

**L'INSERIMENTO NELLO STATUTO  
DELLE SOCIETA' DI CAPITALI  
DI CLAUSOLE COMPROMISSORIE**

*Sommario. 1. L'ambito della legge delega e quello del decreto delegato 5/2003 in materia di arbitrato. 2. Le peculiarità della riforma. 3. La disciplina transitoria.*

1. L'art. 1, 1° comma della legge 3.10.2001, n. 366 ha delegato al Governo la riforma – secondo i principi direttivi che essa ha posto – della disciplina delle società di capitali e cooperative, dandogli anche la facoltà di emanare “nuove norme sulla procedura per la definizione dei procedimenti nelle materie di cui all'art. 12”. L'art. 12, 1° comma e 2° comma della stessa legge demanda al Governo di rivedere “i procedimenti” introducendo “nuove norme di procedura” sul “diritto societario, comprese le controversie relative al trasferimento delle partecipazioni sociali ed ai patti parasociali” (comma 1, lettera a). Il comma 4 dell'art. 12 autorizza l'introduzione di “forme di conciliazione delle controversie civili in materia societaria”. Il comma 3, invece, riguarda “gli statuti delle società commerciali” e consente al Governo di disporre che essi “contengano clausole compromissorie, anche in deroga agli art. 806 e 808 c.p.c., per tutte o alcune tra le controversie societarie di cui al comma 1”; al Governo viene data un'unica direttiva a questo fine, e cioè che “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”.

Pare dunque desumersi da queste norme che, mentre le nuove regole processuali delegate al Governo hanno un campo più vasto (il diritto societario in generale), la delega al Governo in materia di arbitrato abbia un campo più ristretto:

- anzitutto, che essa riguardi il solo arbitrato rituale (che è l'unico disciplinato dal codice di procedura civile, cui si riferiscono gli artt. 806 e 808 menzionati nella legge delega);
- poi, che essa riguardi non tutte le società, ma solo *“le società commerciali”* (dunque, non le società semplici, visto che le società commerciali non possono costituirsi nello schema della società semplice, art. 2249, 1° comma cod. civ.; non le società che hanno esercizio diverso da quello commerciale, pur se volontariamente costituite nelle forme di s.n.c., s.a.s., s.p.a., s.a.p.a., s.r.l., art. 2249, 2° comma cod. civ.; e neppure, se ben si intende, le società cooperative, che non hanno scopo commerciale bensì mutualistico, art. 2249, 3° comma e 2511, 1° comma cod. civ.);
- poi, ancora, che essa riguardi solo le clausole compromissorie, non anche i compromessi arbitrali;
- infine, che essa riguardi solo le clausole compromissorie contenute negli *“statuti delle società commerciali”*: la dizione non è chiara, perché di *“statuto”* il codice civile pre-riforma parla solo per la s.p.a. e, per richiamo, per la s.a.p.a. e la s.r.l., e non anche per la s.n.c. e la s.a.s.: ma con una qualche buona volontà, poiché lo statuto di una società, *“anche se forma oggetto di un atto separato, si intende parte integrante dell'atto costitutivo e deve essere a questo allegato”* (art. 2329, 2° comma cod. civ.), si può ritenere che la delega si estenda alle clausole compromissorie inserite negli atti costitutivi delle società

commerciali (s.n.c., s.a.s., s.p.a., s.a.p.a., s.r.l.). La limitazione agli statuti (e/o atti costitutivi) esclude che la nuova disciplina valga per altri prototipi contrattuali, come i consorzi, le associazioni in partecipazione, i patti parasociali: per questi tipi di contratto, resta fermo il regime pregresso. E il regime pregresso varrà anche per le clausole compromissorie stese tra tutti o alcuni dei soci fuori dell'atto costitutivo e dello statuto sociale.

