

## **Titolo V – DELL'ARBITRATO**

### **Articolo 34**

#### **Oggetto ed effetti di clausole compromissorie statutarie**

*1. Gli atti costitutivi delle società, ad eccezione di quelle che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio a norma dell'articolo 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.*

*2. 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.*

*3. La clausola è vincolante per la società e per tutti i soci, inclusi coloro la cui qualità di socio è oggetto della controversia.*

*4. Gli atti costitutivi possono prevedere che la clausola abbia ad oggetto controversie promosse da amministratori, liquidatori e sindaci ovvero nei loro confronti e, in tale caso, essa, a seguito dell'accettazione dell'incarico, è vincolante per costoro.*

*5. Non possono essere oggetto di clausola compromissoria le controversie nelle quali la legge preveda l'intervento obbligatorio del Pubblico Ministero.*

*6. 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.*

SOMMARIO: 1. Arbitrabilità delle controversie societarie. Ambito di applicazione della disciplina e limiti. – 2. La nomina degli arbitri. – 3. Vincolatività della clausola compromissoria statutaria. – 4. La posizione degli amministratori, liquidatori e sindaci. – 5. L'intervento obbligatorio del PM: controversie non compromettibili. – 6. Introduzione e soppressione di clausole compromissorie nell'atto costitutivo. – 7. La disciplina delle modifiche nel periodo transitorio. – 8. Sorte degli arbitrati da clausola statutaria non conforme.

1. Arbitrabilità delle controversie societarie. Ambito di applicazione della disciplina e limiti.

Il Titolo V del D. Lgs. n. 5 del 17 gennaio 2003 costituisce l'attuazione della delega di cui all'art. 12, comma 3 della legge 3 ottobre 2001, n. 366. Gli articoli da 34 a 37, che disciplinano l'arbitrato in ambito societario, rappresentano un rilevante intervento del legislatore in una materia che da un lato ha tradizionalmente costituito un campo di ampia diffusione del deferimento delle controversie ad arbitri, ma che dall'altro ha da sempre incontrato notevoli resistenze e limitazioni.

La norma contenuta nell'articolo di apertura del titolo in esame regola il ricorso al procedimento arbitrale quale sistema di risoluzione delle controversie – della cui tipologia si tratterà più oltre – consentendone la previsione nell'ambito di tutti i tipi di società commerciali, siano esse di capitali (di medie e piccole dimensioni) o di persone, ivi comprese le società cooperative, con esplicita esclusione delle sole società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio.

Con tale esclusione il legislatore ha inteso fare riferimento “[al]le società emittenti azioni quotate in mercati regolamentati o diffuse tra il pubblico in maniera rilevante”<sup>1</sup> secondo la definizione dettata dal testo dell'art. 2325 *bis* cod. civ. novellato, in attuazione della legge delega n. 366 del 2001, dal D. Lgs. n. 6 del 2003. In senso contrario a tale esclusione si è peraltro attestata una parte della dottrina ritenendo che la disposizione fosse esorbitante dall'ambito di operatività della legge delega<sup>2</sup>.

Una prima questione che si offre all'esame della norma è rappresentata dai limiti di arbitrabilità delle controversie societarie. Il problema è determinato dall'assenza di una previsione che definisca i criteri utili ad individuare l'ambito di applicazione della disciplina nei rapporti

---

<sup>1</sup> Ai sensi dell'art. 111 bis Disp. Att. cod. civ. – introdotto dall'art. 9 del D. Lgs. n. 6/2003 – per misura rilevante deve intendersi quella di cui all'art.116 del D. Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (TUIF), risultante alla data del 1 gennaio 2004. La Consob, con deliberazione 14 maggio 1999, n. 11971 ha individuato la misura rilevante in un patrimonio netto non inferiore a 10 miliardi di lire (oggi 5.164.568,99 di euro) ed un numero superiore a 200 di azionisti o obbligazionisti.

<sup>2</sup> CORSINI, *L'arbitrato nella riforma del diritto societario*, in *Giur. It.*, 2003, 1290; M. WEIGMANN, *Le clausole compromissorie “statutarie” nelle società di capitali*, in Atti del convegno AIA su *Conciliazione e arbitrato nelle controversie societarie*, Roma 7 novembre 2002, 5.

internazionali. Il dato testuale della norma non consente infatti di determinare se essa si applichi a tutte le società che rinvergono la disciplina sostanziale del contenuto degli atti costitutivi nel diritto italiano ovvero, piuttosto, a tutti i procedimenti arbitrali radicati nel territorio dello Stato, in osservanza del principio di territorialità della disciplina del processo civile di cui all'art. 12 della legge 31 maggio 1995, n. 218.

Né, tanto meno, è dato rinvenire indicazione alcuna in proposito nell'art. 1 del decreto legislativo.

Chi si è occupato dell'argomento ha tentato di fornire una soluzione della questione, muovendo dalla considerazione del carattere negoziale ormai generalmente attribuito alle clausole compromissorie e degli effetti derogatori della giurisdizione che queste producono sottraendo la cognizione della controversia al giudice ordinario statale<sup>3</sup>.

La soluzione suggerita è stata duplice, nel senso di ritenere applicabile la disciplina in questione agli arbitrati che si svolgono in Italia qualora si faccia riferimento all'efficacia processuale della clausola compromissoria, ovvero alle società assoggettate al diritto italiano<sup>4</sup> ogni qual volta si faccia riferimento agli aspetti sostanziali della formazione del rapporto sociale.

Alla diversa e più condivisibile soluzione secondo cui la disciplina dell'arbitrato delle società si applica nell'ipotesi in cui siano verificate entrambe le due condizioni – della sede legale della società in Italia e della sede del procedimento arbitrale in Italia – è invece pervenuta altra dottrina in esito ad un analitico raffronto degli elementi di valutazione individuati nell'ambito dei meccanismi della disciplina in esame<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> F. MARONGIU BUONAIUTI, *L'arbitrabilità delle controversie nella riforma del diritto societario, tra arbitrato interno e arbitrato internazionale*, in *Rivista dell'Arbitrato*, 1/2003, 51.

<sup>4</sup> Ai sensi dell'art. 25 della legge n. 218/1995 sono soggette al diritto italiano le società il cui procedimento di costituzione si è perfezionato in Italia, ovvero che abbiano nel territorio dello Stato la sede amministrativa o l'oggetto principale della loro attività.

<sup>5</sup> A. GIARDINA, *L'ambito di applicazione della nuova disciplina dell'arbitrato societario*, in *Rivista dell'Arbitrato*, 2/2003, 233.

Altra rilevante questione che si impone all'esame della norma è rappresentata dal tipo di convenzione arbitrale che è consentito inserire negli atti costitutivi delle società<sup>6</sup>.

Una ragionevole soluzione può essere proposta alla luce di una testuale lettura dell'articolo in esame, nel corpo del quale il legislatore ha fatto preciso riferimento alla sola clausola compromissoria.

La conferma di quanto affermato può, peraltro, trarsi dalla opportuna considerazione delle parole adottate dal legislatore nel primo comma, con quel rinvio a futura devoluzione agli arbitri della controversia verso il quale il ricorso al verbo "prevedere" sembra condurre. Tanto consente dunque di ritenere implicitamente escluse dal campo di applicazione del decreto le controversie societarie che trovino la propria disciplina in un compromesso appositamente stipulato.

D'altro canto, non può essere diversamente se solo si considera che la norma si riferisce ad una clausola compromissoria la quale, per il fatto stesso di essere contenuta in un atto costitutivo di società, è efficace per l'intero gruppo.

Ed ancora, una ulteriore conferma della preclusione per le parti della possibilità di rimettere agli arbitri "societari" la lite con apposito compromesso si ricava proprio dagli effetti che la decisione può esplicare sull'intero gruppo.

Ciò non toglie che, come correttamente evidenziato da alcuni commentatori, possano essere comunque stipulati dalle parti compromessi o clausole compromissorie atipiche per dirimere diversamente e secondo il diritto comune anche le controversie societarie<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> A questo proposito E.F. RICCI osserva che l'espressione "atto costitutivo" contenuta nella norma debba essere letta estensivamente, comprendendo in essa espressione anche lo statuto; cfr. E.F. RICCI, *Il nuovo arbitrato societario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, 524. Si osservi inoltre che l'art. 2328, comma 3, cod. civ., come introdotto dal D. Lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, statuisce la prevalenza delle clausole contenute nello statuto su quelle, eventualmente contrastanti, contenute nell'atto costitutivo.

