

CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO

Studio n. 5856/I

Le clausole arbitrali e l'attività notarile

Approvato dalla Commissione Studi d'Impresa il 15 luglio 2005

Premessa

Anche nella riforma del diritto societario, come sempre accade allorché viene emanata una nuova normativa, il notaio è, fra i diversi operatori del diritto, il primo ad esser chiamato ad interpretare e a dare applicazione immediata alle nuove disposizioni.

Ciò è avvenuto per il d.lgs. n. 6 del 2003, ma anche, almeno in parte, per alcune disposizioni contenute nel decreto 5/2003, sulla riforma dei procedimenti in materia societaria.

Ci si riferisce, in particolare, alla disciplina delle clausole arbitrali contenuta negli artt. 34 e ss. del decreto, la cui complessità ha fatto sì che i diversi dubbi interpretativi sulla sua portata e sull'ambito, anche temporale, di applicazione si siano trascinati ben al di là della scadenza del periodo transitorio.

Se solo si considerino le diverse posizioni assunte dalla dottrina in ordine alla esclusività o meno del nuovo arbitrato, da taluni appropriatamente definito come endosocietario, diverse posizioni dalle quali conseguono soluzioni differenti anche con riguardo alla validità delle clausole compromissorie redatte ante riforma, si avrà chiaro lo sforzo interpretativo e soprattutto la difficoltà delle scelte che il notaio ha dovuto compiere nel breve lasso di tempo intercorso dall'entrata in vigore della riforma.

I problemi principali hanno riguardato inizialmente soprattutto il tema della validità delle clausole compromissorie già contenute negli atti costitutivi e statuti di società anteriormente al 1° gennaio 2004, della necessità del loro adeguamento, della applicabilità dell'art. 223 *bis* e dell'art. 223 *duodecies* nel periodo transitorio.

Ed ora si vanno via via concentrando sulle concrete modalità di redazione del-

le clausole "nuove".

Senza considerare, inoltre, i profili applicativi dell'art. 37 del D. Lgs. 5/2003, che concerne un istituto (denominato variamente come arbitrato economico, arbitrato economico – gestionale, arbitraggio economico), che pure non può esattamente configurarsi come arbitrato.

Ma andiamo per gradi.

Le ragioni della introduzione di una disciplina della clausola compromissoria statutaria

La legge delega, con l'obiettivo di superare taluni dei problemi applicativi che avevano di fatto impedito l'effettività dell'istituto, ha fornito al legislatore delegato una serie di indicazioni per la creazione di una nuova disciplina dell'arbitrato che riguardasse appunto i rapporti giuridici interni alle società commerciali - di qui pertanto la definizione dell'arbitrato in esame come "endosocietario" ⁽¹⁾ - stabilendo la possibilità che gli statuti delle società commerciali contengano clausole compromissorie, anche in deroga agli articoli 806 e 808 del codice di procedura civile, per tutte o alcune tra le controversie societarie di cui al comma 1 e cioè:

- diritto societario, comprese le controversie relative al trasferimento delle partecipazioni sociali ed ai patti parasociali e
- materie disciplinate dal testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria (D. Lgs. 58/1998), e successive modificazioni, e dal testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia (D. Lgs. 385/1993).

Nel caso che la controversia concerna questioni che non possono formare oggetto di transazione, la clausola compromissoria dovrà riferirsi ad un arbitrato secondo diritto, restando escluso il giudizio di equità, ed il lodo sarà impugnabile anche per violazione di legge (art. 12, comma 3, L. 366/2001).

I problemi che il legislatore delegante intendeva risolvere concernevano per lo più:

a) l'efficacia della clausola riguardo ai nuovi soci, che non hanno stipulato l'atto costitutivo, nel quale è contenuta la clausola compromissoria, nonché riguardo agli amministratori, ai liquidatori ed ai sindaci, che non sono parti del medesimo atto;

b) le controversie societarie non compromettibili per arbitri, segnatamente per deliberazioni affette da nullità o che comunque coinvolgono interessi di terzi estranei alla società;

c) la deferibilità della decisione arbitrale ad un organo sociale ovvero ad arbitri da esso designati, essendo dubbio che in tal caso gli arbitri possiedano il requisito della terzietà rispetto alle parti litiganti.

d) le controversie con più di due parti, controversie nelle quali è inapplicabile la cosiddetta clausola arbitrale binaria, contenuta sovente negli statuti societari e che prevede un collegio arbitrale composto da tre arbitri, di cui due nominati da ciascuna parte ed il terzo nominato dagli altri due arbitri;

e) le questioni incidentali non compromettibili, che comportano la sospensione del giudizio arbitrale, essendo riservate dal codice di rito alla competenza del giudice ordinario.

Rispetto a tali questioni, sembra potersi affermare che il legislatore delegato sia riuscito a raggiungere l'obiettivo di rendere lo strumento dell'arbitrato maggiormente fruibile da parte delle società, al contempo tutelando al massimo il gruppo sociale, rafforzando e legittimando uno strumento di tutela del gruppo (clausola compromissoria statutaria), attribuendo a questo tipo di arbitrato la stessa efficacia che sarebbe propria di quella del giudizio statale, sia pure con parziale limitazione dell'autonomia del singolo ⁽²⁾.

La rilevanza della volontà del "gruppo" trova poi una conferma nel disposto dell'art. 34 comma 6 che tende a bilanciare i diversi interessi stabilendo che le modifiche dell'atto costitutivo, introduttive o soppressive di clausole compromissorie, devono essere approvate dai soci che rappresentino almeno i due terzi del capitale sociale.

Bilanciamento che dà esiti diversi a seconda del tipo sociale in cui la norma è destinata a trovare applicazione: nelle società di persone in cui la modificazione del contratto sociale avviene, se non è disposto diversamente, all'unanimità (art. 2252 c.c.), avremo una deroga, *ex lege*, verso il basso. Nelle società di capitali, viceversa, dove il quorum deliberativo è rappresentato da tanti soci che rappresentino più della metà del capitale sociale (se non è disposto diversamente: art. 2368, comma 2 per le s.p.a.; art. 2479, ultimo comma per le s.r.l.) la deroga è verso l'alto ⁽³⁾.

In ogni caso ai soci assenti o dissenzienti è riconosciuto il diritto di recesso da esercitarsi entro i successivi novanta giorni.

Giurisdizionalizzazione del procedimento arbitrale

La strada scelta dal legislatore delegato, infatti, è stata quella di prevedere un istituto alternativo all'arbitrato di diritto comune, che si caratterizza per il fatto che esso riguarda una pluralità di soggetti (i soci, quelli originari e quelli nuovi, nonché gli amministratori, i liquidatori ed i sindaci, che si succedono nell'incarico), la cui volontà di derogare alla competenza dell'autorità giudiziaria non è espressa nei modi usuali degli accordi compromissori. Infatti, nelle società emerge una volontà comune, che si forma secondo le regole di funzionamento del "gruppo" e, nelle forme capitalistiche, secondo il principio maggioritario. Ciò può apparire in contrasto con il

fondamento volontaristico, proprio dell'arbitrato ⁽⁴⁾: come noto, infatti, l'arbitrato, pur svolgendo una funzione giurisdizionale nel senso che conduce ad una decisione della controversia, ha, secondo l'opinione prevalente, natura privatistica ed è alternativo – sulla base di un libero consenso, manifestato dalle parti litiganti in via preventiva, con una clausola compromissoria, ovvero, al momento dell'insorgere della lite, con un compromesso – alla giurisdizione statale.

