

Società - Società per azioni - Adeguamento statuto - Clausola compromissoria statutaria - Recesso - Ammissibilità - Limiti

(Codice civile, artt. 2368, 2369, 2437; d. lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, artt. 34 e 41).

(1) *In base all'art. 34, 6° comma, del d. lgs. n. 5 del 2003 da valutarsi congiuntamente all'art. 41, 2° comma, del medesimo decreto, la previsione della maggioranza qualificata e del diritto di recesso solo nel caso disciplinato dalla prima disposizione si giustifica con la notevole rilevanza che assume per i soci la rinuncia alla tutela giurisdizionale ordinaria (¹).*

All'introduzione di una clausola compromissoria può essere equiparato il significativo ampliamento dell'oggetto di una clausola compromissoria già esistente (che equivale ad una introduzione di clausola per le materie nuove) con la conseguenza che il socio assente o dissenziente può esercitare il diritto di recesso contemplato dall'art. 34, 6° comma, del d. lgs. n. 5 del 2003 (²).

(*Omissis*). — Con ricorso depositato il 27 gennaio 2005 X, in qualità di socio della Y con una partecipazione pari al 18,71 %, ha chiesto, « ai sensi dell'art. 2378, 5° comma, c.c. e/o ai sensi dell'art. 34 d. lgs. n. 5 del 2003 », la sospensione della delibera assembleare del 22 dicembre 2004 della Y, con cui è stato deliberato l'acquisto di azioni proprie pari all'intera partecipazione detenuta dal socio X, e ciò in funzione strumentale del giudizio di impugnazione della medesima delibera, già promosso con domanda di arbitrato notificata il 12 gennaio 2005 ed in attesa della nomina del collegio arbitrale (in forza di una clausola compromissoria contenuta nello statuto della Y ed adeguata alla disciplina contenuta negli artt. 34 ss. del d. lgs. n. 5 del 2003).

In via pregiudiziale occorre esaminare la questione dell'ammissibilità dell'intervento cautelare del giudice ordinario nelle controversie aventi ad oggetto l'impugnazione di delibere assembleari devolute in arbitrato.

A tal riguardo va evidenziato che il 5° comma dell'art. 35 del d. lgs. n. 5 del 2003, da una parte, ha previsto l'ammissibilità in via generale di un intervento cautelare del giudice ordinario a norma dell'art. 669-*quinquies* c.p.c. nelle cause devolute in arbitrato e, dall'altra, ha attribuito agli arbitri, nelle cause aventi ad oggetto l'impugnazione di delibere, il potere cautelare tipico di sospensione dell'efficacia della delibera, in deroga al tradizionale divieto risultante dall'art. 818 c.p.c.

Occorre quindi stabilire se questa seconda previsione abbia escluso, nelle cause aventi ad oggetto l'impugnazione di delibere devolute in arbitrato, l'ammissibilità di un intervento cautelare del giudice ordinario, pur riconosciuto in via generale dalla prima previsione.

In questa prospettiva è opportuno ricostruire le modalità di instaurazione del procedimento cautelare di sospensione delle delibere e le modalità di instaurazione del procedimento arbitrale nella nuova disciplina dettata dalla riforma del diritto societario.

Sotto il primo profilo va evidenziato che l'art. 2378 c.c., riformulato dal d. lgs. n. 6 del 2003, ha previsto la possibilità di chiedere la sospensione della delibera solo nell'ambito della causa di merito avente ad oggetto l'impugnazione della medesima delibera, escludendo implicitamente l'ammissibilità di una tutela cautelare *ante causam*.

Questa conclusione si desume dal testo del 3° comma dell'art. 2378 c.c. (rafforzativo della previsione già contenuta nel 4° comma della precedente formulazione del-

l'art. 2378 c.c.) e dalla scelta legislativa di adottare tale testo senza alcun riferimento alla possibilità di anticipazione della tutela prima dell'instaurazione del giudizio di merito, nonostante l'affermazione, nel vigore della precedente disciplina, di un orientamento giurisprudenziale di merito volto a riconoscere l'ammissibilità della tutela cautelare, quanto meno atipica, prima dell'instaurazione del giudizio di impugnazione della delibera.

La *ratio* della scelta legislativa su indicata è ravvisabile nella volontà di collegare in modo più diretto l'intervento cautelare alla controversia di merito cui è strumentale, in modo tale che il primo intervenga solo dopo che l'oggetto della seconda (e quindi i motivi di impugnazione) sia cristallizzato dall'instaurazione del giudizio.

Questa *ratio* non subisce deroghe nel caso in cui la controversia di impugnazione sia devoluta in arbitrato.

Anche in tal caso, infatti, il procedimento di sospensione deve ritenersi disciplinato, con le necessarie variazioni per ciò che concerne l'organo giurisdizionale, dal 3° e 4° comma dell'art. 2378 c.c.

Riguardo, poi, alle modalità di instaurazione del procedimento arbitrale, va confermata la correttezza della scelta del ricorrente di notificare innanzi tutto la domanda di arbitrato, riservando all'esito della definizione dell'oggetto del procedimento arbitrale la proposizione dell'istanza di nomina degli arbitri, posto che: 1) la disciplina del nuovo arbitrato societario dettata dagli artt. 34 ss. del d. lgs. n. 5 del 2003 ha svincolato la nomina degli arbitri (affidata interamente ad un soggetto estraneo alla società) dalla domanda di arbitrato (per la quale ha previsto il deposito presso il registro delle imprese), senza però regolare specificamente le modalità di instaurazione del procedimento arbitrale; 2) in difetto di tale regolamentazione e in difetto di regolamentazione da parte della clausola compromissoria, va affermata la necessità di un'autonoma notificazione della domanda di arbitrato, con la possibilità della notificazione di una replica da parte del destinatario nei 20 giorni successivi, secondo lo schema previsto dall'art. 810 c.p.c. (applicabile nella fattispecie in esame nei limiti di compatibilità); 3) la nomina dell'arbitro da parte del terzo, pur essendo apparentemente sganciata dall'instaurazione del procedimento nei termini su indicati, ne costituisce una conseguenza sotto il profilo logico, in quanto presuppone l'individuazione dell'oggetto dell'arbitrato, che è condizionata proprio dalla domanda e dall'eventuale replica; 4) d'altra parte, la decorrenza dei termini per il deposito del lodo (che consegue proprio alla nomina dell'arbitro) ha senso solo se il procedimento arbitrale sia stato instaurato e ne sia stato individuato l'oggetto.

Orbene, l'affermazione della natura necessariamente endoprocessuale del rimedio della sospensiva comporta che l'istanza di sospensiva può essere proposta solo dopo che il collegio arbitrale si sia formato, ma la ricostruzione nei termini anzi detti della modalità di instaurazione del procedimento arbitrale rende evidente che tra la proposizione della domanda e la formazione del collegio arbitrale può trascorrere un discreto lasso di tempo.

Al fine di evitare il vuoto di tutela che si avrebbe in questo lasso di tempo (tanto più grave, ove si consideri l'orientamento giurisprudenziale che nega l'ammissibilità della sospensione in caso di avvenuta esecuzione della delibera impugnata), deve riconoscersi la competenza del giudice ordinario in relazione all'istanza di sospensione della delibera, almeno fino a che il collegio arbitrale non si sia formato e sia in grado di provvedere.