<sup>7</sup> P. BIAVATI, *Il procedimento nell'arbitrato societario*, in *Rivista dell'Arbitrato*, 1/2003, 27; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione arbitrale nelle società dopo il decreto delegato di riforma*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 3/2003, 929 e segg.

Ad un'attenta lettura della norma non sfugge, inoltre, l'evidente riferimento alla devolvibilità ad arbitri "di alcune ovvero di tutte le controversie", venendo così confortata l'idea che l'intento del legislatore fosse quello di consentire una compromettibilità eventualmente limitata delle controversie nascenti nell'ambito di un rapporto sociale – secondo la scelta operata nel momento della costituzione del rapporto stesso – attraverso una puntuale enunciazione di esse.

L'ambito applicativo dell'arbitrato societario è circoscritto alle controversie tra soci o tra di essi e la società, che hanno ad oggetto diritti disponibili attinenti al rapporto societario, alle controversie che hanno ad oggetto la "validità di delibere assembleari" (art. 35, comma 5) ed alle controversie "promosse da amministratori liquidatori e sindaci ovvero nei loro confronti" (art. 34, comma 4).

Dal punto di vista dei limiti oggettivi, l'articolo 34, comma primo confina ancora una volta l'arbitrabilità delle controversie nella disponibilità dei diritti ad esse sottesi.

In proposito è stato tuttavia osservato che il limite della disponibilità dei diritti sembrerebbe essere imposto dal legislatore con esclusivo riferimento alle controversie tra soci o tra soci e la società, oggetto del primo comma, mentre, al contrario, non sembrerebbe sussistere per quanto concerne le controversie promosse dagli amministratori, liquidatori e sindaci, o nei loro confronti, cui si riferisce il comma quarto della norma; comma nel quale non è effettivamente riproposto, a valere quale limite dell'arbitrabilità, il riferimento alla disponibilità del diritto controverso<sup>8</sup>.

Se così fosse, dunque, il nuovo arbitrato societario verrebbe ad interessare l'intero ambito delle controversie "interne al gruppo sociale

---

<sup>8</sup> Cfr. E.F. RICCI, op. cit., 522; di idea contraria è S. CHIARLONI, *Appunti sulle controversie deducibili in arbitrato societario e sulla natura del lodo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1/2004, 129.

organizzato”, quando non è oggetto di discussione arbitrale la nullità della società<sup>9</sup>.

In questa prospettiva l’argomento pone non pochi problemi di puntuale individuazione delle controversie societarie compromettibili, in considerazione della generica ed indiretta previsione di arbitrabilità delle controversie aventi ad oggetto la validità di delibere assembleari contenuta nell’art. 35, comma 5 e, dunque, dell’ampio dibattito, dottrinario e giurisprudenziale, che si è svolto intorno alla distinzione tra annullabilità di una delibera per violazione di norme dispositive e nullità per violazione di norme imperative, e che ha spesso portato a ritenere compromettibile l’impugnazione della delibera assembleare nel solo primo caso.

Nel tentativo di dipanare la questione, appare maggiormente corretto prescindere da tale ultima dicotomia e spostare l’attenzione sul concetto di disponibilità del diritto controverso come oggetto della deliberazione assembleare.

In questo senso, evidentemente non può che farsi riferimento ai diritti che possono per loro natura o per legge formare oggetto di transazione ai sensi dell’art. 1966 cod. civ., nell’ottica del disposto normativo dell’art. 806 c.p.c.

Di per sé tale affermazione non consentirebbe tuttavia di ritenere transigibili molte delle controversie aventi ad oggetto la validità di delibere assembleari, in quanto coinvolgenti diritti negozialmente non disponibili alle parti.

È allora indispensabile interrogarsi su quale sia il criterio in grado di esercitare il ruolo di limite sostanziale all’arbitrabilità delle controversie endosocietarie, con particolare riferimento a quelle concernenti l’impugnazione di delibere assembleari, poiché queste maggiormente ricorrono nella pratica.

A tal fine deve darsi atto che la giurisprudenza è pervenuta, ad esito del percorso evolutivo che ha maturato negli ultimi decenni, ad identificare il

---

<sup>9</sup>Cfr. E.F. RICCI, op. cit., 522.

criterio discretivo della arbitrabilità delle controversie in funzione della sussistenza di interessi della società e della violazione di norme inderogabili a tutela dell'interesse collettivo dei soci o dei terzi.

Nella prospettiva indicata si è spesso assistito alla identificazione dei concetti di diritto disponibile e indisponibile con la distinzione tra norme derogabili e norme inderogabili, sulla quale occorre a questo punto soffermarsi brevemente.

È chiaro che una norma inderogabile, che l'ordinamento vuole applicata per preservare l'interesse pubblico o per tutelare una parte più debole rispetto ad un'altra, non possa essere disattesa per volontà delle parti; principio dal quale si è tratto l'erroneo convincimento che la questione sia di competenza esclusiva dell'ordinamento giudiziario.

Tuttavia non è escluso che dall'applicazione di detta norma possa sorgere un diritto disponibile.

Ragionando in questa prospettiva dovrà prestarsi attenzione a non confondere il piano della devoluzione agli arbitri della controversia con quello della applicazione della norma inderogabile. Una cosa è infatti la sottraibilità al giudice togato della decisione della controversia, che dipende dalla natura del diritto oggetto di lite e che è evidentemente legata alla disponibilità di esso, seppure risulti regolamentato o derivi da una norma inderogabile, altra cosa, invece, è l'applicazione inderogabile della norma che lo regola.

Ne consegue che agli arbitri sarà consentito conoscere e risolvere le controversie aventi ad oggetto diritti derivanti o regolamentati da norme inderogabili, purché rientrino, evidentemente, nella disponibilità delle parti; ma la conoscibilità della controversia resta subordinata alla applicazione della norma inderogabile, così che la decisione arbitrale dovrà essere resa secondo diritto, a prescindere da una diversa volontà delle parti, ed il lodo che ne risulterà sarà sempre impugnabile.

La conferma della tesi illustrata si rinviene nel disposto dell'art. 36 del decreto in esame, nel quale il legislatore ha espressamente previsto una decisione secondo diritto, impugnabile anche a norma dell'art. 829, comma 2

c.p.c., nell'ipotesi in cui gli arbitri abbiano conosciuto – concetto che verrà illustrato più oltre – di questioni non compromettibili ovvero l'oggetto della controversia sia coinciso con la validità di delibere assembleari.

Così inquadrata la questione, occorre osservare che un ulteriore passo avanti nella individuazione di un più ampio criterio identificativo della compromettibilità delle impugnazioni di delibere assembleari è stato compiuto dalla dottrina attraverso un percorso argomentativo fondato sulla disponibilità del diritto alla impugnativa, indipendentemente dalla effettiva disponibilità del diritto sostanziale. La diretta conseguenza di siffatto ragionamento interpretativo coincide con un notevole ampliamento dell'area delle controversie arbitrabili in materia di delibere assembleari dalla quale risultano pertanto escluse le sole ipotesi di illiceità dell'oggetto della delibera<sup>10</sup>.

Concludendo, restano forti, nelle riflessioni personali, i dubbi su di una compromettibilità ad ogni costo delle controversie in ambito societario, non potendosi in alcun modo prescindere dalla unitaria considerazione del Decreto in commento il cui art. 1, comma 4 fa salva, per quanto non diversamente disciplinato, l'applicazione delle disposizioni del codice di rito. In questa prospettiva, non può certo dimenticarsi di osservare che nella disciplina speciale in commento non è contenuta alcuna esplicita previsione di compromettibilità delle controversie non transigibili; ragione per la quale si è indotti a ritenere che le disposizioni di cui agli art. 34, comma 4 e 35, comma 5 debbano essere lette in accordo alla generale – ed implicitamente richiamata (dall'art. 1, comma 4) – disposizione dell'art. 806 c.p.c.

A voler tentare di fornire, senza pretese di completezza, una esemplificativa indicazione delle controversie regolate dall'arbitrato societario deve muoversi dal riferimento alle controversie relative alla esistenza, inesistenza, qualificazione, disciplina del rapporto societario, nonché ai diritti

---

<sup>10</sup> Uno spunto interessante sulla problematica è offerto da S. CHIARLONI, op. cit., 130 e segg.; e da T. GALLETTO, *L'arbitrato del diritto societario: cosa cambia con la riforma*, in *Foro Padano*, 1/2003, 51.



che trovano la loro fonte nel rapporto sociale, ancorché ne siano titolari non soci, quali ad es. quelli acquistati per successione.