Il decreto legislativo n. 5/2003 tratta *“dell'arbitrato”* nel titolo V (artt. 34 – 37) e ha disciplinato appunto, negli artt. 34-35-36, le sole clausole compromissorie, in conformità alla delega. Ma rispetto alla legge delega vi sono alcune varianti:

- anziché riferirsi alle sole società commerciali, il decreto si riferisce genericamente alle società (art. 34, 1° comma), escludendo peraltro *“quelle che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio”* a norma del nuovo art. 2325-bis cod. civ.; nel solo art. 37, che tratta non delle clausole compromissorie bensì di clausole di *“risoluzione di contrasti sulla gestione di società”*, la disciplina è limitata alla s.r.l. ed alle società di persone (escluse, quindi, la s.p.a. e la s.a.p.a., ma incluse le società semplici);
- pur parlando, nella rubrica dell'art. 34, di *“oggetto ed effetti di clausole compromissorie statutarie”*, il testo dell'articolo parla sempre e solo di *“atti costitutivi”* delle società; anche nell'art. 37 (che, come s'è ricordato, riguarda la *“risoluzione di contrasti sulla gestione della società”*) il riferimento è agli *“atti costitutivi”*; dunque, in conformità all'interpretazione possibilista sopra accennata per la legge delega, l'atto costitutivo

e lo statuto della società sono stati parificati dal legislatore delegato;

- infine, il decreto pare comprendere nella sua disciplina anche l'arbitrato "*non rituale*" (art. 35, ultimo comma), cioè quello nel quale gli arbitri emettono non un lodo suscettibile di divenire titolo esecutivo, ma un atto negoziale riportabile alle parti stesse come integrativo della loro volontà.

Occorre dunque valutare con particolare cautela la nuova disciplina del decreto delegato in materia di arbitrato sia per taluni soggetti (le società semplici, le società non commerciali, le società cooperative), sia per uno dei suoi oggetti (l'arbitrato non rituale): è possibile infatti che questa nuova disciplina per tali soggetti e per tale oggetto sia fuori delega, e quindi possa essere dichiarata illegittima dalla Corte Costituzionale (art. 134, prima frase Cost.).

2. I quattro articoli che il decreto delegato dedica all'arbitrato vanno ripartiti nettamente. Da un lato stanno gli artt. 34, 35 e 36, che riguardano, appunto, l'arbitrato (rituale) previsto dal codice di procedura civile, e quello (non rituale) che il codice di procedura civile non prevede, ma che ha notevoli analogie con quello disciplinato da tale codice. Dall'altro lato sta l'art. 37, che invece si rifà ad un istituto riguardante il diritto sostanziale dei contratti, e cioè il cosiddetto arbitraggio (completamento di una volontà contrattuale attraverso l'intervento di un terzo, art. 1349 cod. civ.).

Trattiamo in questa relazione solo degli artt. 34, 35 e 36.

L'art. 34 prevede innanzi tutto, al primo comma, che “*gli atti costitutivi delle società, ad eccezione di quelle che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio a norma dell'art. 2325-bis del codice civile, possono, mediante clausole compromissorie, prevedere la devoluzione ad arbitri di alcune ovvero di tutte le controversie insorgenti tra i soci ovvero tra i soci e la società che abbiano ad oggetto diritti disponibili relativi al rapporto sociale*”.

Gli atti costitutivi e/o statuti delle società, dunque, non soltanto possono prevedere la possibilità di devolvere ad arbitri tutte le controversie, ma possono anche decidere di devolvere ad arbitri soltanto alcune di quelle controversie: in quest'ultimo caso si porrà il problema di stabilire nella clausola compromissoria un criterio di individuazione, generale ma preciso, delle controversie incluse e di quelle escluse dalla portata della clausola stessa, in modo che nella fase di attuazione della clausola non vi siano contrasti circa il fatto che la controversia di specie rientri o no fra le questioni compromesse in arbitrato.

E' stata criticata l'esclusione dell'opzione arbitrale per le società “*che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio*”, risultando poco comprensibile perché la natura del capitale debba influire sul modo di composizione delle liti tra soci e tra soci e società e potendo non apparire appagante l'eventuale motivazione secondo cui l'estrema diffusione del capitale azionario in questo tipo di società renderebbe impraticabile il meccanismo arbitrale (Bernardini, Relazione al Convegno A.I.A. di Roma del 7 novembre 2002 sullo schema di decreto legislativo).

Per essere compromettibile, la controversia deve poi avere ad oggetto diritti disponibili, e cioè i diritti suscettibili di essere oggetto di transazione (Proto Pisani, *La nuova disciplina del processo societario (note a prima lettura)*, Commissione Studi del Consiglio Nazionale del Notariato del 18.2.2003, Studio n. 4258).