Questa soluzione risponde all'esigenza di garantire il diritto alla difesa in tutte le fasi del procedimento arbitrale, di qualunque natura esso sia, in conformità al principio generale sancito dalla prima parte del 5° comma dell'art. 35 del d. lgs. n. 5 del 2003.

In altri termini, l'attribuzione agli arbitri del potere di sospendere la delibera (secondo la disciplina dettata dall'ultima parte del 5° comma dell'art. 35) concentra la competenza sull'istanza cautelare in capo ad essi solo a partire dal momento in cui siano venuti ad esistenza. Prima di tale momento, invece, è ammissibile l'intervento cautelare del giudice ordinario, in quanto « non precluso » dalla disciplina contenuta nella prima parte del 5° comma dell'art. 35.

Nella fattispecie in esame la domanda di sospensiva è stata proposta dopo la notificazione della domanda di arbitrato e prima della formazione del collegio arbitrale previsto dallo statuto della Y.

Nel consegue che la domanda cautelare è ammissibile.

Ciò posto, può procedersi all'esame del merito della domanda.

La ricorrente formula sostanzialmente due censure avverso la delibera impugnata: la prima si basa sulla contestazione della legittimità dell'operazione contabile da cui sono scaturite le riserve disponibili che hanno consentito l'ipotesi di acquisto di azioni proprie (operazione, consistente nel conferimento di immobili in società controllate create *ad hoc* al fine di ottenere una rivalutazione di quei beni rispetto al valore iscritto in bilancio e quindi una plusvalenza, tale da creare riserve disponibili, altrimenti non esistenti); la seconda si basa sulla deduzione della finalità illecita perseguita con l'operazione di acquisto di azioni proprie, consistente nella fuoriuscita del socio Z con la restituzione indebita del suo conferimento, in forza di un patto parasociale con i soci di maggioranza della Y.

Tralasciando in questa sede la prima censura, pur meritevole di approfondimento nel giudizio arbitrale non tanto sotto il profilo della correttezza dei criteri di redazione del bilancio quanto piuttosto sotto il profilo del fine concreto perseguito dalla maggioranza attraverso di essa, si può concentrare il giudizio sulla seconda censura.

A tal riguardo va evidenziato che l'operazione di acquisto di azione proprie non solo deve rispondere alle condizioni previste dall'art. 2357 c.c., ma deve anche rispettare un duplice limite di carattere sistematico.

Il primo, di contenuto più specifico, consiste nella necessità di assicurare la parità di trattamento tra i soci ed è previsto dall'art. 132 del d. lgs. n. 58 del 1998, disposizione relativa alle società quotate, ma espressiva di un principio generale valevole per tutte le operazioni di acquisto di azioni proprie da parte di società (v., in questi termini, Trib. Milano, 18 gennaio 1999).

Il secondo, di contenuto più generale, consiste nel divieto di perseguire, quale scopo indiretto dell'operazione negoziale, un risultato vietato dalle disposizioni imperative dettate in materia societaria (limite riconducibile alla previsione generale contenuta nell'art. 1544 c.c.).

Nella fattispecie in esame la delibera impugnata ha approvato l'acquisto di tutte le azioni detenute dal socio Z (circostanza, questa, dedotta dalla ricorrente e non contestata dalla resistente).

Orbene, l'operazione negoziale approvata viola entrambi i limiti su indicati, in quanto esclude in modo indiscriminato la possibilità di vendita delle azioni per tutti i soci ad eccezione di uno, ma soprattutto provoca sostanzialmente la fuoriuscita di un socio dalla società.

In particolare, questo evento assume rilievo non tanto (o non solo) nella prospettiva dell'elusione del divieto di restituzione dei conferimenti, quanto piuttosto nella prospettiva dell'elusione del divieto di consentire il recesso del socio al di fuori delle ipotesi previste dall'art. 2437 c.c.

Ed infatti, l'acquisto da parte della società di tutte le azioni di un socio al loro valore attuale (come quello deliberato dalla Biassi S.p.A.) realizza un risultato sostanzialmente corrispondente a quello previsto dall'art. 2437-ter c.c.

Ma il recesso, considerata la sua potenziale incidenza sul capitale sociale e la sua rilevanza per i terzi (anche sotto il profilo del principio della postergazione delle ragioni dei soci rispetto a quelle dei creditori), può essere esercitato solo nelle ipotesi previste dall'art. 2437 c.c. o dallo statuto.

Nella fattispecie in esame, invece, non sembra riscontrabile (e comunque non è stata dedotta) alcuna di tali ipotesi.

Pertanto, l'operazione approvata con la delibera impugnata, ove fosse posta in essere, finirebbe con il realizzare, quale scopo indiretto del negozio di acquisto delle azioni, un risultato implicitamente vietato dall'art. 2437 c.c.

Ciò determina la nullità della delibera che ha approvato l'operazione negoziale in base al combinato disposto degli artt. 1344 e 2379 c.c.

Va quindi affermata la sussistenza del *fumus boni iuris* necessario per l'accoglimento della domanda cautelare.

Peraltro, la riconduzione del vizio prospettato alla fattispecie della nullità non esclude la sospensibilità della delibera, tenuto conto della sua potenziale incidenza sull'attività degli amministratori e della società, della sua potenziale idoneità a produrre comunque alcuni effetti (come desumibile dal 7° comma dell'art. 2377 c.c. richiamato dall'ultimo comma dell'art. 2379 c.c.) ed infine della sua potenziale idoneità alla stabilizzazione, desumibile dall'introduzione nell'art. 2379 c.c. del termine di prescrizione dell'azione (il che accentua il valore costitutivo della pronuncia di nullità).

Per ciò che concerne, poi, il *periculum in mora*, va rilevato che l'esecuzione *medio tempore* della delibera impugnata avrebbe una significativa incidenza sull'assetto societario in considerazione della disciplina dettata dall'art. 2357-ter c.c.

Inoltre, in caso di attuazione dell'operazione negoziale deliberata, l'eventuale annullamento della delibera in sede arbitrale non consentirebbe il ripristino della situazione attualmente esistente, ma determinerebbe l'applicazione del 4° comma dell'art. 2357 c.c., con conseguenze potenzialmente irreversibili sull'assetto societario soprattutto nell'ipotesi di riduzione del capitale.

D'altra parte, il fatto che la disposizione su indicata disciplini le conseguenze dell'acquisto illegittimo di azioni proprie non esclude l'interesse del ricorrente alla sospensiva e non riduce la potenzialità dannosa della delibera impugnata, posto che lo scopo della sospensiva è proprio quello di impedire che l'operazione negoziale sia posta in essere e possa quindi verificarsi quella situazione disciplinata dal 5° comma dell'art. 2357 c.c. con la previsione di eventi potenzialmente pregiudizievole per la società, come la riduzione del capitale sociale.

Questa prospettiva, peraltro, appare tanto più rilevante, ove si consideri la situazione di crisi della società resistente che ha determinato la ristrutturazione aziendale contestata in questa sede.

Sotto il profilo individuale del socio va inoltre rilevato che l'attuazione della delibera, oltre a determinare nel medio periodo la potenziale ma significativa decapitalizzazione della società, comporterebbe nel breve periodo l'esaurimento delle risorse disponibili.