Taluno, facendo riferimento all'art. 12 della legge delega di riforma del diritto societario ed all'art. 1 del Decreto legislativo, ha ritenuto di poter comprendere nell'ambito di operatività del nuovo arbitrato anche le controversie che hanno per materia questioni attinenti al trasferimento delle partecipazioni societarie ed ai patti parasociali<sup>11</sup>.

In senso diametralmente opposto si è pronunciata altra dottrina, osservando che “i patti parasociali, dando vita a liti sul risarcimento del danno tra i soci senza coinvolgere la vita della società, siano estranei allo statuto del gruppo”<sup>12</sup>.

Il pensiero alle controversie cui è diretto l'arbitrato delle società, quelle cioè che coinvolgono l'intero gruppo sociale, induce a propendere per la seconda delle tesi accennate.

Deve infatti prescindere dal concetto di accordo vincolante l'intero gruppo sociale per considerare che spesso si assiste, nella prassi, alla stipulazione di patti parasociali che non coinvolgono e vincolano l'intero gruppo sociale bensì, più limitatamente, i soggetti che effettivamente li hanno stipulati. È evidente che, in quest'ottica, i diritti nascenti da tali patti, seppure trovino la loro fonte (indiretta) nel rapporto sociale, hanno una incidenza limitata alle parti contraenti che non può essere estesa all'intero gruppo e, di conseguenza, devono restare esclusi dall'ambito di operatività di questo nuovo modello di arbitrato.

## 2. La nomina degli arbitri.

Il secondo comma dell'articolo in esame disciplina il contenuto necessario della clausola compromissoria. Essa deve contenere la previsione

---

<sup>11</sup> A. BRIGUGLIO, *Conciliazione e arbitrato nelle controversie societarie*, 1, in Atti del Convegno AIA su *Conciliazione e arbitrato nelle controversie societarie*, Roma, 7 settembre 2003.

<sup>12</sup> E.F. RICCI, op. cit., 523; nello stesso senso vedi S. CHIARLONI, op. cit., 133.

del numero e delle modalità di nomina degli arbitri il cui potere è conferito, a pena di nullità, a soggetti estranei alla struttura associativa.

La dottrina che si è occupata dell'argomento ha osservato che con l'espressione "soggetto estraneo" deve intendersi "esterno alla società ed ai suoi organi" e, dunque, un soggetto che non riveste la qualità di parte all'interno della società, né come socio né come titolare di interessi rilevanti<sup>13</sup>.

La norma non contiene l'enunciazione dei requisiti che il soggetto in questione debba possedere per assolvere alla nomina degli arbitri. Tuttavia, la genericità dell'espressione utilizzata dal legislatore sembra consentire di ritenere che la facoltà di nomina possa essere rimessa a chiunque, purché previamente individuato mediante il deferimento negoziale del relativo potere attraverso l'atto costitutivo. In questo senso può dunque ritenersi ammesso il deferimento della nomina del collegio ad istituzioni arbitrali quali quelle, ad esempio, esistenti presso le Camere di Commercio o addirittura, come taluno ha ipotizzato, all'Autorità Giudiziaria<sup>14</sup>.

La *ratio* di tale previsione, accolta con favore dalla maggior parte della dottrina, appare in primo luogo evidente alla luce della constatazione che la controversia, seppure possa vedere "processualmente" coinvolte solo due parti, viene ad interessare in qualche misura tutti i soci e la società stessa<sup>15</sup>.

In secondo luogo la scelta del legislatore appare giustificata in considerazione della facoltà di intervento nel procedimento che il Decreto legislativo introduce come novità rilevante nel campo dell'arbitrato. In questo modo, infatti, con la rimessione ad un soggetto *super partes*, convenzionalmente individuato dagli appartenenti al gruppo, della scelta dei componenti dell'organo arbitrale – così, con maggiore probabilità, terzi ed imparziali – vengono evitati, da un lato, il rischio di indebolimento della

---

<sup>13</sup> PICOZZI, Atti del Convegno AIA su *Conciliazione e arbitrato nelle controversie societarie*, Roma, 7 novembre 2002.

<sup>14</sup> F. AULETTA, *D. Lgs. 17.1.2003, n. 5 – L'arbitrato (artt. 34-36)*, in *La riforma del diritto societario*, Italia Oggi, 2004, 864.

<sup>15</sup> Critico si è mostrato F. CARPI, *Profili dell'arbitrato in materia societaria*, in *Rivista dell'Arbitrato*, 3/2003, 422, secondo il quale si priverebbero le parti di essere responsabili della scelta degli arbitri e della loro imparzialità e non si assicurerebbe l'imparzialità del soggetto onerato della scelta degli arbitri.

tutela dei soci non litiganti, comunque interessati dalla decisione e, dall'altro, la disparità di trattamento tra i litiganti principali ed i terzi intervenienti in merito al diritto di nomina del proprio arbitro<sup>16</sup>.

Nello stesso senso opera l'obbligo di predeterminazione del numero degli arbitri, stabilito dal comma in esame, che dovrà essere necessariamente dispari a garanzia del rispetto del principio della maggioranza.

In argomento, autorevole dottrina ha ritenuto ipotizzabile l'inserimento nella clausola compromissoria di una specifica modalità di nomina degli arbitri per i diversi tipi di controversie, nonché la regolamentazione del procedimento arbitrale<sup>17</sup>.

In effetti la struttura testuale della norma sembra indurre a ritenere accoglibile siffatta tesi. Il legislatore ha, infatti, limitato la previsione normativa alla disciplina meramente essenziale del contenuto della clausola compromissoria, senza stabilire alcunché in proposito.

Per il caso in cui il soggetto cui è conferito il potere di nomina degli arbitri non provveda, è prevista la nomina da parte del Presidente del Tribunale del luogo dove ha la sede legale la società. La norma non prevede il termine entro il quale il terzo debba adempiere alla nomina dell'organo arbitrale. Un tale termine potrà tuttavia essere previsto, sulla scorta di quanto si è appena illustrato, nella clausola compromissoria; ovvero potrà essere indicato al momento dell'attivazione del potere di nomina degli arbitri.

---

<sup>16</sup> La questione è già stata oggetto di ampio dibattito in dottrina con riferimento all'arbitrato comune. Per uno spunto interessante si veda L. SALVANESCHI, *L'arbitrato con pluralità di parti*, Padova, 1999.

Questione analoga in materia di arbitrato dei lavori pubblici è stata affondata dal Consiglio di Stato con la sentenza del 17 ottobre 2003, n. 6335 con la quale è stato dichiarato illegittimo, per contrasto con i limiti imposti dalla norma attributiva della potestà regolamentare, l'art. 150.3 D.P.R. 554/99, nella parte in cui attribuisce alla Camera arbitrale per i lavori pubblici, sottraendola alle parti, la facoltà di nomina del terzo arbitro. Per un approfondimento dei profili relativi alla nomina del presidente del collegio arbitrale da parte di un organismo terzo si veda G. VERDE, *L'arbitrato nelle controversie in materia di opere pubbliche: un problema ancora in cerca di una soddisfacente soluzione*, in *Corriere Giuridico*, 4/2004, 522.

<sup>17</sup> E.F. RICCI, op. cit., 526.

In alternativa, appare ragionevole ipotizzare applicabile alla fattispecie, per analogia, la procedura di nomina degli arbitri dettata per l'arbitrato comune dal codice di rito, il cui art. 810 fissa in venti giorni il termine per la notifica delle generalità degli arbitri nominati dalla parte alla quale è stato rivolto l'invito.

Nell'opposto caso in cui la clausola compromissoria statutaria non dovesse contenere la previsione dell'attribuzione del potere di nomina ad un soggetto terzo, ovvero dovesse contenere una previsione contraria alla legge, sorge il problema di individuare la sorte del patto arbitrale, in considerazione della sanzione di nullità che la norma commina.

Taluna dottrina ha tentato di offrire una soluzione dei quesiti ipotizzando che nella prima prospettata ipotesi possa essere ritenuto comunque salvo il patto di devoluzione ad arbitri della controversia e, conseguentemente, rimesso al Presidente del Tribunale del luogo in cui la società ha la sede legale il potere di nomina di un collegio composto da tre membri, in applicazione del combinato disposto degli artt. 809, comma 3, c.p.c. e 34, comma 2 del Decreto.

Con riferimento alla seconda delle ipotesi, invece, è stato osservato che la eventuale contrarietà alla norma della previsione negoziale comporterebbe una nullità limitata, alla quale sopperirebbe l'applicazione del meccanismo sostitutorio disciplinato dall'art. 1419, comma 2, cod. civ.<sup>18</sup>

Seppure il tentativo di fare salva la devoluzione ad arbitri delle controversie societarie risulti assolutamente apprezzabile, la struttura testuale della norma non sembrerebbe consentire interpretazioni differenti rispetto alla più immediata delle conseguenze – la nullità dell'intera clausola compromissoria – cui il legislatore sembra aver inteso condurre il significato della disposizione, attraverso il riferimento della sanzione al soggetto dell'espressione normativa che, evidentemente, coincide con “la clausola”.