La nuova disciplina, infatti - riconoscendo la possibilità per gli arbitri di concedere misure cautelari, limitatamente alla sospensione di delibere assembleari (art. 35, comma 5); prevedendo la possibilità dell'intervento volontario di terzi, nonché dell'intervento coatto dei soci (art. 35, comma 2); consentendo agli arbitri la possibilità di affrontare incidenter tantum questioni vertenti su materie non compromettibili (art. 35, comma 3); estendendo agli arbitri la competenza a decidere su materie prima riservate al giudice statale, quali le controversie aventi ad oggetto la validità di delibere assembleari (art. 35 comma 5; art. 36, comma 1), ovvero la responsabilità di amministratori, liquidatori e sindaci (art. 34, comma 4); richiedendo per l'arbitrato una forma di pubblicità (art. 35, comma 1) – tende da un lato a diminuire l'autonomia del singolo a vantaggio del gruppo sociale, e dall'altro lato a dar luogo ad una "vistosa giurisdizionalizzazione del procedimento arbitrale" ⁽⁵⁾.

Ma il supposto abbandono del principio volontaristico dell'arbitrato è in realtà solo apparente.

Infatti l'introduzione della clausola compromissoria è vincolante per i diversi soggetti diversi dai soci originari della società comunque sulla base di una manifestazione implicita di volontà:

- per i nuovi soci, in quanto, eseguendo conferimenti a favore della società e sottoscrivendo così nuove partecipazioni sociali, aderiscono al contratto sociale con tutte le sue pattuizioni, accettando implicitamente anche quella clausola che del contratto sociale segue le regole ⁽⁶⁾;
- per gli acquirenti di partecipazioni sociali dai vecchi soci, in quanto il cessionario subentrerebbe nella situazione giuridica del cedente, compresa la soggezione a quella clausola; qualora poi gli acquirenti manifestino la volontà di non accettare la stessa clausola, sarebbe impedito l'acquisto della qualità di socio;
- per gli amministratori, i liquidatori ed i sindaci, in quanto, accettando il loro incarico, implicitamente dimostrerebbero di voler accettare tutte le disposizioni statutarie, compresa la clausola compromissoria ⁽⁷⁾. Per questi ultimi si è anzi sostenuto che se vi fosse l'approvazione di una nuova clausola compromissoria statutaria, gli organi sociali che avevano in precedenza accettato l'incarico potrebbero rinunciarvi ⁽⁸⁾.

In altra prospettiva si è sostenuto che la novella non estende l'efficacia della clausola compromissoria alla società, ai soci, nonché agli amministratori, ai liquida-

tori ed ai sindaci, poiché tale efficacia trova la sua fonte giuridica già nel diritto societario e rappresenta un corollario dell'efficacia reale riconosciuta dal nostro ordinamento giuridico all'atto costitutivo delle società (di qualsiasi tipo) ed alle sue modificazioni: più in generale, a tutti gli atti organizzativi delle società. Al contrario, la novella circoscrive l'efficacia di quella clausola – di per sé *erga omnes* – a quei soli soggetti e, soprattutto, la condiziona al rispetto dei modi e dei contenuti stabiliti dalle norme in esame ⁽⁹⁾.

Ambito soggettivo di applicazione: i soggetti e i tipi sociali

Le caratteristiche precipue della clausola compromissoria statutaria disciplinata dagli artt. 34 e ss. e che la differenziano dalla clausola arbitrale di diritto comune riguardano quindi anzitutto i soggetti, le "parti", del giudizio arbitrale.

La clausola compromissoria statutaria è vincolante per i soci e la società, inclusi coloro la cui qualità è oggetto di controversia (art. 34, comma 3).

Parti dunque sono i soci – ivi compresi, per quanto sopra accennato, i soci su-
bentranti ed i soci aggiunti che accettando di entrare a far parte del gruppo, dovranno sottostare alle regole che sottendono al gruppo - e la società.

Parti possono essere inoltre anche amministratori, liquidatori, sindaci, in quanto la clausola compromissoria statutaria, che potrà comprendere anche tali tipi di controversie, sarà vincolante nei confronti dei suddetti organi sociali che hanno accettato l'incarico (art. 34, comma 4). E si ritiene che l'ambito sia estensibile anche ai consigli di gestione, ai consigli di sorveglianza, ai revisori e alle società di revisione in base al disposto dell'art. 1 del D.Lgs. 5/2003, che estende l'applicazione dell'art. 34 alle azioni di responsabilità da chiunque promosse contro gli organi di amministrazione e di controllo.

Quanto ai tipi societari nei quali la clausola compromissoria statutaria può trovare applicazione deve subito notarsi come nella legge delega il riferimento fosse alle società commerciali ivi comprese le cooperative, ma con conseguente esclusione della società semplice. Il D.Lgs. 5/2003 si riferisce genericamente alle "società". Ne deriva che, almeno sino a quando non verrà dichiarata l'incostituzionalità della norma, sembrerebbe possibile introdurre la clausola anche nei contratti sociali di società semplici ⁽¹⁰⁾.

Dato che però la novella presuppone che la società sia iscritta nel registro delle imprese, ancorché in una sezione speciale (deposito della domanda arbitrale ex art. 35, 1° comma), ecco allora che ne dovrebbero essere escluse le società irregolari.

Per espressa disposizione normativa (art. 34, comma 1) la novella opera poi una distinzione, nell'ambito delle società per azioni, precludendo l'applicazione

dell'arbitrato societario alle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio. La fisionomia della partecipazione a tali società è infatti radicalmente diversa da quanto avviene tradizionalmente, poiché riguarda terzi investitori che non hanno alcun interesse al concreto funzionamento della società, bensì unicamente all'andamento della stessa sul mercato; conseguentemente, essi si preoccupano soltanto di tale ultimo aspetto e di regola non compiono alcuna indagine sull'atto costitutivo o sullo statuto ⁽¹¹⁾.

Ambito di applicazione oggettivo: le controversie arbitrabili

Le controversie che possono essere devolute ad arbitri e alle quali applicare la nuova normativa investono sotto il profilo soggettivo istituzionalmente le contese «tra soci» e quelle «tra soci e società» (art. 34, 1° comma), potenzialmente ricomprendendo altresì le controversie coinvolgenti gli organi sociali (art. 34, 4° comma).

Dal punto di vista oggettivo, poi, l'ultima parte dell'art. 34, 1° comma, fa riferimento a controversie che abbiano ad oggetto «diritti disponibili relativi al rapporto sociale». In tale generica formula dovrebbero rientrare non già unicamente le controversie che abbiano direttamente a oggetto il rapporto sociale, ma altresì quelle che lo investano unicamente in via indiretta e mediata, involgendo un diritto o situazione sostanziale che trova in quel rapporto la sua *causa petendi* (la sua ragione giustificatrice) ⁽¹²⁾.

L'art. 34 dunque, in linea generale, limita la compromettibilità alle controversie «che abbiano ad oggetto diritti disponibili». Inoltre «non possono essere oggetto di clausola compromissoria le controversie nelle quali la legge preveda l'intervento obbligatorio del pubblico ministero».