Entrambe queste conseguenze sono tali da incidere, in termini di frustrazione, sul diritto della ricorrente alla liquidazione della quota a fronte della dichiarazione di recesso notificata alla società il 24 dicembre 2004, a norma del 6° comma dell'art. 34 del d. lgs. n. 5 del 2003.

La resistente ha replicato, contestando la legittimità del recesso, ed evidenziando in particolare che la delibera del 29 settembre 2004 da cui è scaturito il recesso: a) non ha introdotto una clausola compromissoria ma ha semplicemente modificato quella già esistente nello statuto della Biasi S.p.A.; b) è stata revocata con delibera del 18 gennaio 2005.

Tuttavia, sotto il primo profilo può osservarsi che: 1) l'art. 34, 6° comma, va valutato congiuntamente all'art. 41, 2° comma, del medesimo Decreto; 2) la previsione della maggioranza qualificata e del diritto di recesso solo nel caso disciplinato dalla prima disposizione si giustifica con la notevole rilevanza che assume per i soci la rinuncia alla tutela giurisdizionale ordinaria; 3) in questa prospettiva all'introduzione di una clausola compromissoria può essere equiparato il significativo ampliamento dell'oggetto di una clausola compromissoria già esistente (che equivale ad una introduzione di clausola per le materie nuove); 4) nella fattispecie in esame, come dedotto dalla ricorrente e non contestato dalla resistente, la delibera del 29 settembre 2004 non si è limitata ad adeguare la disciplina dell'arbitrato a quella contenuta negli artt. 34 ss. del d. lgs. n. 5 del 2003, ma ha ampliato in modo significativo l'oggetto della clausola compromissoria, ricomprendendovi tutte le controversie promosse contro o da amministratori e sindaci e tutte le controversie « in relazione al rapporto sociale ».

Sotto il secondo profilo, poi, può osservarsi che: 1) il recesso è un negozio unilaterale e recettizio; 2) una volta venuto a conoscenza della società, comporta la costituzione in capo al socio del diritto alla liquidazione della quota; 3) la società non può disporre in alcun modo di questo diritto.

Tenuto conto delle considerazioni su esposte circa gli effetti dell'acquisto di azioni proprie sull'assetto societario e sulla posizione individuale del socio, la valutazione comparativa richiesta dall'art. 2378, 4° comma, c.c. induce a ritenere sussistente anche il *periculum in mora* necessario per l'accoglimento della domanda cautelare proposta.

P.Q.M. — 1) accoglie l'istanza della ricorrente e per l'effetto sospende l'efficacia della delibera assembleare del 22 dicembre 2004 della Biasi S.p.A. (Omissis).

(¹) Adeguamento della clausola compromissoria statutaria e diritto di recesso del socio.

A quanto consta, la sentenza in esame costituisce uno dei primi arresti in tema di recesso del socio da società a seguito di modifica della clausola compromissoria all'interno dei patti sociali dopo l'introduzione delle modifiche apportate in materia dal d. lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 (¹).

(¹) RICCIÒ, *La sorte delle clausole compromissorie societarie dopo l'entrata in vigore dell'art. 34, comma 2, d. lgs. n. 5 del 2003*, in *Conte Impf.*, 2006, 35; CORSINA, *La nullità della clausola compromissoria statutaria e l'esclusività del nuovo arbitro societario*, in questa Rivista, 2005, I, 809; SOLDATI, *Le clausole compromissorie nelle società commerciali*, Milano, Giuffrè, 2005; CRISCI, *Considerazioni sull'arbitrato in materia societaria tra rituità 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; SALVANESCHI, *L'oggetto del nuovo diritto societario*, in *Studi in onore di Giuseppe Tarzia*, Milano, Giuffrè, 2005, III, 2207; GHIRGA, *Gli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie nel quadro della riforma del diritto societario*, ivi, 2006; SANGIOVANNI, *Le clausole compromissorie statutarie nel nuovo diritto societario italiano*, in *Foro pad.*, 2005, II, 1; ROSIN, *L'arbitrato nel diritto societario*, in *L'arbitrato*, a cura di Cecchella, Torino, UTET, 2005, 515; SANTONI, *Le clausole compromissorie nella riforma del diritto societario*, in *Studium Iuris*, 2005, 51; MORELLINI, *Le parti e l'oggetto dell'arbitrato societario*, in *Società*, 2005, 79; PICARONI, *L'arbitrato nella riforma societaria*, in *Società*, 2005, 495; STESURI, *Gli arbitri societari*, Torino, Giappichelli, 2005; CHIARLONI, *Appunti sulle controversie deducibili in arbitrato societario e sulla natura del lodo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, 125; GABRIELLI, *Clausola compromissoria e statutarie sociali*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, 85; ALLOTTI, *Clausola arbitrale statutaria*, in AA.VV., *I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale*, Società, XXII, Torino, UTET, 2004, I, 379; FI-

La problematica risulta particolarmente interessante e con potenzialità dirompenti all'interno delle compagini sociali, sia con riferimento alla passata fase transitoria di adeguamento degli statuti delle società di capitali e delle società cooperative alla luce della riforma del diritto societario, come evidenziato anche nella sentenza in commento, sia con riferimento agli interventi che i soci possono apportare quotidianamente alle clausole compromissorie statutarie di ogni tipo di società, essendo la nuova disciplina del d. lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 applicabile a tutte le fattispecie societarie contemplate dal nostro ordinamento, con la sola esclusione delle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, come espressamente previsto dal 1° comma dell'art. 34 del decreto in parola.

In particolare, con riferimento alla decisione dei giudici del tribunale di Verona, la materia deve essere letta alla luce del combinato disposto degli artt. 223-bis e 223-duodecies delle disposizioni di attuazione al codice civile, introdotti con il d. lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, con gli artt. 34 e 41 del d. lgs. n. 5 del 2003, vale a dire con riferimento alla possibilità del socio di recedere dalla società nel periodo transitorio a seguito di modificazione della clausola compromissoria statutaria.

Prima di potere affrontare nello specifico la sentenza in commento, occorre preliminarmente soffermarsi ad esaminare il tema attinente alle maggioranze necessarie per procedere alle modificazioni della clausola compromissoria statutaria.

Come è noto, la nuova disciplina del processo societario ha previsto, all'ultimo comma dell'art. 34, che le modifiche dell'atto costitutivo volte all'introduzione o alla soppressione di una clausola compromissoria debbano essere approvate con una maggioranza che rappresenti almeno i due terzi del capitale sociale, fatta salva la possibilità per i soci assenti o dissenzienti di esercitare il diritto di recesso nel termine di novanta giorni (3).