---

<sup>18</sup> F. LUISSO, *Appunti sull'arbitrato societario*, 7, pag. 8; in senso contrario F. AULETTA, op. cit., 864, secondo il quale in questo caso la nullità impedirebbe l'applicazione delle norme di cui agli artt. 35 e 36, in quanto subordinate all'introduzione di un giudizio arbitrale ai sensi dell'art. 34.

D'altro canto non può mancarsi di osservare che in assenza di una espressa previsione normativa disciplinatoria della ipotesi di nullità parziale della clausola, tale da consentire di sopperire *ex lege* alla viziata volontà delle parti, non potrà farsi ricorso all'applicazione in via interpretativa di differenti disposizioni normative al fine di consentire comunque la devoluzione ad arbitri delle controversie societarie. Tanto in ragione della *ratio* della devoluzione a soggetto terzo del potere di nomina degli arbitri che si è individuata, che, come è noto, rappresenta anche in questo caso una deroga convenzionale alla competenza del giudice ordinario.

### 3. Vincolatività della clausola compromissoria statutaria.

Il terzo comma della norma in commento sancisce la vincolatività della clausola compromissoria per la società e per i soci, ancorché tale qualità sia l'oggetto della controversia.

Quest'ultima previsione è frutto di una modifica al testo originario del 30 settembre 2002 dal quale è stato eliminato l'inciso "tuttavia la clausola non si applica a coloro che agiscono contestando la propria qualità di socio".

Il principio di vincolatività della clausola compromissoria enunciato dalla norma deve ritenersi esteso, in quanto regola sociale, anche a coloro che non hanno concorso a formarla, ma che sono più semplicemente subentrati nel rapporto sociale. Una tale efficacia automatica per i nuovi soci discenderebbe dall'ingresso stesso nel gruppo e, dunque, dalla (implicita) accettazione delle norme che regolano il rapporto sociale.

Per la verità non è mancato chi, rilevando da un lato la autonomia del patto compromissorio rispetto al contratto al quale accede e, dall'altro, la inviolabilità del principio costituzionale della tutela giurisdizionale dei diritti, ha ritenuto non condivisibile questa tesi. In tal senso, al fine di ritenere comunque operante la clausola compromissoria si è concluso in dottrina che nell'ipotesi di cessione del contratto sociale o di successione da altro socio

precedente sia sufficiente il richiamo al patto<sup>19</sup>; diversamente, nell'ipotesi di soci aggiunti v'è chi ha ritenuto necessaria una specifica sottoscrizione dell'accordo di compromesso<sup>20</sup> e chi, invece, ha affermato che l'adesione ad un gruppo comporti l'accettazione di tutte le regole<sup>21</sup>.

Le critiche mosse dalla dottrina alla tesi della vincolatività della clausola compromissoria per i nuovi soci non sembrano tuttavia cogliere nel segno.

Un primo segnale in questa direzione è offerto dalla giurisprudenza di legittimità la quale, con riferimento alla diversa fattispecie di cessione di un contratto d'opera professionale, ha riconosciuto operante nei confronti del successore nel rapporto contrattuale il vincolo nascente dalla clausola compromissoria accedente al contratto<sup>22</sup>.

Ma il principale indizio per risolvere la questione è probabilmente offerto dalla nuova disciplina del procedimento arbitrale societario, laddove l'art. 34, comma 6 – su cui si tornerà più oltre – fissa nei due terzi dei soci che rappresentano il capitale sociale il *quorum* per la modifica introduttiva o soppressiva di clausola compromissoria statutaria. Evidentemente, in questo caso se il legislatore avesse riconosciuto natura assolutamente autonoma alla clausola compromissoria statutaria, per cui in ipotesi di successione nel rapporto societario il successore non subentrerebbe automaticamente nella clausola compromissoria, avrebbe dovuto prevedere il voto unanime dei partecipanti al gruppo sociale<sup>23</sup>.

---

<sup>19</sup> M. BOVE, *L'Arbitrato nelle controversie societarie*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it), par. 3.

<sup>20</sup> L. SALVANESCHI, *op. cit.*, 217.

<sup>21</sup> P. RESCIGNO, *Arbitrato e autonomia contrattuale*, in *Rivista dell'arbitrato*, 1991, 24.

<sup>22</sup> Cfr. Cass. 21 giugno 1996, n. 5761 in *Rivista dell'arbitrato*, 1996, 699 con nota di F. CRISCUOLO, secondo cui: "La cessione del contratto, realizzando una successione a titolo particolare nel rapporto giuridico contrattuale, mediante la sostituzione di un nuovo soggetto (cessionario) nella posizione giuridica attiva e passiva di uno degli originari contraenti (cedente), comporta anche il trasferimento del vincolo nascente dalla clausola compromissoria con la quale le parti originarie si siano impegnate a deferire ad arbitri rituali ogni e qualsiasi controversia insorta tra le parti circa l'attuazione, l'interpretazione e la risoluzione del contratto." Cfr. anche Cass. 16 febbraio 1993, n. 1930 in *Nuova Giur. Cic. Comm.* 1993, I, 865 con nota di A. LEPRI.

<sup>23</sup> Merita di essere segnalata, seppure non condivisa, la tesi di M. BOVE, *op. cit.* par. 3, con la quale si è tentato di offrire una ipotetica soluzione alla disputa dottrinale attraverso l'applicazione analogica della previsione contenuta nel comma sesto dell'art. 34 che introduce

#### 4. La posizione degli amministratori, liquidatori e sindaci

A norma del quarto comma può essere inserita nella clausola compromissoria la previsione della sua applicazione alle controversie promosse dagli amministratori, liquidatori e sindaci, ovvero nei confronti di questi (ad es. una azione di responsabilità). In tal caso la clausola compromissoria diviene vincolante per i citati soggetti con l'accettazione dell'incarico ricevuto.

La prima questione che merita di essere rilevata – di cui già si è fatto breve cenno – concerne l'assenza, in questo caso, di esplicito riferimento testuale ai diritti disponibili, quale limitazione del campo delle materie compromettibili. Se tale fosse effettivamente il significato attribuito dal legislatore alla norma, in applicazione dell'art. 12, comma 3, della legge delega di riforma del diritto societario, si assisterebbe qui ad una svolta nell'ambito delle controversie arbitrabili: potrebbero infatti essere considerate assoggettabili al nuovo arbitrato delle società anche le controversie aventi ad oggetto diritti indisponibili.

Seppure rappresenti una possibile chiave di lettura della norma, tale ipotesi non sembra cogliere nel segno in virtù delle considerazioni più sopra svolte in proposito al paragrafo n. 1<sup>24</sup>. Ragione per la quale anche nell'ambito

---

la facoltà di recesso per i soci assenti o dissenzienti alla delibera di modifica dell'atto costitutivo, introduttiva o soppressiva della clausola compromissoria. In questo modo si vorrebbe vedere garantita la tutela dei nuovi soci che non vogliono assoggettarsi alla clausola compromissoria conosciuta successivamente all'ingresso nel gruppo.

Per la verità il principio consolidatosi in giurisprudenza appare di per sé risolutivo della questione, senza necessità di scomodare l'interprete ad operare una forzata attività esegetica di una norma che regola una fattispecie del tutto dissimile da quella di cui si tratta. In ogni caso, le ridotte dimensioni delle società cui si applica la nuova disciplina arbitrale portano ad escludere verosimilmente l'ingresso di un soggetto in una compagine sociale senza avere notizia delle poche convenzioni che la regolamentano tra cui indubbiamente, per il suo peculiare oggetto, la clausola compromissoria.

Per un approfondimento della questione vedi E. ZUCCONI GALLI FONSECA, op. cit., 4, *I limiti soggettivi della convenzione arbitrale*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 3/2003, 929 e segg.

<sup>24</sup> Cfr. pag. 5 e segg.

in discussione dovranno ritenersi arbitrabili le sole controversie societarie che abbiano ad oggetto diritti disponibili<sup>25</sup>.