Senonché, poi, l'art. 36 introduce alcune importanti deroghe a tale principio (la disponibilità del diritto oggetto della controversia è uno dei punti cardine sul quale ruota l'arbitrato di diritto comune), riconoscendo espressamente nella competenza arbitrale controversie su diritti indisponibili (limitatamente a questioni incidentali) e, comunque, sulla validità di deliberazioni assembleari con potere di sospensione, sia pure con la previsione che, in entrambi i casi, gli arbitri devono decidere secondo diritto e con lodo impugnabile anche ai sensi dell'art. 829, 2° comma, cod. proc. civ. (art. 36, 1° comma).

In concreto, le controversie arbitrabili nell'ambito del contenzioso endosocietario risultano dunque le seguenti:

- tutte le controversie tra soci, riguardanti la posizione di ciascuno di essi in base alla legge o allo statuto, purché relative a diritti disponibili;
- le controversie tra soci e società, tra le quali in particolare le controversie relative alle impugnazioni delle delibere assembleari, al recesso e all'esclusioni di

soci e alla liquidazione della quota del socio, sempre a condizione che abbiano ad oggetto diritti disponibili.

La concreta definizione dell'ambito di applicazione oggettiva della clausola non è tuttavia ancora del tutto chiara.

Collocazione e ambito di applicazione della clausola compromissoria statutaria: le cessioni di partecipazioni e i patti parasociali

La disciplina dell'arbitrato endosocietario previsto dal D.Lgs. 5/2003 è riferibile solo alla clausola compromissoria statutaria e non trova applicazione al compromesso stipulato a lite insorta ⁽¹³⁾.

Che la nuova disciplina non si applichi ai compromessi trova conferma nei lavori preparatori al decreto delegato: in una prima versione dell'art. 34, 5° comma, si escludeva che potessero essere oggetto di compromesso (oltre che di clausola compromissoria) le controversie nelle quali sia obbligatorio l'intervento del pubblico ministero. Nella versione finale del decreto il riferimento al compromesso è omissivo, intendendosi regolamentare soltanto gli arbitrati che scaturiscono da una clausola compromissoria statutaria.

È pressoché pacifico che la clausola possa trovare sede tanto nell'atto costitutivo che nello statuto ⁽¹⁴⁾.

Alcuni dubbi riguardano la possibilità che la clausola sia contenuta in atto separato e l'applicabilità dell'arbitrato endosocietario a determinate categorie di controversie, segnatamente con riguardo al fatto che la legge delega (art. 12, comma 3°) autorizzava il ricorso all'arbitrato anche per le controversie relative a patti parasociali e a trasferimenti di partecipazioni sociali, mentre gli artt. 34 ss. nulla dispongono al riguardo.

Con riferimento al primo punto (atto separato), pare preferibile seguire la soluzione negativa poiché la lettera e lo scopo della novella suggeriscono l'intento di voler fare dell'arbitrato – sulla base della determinazione espressa dai soci nell'atto costitutivo e nello statuto – una giustizia "sociale", che si impone perciò in base alla particolare efficacia, di cui tali atti sono dotati, mentre ne sono privi altri atti, nei quali può ugualmente inserirsi una clausola compromissoria, con applicazione, però, della disciplina arbitrale di diritto comune ⁽¹⁵⁾.

Le stesse ragioni sembrano valere anche con riferimento al secondo punto e cioè per clausole inserite nella cessione di partecipazioni e in patti parasociali cui si applica pertanto la normativa prevista dal diritto comune ⁽¹⁶⁾.

L'alternatività della clausola compromissoria statutaria all'arbitrato di diritto comune. La tesi secondo la quale il nuovo modello di arbitrato si ag-

giunge ma non si sostituisce a quello tradizionale

Il vero punto centrale delle questioni di interesse strettamente notarile che ruotano intorno all'introduzione della disciplina della clausola compromissoria statutaria concerne il rapporto fra questa e la disciplina dell'arbitrato di diritto comune.

Si è in precedenza fatto cenno al concetto di alternatività del modello arbitrale ex artt. 34 e ss. rispetto al modello tradizionale. Concetto sul quale la dottrina, a livello meramente definitorio sembra concordare.

Il problema è che poi, quando si va a dare un contenuto a questa alternatività, le soluzioni divergono fortemente.

Da una parte, infatti, v'è una linea di pensiero secondo la quale l'art. 34 avrebbe solo regolato un modello di arbitrato che si aggiunge ma non si sostituisce a quello tradizionale ⁽¹⁷⁾: non vi sarebbe alcuna esclusività del nuovo modello, né sarebbero riscontrabili indici testuali in tal senso.

Le differenze rispetto all'arbitrato di diritto comune riguarderebbero essenzialmente la necessità di salvaguardare le esigenze di terzietà e indipendenza nella nomina del o degli arbitri e l'ampliamento dei poteri che, come visto, si estendono anche a questioni su diritti indisponibili (a patto che si tratti di questioni incidentali) e sull'annullamento (con potere di sospensione) di delibere assembleari, purché, in entrambi i casi, la decisione avvenga secondo diritto. A fronte di questo incremento del potere decisorio vi sarebbe quindi un bilanciamento rappresentato dalla limitazione dell'autonomia delle parti nella formazione del giudice arbitrale.

Tale limitazione, sempre secondo questa tesi, si giustificerebbe solo laddove il nuovo modello arbitrale fosse concorrente con quello tradizionale ingenerandosi altrimenti dubbi sulla costituzionalità della norma per la diversità di trattamento delle società commerciali rispetto a quello riservato agli altri soggetti di diritto ⁽¹⁸⁾.

A sostegno di tale interpretazione, si argomenta inoltre dal fatto che la legge delega ha autorizzato il governo a consentire che gli statuti contenessero clausole compromissorie eventualmente in deroga dagli artt. 806 e 808 senza tuttavia poter disporre la cessazione di efficacia delle norme generali sull'arbitrato per le società commerciali e quindi aveva inteso aumentare le facoltà dei soci e delle società commerciali e non già diminuirle; e dalla circostanza che se si ammette la legittimità del compromesso, nei termini previsti dal c.p.c., se stipulato con riferimento ad una lite specifica e dopo la sua insorgenza, vuol dire che si riconosce che il compromesso tradizionale non è incompatibile con la struttura e la funzione delle società commerciali. E, se non vi è incompatibilità, non dovrebbe escludersi la legittimità di quel compromesso che, con la formula tipica della clausola statutaria, venisse concepito dai soci e dalla società come forma giurisdizionale generale per la risoluzione delle loro controversie.

Le conseguenze di siffatta ricostruzione sono di estremo rilievo per la stessa attività notarile.

È noto come il problema principale che ha sollevato l'entrata in vigore del D.Lgs. 5/2003 abbia riguardato, sotto questo profilo, la sorte delle clausole compromissorie già inserite negli statuti che normalmente non prevedevano la competenza esclusiva del terzo alla nomina degli arbitri.

Normalmente si trattava delle c.d. clausole binarie, in cui il collegio di tre arbitri è nominato per due componenti da una ciascuna delle due parti in contrasto, il terzo dagli altri due.

Il comma 2 dell'art. 34 stabilisce infatti che 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.

Con norma transitoria, peraltro, l'art. 41 dispone che ai giudizi pendenti al 1° gennaio 2004 si applicano le disposizioni anteriormente vigenti. Inoltre, alle modifiche deliberate a norma degli articoli 223-*bis* e 223-*duodecies* delle disposizioni di attuazione del codice civile, per adeguare le clausole compromissorie preesistenti alle disposizioni inderogabili del presente decreto legislativo non si applica l'articolo 34, comma 6.