DOSE, *Arbitrato in materia di società e di consorzi*, in AA.VV., *I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale, Arbitrato e sistemi alternativi di risoluzione delle controversie*, XXIII, Torino, UTET, 2004, 69; ANGIOSI, *L'arbitrato societario*, in *La nuova s.r.l. Prime letture e proposte interpretative*, a cura di Farina, Ibbia, Racugno, Serra, Milano, Giuffrè, 2004, 473; SALI, *Arbitrato e riforma societaria: la nuova clausola arbitrale*, in *N. giur. civ. comm.*, 2004, 114; ZOPPINI, *I diritti « disponibili » relativi al rapporto sociale*, in *Riv. soc.*, 2004, 1173; DE NOVA, *Controversie societarie: arbitrato societario o arbitrato di diritto comune?*, in *Contr.*, 2004, 847; DANOVA, *L'arbitrato nella riforma del diritto processuale societario*, in *Dir. giur.*, 2004, 561; ANIETTA-DE SANTIS, *Diritto processuale societario*, Padova, CEDAM, 2003, 593; ZUCCOCCI GALLI FONSECA, *Commento sub art. 34*, in *Arbitrato societario*, a cura di Carpi, Bologna, Zanichelli, 2004, 1; SOLDATI, *La nuova clausola compromissoria statutaria*, in *Dir. prat. soc.*, 2004, n. 16, 26; RUBINO SAMMARITANO, *Diritto speciale dell'arbitrato societario*, in *Foro pad.*, 2003, II, 1; LUISSO, *Appunti sull'arbitrato societario*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, 705; CARPI, *Profili dell'arbitrato in materia di società*, in *Riv. arb.*, 2003, 411; RICCI, *Il nuovo arbitrato societario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, 523; RUFFINI, *La riforma dell'arbitrato societario*, in *Corr. giur.*, 2003, 1524; LOMBARDELLI, *L'arbitrato societario alla luce della recente riforma*, in *Studiium iuris*, 2003, 825; ZUCCOCCI GALLI FONSECA, *La convenzione arbitrale nelle società dopo la riforma*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, 929; SOLDATI, *Osservazioni a margine degli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie nella riforma del processo societario*, in *Società*, 2003, 791; CORSI, *L'arbitrato nella riforma del diritto societario*, in *Giur. it.*, 2003, 1285. Con riferimento alla possibile coesistenza di clausole arbitrali societarie e clausole arbitrali di diritto comune si veda: NELA, *Oggetto ed effetti di clausole compromissorie, statutarie, in Il nuovo processo societario*, diretto da Chiarloni, Bologna, Zanichelli, 2004, 935; AUULETTA, *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, 561; SALARA, *Alcune questioni di interpretazione del nuovo arbitrato societario*, in *Società*, 2004, 1457; RECCHIONI, *L'arbitrato in materia societaria fra clausola compromissoria preesistente e ius superveniens*, in *Riv. arb.*, 2004, 711.

(3) GALLETTO, *L'arbitrato nel diritto societario: cosa cambia con la riforma*, in *Foro pad.*, 2003, II, 56.

Nell'ambito del periodo transitorio, peraltro oggi ampiamente superato (4), il legislatore, al fine di facilitare l'adeguamento delle norme pattizie alle norme inderogabili di legge introdotte dalla riforma, aveva previsto per l'assemblea straordinaria durante il periodo transitorio, maggioranze inferiori a quelle ordinariamente previste pari, nelle società di capitali, alla « maggioranza semplice, qualunque sia la parte di capitale rappresentata dai soci partecipanti » (art. 223-bis disp. att. c.c.) e, nelle società cooperative, in terza convocazione, dalla « maggioranza semplice dei presenti » (art. 223-duodecies disp. att. c.c.).

Dal punto di vista pratico, la clausola compromissoria può essere introdotta, non solamente all'atto della costituzione della società, ma anche in un qualsiasi momento successivo, mediante un'apposita modificazione dello statuto sociale o dell'atto costitutivo, con la conseguenza che possono emergere alcune difficoltà legate, in particolare, al modo in cui le modifiche statutarie devono essere approvate in sede di assemblea e ciò anche alla luce della disposizioni contenute agli artt. 34, 6° comma, e 41, 2° comma, del d. lgs. n. 5 del 2003.

Fino all'entrata in vigore del decreto in parola, per la società in cui veniva, in mancanza di contraria disposizione pattizia ex art. 2252 c.c., la regola dell'unanimità per le modifiche del contratto sociale, non sembravano intravedersi particolari difficoltà visto che la clausola doveva essere approvata specificatamente da ciascun socio, anche per iscritto, pur se solo ai fini dell'iscrizione nel registro delle imprese. Per contro, quando nelle società di persone fosse stata prevista la regola della maggioranza, oppure nel caso delle società di capitali o cooperative dove tale regola era espressamente prevista dalla legge agli artt. 2368, 2369, 2480 e 2538 c.c., la modifica dello statuto non richiedeva l'espressa approvazione da parte del singolo socio (5), ma ciò non influiva, comunque, sulla forma scritta, requisito che poteva dirsi sicuramente rispettato anche dalla presenza del notaio verbalizzante.

Pur sembrando la previsione dell'ultimo comma dell'art. 34 del decreto apparentemente chiara, tuttavia, il legislatore non ha fornito alcuna indicazione, creando un qualche imbarazzo interpretativo, con riferimento alle semplici modifiche che i soci potrebbero decidere di apportare alla clausola medesima per adeguarla alle reali esigenze della società (6). L'ambito di operatività di tali modifiche può essere anche molto ampio, basti pensare ad interventi parzialmente soppressivi o ampliativi di alcuni disposti della clausola, come potrebbe accadere, a titolo esemplificativo, in caso di limitazione, ovvero aggiunta di materie che i soci vogliono devolvere alla cognizione degli arbitri, oppure, ancora, in ipotesi di modificazioni *tout court*, quali quelle inerenti al cambio di tipo di arbitrato, ud al numero degli arbitri.

La migliore interpretazione della norma non può che portare, in via analogica, a ritenere che la disposizione in esame sia applicabile anche alle semplici modificazioni della clausola compromissoria, sia con riferimento alle materie arbitrabili, che al tipo di arbitrato da utilizzare (7).

(4) DALMOTTO, *La riforma del diritto societario e la disciplina transitoria delle norme processuali*, in *Giur. it.*, 2004, 1989; MORERA, *Gli adeguamenti dell'atto costitutivo e dello statuto alle nuove disposizioni in materia di s.p.a.* (art. 223-bis disp. att. c.c.), in *Banca, borsa tit. cred.*, 2003, 708; ABRIANI, *Gli adeguamenti obbligatori degli statuti delle società di capitali alla riforma del diritto societario*, in *Società*, 2003, 1502.

(5) App. Bologna, 22 febbraio 1997, in *Società*, 1997, 1156, con nota di STESURI, *Sul regime di modificabilità delle clausole arbitrali societarie*.

(6) Ad esempio, la semplice modifica delle modalità di nomina degli arbitri.

(7) TASSINARI, *Scioglimento e liquidazione*, in CACCIAVALE-MAGLIUOLO-MALTONI-TASSINARI, *La riforma della società a responsabilità limitata*, Rist. aggiornata, Milano, IPSOA,

La codificazione di queste modalità operative consente, quindi, sicuramente di dissipare buona parte dei dubbi sollevati in giurisprudenza sulla necessità del consenso di tutti i soci per l'introduzione o modificazione dell'accordo arbitrale nei patti sociali (7).

Tuttavia, diversamente argomentando, non appare per nulla priva di pregio la tesi (8) in base alla quale il nuovo *quorum* dei due terzi troverebbe applicazione solamente con riferimento alla introduzione e soppressione delle clausole compromissorie statutarie, applicandosi, per contro, alle semplici modifiche gli ordinari *quorum* dell'assemblea straordinaria, e ciò alla luce della considerazione che tali modifiche sarebbero a tutti gli effetti equiparabili ad una ordinaria modifica di una qualsivoglia clausola statutaria. In base a tale orientamento, ne consegue che, in ipotesi di semplice modifica della clausola compromissoria, non spetterebbe al socio assente o dissidente il diritto di recesso.