Le controversie compromettibili in arbitrato sono quelle “*tra i soci*” ovvero quelle “*tra i soci e la società*” (art. 34, 1° comma): le une e le altre, o le une o le altre, o alcune delle une e/o alcune delle altre: non necessariamente, dunque, la società deve essere parte della controversia. Tuttavia (art. 34, al quarto comma) gli atti costitutivi possono prevedere anche la compromettibilità di “*controversie promosse da amministratori, liquidatori e sindaci ovvero nei loro confronti*”: anche qui, la controversia può essere tra uno o più di tali soggetti e la società, oppure tra uno o più di tali soggetti e uno o più dei soci, ovvero ancora tra uno o più di questi soggetti tra loro. Dove la clausola compromissoria riguardi amministratori, liquidatori e sindaci, “*essa, a seguito dell’accettazione dell’incarico, è vincolante per costoro*” (art. 34, quarto comma).

Il legislatore sembra dunque aver troncato ogni discussione circa la compromettibilità in arbitri dell’azione di responsabilità (della società e/o dei soci, esclusa rimanendo, ci pare, quella dei creditori sociali) nei confronti di amministratori, sindaci e liquidatori (di questa opinione è ad es. Nobili, in Relazione al Convegno A.I.A. di Roma del 7 novembre 2002, il quale – secondo lo stesso criterio – ritiene compromettibile l’impugnazione della delibera di approvazione del bilancio promossa da soci, amministratori o sindaci, non da terzi).

Con l'accettazione dell'incarico da parte di amministratori, sindaci e liquidatori v'è dunque una presunzione assoluta di conoscenza in capo a questi ultimi della clausola compromissoria e l'automatica inserzione di quella clausola nel rapporto fra società, soci, amministratori, sindaci e liquidatori: con una deroga peraltro alla necessità della stipulazione per iscritto della clausola stessa, ove si ritenga che la forma scritta significhi anche sottoscrizione e non solo redazione. E la stessa cosa avviene anche per i nuovi soci che entrino nella società senza avere direttamente aderito all'atto costitutivo e/o allo statuto: la clausola compromissoria preesistente che riguardi i soci vale automaticamente anche per tutti i soci nuovi.

Nulla è espressamente detto quanto ai componenti dei consigli di gestione e di sorveglianza ex art. 2409 *octies* ss. c.c. (l'art. 223 *septies*, del decreto legislativo 6/2003, estendendo ai componenti del consiglio di gestione e del consiglio di sorveglianza le norme del codice civile rispettivamente dettate per gli amministratori ed i sindaci ed al consiglio di sorveglianza anche le norme di leggi speciali dettate per il collegio sindacale o i sindaci, sembra occuparsi solo della disciplina sostanziale, non di quella processuale): l'interpretazione estensiva nei confronti di detti soggetti è sembrata ragionevole alla dottrina che si è occupata dell'argomento, ma verrà forse contrastata in sede applicativa, in ragione della specialità della previsione, non suscettiva – in quanto tale – di interpretazione estensiva e, tantomeno, analogica. Ancora più discutibile è l'applicazione della speciale disciplina dell'arbitrato al revisore ex art. 2477 c.c. per la s.r.l. e al revisore o alla società di revisione per la s.p.a. ex art. 2409-bis c.c.

L'art. 34, al secondo comma, descrive la struttura (vincolata) della clausola: *“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”*.

E' stato così risolto il problema della validità o no della clausola arbitrale c.d. binaria per le controversie concernenti più di due parti, cui già la giurisprudenza aveva dato in prevalenza risposta negativa (ad es. con riferimento al procedimento di revoca dell'amministratore domandato da un socio, ove i soggetti coinvolti sono il socio, la società e l'amministratore in discussione): ora la disciplina impone che un solo soggetto, estraneo alla società, nomini l'arbitro o tutti gli arbitri.