Logico quindi chiedersi:

a) se una clausola compromissoria statutaria ante 1° gennaio 2004 che non attribuisse il potere di nomina di tutti gli arbitri a soggetto estraneo alla società fosse nulla;

b) se la nullità della clausola per contrarietà a norma imperativa sopravvenuta si verificasse sin dall'entrata in vigore della riforma (1° gennaio 2004) ovvero se per questa operasse il disposto degli artt. 223 *bis* e 223 *duodecies* per i quali sino alla data indicata al primo comma (cioè al 30 settembre 2004), le previgenti disposizioni dell'atto costitutivo e dello statuto conservano la loro efficacia anche se non sono conformi alle disposizioni inderogabili del presente decreto, con conseguente operatività della clausola stessa per i primi nove mesi del 2004.

c) se, stante la nullità della clausola, possa trovare applicazione il rimedio di cui all'art. 1429 comma 2.

Chiaro che, se si segue la tesi poc'anzi ricordata secondo la quale il nuovo modello di arbitrato si aggiunge ma non si sostituisce a quello tradizionale è solo il primo dei tre quesiti che ha ragione di porsi e trova una risposta negativa.

La clausola statutaria che non che non attribuisce il potere di nomina di tutti gli arbitri a soggetto estraneo non sarebbe una clausola compromissoria statutaria ex art. 34, ma una clausola arbitrale regolata secondo la disciplina di diritto comu-

ne, perfettamente compatibile con la nuova disciplina.

Le conseguenze dell'adesione a siffatta tesi non si riflettono solo sui profili atinenti alla validità o meno delle vecchie clausole statutarie, ma involgono ulteriori aspetti, e segnatamente quello della modificazione delle clausole.

Giova ancora ricordare come l'art. 34, comma 6, stabilisce che le modifiche dell'atto costitutivo, introduttive o soppressive di clausole compromissorie, devono essere approvate dai soci che rappresentino almeno i due terzi del capitale sociale. I soci assenti o dissenzienti possono, entro i successivi novanta giorni, esercitare il diritto di recesso.

Ebbene, secondo tale tesi, l'elaborazione del nuovo contenuto della clausola compromissoria originaria ne rappresenterà una modificazione e non potrà essere considerata una regola nuova, che nasca nel vuoto lasciato dalla perenzione della precedente. Potrà essere motivata dall'intento dei soci di avvalersi della nuova forma istituzionale per i vantaggi che potranno derivarne, ma avrà il limitato contenuto innovativo di modificare alcuni caratteri del modello arbitrale precedentemente previsto nello statuto ed ora solo adeguato ⁽¹⁹⁾.

Ma si tratterà pur sempre di modificazione – volta ad incidere sulla costituzione del giudice arbitrale o sull'efficacia del lodo – ma non darà luogo ad una vicenda di soppressione e introduzione *ex novo* della clausola. Conseguentemente non troverà applicazione la norma dell'art. 34 comma 6 e quindi non sarà necessaria l'approvazione da parte di tanti soci che rappresentino almeno i due terzi del capitale sociale; né potrà derivarne il diritto di recesso in capo al socio assente o dissenziente, e ciò sia per la natura eccezionale della norma, sia per l'eccezionalità delle ipotesi legali di recesso ⁽²⁰⁾.

L'alternatività come esclusività. Nullità della vecchia clausola binaria, regime transitorio e applicabilità dell'art. 1419, comma 2

Secondo l'opinione prevalente, se è vero che è indiscutibile che, in seguito al D.Lgs. 5/2003, coesistano due discipline dell'arbitrato, quella generale del codice di rito e quella speciale della novella, è altrettanto vero che però ciò non implica una libertà di scelta circa la disciplina da applicare. E ciò per due ordini di motivi.

Anzitutto, poiché le nuove norme hanno un evidente carattere di specialità, la fattispecie in esse prevista è sottratta alla disciplina dell'arbitrato di diritto comune, per tutte le disposizioni incompatibili, con la conseguenza che agli arbitrati derivanti da una clausola compromissoria statutaria si applicano soltanto quelle norme (oltre quelle compatibili del codice di rito). Pertanto, tra l'una e l'altra disciplina opera un'alternatività, sulla base di diverse fattispecie: clausola compromissoria nello statuto sociale ovvero clausola compromissoria in altri atti o compromesso.

Inoltre, la nuova normativa si caratterizza per la sua imperatività (la rubrica dell'art. 35 è intitolata, significativamente, come "disciplina inderogabile del procedimento arbitrale"), imponendosi in tutti gli arbitrati che scaturiscano da clausole compromissorie, inserite liberamente negli statuti societari). Più precisamente, queste ultime – sia quelle preesistenti, sia quelle introdotte *ex novo* dopo l'entrata in vigore delle norme in esame – sono soggette alle nuove regole, tanto per l'ammissibilità della stessa clausola, quanto per la regolamentazione del procedimento arbitrale. Peraltro, come in ogni situazione giuridica, le parti sono libere di porre i presupposti (ossia realizzare la fattispecie legale) per l'applicazione di una determinata disciplina, che poi si applica automaticamente, senza che occorra una determinazione delle stesse parti.

Non c'è bisogno di una espressa indicazione circa l'esclusività della nuova disciplina per gli arbitrati scaturenti da una clausola compromissoria statutaria, siccome il fondamento normativo di tale esclusività sta nel fatto stesso di essere una disciplina (per di più dichiaratamente qualificata come imperativa), ossia la regolamentazione giuridica – che solo il legislatore può fissare, non già le parti – di una determinata fattispecie, qual è il rimettere preventivamente per arbitri le controversie sociali ⁽²¹⁾.

Siffatta ricostruzione è quella che gode di maggior seguito sia nelle prime pronunce giurisprudenziali ⁽²²⁾, sia nella dottrina notarile ⁽²³⁾.

Conseguenza di tale impostazione è che al primo dei quesiti poc'anzi ricordati - se una clausola compromissoria statutaria ante 1° gennaio 2004 che non attribuisse il potere di nomina di tutti gli arbitri a soggetto estraneo alla società sia nulla – occorre dare risposta affermativa.

Si tratta di nullità per contrasto con norma imperativa sopravvenuta, contenuta nell'art. 34 comma 2 ⁽²⁴⁾.

I punti, invece, sui quali la dottrina che sostiene l'esclusività della clausola compromissoria statutaria non giungono a soluzioni univoche sono rappresentati dagli ulteriori due quesiti.

Quanto alla decorrenza della nullità, infatti, alcuni ritengono applicabile l'art. 223 *bis*, per cui la nullità si produce solo dopo il 30 settembre 2004 ⁽²⁵⁾.

Per la dottrina notarile, la citata giurisprudenza ed alcuni degli Autori che vi aderiscono, la disciplina transitoria andrebbe invece così ricostruita.

Il d.lgs. 5/2003 è entrato in vigore il 1° gennaio 2004;

alle clausole binarie ante riforma non s'applica il disposto dell'art. 223 *bis* disp. att. c.c. perché si riferisce al decreto n. 6 (la norma parla infatti di non conformità alle disposizioni inderogabili del presente decreto, e cioè al decreto c.d. sostanziale e non al processuale);

di conseguenza non c'è una ultrattività sino al 30 settembre 2004 delle clau-

sole binarie ante riforma, cioè queste non conservano efficacia.