In ogni caso, la norma viene ad avvicinare o equiparare la clausola compromissoria ad una qualsiasi altra clausola statutaria la cui soppressione o introduzione non richiede più l'unanimità dei consensi, bensì una particolare maggioranza in sede di assemblea straordinaria, forse sottovalutando la circostanza che la clausola compromissoria costituisce un negozio giuridico autonomo rispetto allo statuto a cui accede, il quale necessiterebbe, pertanto, di specifica approvazione da parte del socio. Per contro, il diritto di recesso accordato al socio assente o dissidente, viene ad introdurre una nuova fattispecie di recesso, tradizionalmente legato alla modifica di essenziali aspetti strutturali ed organizzativi della società.

Ciononostante, la previsione dell'art. 54 si pone in sintonia con la volontà del legislatore delegante di ampliare l'autonomia statutaria con riferimento alla disciplina del recesso (9), basti pensare, anche alla facoltà di recedere in caso di proroga della durata della società.

2004, 530, il quale ritiene che la norma trovi applicazione anche con riferimento alle ipotesi di modificazione essenziale, sostanzialmente ampliativa o diminutiva dell'ambito delle controversie compromettibili oppure idonea a modificare le regole fondamentali dell'organo arbitrale (c. sostituendo all'arbitrato rituale un arbitrato libero o viceversa) ».

(7) L'introduzione nello statuto societario di una clausola compromissoria deliberata dalla maggioranza dei soci, ancorché qualificata, con effetto vincolante anche per i soci assenti o dissidenti era sostenuta prima della riforma da: BIANCHI, *L'arbitrato nelle controversie societarie*, Padova, CEDAM, 2001, 9; CARRAS-SILVETRI, *Arbitrato in materia di società*, in AA.VV., *Dizionario dell'arbitrato*, con prefazione di Irti, Torino, Giappichelli, 1997, 58-59; e in giurisprudenza da Trib. Milano, 5 aprile 1971, in *Mon. trib.*, 1971, 413; contra: ANDRIOLI, *La clausola compromissoria nello statuto di società commerciale*, in *Riv. dir. comm.*, 1942, 36; CECHELLA, *L'arbitrato*, Torino, UTET, 1991, 297; SILINGARDI, *Il compromesso in arbitri nelle società di capitali: analisi di un'esperienza statutaria*, Milano, Giuffrè, 1979, 105; e in giurisprudenza: Trib. Roma, 20 maggio 1952, in *Foro it.*, 1953, I, 309.

(8) CONDO, *Clausole compromissorie statutarie*, in AA.VV., *Il nuovo ordinamento delle società*, Milano, Ipsos, 2003, 525, e la tesi, peraltro, sostenuta dalla Scuola del notariato della Lombardia; AA.VV., *Le massime del consiglio notarile di Milano*, Milano, Ipsos, 2005.

(9) Art. 3, 2° comma, lett. f), l. 3 ottobre 2001, n. 366, in G.U. 8 ottobre 2001, n. 234, recante: « Delega al Governo per la riforma del diritto societario » dove, con riferimento alle società a responsabilità limitata, si legge che « la riforma è ispirata ai seguenti principi e criteri direttivi — tra cui — ampliare l'autonomia statutaria con riferimento alla disciplina del contenuto e del trasferimento della partecipazione sociale, nonché del recesso, salvaguardando in ogni caso il principio di tutela dell'integrità del capitale sociale e gli interessi dei creditori sociali »; art. 4, 9° comma, lett. d) dove, con riferimento alle società per azioni, si legge che la riforma è diretta a « rivedere la disciplina del recesso, prevedendo che lo statuto possa introdurre ulteriori fattispecie di recesso a tutela del socio dissidente ». V.

Qualche dubbio di costituzionalità è stato sollevato in dottrina (10) relativamente all'introduzione o soppressione a maggioranza di una clausola compromissoria. Mentre la prima ipotesi può ritenersi, nella pratica, alquanto marginale, essendo assai limitato il numero degli statuti che non contengono *ab origine* una clausola compromissoria, dall'altra parte, l'ipotesi di soppressione della clausola può, senza dubbio, abbracciare una casistica potenzialmente più ampia (11). Infatti, l'introduzione a maggioranza della clausola compromissoria potrebbe essere ritenuta in contrasto con l'art. 2 della Costituzione, alla luce del quale il diritto ad agire ed il diritto al giudice naturale precostituito (art. 24 e 25 Cost.) sono riconosciuti e garantiti ai singoli ed alle formazioni sociali (12).

Il problema deve essere esaminato anche da un diverso punto di vista. Infatti, è evidente che se il legislatore ha voluto determinare un *quorum* deliberativo all'interno di una norma processuale con specifico riferimento alle modifiche relative ad una clausola oggi presente nella quasi totalità dei patti sociali, tale *quorum* non può che avere, quindi, un'incidenza su quelli ordinariamente stabiliti nei diversi tipi di società dal codice civile.

Conseguentemente, deve valutarsi se il d. lgs. n. 5 del 2003 possa essere considerato norma speciale rispetto alle regole del codice civile. Se questa interpretazione fosse corretta, come pare esserlo per specialità delle fonti (13), allora la maggioranza di almeno i due terzi richiesta dal 6° comma dell'art. 54 del decreto medesimo verrebbe a derogare alla disciplina generale dettata dall'art. 2252 c.c. per le società di persone (14), che richiede l'unanimità dei consensi per la modifica dell'atto costitutivo, ove non diversamente pattuito all'interno dell'atto costitutivo (15).

Per contro, sostenendo che la regola dei patti sociali relativamente al *quorum* deli-

anche con riferimento al recesso, § 9 della relazione di accompagnamento al d. lgs. 17 gennaio 2003, n. 6.

(10) RUFFINI, (nt. I), 1529.

(11) Non si ritiene necessario procedere alla soppressione delle clausole compromissorie nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio ex art. 2325-bis c.c. alla luce della disposizione dell'art. 34, 1° comma, poiché queste, non potendo essere applicabili, risultano solamente inefficaci.

(12) Potrebbe sembrare ingiusto costringere un socio che è parte di una compagine sociale il cui statuto non contiene una clausola compromissoria a sottoporsi al giudizio di arbitri, poiché così vuole la maggioranza, ove questo non voglia recedere dalla società.

(13) Utilizzando il mero criterio cronologico ci si troverebbe innanzi alla aberrante conseguenza che le norme del d. lgs. n. 5 del 2003 andrebbero a derogare le norme del codice civile solamente con riferimento alle società di persone, poiché con riferimento alle società di capitali, queste sono state modificate con una legge posteriore, vale a dire con il d. lgs. n. 6 del 2003.

(14) Dello stesso avviso: ZUCCONI GALLI FONSBICA, *La convenzione arbitrale*, (nt. I), 953, la quale afferma che: « Maggiori difficoltà sorgono con riguardo alle società di persone, perché la modifica dello statuto richiede, salvo patto contrario, l'unanimità ed occorre perciò chiedersi se la norma, che si applica a tutte le società "commerciali", sia in tal senso derogatoria: sembrerebbe di sì, in mancanza di una esplicita distinzione ».