La questione di maggior interesse è tuttavia rappresentata ancora una volta dalla vincolatività della clausola compromissoria che, secondo taluno, contrasterebbe in maniera aperta con il principio costituzionale della tutela giurisdizionale. In proposito è stato osservato che la norma introdurrebbe una imposizione della giustizia arbitrale senza considerazione alcuna della effettiva volontà dei soggetti coinvolti. Il problema si pone per via della automatica efficacia della clausola anche nell'ipotesi di prestazione del consenso all'incarico da parte dell'amministratore che non abbia avuto conoscenza della deroga alla giurisdizione ordinaria<sup>26</sup>; automatica efficacia che in alcun modo sembra essere riconducibile a quella che opera per i soci con l'accettazione – ancorché implicita – delle regole sociali.

A tali perplessità si può tuttavia replicare osservando da un lato che l'arbitrato non è in alcun modo imposto dalla legge, bensì normativamente ammesso mediante l'inserimento di apposito richiamo nella clausola compromissoria statutaria e, dall'altro, che anche le disposizioni dello statuto divengono vincolanti per gli amministratori con la semplice accettazione dell'incarico, senza che a queste sia necessario fare alcun riferimento.

Resta ancora da trattare il delicato problema delle controversie relative al rapporto tra amministratori e società, per tali dovendosi intendere le questioni che attengono alla remunerazione degli amministratori ed alla loro nomina e revoca.

Come è noto la competenza a conoscere di tali controversie è stata attribuita dal legislatore, con il D. Lgs. 19 febbraio 1998, n. 51 in materia di istituzione del giudice unico di primo grado, al tribunale in funzione di giudice del lavoro, in virtù della riconducibilità del rapporto in questione a quelli di lavoro parasubordinato di cui tratta l'art. 409 c.p.c.

---

<sup>25</sup> Per un approfondimento della questione cfr. T. GALLETTO, op. cit., 44.

<sup>26</sup> Cfr. M. BOVE, op. cit., par. 3; F. LUISO, op. cit., 6, pag. 6.



L'art. 808, comma 2 c.p.c. consente tuttavia la compromettibilità in arbitri delle controversie in questione, subordinatamente al rispetto di taluni principi posti a tutela della parte debole del rapporto, che sanciscono la obbligatoria presenza del patto compromissorio nei contratti individuali o accordi collettivi di lavoro, la salvezza della facoltà delle parti di adire l'autorità giudiziaria e l'impossibilità per gli arbitri di pronunciarsi secondo equità o con lodo non impugnabile.

La limitata compromettibilità *ex lege* dei diritti derivanti dal rapporto in questione determina un evidente problema di coordinamento delle richiamate previsioni con la nuova disciplina oggetto di studio, seppure si riscontri una certa armonia tra l'art. 36 e l'art. 808, comma 2 c.p.c. laddove è stabilito, in entrambe le norme, il divieto per gli arbitri di pronunciarsi secondo equità o con lodo non impugnabile.

In questa prospettiva la sola presenza nello statuto o nell'atto costitutivo della clausola compromissoria di cui al comma in esame, non accompagnata dal rispetto dei requisiti dettati dall'art. 808, comma 2 c.p.c., non sembra essere sufficiente a consentire la (né, tanto meno, a vincolare alla) devoluzione agli arbitri di tali controversie.

Per ragionare, dunque, in termini di arbitrato "societario" nelle controversie relative al rapporto tra amministratori e società, dovrà forse prevedersi l'introduzione di un esplicito richiamo della clausola compromissoria statutaria regolata dal decreto in oggetto nel relativo contratto. Diversamente, qualora la clausola compromissoria statutaria non fosse richiamata nel contratto con l'amministratore, essa non varrebbe a consentire di devolvere la controversia ad arbitrato societario.

Si è deliberatamente parlato di richiamo della clausola compromissoria per destare l'attenzione del lettore sulla necessità, affinché si abbia arbitrato societario, che la clausola compromissoria sia comunque contenuta nell'atto costitutivo o nello statuto della società, ai sensi del primo comma. In ogni caso, nulla sembra impedire di potersi riportare testualmente la clausola compromissoria statutaria nel contratto individuale.

Certamente non è questa la sede idonea per affrontare e risolvere il problema del coordinamento della previsione in commento con la disciplina in materia di lavoro. La soluzione rappresentata assurge infatti alla sola finalità di stimolare la dottrina ad un dibattito che possa rivelarsi in qualche misura utile<sup>27</sup>.

Merita tuttavia di essere segnalato che si porrà certamente per gli organismi rappresentativi di categoria il problema di dover astrattamente conciliare le clausole compromissorie inserite nei contratti collettivi di lavoro con le clausole compromissorie statutarie.

Ugualmente dovrà essere risolta la questione relativa al coordinamento dell'obbligatorio esperimento del tentativo di conciliazione sancito dall'art. 410 del codice di rito e della deferibilità ad arbitri della controversia in esito al fallimento del tentativo di conciliazione, prevista dall'art. 412 *ter* c.p.c.

##### 5. L'intervento obbligatorio del PM: controversie non compromettibili

Il quinto comma dell'art. 34 esclude dall'ambito di operatività della clausola, in quanto sottratte alla disponibilità delle parti, le controversie nelle quali è prevista la presenza obbligatoria del Pubblico Ministero o che siano da questi promosse<sup>28</sup>.

---

<sup>27</sup> Per un approfondimento della questione afferente la compromettibilità delle controversie relative ai rapporti di lavoro o parasubordinati vedi C. PUNZI, *L'arbitrato nelle controversie di lavoro*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2001, 389.

<sup>28</sup> L'intervento in causa del pubblico ministero è obbligatorio ai sensi dell'art. 70, comma 1, c.p.c. in tutte le cause che egli stesso potrebbe proporre, nelle cause matrimoniali compreso quelle di separazione personale dei coniugi, nelle cause riguardanti lo stato e la capacità delle persone e negli altri casi previsti dalla legge. A titolo esemplificativo si ricordano i procedimenti di denuncia al tribunale ex art. 2409 cod. civ. (il nuovo art. 2409 cod. civ. prevede l'intervento del PM solo nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio) e di revoca dei liquidatori per giusta causa ex art. 2450, comma 4 cod. civ. (oggi art. 2487, ultimo comma, cod. civ.).

Una considerazione a parte merita la disciplina della proprietà intellettuale di cui al R.D. 29 giugno 1939, n. 1127. Per le controversie aventi ad oggetto l'azione diretta ad ottenere la declaratoria di nullità o di decadenza dei diritti di proprietà intellettuale, siano essi marchi o brevetti, la legislazione speciale prevede all'art. 78 l'intervento obbligatorio del pubblico ministero, con conseguente apparente impossibilità di deferimento ad arbitri della decisione. Tale considerazione genera alcune perplessità sulla inderogabilità dell'art. 34, comma 5, in

La norma ha destato alcune perplessità in merito al suo effettivo significato, costringendo la dottrina ad indagare se l'espressione utilizzata dal legislatore abbia valore limitativo o meramente esemplificativo dell'ambito di applicazione.

Evidentemente la previsione dell'intervento obbligatorio del pubblico ministero nel giudizio ordinario identifica il carattere di indisponibilità *ex lege* del diritto controverso. Peraltro, è opportuno ricordare che non vale il principio contrario. Ed è proprio in virtù di tali considerazioni che il significato della norma sembra più semplicemente coincidere con un intento meramente esemplificativo dell'ambito di operatività dell'arbitrato societario.

Nell'inversa ipotesi, infatti, non resterebbe che accedere alla contestata tesi dell'arbitrabilità delle controversie societarie che abbiano ad oggetto diritti indisponibili, con la sola esclusione di quelle che vedano obbligatoriamente coinvolto il pubblico ministero. E la norma troverebbe, pertanto, la propria giustificazione nella previsione di arbitrabilità delle controversie promosse ai sensi del comma quarto del presente articolo – ammesso che tale possa in qualche modo esserne il significato – e di quelle sulla validità delle delibere assembleari ai sensi degli artt. 35, comma 5 e 36 del Decreto.

#### 6. Introduzione e soppressione di clausole compromissorie nell'atto costitutivo

L'ultimo comma dell'art. 34 disciplina le modalità di approvazione delle modifiche all'atto costitutivo con le quali viene introdotta o eliminata la clausola compromissoria.

La norma prescrive che le modifiche all'atto costitutivo avvengano sulla base di un voto deliberato a maggioranza qualificata, sia per quanto

---

quanto nella prassi si è più volte assistito a giudizi arbitrali aventi ad oggetto controversie relative a licenze di marchi o brevetti, sul presupposto che la previsione di intervento del pubblico ministero non implicasse una generale esclusione di arbitrabilità della materia. Cfr. in questo senso, Lodo arbitrale 23 marzo 1992, in *Rivista dell'Arbitrato*, 1995, pag. 511; Lodo arbitrale 19 ottobre 1990, in *Rivista dell'Arbitrato* 1991, pag. 615;

concerne l'introduzione della clausola arbitrale sia per quanto concerne la sua soppressione, in ragione della importanza che la modifica dello strumento di risoluzione delle controversie comporta negli assetti sociali.