In altre parole, l'ultrattività prevista dall'art. 223 *bis* disp. att. c.c. si riferisce unicamente alla disciplina introdotta dal D. Lgs n. 6/2003, con la conseguenza che le clausole compromissorie non conformi alla disciplina introdotta dal D. Lgs n. 5/2003 sono contrarie a disposizioni inderogabili di legge e sono pertanto da ritenersi nulle fin dal 1° gennaio 2004.

V' è peraltro da ricordare come anche per ciò che concerneva gli adeguamenti di queste clausole vi fosse una disciplina ad hoc.

Il già ricordato comma 2 dell'art. 41 stabilisce che alle modifiche deliberate a norma degli articoli 223-*bis* e 223-*duodecies* delle disposizioni di attuazione del codice civile, per adeguare le clausole compromissorie preesistenti alle disposizioni inderogabili del presente decreto legislativo non si applica l'articolo 34, comma 6.

Quindi per gli adeguamenti della clausola compromissoria binaria alla disciplina del nuovo arbitrato societario non valeva né la regola della maggioranza dei due terzi, né quella prevista per le modifiche statutarie, ma i quorum semplificati previsti per gli adeguamenti statutari dalle due citate norme transitorie.

E non si applicava neppure la regola del recesso per il socio dissenziente o assente.

E ciò sino al 30 settembre 2004.

Quanto al terzo quesito, alcuni ritengono possibile «salvare» la clausola compromissoria in ipotesi priva della necessaria indicazione del soggetto con meccanismi sostitutivi, quali l'applicazione dell'art. 1419, 2° comma, c.c. ⁽²⁶⁾, ovvero degli artt. 809, 3° comma e 810 c.p.c. ⁽²⁷⁾. Del resto, il ruolo e le garanzie (pur fondamentali) ricollegate alla figura del terzo designatore potrebbero essere identicamente (anzi, forse ancor più rigorosamente) perseguite attraverso i meccanismi sostitutivi di nomina giudiziaria. Senza considerare inoltre che il ricorso a strumenti vicari di nomina residua comunque per legge nell'ipotesi in cui il terzo designato non provveda, stabilendosi in tal caso (art. 34, 2° comma) che la nomina venga effettuata dal presidente del tribunale del luogo ove la società ha sede ⁽²⁸⁾.

La giurisprudenza prevalente ha seguito invece l'opposto orientamento, rilevando come la sostituzione automatica potrebbe operare integralmente, essendo solo ipotizzabile che la clausola che continui a prevedere la nomina degli arbitri ad opera delle parti, e non di un soggetto terzo, sia, dal 1° gennaio 2004, ai sensi del 2° comma dell'art. 1419 cod. civ., integrata dal solo ultimo periodo del 2° comma dell'art. 34, il quale stabilisce che, se il terzo estraneo non provveda alla nomina di tutti gli arbitri, la designazione degli stessi va chiesta al Presidente del Tribunale del luogo in cui la società ha sede legale. Quindi non sarebbe applicabile interamente la nuova disciplina legale, ma solo quella parte di essa – il ricorso al Giudice per la nomina degli arbitri – che il legislatore configura come *extrema ratio*, ma che, per

le società inadempienti all'onere di adeguamento della clausola preesistente, diverrebbe la regola, con un capovolgimento della ratio della norma e con la formazione di una nuova disciplina negoziale solo in parte mutuata da quest'ultima ⁽²⁹⁾.

Dunque, secondo la giurisprudenza, una nullità assoluta, implicante, dal 1° gennaio 2004, l'impossibilità della clausola binaria non conforme di operare.

La conformazione delle vecchie clausole binarie al nuovo modello di arbitrato societario dopo il periodo transitorio

Si tratta ora di vedere in che modo, dopo il 30 settembre 2004, le vecchie clausole binarie possano riprendere operatività attraverso la conformazione al nuovo modello di clausola arbitrale statutaria.

Conformazione (o adeguamento che di si voglia, anche se l'utilizzo di tale termine può creare equivoci) che al minimo deve consistere nella sostituzione delle modalità di designazione degli arbitri, designazione che inderogabilmente dev'essere affidata ad un terzo estraneo.

Il dubbio è il seguente: trova applicazione l'art. 34 comma 6 o si tratta di una normale modificazione statutaria?

Occorre ricordare al riguardo come l'art. 34 si riferisca espressamente alle sole "modifiche dell'atto costitutivo, introduttive o soppressive di clausole compromissorie".

Il tenore letterale di questa norma potrebbe portare a ritenere che la mera conformazione delle vecchie clausole al nuovo modello non costituisca introduzione o soppressione della clausola e quindi sia soggetta alle regole generali quanto alla determinazione dei quorum previste per le modifiche del contratto sociale, con esclusione, in ogni caso, del diritto di recesso.

Vi sono tuttavia almeno due argomenti che portano ad escludere tale ricostruzione.

V'è un argomento testuale, desumibile dalla norma transitoria, l'art. 41, comma 2, e ve ne è uno sistematico.

Il primo attiene al fatto che il legislatore si è riferito all'intero disposto del comma 6 dell'art. 34 (e quindi tanto alla maggioranza dei 2/3 quanto al diritto di recesso) per agevolare l'adeguamento delle clausole compromissorie preesistenti alle disposizioni inderogabili del presente decreto legislativo. Adeguamento che ovviamente consisteva come minimo nella diversa competenza alla nomina degli arbitri.

La norma in sostanza sottintende la normale applicabilità dell'art. 34 comma 6 per sostituire la parte della clausola nulla. Solo che, per agevolare il passaggio alla nuova disciplina, si disattiva il meccanismo dell'art. 34 e quindi le particolari mag-

gioranze e il recesso.

Si consideri altresì che l'ambito di applicazione delle norme sugli adeguamenti riguardava ovviamente solo le società di capitali, per le quali la regola della maggioranza dei 2/3 si risolve in un incremento dei normali quorum (a differenza di quel che accade nelle società di persone) e che quindi è facile cogliere la portata agevolativa ed eccezionale della norma.

Ma vi è soprattutto una considerazione di carattere sistematico. L'accentuata differenza della clausola compromissoria statutaria rispetto alla disciplina dell'arbitrato tradizionale, che si risolve nella esclusività della prima rispetto alla seconda, segna probabilmente anche una cesura fra i due istituti.

Si consideri, da un lato, che ormai, decorso il periodo transitorio, non si tratta di sostituire una clausola da adeguare, nel segno cioè di una continuità eccezionalmente prevista dal legislatore con l'art. 41; ma di introdurre una nuova clausola compromissoria che vada a colmare una lacuna creatasi nello statuto dal venir meno della corrispondente vecchia clausola binaria.

E, dall'altro lato, che la previsione della spettanza della nomina degli arbitri in capo al terzo vale ad aprire alla società e ai soci nuove possibilità, ben più ampie delle precedenti, di risoluzione delle controversie che hanno come contrappeso una limitazione della autonomia del singolo e, soprattutto, implica l'adozione di un sistema vincolante di decisione delle controversie. Il che spiega anche agevolmente la previsione del diritto di recesso.