(15) Lo stesso principio è stato più volte ribadito anche in giurisprudenza con riferimento a tutti i tipi di società di persone. v.: Trib. Milano, 31 maggio 2001, in *Società*, 2002, 372; Trib. Genova, 15 marzo 2001, in *Vita not.*, 2002, 143; Trib. Cagliari, 15 aprile 2001, in *Riv. giur. sarda*, 2002, 51; Cass., 12 giugno 1996, n. 5416, in *Giust. civ.*, 1997, I, 157; Cass., 23 luglio 1994, n. 6871, in *Giust. civ. mass.*, 1994, 994; Cass., 10 maggio 1984, n. 2860, in *Dir. fall.*, 1984, I, 728; Pret. Cuneo, 7 marzo 1983, in questa *Rivista*, 1983, II, 925, con nota di CORTINO-GHIOZZA, *Sulla modificazione a maggioranza del contratto di società in accomandita semplice e sulla nomina di un secondo accomandatario contro la volontà del primo*.

berativo prevale sempre su quella determinata dall'ultimo comma dell'art. 54, significherebbe porre nel nulla la nuova regola processuale, salvo non volerla interpretare come limite minimo di consensi richiesti. Ne conseguirebbe che, ove nella società di persone fosse seguita la regola codicistica, sarebbe sempre necessaria l'unanimità dei consensi, mentre, al contrario, se, a titolo esemplificativo, fosse pattiziamente prevista la maggioranza semplice, per la modifica della clausola compromissoria sarebbe sempre necessaria la volontà di tanti soci che rappresentino almeno i due terzi del capitale sociale⁽¹⁷⁾. Tuttavia, questa interpretazione si troverebbe in contrasto, e, al contempo, verrebbe a spogliare di significato l'ultima parte del 6° comma dell'art. 54 dove si legge che il socio assente o dissidente ha il diritto di recedere dalla società.

Altresì, dopo la riforma del diritto societario, la previsione dell'art. 2252 c.c. dovrebbe essere letta nel senso che anche la legge può prevedere *quorum* diversi dall'unanimità dei consensi⁽¹⁸⁾; ciò accade, in particolare, all'art. 2500-ter c.c., relativamente alla trasformazione di una società di persone in società di capitali⁽¹⁹⁾, nonché all'art. 2502 c.c., in materia di decisione in ordine alla fusione⁽²⁰⁾, dove si prevede che la decisione possa essere assunta con il voto favorevole della maggioranza dei soci, secondo la parte attribuita a ciascuno negli utili.

In entrambe le fattispecie, la deroga al regime dell'art. 2252 c.c. proviene da norma di rango equivalente, in quanto contenuta sempre all'interno del codice civile. Alla luce di questa tesi, non pare possibile esservi ostacoli nell'affermare che anche una *lex specialis* di natura processuale, quale il d. lgs. n. 5 del 2003, sia in grado di derogare la disciplina legale dell'art. 2252 c.c.⁽²¹⁾, una volta che il dogma dell'unanimità dei consensi per la modifica dell'atto costitutivo, derogabile unicamente per volontà pattizia di tutti i soci che preveda un diverso *quorum*, risulti oggi essere stato superato anche dalla espressa volontà dello stesso legislatore proprio all'interno del codice civile⁽²²⁾.

Ad ulteriore conferma di questo orientamento appare anche la *ratio* della disposizione in parola che è chiaramente quella di tutelare la minoranza nei confronti della

(17) Nelle società di capitali, che dopo la riforma si trovano ad avere *quorum* deliberativi inferiori rispetto a quelli prevalenti, la norma processuale avrebbe sempre la prevalenza su quella dei patti sociali essendo di gran lunga superiore, fatta salva l'ipotesi in cui lo statuto ai sensi degli artt. 2369, 4° comma, e 2479-bis, 3° comma, c.c. non prevedesse maggioranze più elevate per le modifiche dei patti sociali.

(18) AULETTA-SALANTRO, *Elementi di diritto commerciale*, Milano, Giuffrè, 2003, 75, dove si afferma che « il contratto sociale può essere modificato soltanto con il consenso di tutti i soci, a meno che nella legge o nello stesso contratto non sia stabilito diversamente ».

(19) MARASA, *Spunti sulla nuova disciplina di trasformazioni e fusioni*, in questa Rivista, 2004, I, 784; CAGNASSO, *Commento sub art. 2500-ter - 2500-quinquies*, in *Il nuovo diritto societario. Commento al d. lgs. 17 gennaio 2003*, diretto da Cottino, Bonfante, Cagnasso, Montalenti, Bologna, Zanichelli, 2004, III, 2258; SPINA, *Commento sub art. 2500-ter*, in *La riforma delle società*, a cura di Sandulli-Santoro, Torino, Giappichelli, 2003, 370; GALGANO, *Il nuovo diritto societario, in Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da Galgano, Padova, CEDAM, 2003, 518.

(20) CAGNASSO, (nt. 18), 2258.

(21) ASSOCIAZIONE PRETE, *Il diritto delle società*, a cura di Olivieri, Presti, Vella, Bologna, Il Mulino, 2004, 366.

(22) Interessante è anche il dibattito dottrinale con riferimento al principio di unanimità e principio di maggioranza nelle deliberazioni dei soci nelle società di persone. Infatti, l'art. 2252 c.c. regola solamente le modificazioni dell'atto costitutivo, mentre il codice tace sui *quorum* necessari per l'assunzione delle altre deliberazioni aventi oggetto diverso dalla modificazione dell'atto costitutivo. Per tutti v.: GALGANO, voce « Società semplice », in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, Torino, UTET, 1997, XIV, 438.

maggioranza, affinché la prima non sia costretta a subire una, più o meno, radicale modifica del regime processuale da e nei confronti della società e degli altri soci⁽²³⁾. Ad ogni buon conto, al sacrificio del principio dell'unanimità dei consensi, è stato previsto il rimedio per il socio assente o dissidente di recedere dalla società. In virtù della eccezionalità del norma ed in conformità di ogni altra disposizione introduttiva di un'ipotesi legale di recesso dalla società, pare debba essere negato tale diritto al socio che, pur presente all'assemblea si sia astenuto⁽²⁴⁾.

Alla luce di quanto sopra, ne consegue che, nelle società di persone, le modifiche dell'atto costitutivo introduttive o soppressive di clausole compromissorie dovranno essere adottate sempre da almeno i due terzi dei soci, vale a dire, con un *quorum* anche inferiore rispetto a quello ordinariamente previsto dal codice civile, ovvero superiore rispetto a quello pattiziamente convenuto all'interno dell'atto costitutivo per la modifica dei patti sociali⁽²⁵⁾.

