforma, poiché assai difficilmente oggi un notaio si assumerebbe il rischio di inserire nei patti sociali una clausola affetta da nullità derivante dal mancato rispetto del disposto contenuto al secondo comma dell'art. 34 del decreto n. 5 del 2003. È, quindi, auspicabile un intervento legislativo che venga definitivamente a dirimere il problema delle clausole compromissorie statutarie, portando a pieno compimento la *ratio* di una previsione che è rimasta purtroppo in parte ancora reclusa nella penna del Legislatore, con buona pace dei soci che finalmente potranno avere a disposizione un'efficace ed efficiente strumento di risoluzione delle liti societarie, senza più rimanere in balia di una quanto mai ondivaga sorte giurisprudenziale.

la PRATICA

Dal punto di vista pratico, pare potersi sostenere allo stato, nell'attesa di un auspicato, quanto necessario, intervento legislativo, che, conformemente all'orientamento oggi dominante in dottrina e in giurisprudenza, in presenza di una clausola compromissoria difforme dalle nuove norme inderogabili che impongono all'art. 34 del decreto la nomina degli arbitri in capo a 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 nulla²⁶.

Altresì, è caldamente consigliabile evitare la strada che porta all'introduzione negli atti costitutivi delle società di clausole binare con nomina degli arbitri in capo alle parti al fine di evitare, sempre alla luce dell'orientamento dominante citato, che le stesse siano potenzialmente destinate a essere dichiarate nulle al momento dell'insorgere di una controversia.

Per contro, nessun problema di validità potrà mai essere sollevato laddove i soci abbiano deciso di rimettere la nomina degli arbitri a un soggetto estraneo alla società in conformità alla previsione contenuta all'art. 34 del D.Lgs. n. 5 del 2003.

²⁵ 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.

²⁶ Tale è anche l'orientamento espresso nelle Massime del Consiglio Notarile di Milano.