Una volta conformata la clausola, introdotto cioè il nuovo sistema di arbitrato societario, ecco allora che gli eventuali ampliamenti dell'ambito applicativo della clausola saranno da considerare mere modificazioni statutarie, soggette alle regole ordinarie e non alla previsione dell'art. 34, comma 6.

La posizione del notaio rispetto a possibili vizi concernenti le modifiche volte all'introduzione delle clausole compromissorie societarie. I vizi sul procedimento e i vizi intrinseci alla formulazione della clausola

Alcuni dei problemi che caratterizzano il diritto transitorio si ripropongono in parte con la riforma a regime.

Può accadere, infatti, che un'assemblea, all'uopo convocata, deliberi l'introduzione o la modifica di una clausola compromissoria statutaria e tuttavia si rilevino da parte del notaio verbalizzante vizi attinenti alla sussistenza dei quorum imposti dalla legge ovvero concernenti la stessa formulazione della clausola.

Per i primi – vizi attinenti alla sussistenza dei quorum – si è poc'anzi visto come, ove sia acceda alla tesi della esclusività della nuova disciplina, sia necessario distinguere la modificazione volta all'introduzione (cui è equiparabile la conforma-

zione della clausola arbitrale preesistente) della clausola, per la quale è richiesta l'approvazione da parte di tanti soci che rappresentino almeno i due terzi del capitale sociale, dalla modifica di una nuova clausola compromissoria statutaria, per esempio concernente la composizione numerica del collegio arbitrale, per la quale valgono invece le maggioranze ordinariamente previste per le modificazioni dell'atto costitutivo o dello statuto.

Nelle società di capitali, valgono per queste ipotesi i principi generali in tema di invalidità delle delibere assembleari.

In particolare, per le società per azioni, trova applicazione l'art. 2377 c.c., trattandosi di deliberazioni che non sono prese in conformità alla legge (perché non sono rispettati i quorum ivi previsti), con la conseguenza che queste saranno impugnabili, entro 90 giorni dall'iscrizione della deliberazione nel registro delle imprese (art. 2377, comma 6):

- dai soci assenti, dissenzienti o astenuti (purché, salvo diversa previsione statutaria, trattandosi di società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio posseggano tante azioni aventi diritto di voto in quella deliberazione che rappresentino almeno l'uno per mille del capitale sociale; ovvero, il 5% nelle altre società. Ciò in quanto, altrimenti, i soci avranno diritto al solo risarcimento del danno: cfr. art. 2377, commi 2 – 4. Al risarcimento del danno, poi, per l'ipotesi di conformazione, nel senso sopra detto, della clausola arbitrale preesistente si dovrebbe aggiungere anche il diritto di recesso);
- nonché dagli amministratori, dal consiglio di sorveglianza o dal collegio sindacale (art. 2377, comma 2).

Per le società a responsabilità limitata, si tratterà pur sempre di decisioni da adottare mediante metodo assembleare (art. 2479, comma 2 n. 4 e comma 4) e saranno impugnabili entro 90 giorni dalla loro trascrizione nel libro delle decisioni dei soci dai soci che non vi hanno consentito, da ciascun amministratore o dal collegio sindacale (art. 2479 *ter*).

In definitiva, il vizio attinente al quorum viene assorbito nel mezzo di impugnazione, e quindi integra un'ipotesi di annullabilità della delibera ⁽³⁰⁾, per cui, decorsi i novanta giorni, la stessa diverrà definitivamente efficace.

Quale dev'essere allora il comportamento del notaio?

Senza poter qui riassumere l'ampio dibattito sul tema, che ha coinvolto autorevoli esponenti della dottrina non solo notarile, si può sinteticamente ricordare come, nelle società di capitali, la funzione del notaio di documentazione della volontà dei soci si articola in due fasi:

- una prima fase, di vera e propria documentazione, consiste nella verbalizzazione della deliberazione, che si caratterizza per una spiccata attività di constatazione, ed in cui il notaio riproduce nel documento il processo di formazione

della volontà sociale.

- - una seconda fase, nella quale il notaio è chiamato a svolgere la funzione di controllo sulla iscrivibilità della deliberazione risultante dal verbale.

Ebbene, con riguardo alla prima fase, non v'è alcun dubbio che il notaio che sia stato richiesto della redazione del verbale di un'assemblea sia obbligato a procedervi ancorché manchi il quorum (costitutivo o deliberativo) richiesto dalla legge, poiché in questa prima fase l'intervento del notaio ha il solo scopo di constatare come si è svolto il procedimento deliberativo e quindi ha solo funzione di fotografare la situazione che ha portato alla delibera societaria: egli non è tenuto, in altre parole, ad applicare l'art. 28 della legge notarile (che fa divieto al notaio di ricevere atti qualora questi siano espressamente proibiti dalla legge o manifestamente contrari all'ordine pubblico o al buon costume), e quindi non può in quella sede rifiutare di ricevere il verbale o dettare obbligatorie condizioni operative all'iter procedimentale che mirino a collocarlo nel rispetto della legge ⁽³¹⁾.

Ciò in quanto, e con ciò si passa alla seconda fase, nel sistema delineato dalla legge 340/2000 il controllo di legalità – nella specie controllo di iscrivibilità della deliberazione – non è contestuale alla documentazione ma, per così dire, si sposta a valle: è una volta formato il verbale e quindi documentata la volontà dei soci che il notaio verificherà la conformità di tale volontà all'ordinamento.

È nel momento in cui il notaio verifica l'iscrivibilità della deliberazione che quindi si svolge quella attività di controllo di legalità che normalmente, negli atti negoziali, avviene contestualmente alla documentazione e che porta al rifiuto di ricevere (e quindi anche di documentare) l'atto ove il notaio abbia verificato la contrarietà alla legge della volontà delle parti.

Quindi, un controllo a valle che implica tuttavia responsabilità sul piano disciplinare del tutto analoghe a quelle che possono derivare dalla violazione dell'art. 28 della legge notarile. L'art. 138 *bis* della legge notarile, introdotto proprio dalla legge 340/2000 sulla riforma dell'omologazione societaria è chiaro in tal senso.

Quale debba essere poi il comportamento del notaio, in questa seconda fase, allorquando nel valutare l'iscrivibilità della deliberazione documentata attraverso il verbale, verifichi la mancanza dei quorum previsti dalla legge per la deliberazione di conformazione della vecchia clausola arbitrale o di modifica della clausola compromissoria statutaria è questione ancor oggi discussa e che non può essere oggetto di valutazione in questa sede.

Quanto sopra vale per le società di capitali.

Per le società di persone, occorre infatti sottolineare come la disciplina non preveda l'esistenza di un organo assembleare per la formazione della volontà sociale. Il legislatore, nel disciplinarne la struttura delle società personali, ha inteso assicurare snellezza ed agilità nell'assunzione delle decisioni; la dottrina prevalente ri-

tiene pertanto che non sussistano valide ragioni per ipotizzare la necessità della formazione di una volontà collegiale ma che il rapporto tra i soci sia essenzialmente interindividuale ⁽³²⁾.

Pertanto si ritiene che per le decisioni all'unanimità basti l'accordo di tutti i soci comunque esso sia raggiunto, mentre per quelle a maggioranza non sia necessario neppure che tutti i soci siano consultati in quanto è sufficiente che la maggioranza sia raggiunta, anche all'insaputa degli altri soci ⁽³³⁾.