Per questa ragione il legislatore ha previsto una espressa facoltà di recesso per i soci assenti o dissenzienti, ai sensi dell'art. 2437 cod. civ., da esercitare entro i successivi novanta giorni.

Il dato testuale della norma, nel riferirsi specificamente alle modifiche introduttive e soppressive di clausole compromissorie, indurrebbe immediatamente a ritenere escluse dall'ambito di tale previsione le semplici modifiche al contenuto delle clausole stesse, con conseguente inoperatività, in ipotesi, del menzionato diritto di recesso.

La proposta lettura esegetica della norma appare tuttavia eccessivamente limitativa del potere modificatorio attribuito al gruppo sociale. In questa prospettiva risulterebbe, infatti, oscura la ragione per cui la decisione di deferire ad arbitri le controversie societarie, ovvero di revocare agli arbitri il deferimento operato – decisioni che certamente incidono in maniera rilevante nei diritti di tutti i soci – dovrebbero essere rimesse ad un *quorum* deliberativo differente rispetto a quello ritenuto necessario – la maggioranza espressa in sede di assemblea straordinaria – per apportare alla clausola arbitrale contenuta nello statuto o nell'atto costitutivo delle semplici modifiche, eventualmente, nell'ottica odierna, di adeguamento alle previsioni del Decreto in considerazione<sup>29</sup>.

Per questa ragione la dottrina ha considerato estensivamente il dettato normativo e, conseguentemente, ha ritenuto assoggettate alla disciplina illustrata anche le semplici modifiche alle clausole compromissorie preesistenti<sup>30</sup>.

---

<sup>29</sup> Cfr. Corte App. Bologna, 22 febbraio 1997, in *Le Società*, 1997, 1156 secondo cui la modifica della clausola compromissoria, sostitutiva della previsione di un arbitrato irrituale di equità con quella di un arbitrato rituale secondo diritto, può essere deliberata a maggioranza dall'assemblea dei soci cui spetta, ai sensi dell'art. 2436 cod. civ., ogni modifica delle regole organizzative e di funzionamento della società.

<sup>30</sup> T. GALLETTO, op. cit., 56; vedi sul punto anche F. CARPI, op. cit., 421.

## 7. La disciplina delle modifiche nel periodo transitorio

L'argomento appena trattato introduce alla questione delle modalità di introduzione e soppressione, e così anche modificazione, delle clausole compromissorie statutarie nel periodo transitorio, compreso tra l'entrata in vigore del Decreto ed i termini del 30 settembre 2004 e del 31 dicembre 2004, rispettivamente fissati dagli art. 223 *bis* e 223 *duodecies* per le società di capitali e per le società cooperative, per uniformare gli atti costitutivi e gli statuti alle norme inderogabili del provvedimento normativo in commento.

Il problema si pone in quanto l'art. 41 del Decreto fa venir meno, per quanto concerne le modifiche deliberate per adeguare le clausole compromissorie, preesistenti alla data del 1 gennaio 2004, alle disposizioni inderogabili contenute nel decreto legislativo n. 5/2003, le disposizioni che regolano la procedura di modifica dell'atto costitutivo per l'introduzione o la soppressione di clausole compromissorie di cui all'art. 34, comma 6.

Così che, venuta meno la norma che fissa il *quorum* deliberativo nella maggioranza dei due terzi del capitale sociale, resta da individuare se le delibere di adeguamento delle clausole compromissorie nel periodo transitorio debbano essere adottate con la maggioranza o l'unanimità dei consensi.

Il criterio discrezionale per risolvere la questione risiede nel rapporto che intercorre tra la clausola compromissoria ed il contratto sociale. Evidentemente, in questo senso, qualora la clausola compromissoria sia ritenuta costituire parte integrante del contratto, la modifica alla prima consisterà in una modifica ad una clausola statutaria e pertanto potrà essere approvata con il criterio deliberativo della maggioranza che regola le scelte strutturali dell'organizzazione societaria; diversamente, qualora la clausola compromissoria sia considerata una entità del tutto autonoma rispetto al contratto sociale cui accede, la deliberazione richiederà il consenso unanime dei soci.

Sul rapporto tra clausola compromissoria e contratto in cui è contenuta si è ormai stabilmente attestato il principio di autonomia per cui la clausola compromissoria è riconosciuta avere la diversa, rispetto al contratto, ed indipendente funzione processuale di strumento di individuazione del giudice al quale debbano essere deferite le controversie nascenti dal contratto<sup>31</sup>. Di conseguenza si è indotti a pensare di dover risolvere la questione dell'adeguamento delle clausole compromissorie nel periodo transitorio mediante l'adozione della relativa delibera con il consenso unanime dei soci, seppure resti fermo il non persuasivo orientamento assunto dalla giurisprudenza di merito secondo il quale è sufficiente la maggioranza dei consensi espressi in sede di assemblea straordinaria<sup>32</sup>.

#### 8. Sorte degli arbitrati da clausola statutaria non conforme

A questo punto si pone la delicata questione della sorte degli arbitrati societari introdotti dopo l'entrata in vigore del Decreto, in virtù di una clausola compromissoria statutaria non conforme alle previsioni inderogabili in commento.

Le norme che rilevano ai fini dell'analisi in questione sono dettate dall'art. 43, che fissa al 1 gennaio 2004 l'entrata in vigore della nuova disciplina processuale societaria, dall'art. 41, secondo comma, che deroga alla disciplina di adozione delle modifiche, non adeguate, delle clausole compromissorie statutarie e dagli art. 223 *bis* e 223 *duodecies* delle disposizioni di attuazione del codice civile<sup>33</sup>.

Due sono pertanto i momenti da tenere in considerazione nella trattazione del problema: la data di entrata in vigore del Decreto ed il

---

<sup>31</sup> Cfr. ex pluribus Cass. 14 aprile 2000, n. 4842; Cass. 19 dicembre 2000, n. 15941; Cass. 20 giugno 2000, n. 8376.

<sup>32</sup> Corte App. Bologna, 22 febbraio 1997, in *Le Società*, 1997, 1156; Trib. Milano, 5 aprile 1971, in *Repertorio del Foro italiano*, 1971, voce *Cooperative*, n. 20.

<sup>33</sup> La disamina esegetica delle norme transitorie del Decreto e delle norme delle disposizioni di attuazione del codice civile citate è svolta nella parte relativa al commento dell'art. 41.

termine per uniformare l'atto costitutivo e lo statuto delle società alle disposizioni inderogabili del Decreto<sup>34</sup>.

Per affrontare l'argomento occorre premettere che il momento determinante l'introduzione e la pendenza del procedimento arbitrale deve essere individuato, come ha recentemente chiarito la Suprema Corte, con la notifica della domanda di accesso all'arbitrato e nomina di arbitro.<sup>35</sup> Così che saranno oggetto di considerazione in questo studio i procedimenti arbitrali – da clausola statutaria non conforme alle disposizioni inderogabili del Decreto – i cui atti introduttivi siano stati notificati dopo l'1 gennaio 2004 ma prima della scadenza del termine per l'adeguamento degli atti costitutivi e degli statuti. In quest'ultima ipotesi valgono, infatti, le considerazioni svolte con riferimento alla sanzione di nullità della clausola compromissoria non conforme, comminata dal secondo comma dell'art. 34<sup>36</sup>.

In questa prospettiva si tratta dunque di comprendere se l'arbitrato societario da clausola non conforme possa in qualche modo ritenersi ammissibile dopo l'entrata in vigore del Decreto e, conseguentemente, se sia regolato dalla nuova disciplina o piuttosto dalla disciplina generale.

La sola considerazione dell'entrata in vigore del Decreto porterebbe a concludere, in prima battuta, per l'inammissibilità di un arbitrato da clausola compromissoria non conforme alle disposizioni inderogabili. Tuttavia le previsioni delle due disposizioni di attuazione citate, che consentono l'adeguamento della clausola compromissoria statutaria entro un diverso termine rispetto all'entrata in vigore, sembrano operare un differimento nel tempo della più rigorosa applicazione della nuova disciplina. Ciò che qui si intende dire è che la nuova disciplina dovrà certamente essere adottata una volta operato, ancorché prima della scadenza del termine, l'adeguamento

---

<sup>34</sup> Per le società di cui ai capi V, VI e VII del titolo V del libro V, del codice civile l'art. 223 *bis* disp. att. cod. civ. ha fissato il termine del 30 settembre 2004. Per le società di cui al capo I del titolo VI del libro V del codice civile l'art. 223 *duodecies* ha fissato il termine del 31 dicembre 2004. Per semplicità di esposizione si farà qui riferimento sempre alle società cui è riferito l'art. 223 *bis* con la precisazione che le considerazioni che vengono svolte valgono anche per le società di cui all'art. 223 *duodecies*.