L'art. 34, ultimo comma prevede che *“le modifiche dell'atto costitutivo, introduttive o soppressive di clausole compromissorie”* debbano *“essere approvate dai soci che rappresentino almeno i due terzi del capitale sociale”* e aggiunge che *“i soci assenti o dissenzienti possono, entro i successivi novanta giorni, esercitare il diritto di recesso”*. Il recesso è un istituto di diritto sostanziale, non di diritto processuale: anche la disciplina delle maggioranze per le determinazioni sociali è aspetto di diritto sostanziale: poiché la delega al Governo, ai fini della riforma del diritto sostanziale, è stata data (come abbiamo già ricordato) unicamente per *“la riforma organica della disciplina delle società capitali e cooperative”* (art. 1, comma 1 della legge 366/2001), si può dubitare che l'art. 34, ultimo comma del decreto 5/2003 possa valere per le società di persone (società semplici,

s.n.c., s.a.s.). In altre parole, mentre per le società di capitali e le cooperative il Governo poteva dettar legge anche in tema di maggioranze e di recesso, ciò non pare consentito per le società di persone. Si raccomanda quindi prudenza a chi voglia applicare l'art. 34, ultimo comma alle società di persone, potendo intravedersi, anche qui, un eventuale eccesso del legislatore delegato rispetto alla legge di delega; eccesso che potrebbe portare la Corte Costituzionale a dichiarare illegittima la disposizione per le società personali.

Nulla si prevede per le modifiche che non introducano né sopprimano la clausola, ma unicamente la rimaneggino: pare dunque sostenibile che per tali rimaneggiamenti non sia necessaria la maggioranza prevista dalla norma in esame, bensì quella dettata in materia dalla legge o dall'atto costitutivo e che, dunque, non nasca alcun diritto di recesso in capo ai soci assenti o dissenzienti rispetto alla delibera di modifica in parola. E' peraltro possibile anche l'interpretazione opposta, e cioè che ogni modifica che aggiunga o tolga qualcosa alla clausola compromissoria precedente vada considerata – dove aggiunge – paragonabile alla clausola introduttiva e – dove toglie – alla clausola soppressiva.

L'art. 34, al quinto comma, dispone poi che “*non possono essere oggetto di clausola compromissoria le controversie nelle quali la legge preveda l'intervento obbligatorio del pubblico ministero*” (e così, in particolare, tutte le volte che il pubblico ministero abbia potere di iniziativa ex art. 70 c.p.c., come ad esempio nella revoca dei liquidatori ex art. 2487, ultimo comma cod. civ.).

Fra le innovazioni previste in tema di procedimento arbitrale (deposito della domanda di arbitrato presso il registro delle imprese; possibilità

di intervento ex artt. 105, 106 e 107 c.p.c. da parte degli altri soci; possibilità per gli arbitri di conoscere, *incidenter tantum*, anche di questioni che per legge non possono costituire oggetto di arbitrato) spicca quella concernente i provvedimenti cautelari: secondo l'art. 35, quinto comma “*la devoluzione in arbitrato, anche non rituale, di una controversia non preclude il ricorso alla tutela cautelare a norma dell'art. 669 quinquies del codice di procedura civile, ma se la clausola compromissoria consente la devoluzione in arbitrato di controversie aventi ad oggetto la validità di delibere assembleari, agli arbitri compete sempre il potere di disporre, con ordinanza non reclamabile, la sospensione dell'efficacia della delibera*”. Dunque, in primo luogo il legislatore delegato sembra (quantomeno in materia societaria) aver posto fine al dibattito sulla possibilità di ottenere dal giudice un provvedimento cautelare in presenza di una clausola compromissoria per arbitrato irrituale, optando per la soluzione affermativa; in secondo luogo ha previsto che gli arbitri, investiti della questione concernente l'impugnazione di una delibera assembleare, possano comunque disporre la sospensione della delibera assembleare impugnata; in quest'ultimo caso, cioè, la competenza generale ad emettere provvedimenti cautelari permane in capo al giudice, ma agli arbitri “*compete sempre*” quella particolare di sospendere la delibera impugnata; rimane il dubbio se tale competenza degli arbitri sia concorrente con quella dei giudici, nel senso che la parte impugnante possa domandare la sospensione della delibera agli uni o agli altri (in questo senso parrebbe Briguglio, nella Relazione al Convegno A.I.A. di Roma del 7 novembre 2002), o abbia natura di esclusività, nel senso che detta sospensione possa essere domandata solo agli arbitri.