I soci possono in ogni caso decidere di riservare ad un'assemblea competenze specifiche, non essendovi alcun divieto in tal senso.

Ma, in tal caso, non sembra possano trovare applicazione le norme sull'invalidità delle delibere assembleari né quelle disposizioni sul controllo notarile in sede di verbalizzazione che sono dettate per le società di capitali. In queste ipotesi non v'è in sostanza una separazione fra attività di documentazione a monte (la verbalizzazione) e attività di controllo a valle (sull'iscrivibilità).

Infatti, da un lato l'attività di verbalizzazione del notaio è, in questi casi, un'attività di vero e proprio ricevimento per cui incontra direttamente i limiti previsti dall'art. 28 della legge notarile e non trova applicazione l'art. 138 *bis*.

Dall'altro lato, una volontà sociale espressa con quorum inferiori a quelli previsti dalla legge non è una volontà sociale.

Passiamo adesso alla seconda categoria di vizi, cioè quelli attinenti alla formulazione della clausola ed in particolar modo quelli che, in spregio al disposto dell'art. 34, non attribuiscono a terzi la nomina degli arbitri.

Iniziamo anche qui dalle società di capitali.

Le considerazioni poc'anzi svolte sui vizi relativi ai quorum assembleari non sembrano poter essere riproposte anche in questa sede.

Se, infatti, per le stesse ragioni di cui sopra, e cioè per il fatto che l'attività di verbalizzazione è un'attività di documentazione che ha il solo scopo di constatare come si è svolto il procedimento deliberativo e quindi ha solo funzione di fotografare la situazione che ha portato alla delibera societaria, il notaio avrebbe comunque l'obbligo di verbalizzare la deliberazione, a diversa conclusione deve giungersi riguardo alla decisione del notaio sulla iscrिवibilità.

Difatti, l'espressa previsione della sanzione della nullità della clausola che non conferisca in ogni caso il potere di nomina di tutti gli arbitri a soggetto estraneo alla società dovrebbe integrare un'ipotesi di illiceità dell'oggetto ai sensi dell'art. 2379, comma 1 (per le s.r.l. v. art. 2449 *ter* comma 3), e quindi di nullità delle delibere, fermo restando che questa sarebbe comunque impugnabile entro tre anni dalla sua iscrizione nel registro delle imprese (trascrizione nel libro soci per le s.r.l.) da chiunque vi abbia interesse.

Ciò ove si tenga conto della tesi dominante in dottrina e giurisprudenza che considera illecito l'oggetto di una deliberazione che sia contrario all'ordine pubblico, al buon costume e a norme imperative dettate a tutela di un interesse generale che trascende, come nel caso di specie, l'interesse del singolo socio ⁽³⁴⁾.

In tal caso, pertanto, onde non incorrere nel disposto dell'art. 138 *bis* della legge notarile, il notaio dovrà rifiutarsi di iscrivere la deliberazione.

Ci si può chiedere se il rifiuto di iscrivere riguardi solo la previsione del conferimento del potere di nomina a soggetti non estranei o all'intera clausola.

Normalmente, per coloro che accolgono la tesi della iscrivibilità parziale delle delibere il concetto fondamentale dal quale si argomenta è quello della reciproca interdipendenza delle varie deliberazioni, che qui non sembra sussistere.

Diversamente è a dirsi allorché deliberazione in questione sia assunta contestualmente ad altre modificazioni statutarie, indipendenti dalla prima (es. introduzione o soppressione della clausola compromissoria e aumento di capitale).

Nelle società di persone, l'adozione di una clausola che non conferisca in ogni caso il potere di nomina di tutti gli arbitri a soggetto estraneo implica certamente nullità della clausola che, a differenza di quanto accade per le società di capitali, è impugnabile da chiunque vi abbia interesse, ma senza limiti di tempo.

Legittimità delle clausole compromissorie statutarie che deferiscono la decisione di controversie a camere arbitrali precostituite

È frequente l'inserimento negli statuti di clausole compromissorie statutarie che deferiscono la decisione di controversie a camere arbitrali precostituite (ad es. la Camera Arbitrale di Milano e la Curia Mercatorum di Treviso).

È sorto il dubbio sulla liceità di tali clausole in quanto spesso queste rinviano ai regolamenti delle camere arbitrali per le norme procedurali, che normalmente stabiliscono anche che la nomina degli arbitri sia fatta dalla Camera "sentite le parti" o sia nominato dalla Camera il soggetto eventualmente indicato di comune accordo fra le parti.

In realtà, per quel che si è potuto qui esaminare, nel caso della Curia Mercatorum di Treviso il regolamento entrato in vigore il 1° gennaio 2004, espressamente prevede, all'art. 23 che Gli arbitri (o componenti il tribunale arbitrale) sono nominati dalla Corte, tenendo conto delle eventuali indicazioni delle parti. Anzi, in caso di pluralità di componenti del tribunale arbitrale ciascuna parte può indicare alla Corte un solo nominativo quale arbitro designato e, salvo grave motivo, la Corte si adegua a tale indicazione.

Inoltre le parti o gli arbitri possono concordemente indicare il nominativo di

chi dovrebbe assumere la carica di Presidente. Tuttavia lo stesso art. 23 precisa che spetta esclusivamente alla Corte il potere di scelta e di nomina degli arbitri non solo quando la controversia coinvolga più di due parti, in assenza di diverso accordo tra le stesse, ma anche, e soprattutto per quel che qui interessa, nei casi in cui la legge applicabile preveda che la nomina debba essere affidata ad un terzo estraneo e ciò anche se la clausola compromissoria, già approvata dalle parti, stabilisca diversamente.

Quindi non si vede in qual modo il rinvio a tale regolamento possa far sorgere dubbi di iscrivibilità della clausola posto che lo stesso rinvia – implicitamente – all'art. 34 del D. Lgs. 5/2003 stabilendo che nei casi in cui la legge preveda che la nomina debba essere affidata ad un terzo estraneo alla nomina provvede direttamente la Corte, senza quindi l'interferenza delle parti.

Quanto al regolamento adottato, sempre con decorrenza 1° gennaio 2004, dalla Camera Arbitrale di Milano, anche in tale ipotesi si riscontrano delle disposizioni di "salvaguardia":

- nella formulazione della clausola arbitrale societaria si prevede che "Tutte le controversie aventi ad oggetto rapporti sociali, comprese quelle relative alla validità delle delibere assembleari, promosse da o contro i soci, da o contro la società, da o contro gli amministratori, da o contro i sindaci, da o contro i liquidatori, saranno risolte mediante arbitrato secondo il Regolamento della Camera Arbitrale Nazionale e Internazionale di Milano. Il Tribunale Arbitrale sarà composto da un arbitro unico/tre arbitri, nominato/i dalla Camera Arbitrale. L'arbitrato sarà rituale e il Tribunale Arbitrale deciderà secondo diritto;
- in secondo luogo l'art. 2 del regolamento dispone che Il procedimento arbitrale è retto dal Regolamento, in subordine dalle regole fissate di comune accordo dalle parti, in ulteriore subordine dalle regole fissate dal Tribunale Arbitrale. In ogni caso, è fatta salva l'applicazione delle norme inderogabili applicabili al procedimento arbitrale. In ogni caso, è attuato il principio del contraddittorio e della parità di trattamento delle parti;
- infine, il comma 2 dell'art. 9 del regolamento stabilisce che se l'arbitrato trae origine da clausola compromissoria inserita in atto costitutivo o in statuto di società, anche in deroga a quanto previsto nella clausola, il Consiglio Arbitrale nomina tutti i componenti del Tribunale Arbitrale, designando un arbitro unico qualora lo ritenga opportuno e la clausola non richieda la designazione di un collegio.