<sup>35</sup> Cfr. Cass. 25 luglio 2002, n. 10922; Cass. 8 aprile 2003, n. 5457.

<sup>36</sup> Cfr. Paragrafo 2, pag. \_\_\_\_\_

delle clausole compromissorie alle disposizioni inderogabili, con la conseguente applicazione agli arbitrati societari che trovino la propria fonte in una clausola compromissoria conforme – modificata o di nuova introduzione che sia – ma non potrà essere applicata agli arbitrati da clausola non conforme fino a quando la norma consente alle società di operare l'adeguamento degli atti costitutivi.

Alla luce di tali disposizioni sembra ragionevole ritenere che le clausole compromissorie statutarie non conformi debbano essere considerate comunque vigenti, e dunque operanti, fino alla scadenza del termine per il loro adeguamento. Al contrario, tali clausole compromissorie dovrebbero reputarsi quiescenti nel periodo di tempo intercorrente tra la data di entrata in vigore della nuova disciplina ed il termine di adeguamento fissato dalla norma a regime.

Da che sembrerebbe doversi concludere per l'ammissibilità di un arbitrato societario da clausola compromissoria non conforme, introdotto entro la scadenza del termine di adeguamento delle clausole statutarie.

Nella prospettiva della soluzione ipotizzata si pone dunque l'ulteriore questione della identificazione della disciplina di tale arbitrato che, in virtù delle considerazioni svolte, dovrebbe coincidere con quella dettata in via generale dal codice di rito; fermo restando che, in ogni caso, la regolamentazione dello svolgimento del procedimento è rimessa alle parti ed eventualmente agli arbitri, nel rispetto del principio del contraddittorio.

L'argomento trattato meriterebbe un maggiore approfondimento che tuttavia non si adatterebbe alla natura di questo studio. La breve trattazione della questione consente comunque di tenere in considerazione l'esistenza, seppure destinata a svanire nel tempo, di alcuni profili di incertezza che connotano l'applicazione della nuova disciplina nell'attualità del momento transitorio.



## Articolo 35

### Disciplina inderogabile del procedimento arbitrale

*1. La domanda di arbitrato proposta dalla società o in suo confronto è depositata presso il registro delle imprese ed è accessibile ai soci.*

*2. Nel procedimento arbitrale promosso a seguito della clausola compromissoria di cui all'articolo 34, l'intervento di terzi a norma dell'articolo 105 del codice di procedura civile nonché l'intervento di altri soci a norma degli articoli 106 e 107 dello stesso codice è ammesso fino alla prima udienza di trattazione. Si applica l'articolo 820, comma secondo, del codice di procedura civile.*

*3. Nel procedimento arbitrale non si applica l'articolo 819, primo comma, del codice di procedura civile; tuttavia il lodo è sempre impugnabile, anche in deroga a quanto previsto per l'arbitrato internazionale dall'articolo 838 del codice di procedura civile, a norma degli articoli 829, primo comma, e 831 dello stesso codice.*

*4. Le statuizioni del lodo sono vincolanti per la società.*

*5. La devoluzione in arbitrato, anche non rituale, di una controversia non preclude il ricorso alla tutela cautelare a norma dell'articolo 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.*

*5-bis. I dispositivi dell'ordinanza di sospensione e del lodo che decide sull'impugnazione devono essere iscritti, a cura degli amministratori, nel registro delle imprese.”*

SOMMARIO: 1. La pubblicità della domanda di arbitrato. – 2. L'intervento nell'arbitrato societario: limiti di ammissibilità. – 3. Questioni incidentali. – 4. Segue: L'impugnazione del lodo arbitrale. – 5. Gli effetti del lodo arbitrale. – 6. Il potere cautelare degli arbitri. – 7. La pubblicità dei provvedimenti di sospensione dell'efficacia delle delibere.

#### 1. La pubblicità della domanda di arbitrato

Il primo comma della norma in commento introduce una forma di pubblicità della lite come fonte di tutela per tutti coloro che potrebbero essere coinvolti dall'esito del procedimento arbitrale.

Il legislatore ha qui previsto in via inderogabile il deposito della domanda arbitrale che coinvolge la società presso il registro delle imprese<sup>37</sup>. Evidentemente, la *ratio* della norma deve essere individuata nella necessità di rendere conoscibile ai soci la controversia che coinvolge interessi generali, al fine di consentire loro l'intervento nel procedimento.

In questa prospettiva è stato osservato che la domanda arbitrale dovrà contenere sia il *petitum* che la *causa petendi* della lite, contrariamente alla prassi, quasi generalmente adottata, di riservare ad atto successivo alla nomina dell'arbitro la formulazione dei quesiti<sup>38</sup>.

La prima osservazione da svolgere in merito all'ambito di operatività del dettato legislativo riguarda l'applicazione della norma alle sole controversie promosse dalla società o nei confronti di questa, escludendo, pertanto, che tale forma di pubblicità sia possibile per le controversie che coinvolgono solamente i soci.

La norma non contiene indicazioni in merito al soggetto onerato del deposito della domanda arbitrale ed alle conseguenze dell'omissione di tale deposito. Trattandosi di una forma di pubblicità-notizia – per cui la controversia diviene accessibile ai soli soggetti partecipanti al rapporto sociale – autorevole dottrina ha osservato che questa può ben essere compiuta da chiunque<sup>39</sup>. In questo caso, dunque, la omissione della pubblicità sembrerebbe non comportare alcuna conseguenza. Ad esclusione, è stato osservato, dell'inopponibilità agli altri soci del limite di intervento della prima udienza di trattazione<sup>40</sup>.

## 2. L'intervento nell'arbitrato societario: limiti di ammissibilità

Una delle più importanti novità introdotte dalla disciplina dell'arbitrato in materia societaria è collocata dal legislatore nel secondo

---

<sup>37</sup> Il deposito segue le previsioni della legge 29 dicembre 1993, n. 580 e del D.P.R. 7 dicembre 1995, n. 581.

<sup>38</sup> Cfr. T. GALLETTO, op. cit., 47.

<sup>39</sup> F. LUISO, op. cit., 8, pag. 8.

<sup>40</sup> Cfr. F. AULETTA, op. cit., pag. 866.

comma dell'art. 35 ed è rappresentata dalla ammissibilità dell'intervento di terzi nel procedimento, nelle tre forme dell'intervento volontario, dell'intervento ad istanza di parte e dell'intervento per ordine del giudice, rispettivamente disciplinati dagli art. 105, 106 e 107 del codice di rito.

Occorre immediatamente osservare che il legislatore ha inteso limitare l'estensione soggettiva della disposizione in esame, per ciò che concerne l'intervento su istanza di parte o per ordine del collegio, ai soli soggetti appartenenti al gruppo sociale. Il preciso riferimento testuale ai soci porta infatti a concludere che tali interventi siano inammissibili per amministratori, sindaci e liquidatori della società.

Al contrario, la previsione relativa all'intervento volontario si riferisce più genericamente ai terzi. In questo senso è opportuno domandarsi se per terzi il legislatore intendesse soggetti semplicemente estranei alla controversia o, più estensivamente, estranei alla clausola compromissoria.

La scelta della prima delle ipotesi rappresentate non comporterebbe problemi di sorta sia nel caso di un intervento che determini un allargamento dell'oggetto di lite che, al contrario, non innovativo; e ciò indipendentemente dalla sua qualificazione come adesivo autonomo o adesivo dipendente.

Tuttavia, in linea con la dottrina maggioritaria, si ritiene più corretta la seconda delle ipotesi. La scelta non casuale delle diverse espressioni, "terzi" dapprima e "altri soci" poi, operata dal legislatore conduce infatti a ritenere propria della *ratio* della norma l'ammissibilità di un intervento adesivo dipendente di soggetto estraneo al patto arbitrale, a condizione che il terzo non sia estraneo anche alle vicende societarie.

In questo caso l'intervento, in quanto non estensivo dell'oggetto del contendere, è ritenuto ammissibile in considerazione degli effetti che la decisione possa comportare nei confronti anche di soggetti estranei al rapporto sociale.

Alcune perplessità sorgono invece in ordine all'ammissibilità dell'intervento estensivo dell'oggetto del contendere di soggetto estraneo alla clausola arbitrale.