L'art. 36 impone infine agli arbitri di decidere secondo diritto “*anche se la clausola compromissoria autorizza gli arbitri a decidere secondo equità*” ovvero con lodo non impugnabile, “*quando oggetto del contendere siano questioni non compromettibili ovvero sia la validità di delibere assembleari*”.

3. Si è visto che l'art. 34, ultimo comma del decreto 5/2003 prevede una particolare maggioranza (tanti “*soci che rappresentino almeno i due terzi del capitale sociale*”) per “*le modifiche dell'atto costitutivo, introduttive o soppressive di clausole compromissorie*”, e consente ai “*soci assenti o dissenzienti*” di “*esercitare il diritto di recesso entro i successivi novanta giorni*”, e si è osservato che per le società di persone la norma potrebbe configurarsi in eccesso rispetto alla delega della legge 366/2001.

Questa disciplina vale anche per “*le modifiche dell'atto costitutivo, introduttive o soppressive di clausole compromissorie*”, che si vogliono introdurre negli atti costitutivi e/o statuti di società costituite prima del 1.1.2004, e che si rendano necessarie per adeguare le clausole compromissorie preesistenti alle disposizioni del decreto 5/2003? In altre parole: con quali modalità si possono adeguare le vecchie clausole compromissorie alla nuova disciplina, e con quali conseguenze?

La risposta è data dall'art. 41, 2° comma del decreto delegato solo per le società cooperative. L'art. 34, comma 5 (v'è un evidente refuso: in realtà, l'art. 34, comma 6) non si applica “*alle modifiche deliberate per adeguare le clausole compromissorie preesistenti alle disposizioni inderogabili*” del decreto 5/2003 solo se la delibera modificativa sia fatta “*a norma dell'art. 223-duodecies delle disposizioni di attuazione del codice civile*”: che prevede al secondo e terzo comma, per le sole

società cooperative un particolare *quorum* (la maggioranza semplice dei presenti) per le “*deliberazioni necessarie per l’adeguamento dell’atto costitutivo e dello statuto alle nuove disposizioni inderogabili*”, ma solo per le assemblee “*in terza convocazione*”.

Per le s.p.a., per le s.a.p.a. e per le s.r.l. la norma transitoria del decreto 6/2003 non è l’art. 223-*duodecies*, ma l’art. 223-*bis*, il cui secondo comma dispone che “*le deliberazioni necessarie all’adeguamento dell’atto costitutivo e dello statuto alle nuove disposizioni, anche non inderogabili, possono essere assunte dall’assemblea straordinaria a maggioranza semplice, qualunque sia la parte di capitale rappresentata dai soci partecipanti*”. In assenza di una norma transitoria riguardante le società di capitali nel decreto 5/2003, questa, piuttosto che l’art. 34, ultimo comma del decreto 5/2003, pare essere la disciplina applicabile per le modifiche alle clausole compromissorie “*statutarie*” preesistenti al 1.1.2001, nelle società di capitali, senza – in tal caso – il diritto di recesso. La conclusione, peraltro, va assunta con somma prudenza.

*Quid iuris*, infine, per i procedimenti arbitrali basati su clausole compromissorie “*statutarie*” ed avviati prima della data finale entro la quale gli statuti e gli atti costitutivi vanno conformati alle nuove norme inderogabili, se questi procedimenti proseguano dopo tale data? L’art. 41, 1° comma del decreto 5/2003 dispone che “*ai giudizi pendenti alla data di entrata in vigore del presente decreto si applicano le disposizioni anteriormente vigenti*”: questa norma, destinata ad applicarsi ai procedimenti dinanzi al giudice ordinario, dovrebbe presumibilmente valere anche per i procedimenti arbitrali: e ciò in parziale modifica rispetto al principio *tempus regit actum* che vale normalmente per i processi, in base al quale si applica, ad ogni

atto processuale, la norma processuale vigente al momento in cui l'atto sia compiuto.

Torino, li 12 marzo 2003

AVV. MARCO WEIGMANN  
(con la collaborazione dell'avv. Matteo Rossomando,  
sulla base dell'intervento di questi al  
convegno AGAT di Torino previsto per il 14.3.2003)