- 1) Relazione al D.lgs. n. 5/2003; NELA, *Commento all'art. 34*, in *Il nuovo processo societario. Commentario*, a cura di Chiarloni, Bologna, 2004, 929 ss.
- 2) MORELLINI, *Le parti e l'oggetto dell'arbitrato societario: spunti di riflessione*, in *Società*, 2005, 79 ss.
- 3) BRUNELLI, *Arbitrato e conciliazione: le novità di interesse notarile nella riforma societaria*, in *Federnotizie*, 2004.
- 4) CABRAS, *I principi dell'arbitrato e l'arbitrato societario*, in www.dircomm.it.
- 5) LUISO, *Appunti sull'arbitrato societario*, in *Riv. Dir. proc.*, 2003, 705 ss.
- 6) BOVE, *L'arbitrato nelle controversie societarie*, in *Giust. Civ.*, 2003, 473 ss.
- 7) ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione arbitrale nelle società dopo la riforma*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, 929 ss.
- 8) ZUCCONI GALLI FONSECA, *op. cit.*; AULETTA, *Dell'arbitrato*, in *La riforma delle società. Il processo*, a cura di Sassani, Torino, 2004, 328 ss.; ID. *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 ss..
- 9) CABRAS, *op. cit.*
- 10) CABRAS, *op. cit.*; CORSINI, *L'arbitrato nella riforma del diritto societario*, in *Giur. it.*, 2003, 1285 ss.; DANОВI, *L'arbitrato nella riforma del diritto processuale societario*, in www.judicium.it. *Contra* RUFFINI, *Il nuovo arbitrato per le controversie societarie*, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 2004, 495 ss.; SALAFIA, *Il nuovo arbitrato societario e altre questioni. Commento a Trib. Latina 22 giugno 2004*, in *Società*, 2005, 97 ss.
- 11) DANОВI, *op. cit.*
- 12) LUISO, *op. cit.*
- 13) MICCOLIS, *Arbitrato e conciliazione nella riforma del diritto societario*, in *La riforma del diritto societario (Atti delle Giornate di studio Lecce e Brindisi, maggio 2003)* a cura di Di Cagno, Bari, 2004, 403 ss.; MORELLINI, *op. cit.*, AULETTA, *op. cit.*; CABRAS, *op. cit.*; RICCI, *Il nuovo arbitrato societario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, 517 ss.; CHIARLONI, *Riflessioni minime sul nuovo processo societario*, in *Giur. it.*, 2004, 680 ss.; NELA, *op. cit.*, CARPI, *Profili dell'arbitrato in materia di società*, in *Riv. Arb.*, 2003, 411 ss.; LUISO, *op. cit.*, SALI, *L'arbitrato per le nuove società. Dodici (piccoli) nodi applicativi e qualche proposta*, in www.judicium.it.
- 14) BIAVATI, *Il procedimento nell'arbitrato societario*, in *Riv. Arb.*, 2003, 27 ss.; CARPI, *op. cit.*, CHIARLONI, SALI, *op. cit.*, CORSINI, *op. cit.*; LUISO, *op. cit.*
- 15) CABRAS, *op. cit.*; *contra* SALI, *op. cit.*, BRIGUGLIO, *Conciliazione e arbitrato nelle controversie societarie*, in www.judicium.it, se l'atto separato non è stipulato a lite insorta
- 16) MICCOLIS, *op. cit.*; MORELLINI, *op. cit.*, AULETTA, *op. cit.*, CABRAS, *op. cit.*
- 17) SALAFIA, *op. cit.*, AULETTA, *op. cit.*, ZOPPINI-AULETTA, *Doppia chance di arbitrato per le società*, ne *Il sole24ore*, 2 settembre 2004, 19, NELA, *op. cit.*; DE NOVA, *Controversie societarie: arbitrato societario o arbitrato di diritto comune*, in *Contratti*, 2004, 847.
- 18) SALAFIA, *op. cit.*
- 19) SALAFIA, *op. cit.*
- 20) SALAFIA, *op. cit.*
- 21) Così CABRAS. Nello stesso senso SALI, *op. cit.*, GIOVANNONI, *Inderogabilità del modello arbitrale societario e problemi di diritto intertemporale*, in www.dircomm.it; CORSINI, *op. cit.*; DALMOTTO, *Commento all'art. 41*, in *Il nuovo processo societario. Commentario*, a cura di Chiarloni, Bologna, 2004, 1097 ss.; CARPI, *op. cit.*, ZUCCONI GALLI FONSECA, *op. cit.*; DANОВI, *op. cit.*
- 22) Trib. Trento 8 aprile 2004, in *Società*, 2004, 998 ss., con nota di MORELLINI, *Artt. 34 s.s., D.Lgs. n. 5/2003: ambito di applicazione e nullità della clausola compromissoria*; Trib. Trento, 11 febbraio 2004, in *Giur. mer.*, 2004, 1699; Trib. Udine 4 novembre 2004, in *Società*, 2005, Trib. Latina 22 giugno 2004, in *Società*, 2005, 97 ss.
- 23) CONSIGLIO NOTARILE DI MILANO; BRUNELLI, *op. cit.*, BUSANI
- 24) Cfr. gli Autori e la giurisprudenza sopra citati
- 25) CABRAS, *op. cit.*, MORELLINI, *op. cit.*, GABRIELLI, *Clausole compromissorie e statuti sociali. Commento al d.lg. 17 gennaio 2003, n. 5*, in *Riv. Dir. civ.*, 2004, II, 85 ss.; GIOVANNONI, *op. cit.*, SALI, *op. cit.*
- 26) LUISO, *op. cit.*, BOVE, *op. cit.* In giurisprudenza, Trib. Torino, 27 settembre 2004, in *Dir. prat. Soc.*, 10/2005, 80 ss. con nota di SOLDATI.
- 27) CORSINI, *op. cit.*; ZUCCONI GALLI FONSECA, *op. cit.*, SALI, *op. cit.*, RUFFINI, *op. cit.*
- 28) DANОВI, *op. cit.*
- 29) Così Trib. Latina 22 giugno 2004, cit.
- 30) RESCIO, *Il sovrano in esilio: riflessioni e problemi in tema di assemblea e decisioni dei soci*, in Consiglio Nazionale del Notariato, *Studi sulla riforma del diritto societario*, Milano, 2004, 390 ss.
- 31) CASU, *Funzione notarile di verbalizzazione*, in Tondo – Casu – Ruotolo, *Il documento*, in *Tratt. C.N.N.*, IX, 9, Napoli, 2003, 230 s..
- 32) COTTINO, *Diritto commerciale*, I, 2, 3a ed., Padova, 1994, 167; GHIDINI, *Società personali*, Pa-

dova, 1972.

- 33) CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, II, Torino, 1995, 103.
- 34) ZANARONE, *L'invalidità delle deliberazioni assembleari*, in *Tratt. Colombo-Portale*, III, 2, Torino; Cass. 15 novembre 2000, n. 14799, in *Foro it.*, 2001, I, 487.

(Riproduzione riservata)