Lo stesso ragionamento vale nelle società di capitali, dove il *quorum* necessario potrà risultare pure superiore a quello ordinariamente richiesto per le modificazioni dell'atto costitutivo. In particolare, con riferimento alle società a responsabilità limitata, salvo diversa disposizione dei patti sociali, l'assemblea, sulla base del combinato disposto degli artt. 2479-bis, 3° comma, e 2479, 2° comma, n. 4, c.c., delibera con il voto favorevole dei soci che rappresentano almeno la metà del capitale sociale. Invece, nelle società per azioni, in base all'art. 2368 c.c., le modifiche dei patti sociali vengono deliberate, dall'assemblea straordinaria in prima convocazione, con il voto favorevole di tanti soci che rappresentano più della metà del capitale sociale, salvo che lo statuto non richieda una maggioranza più elevata. In seconda convocazione, l'assemblea straordinaria, che è regolarmente costituita con la partecipazione di oltre un terzo del capitale sociale, delibera con il voto favorevole di almeno i due terzi del capitale sociale rappresentato in assemblea; lo statuto può richiedere, comunque, maggioranze più elevate.

Nelle società di capitali, alla luce delle disposizioni introdotte dalla riforma, potrebbe essere, quindi, ipotizzabile una apposita previsione pattizia in base alla quale i soci determinano il necessario *quorum* deliberativo per le modifiche attinenti all'atto costitutivo che riguardano la clausola compromissoria, *quorum* che, nelle sole società a responsabilità limitata, potrebbe essere determinato da un minimo di almeno i due terzi ad un massimo dell'unanimità dei consensi⁽²⁶⁾.

La norma contemplata dall'art. 41, 2° comma, del decreto ha trovato applicazione nella fase di adeguamento degli statuti delle società di capitali e delle cooperative, fase nella quale le maggioranze sono state inferiori a quelle ordinariamente previste, e, più in particolare, pari alla « maggioranza semplice, qualunque sia la parte di capitale rappresentata dai soci partecipanti » per le società di capitali (art. 223-bis disp. att. c.c.)

(23) LUISO, *Appunti sull'arbitrato societario*, (nt. 1), 707.

(24) TASSINARI, (nt. 6), 526.

(25) SANGIOVANNI, (nt. 1), 27; contra: CORSINI, (nt. 1), 1291-1292, il quale ritiene non applicabile alle società di persone tale previsione.

(26) Nelle s.r.l. alla luce della previsione dell'ultimo comma dell'art. 2479 c.c. si ritiene ammissibile anche la previsione dell'unanimità dei consensi, tale orientamento era stato affermato anche prima della riforma. Al riguardo v. NICOLINI, *S.r.l. e deroghe al principio maggioritario*, nota a Trib. Bologna, 28 settembre 1995, in *Notariato*, 1996, 359, a cui si rinvia per i richiami di dottrina e di giurisprudenza. Nelle s.p.a., per contro, tale unanimità non è ammessa. Nella s.p.a., per contro, tale unanimità non è ammessa alla luce del dato testuale dell'art. 2368 c.c. il quale afferma che « lo statuto può richiedere maggioranze più elevate, tranne per l'approvazione del bilancio e per la nomina e la revoca delle cariche sociali » e da cui si desume, quindi, che una maggioranza più elevata, essendo maggioranza, non potrà mai coincidere con l'unanimità.

ed alla « maggioranza semplice dei presenti » per le società cooperative (art. 225-*duodécies* disp. att. c.c.)⁽²⁰⁾. Per contro, la norma transitoria non ha potuto trovare applicazione con riferimento alle modifiche degli statuti delle società di persone aventi ad oggetto l'adeguamento delle clausole compromissorie statutarie, poiché escluse dall'ambito di applicazione delle disposizioni del d. lgs. n. 6 del 2003⁽²¹⁾.

Sempre con riferimento al periodo transitorio, l'art. 41 del d. lgs. n. 5 del 2003⁽²²⁾ disponeva che il socio non potesse esercitare il diritto di recesso in quelle società il cui lo statuto fosse stato modificato in attuazione degli art. 225-*bis*⁽²³⁾ e 225-*duodécies* delle disp. att. c.c.. In questo modo, il legislatore ha voluto evidentemente evitare una facile via di uscita del socio in mancanza di una reale giusta causa di recesso, prevista dalla legge o dal contratto sociale⁽²⁴⁾. Si è, quindi, verificato, nella pratica, che in molte società, ad eccezione di quelle unipersonali, si sia provveduto alla modifica delle clausole compromissorie contenute nei patti sociali nel periodo transitorio previsto dalle norme di attuazione al codice civile, al fine di evitare ad uno o più soci, di recedere dalla società, in assenza di qualsivoglia altro motivo giustificativo.

Per quanto attiene alla sentenza in esame, il Tribunale di Verona ha ritenuto valido il recesso comunicato dal socio in considerazione del fatto che l'assemblea dei soci aveva provveduto a modificare la clausola compromissoria statutaria.

Pertanto, nel caso di specie, il Tribunale non è entrato nel merito dei *quorum* necessari per procedere alla delibera, ma ha, più semplicemente ritenuto che la clausola portasse in *re ipsa* come conseguenza la possibilità per il socio di recedere dal contratto di società. In altri termini, il giudicante non si è posto il problema di verificare se, in base all'art. 34, 6° comma, del decreto, la deliberazione dell'assemblea portasse a modificazioni introduttive o soppressive della clausola e, quindi, rientrasse nell'ambito di applicazione dell'articolo in parola.

Dall'esame della motivazione appare, pertanto, evidente che il Tribunale abbia abbracciato la tesi estensiva, sopra evidenziata, in base alla quale qualsivoglia semplice modifica della clausola compromissoria statutaria consente al socio di recedere dalla società.

⁽²⁰⁾ DE SANTIS, *Commento sub art. 41, in 1 procedimenti in materia commerciale*, a cura di Costantino, Padova, CEDAM, 2005, 872.

⁽²¹⁾ GABRIELLI, (nt. 1), 95.

⁽²²⁾ Come modificato dall'Avviso di rettifica relativo al d. lgs. n. 5 del 17 gennaio 2003, pubblicato in G.U. 9 settembre 2003, n. 209. Nella precedente versione dell'art. 41 il riferimento era al 5° comma anziché al 6°, con la conseguenza che la lettura della norma avrebbe portato ad una interpretazione in base alla quale alle modifiche deliberate per l'adeguamento degli statuti non avrebbero trovato applicazione la previsione in base alla quale non potevano essere oggetto di clausola compromissoria le controversie nelle quali la legge preveda l'intervento obbligatorio del pubblico ministero. Tale lettura sarebbe stata in aperto contrasto con l'orientamento costante della giurisprudenza.

⁽²³⁾ Il riferimento all'art. 225-*bis* disp. att. c.c. è stato introdotto sempre con avviso di rettifica pubblicato in G.U. 9 settembre 2003, n. 209, che ha permesso di superare la zoppia dell'art. 41 del decreto che disciplinava la fase transitoria solo con riferimento alle società cooperative, tacendo, invece, in merito alle società di capitali.

⁽²⁴⁾ Nella relazione di accompagnamento al d. lgs. n. 5 del 2003, consultabile, *inter alia*, in AMADI-SOLDATI, *Il processo societario*, Milano, Ipsoa, II ed., 2004, 256, si legge al riguardo che: « infine, poiché la disciplina di attuazione del decreto recante disposizioni di diritto sostanziale delle società commerciali fa riferimento — ai fini della necessità di adeguamento — alla disciplina inderogabile contenuta anche nel coevo testo di diritto processuale, si è creduto di dover espressamente esentare dalle conseguenze destinate a prodursi a regime (in particolare, la recedibilità del socio dissenziente) l'adeguamento della eventuale clausola già presente nello statuto al nuovo profilo dell'arbitrato societario ».

Tuttavia, nel caso di specie, il Tribunale è arrivato a tale conclusione sulla base di un approccio assolutamente formalistico e lontano dalla reale volontà del legislatore delegato. Infatti, mentre, da una parte, è innegabile che il testo della clausola compromissoria statutaria sia stato oggetto di modificazione, dall'altra, tuttavia, è altrettanto innegabile che con la modifica effettuata non sia per nulla mutato nella sostanza l'ambito di applicazione della clausola medesima.

In vero, è notorio come, anche prima della riforma, le controversie aventi ad oggetto la responsabilità degli amministratori fossero state ritenute da dottrina⁽²⁵⁾ e giurisprudenza⁽²⁶⁾ ampiamente arbitrabili. Anzi, al contrario, un mancato intervento modificativo dell'assemblea sulla clausola compromissoria statutaria avrebbe avuto sulla stessa l'esatto effetto opposto, vale a dire, avrebbe comportato una limitazione del suo ambito di applicazione in virtù della previsione contenuta all'art. 34, 3° comma, del decreto, che prevede l'arbitrabilità delle controversie promosse da e contro gli organi sociali⁽²⁷⁾ solamente laddove espressamente previste all'interno della clausola⁽²⁸⁾.

Del pari, l'indicazione di tutte le controversie « inerenti al rapporto sociale » non costituisce certo un ampliamento dell'ambito della clausola compromissoria, fatta eccezione per l'ipotesi, in cui, nel caso di specie, nella originaria clausola non fossero specificamente ed espressamente rimesse alla cognizione degli arbitri solamente taluni tipi di controversie nascenti dal rapporto sociale.

Da ultimo, pare che il Tribunale non abbia adeguatamente ponderato la data della delibera della società che ha provveduto alle modifiche. Infatti, trattandosi, nel caso di

⁽²⁵⁾ SOLDATI, *Le clausole compromissorie*, (nt. 1), 141 ss.; CABRAS, *La responsabilità per l'amministrazione delle società di capitali*, Torino, UTET, 2002, 177; BIANCHI, (nt. 7), 99-100; TETI, *L'arbitrato nelle società*, in *Riv. arb.*, 1995, 507; BERNINI, *L'arbitrato. Diritto interno e convenzioni internazionali*, Bologna, Clueb, 1993, 269; FERRI, *Le Società, in Trattato di diritto civile italiano*, a cura di Vassalli, Torino, UTET, 1987, 717; FRE, *Società per azioni*, in *Commentario al codice civile*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, Zanichelli, 1982, 520; G. SILINGARDI, (nt. 7), 78.

⁽²⁶⁾ Trib. Catania, 20 aprile 1999, in questa *Rivista*, 2000, II, 507; Cass., 2 settembre 1998, n. 8699, in *Giust. civ. mass.*, 1998, 1833; Cass., 30 marzo 1998, n. 3522, in *Giust. civ. mass.*, 1998, 692; App. Milano, 14 gennaio 1992, in *Società*, 1992, 655; Trib. Milano, 2 dicembre 1982, in *Società*, 1983, 631; Trib. Torino, 15 giugno 1966, in *Riv. dir. comm.*, 1967, II, 469; Cass., 11 agosto 1972, n. 2681, in *Giust. civ.*, 1972, I, 1933, con nota di FERRI, *Arbitrato libero e responsabilità degli amministratori nei confronti della società*; App. Milano, 19 dicembre 1958, in *Giust. civ.*, 1959, I, 937.

⁽²⁷⁾ Il legislatore contempla espressamente soltanto le figure di amministratori, sindaci e liquidatori, trascurando, così, di prevedere l'applicazione dell'istituto arbitrale ai componenti dei consigli di gestione e di sorveglianza contemplati dall'art. 2409-*octies*, c.c., nonché al revisore di società a responsabilità limitata ex art. 2477 c.c.. Tuttavia, è possibile effettuare un'applicazione estensiva della norma anche a tali figure, poiché sono chiamate a svolgere funzioni, su di un certo piano, equivalenti a quelle dei soggetti esplicitamente indicati nella norma. Inoltre, l'art. 225-*septies* disp. att. c.c. prevede espressamente che « le norme del codice civile che fanno riferimento agli amministratori e ai sindaci trovano applicazione, in quanto compatibili, anche ai componenti del consiglio di gestione e del consiglio di sorveglianza, per le società che abbiano adottato il sistema dualistico, e ai componenti del consiglio di amministrazione e ai componenti del comitato interno per il controllo sulla gestione, per le società che abbiano adottato il sistema monista. Ogni riferimento al collegio sindacale o ai sindaci presente nelle leggi speciali è da intendersi effettuato anche al consiglio di sorveglianza e al comitato per il controllo sulla gestione o ai loro componenti, ove compatibile con le specificità di tali organi ».

⁽²⁸⁾ SOLDATI, *Le clausole compromissorie*, (nt. 1), 145; LUBIO, (nt. 1), 714; ALLETTA, *Commento sub art. 34, in La riforma delle società. Il processo*, a cura di Salsani, Torino, Giappichelli, 2003, 348, il quale evidenzia che nei confronti di amministratori, sindaci e liquidatori sarebbe applicabile anche l'istituto dell'intervento coatto; NELA, (nt. 1), 959.

specie, di una delibera assunta prima dello spirare del termine transitorio previsto dall'art. 223-bis disp. att. c.c., in base alla previsione di cui all'art. 41, 2° comma, del decreto, in ogni caso, sarebbe stato precluso al socio di recedere dalla società.

Tuttavia, è opportuno sottolineare che tale previsione transitoria ha trovato applicazione per le delibere delle società di capitali assunte fino al 30 settembre 2004 e per le società cooperative per quelle assunte fino al 31 marzo 2005; ciò sta a significare che, ove la delibera di adeguamento dello statuto sia stata assunta in una data successiva a quelle sopra indicate, troverà piena applicazione il disposto dell'ultimo comma dell'art. 34 che consente al socio assente o dissidente di recedere dalla società entro novanta giorni.

Ad ogni buon conto, la società che avesse adeguato il proprio statuto in data successiva a quella dello spirare del termine transitorio ultimo indicato dalla norma, e che, quindi, avesse concesso al socio dissidente di esercitare il diritto di recesso, al fine di paralizzare tale recesso, avrebbe potuto legittimamente revocare la delibera assunta con tutte le conseguenze del caso⁽¹⁾, senza che ciò potesse comportare in capo al socio medesimo il configurarsi di un'ulteriore ipotesi di recesso, poiché, mediante la revoca della delibera, lo statuto della società sarebbe stato riportato allo *status quo ante*, con la conseguenza che avrebbe reso inefficace, ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 2473 c.c., il recesso esercitato dal socio. Del pari, il recesso del socio avrebbe potuto essere altrettanto privo di efficacia laddove fosse stato deliberato lo scioglimento della società.

NICOLA SOLDATI

⁽¹⁾ Quale, ed esempio, la nullità della clausola arbitrale ex art. 34, 2° comma, del decreto, ragione principale per la quale era stata effettuata la modifica sulla clausola medesima.