Non è mancato in dottrina chi si è pronunciato in favore dell'ammissibilità di un simile intervento, a condizione che venga accettato dalle parti costituite.<sup>41</sup> La soluzione prospettata si presta tuttavia ad una critica se solo si considera di non essere in presenza di un accordo arbitrale *ad hoc*, bensì di una previsione che vale come regola generale del gruppo. Ed in questo senso, non sembra possibile rimettere alla decisione dal collegio arbitrale domande che esulino dall'oggetto del patto compromissorio.

Più ampia appare invece la possibilità di intervento estensivo dell'oggetto del contendere nelle residue ipotesi di cui agli artt. 106 e 107 c.p.c. richiamate dalla norma. Non sussistendo qui i problemi della vincolatività del patto compromissorio per l'interveniente su istanza di parte e della paritaria partecipazione al procedimento di nomina degli arbitri, in quanto rimessa a soggetto terzo, la domanda proposta contro il chiamato ai sensi dell'art. 106 c.p.c. risulta ammissibile nel limite in cui possa essere ad essa estesa l'efficacia del patto compromissorio.

Ad analoga conclusione deve pervenirsi anche nell'ipotesi di intervento per chiamata del collegio ai sensi dell'art. 107 c.p.c.

In argomento autorevole dottrina ha osservato che la norma appare limitativa dal punto di vista dell'ambito soggettivo, in quanto non consente espressamente – come forse dovrebbe – l'intervento della società nella lite sorta tra soci<sup>42</sup>; intervento che altra dottrina ha ritenuto di dover considerare ammissibile su istanza di parte o per disposizione dell'organo arbitrale<sup>43</sup>.

La stessa norma dispone poi che l'intervento possa essere operato solamente fino alla prima udienza di trattazione. Il comma in esame è stato oggetto di opportuna modifica legislativa alla infelice collocazione testuale del limite temporale che, nella originaria formulazione, appariva riferito al solo intervento volontario.

---

<sup>41</sup> M. BOVE, op. cit., par. 4.

<sup>42</sup> F.P. LUISSO, OP. cit., 9, pag. 9.

<sup>43</sup> A. D'ALESSIO, *I procedimenti in materia societaria, bancaria e finanziaria – D. Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 – L'arbitrato*, in *Modulo – Riforma societaria*, Ipsoa, Milano, 2003, 8.

In analogia con il procedimento ordinario, per prima udienza di trattazione deve intendersi l'udienza di cui all'art. 183 c.p.c. in cui si tiene l'interrogatorio libero delle parti e si esperisce il tentativo di conciliazione.

Correttamente peraltro è stata suggerita l'opportunità che gli arbitri, al fine di stabilire senza dubbio il momento preclusivo dell'intervento, qualificano espressamente una seduta come prima udienza di trattazione<sup>44</sup>.

In conclusione di comma il legislatore ha inserito un generico richiamo al secondo comma dell'art. 820 c.p.c. consentendo agli arbitri di prorogare, nel caso di intervento, per una sola volta e di non oltre 180 giorni, il termine per il deposito del lodo. A questo proposito taluno in dottrina si è interrogato sulla reiterabilità della proroga in caso di più interventi, osservando, da un lato, che l'applicazione del limite della prima udienza di trattazione per operare gli interventi comporterebbe una unica proroga del termine, ma che, dall'altro, l'eventuale interesse del terzo chiamato ad operare a sua volta una chiamata non potrebbe che comportare un cumulo dei prolungamenti<sup>45</sup>.

La soluzione al quesito viene offerta dalla Relazione illustrativa al decreto legislativo n. 5/2003 nella quale il legislatore ha avuto cura di evidenziare che *“l'autorizzazione ex lege alla proroga [è ammessa, ndr.] per una sola volta qualunque sia l'incremento soggettivo del giudizio”*.

E così, il prolungamento del termine in ragione dell'intervento si sommerebbe a quello previsto per l'ipotesi di assunzione di mezzi di prova o di pronuncia di lodo non definitivo.

### 3. Questioni incidentali

Un'altra importante novità è stata introdotta dal legislatore con il terzo comma dell'art. 35, escludendo per l'arbitrato societario l'applicazione dell'art. 819, comma 1, c.p.c. che prevede la sospensione del procedimento quando la risoluzione della controversia dipenda dalla decisione di una

---

<sup>44</sup> Cfr. F. CARPI, op. cit., 427.

<sup>45</sup> P. BIAVATI, op. cit., 36.

questione che per legge – e non per semplice volontà delle parti – non possa costituire oggetto di arbitrato.

Secondo l'interpretazione prevalente, la norma impedirebbe agli arbitri non solo di decidere, ma anche di conoscere in via incidentale le questioni sulle quali non potrebbero pronunciarsi qualora queste fossero l'oggetto del procedimento stesso, in quanto attinenti a diritti indisponibili<sup>46</sup>.

Oltre a chi ritiene che il significato della norma coincida con il riconoscimento agli arbitri del potere di pronunciarsi *incidenter tantum* su questioni non compromettibili – tra le quali quelle che esulano dall'ambito di applicazione del D. Lgs. n. 5/2003 – operando una sorta di “giurisdizionalizzazione del procedimento arbitrale”<sup>47</sup>, ed a chi, al contrario, afferma che la norma non sia per nulla innovativa in quanto si limita a consentire agli arbitri la sola conoscibilità di tali questioni<sup>48</sup>, v'è chi è andato ben oltre l'immediato significato apparentemente impresso dal legislatore alla norma, per sostenere che non sia ammissibile escludere la sospensione necessaria disposta dall'art. 819 c.p.c. in quanto sarebbe pur sempre possibile che il collegio arbitrale incontrasse una questione pregiudiziale che non possa in alcun modo conoscere o decidere<sup>49</sup>. E, proseguendo, questa stessa dottrina ha sollevato altresì il problema della eventuale operatività nel processo arbitrale della sospensione discrezionale; problema che può forse essere risolto rimettendo alla disciplina dell'art. 816 c.p.c. tutte le questioni processuali non espressamente regolate dal Decreto.

#### 4. Segue: L'impugnazione del lodo arbitrale

La seconda parte del terzo comma dell'art. 35 disciplina l'impugnazione del lodo.

---

<sup>46</sup> G. VERDE, *Diritto dell'arbitrato rituale*, pagg. 217 e segg.; E. FAZZALARI, *L'Arbitrato*, Torino 1997, 71, pag. 76; C. MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, III, 15<sup>a</sup> ed. Torino 2003, pag. 373.

<sup>47</sup> E.F. RICCI, op. cit., 5, pag. 8.

<sup>48</sup> F.P. LUISO, op. cit., 10, pag. 10.

<sup>49</sup> M. BOVE, op. cit., par. 2.

La redazione della norma risulta infelice sia dal punto di vista della collocazione che dal punto di vista della sua formulazione. Nonostante sia posta come apparente prosecuzione della disposizione che disapplica l'art. 819 c.p.c., alla quale è inutilmente collegata dall'avverbio "tuttavia", la norma si riferisce ad ipotesi del tutto diversa rispetto all'impugnazione di lodo reso sulla base della cognizione *incidenter tantum* di una questione pregiudiziale, rimessa alla disciplina dell'art. 36 di cui si dirà oltre.

Inoltre, la norma sembra rimettere – erroneamente – anche l'impugnazione del lodo ai sensi dell'art. 829, comma 1, c.p.c. alla deroga a quanto disciplinato per l'arbitrato internazionale dall'art. 838 c.p.c.

Al di là delle questioni formali, la norma risulta innovativa in quanto, per opera della deroga all'art. 838 c.p.c., uniforma l'arbitrato internazionale, sotto l'aspetto della disciplina dell'impugnazione del lodo, a quello interno, impedendo alle parti di poter rinunciare alla revocazione ed opposizione di terzo. Così che il lodo emesso dagli arbitri nel procedimento introdotto in virtù di clausola compromissoria statutaria risulta, per disposizione inderogabile, sempre impugnabile per nullità ai sensi dell'art. 829, comma 1 c.p.c. e per revocazione ed opposizione di terzo a norma dell'art. 831 c.p.c.

## 5. Gli effetti del lodo arbitrale

L'unica disposizione che disciplina l'efficacia del lodo arbitrale societario è contenuta nel comma quarto dell'art. 35, a mente del quale le statuizioni del lodo arbitrale sono vincolanti per la società.

La norma, all'apparenza di ovvio significato, dà luogo ad interessanti spunti interpretativi che conducono ad identificare l'intenzione del legislatore con il desiderio di estendere *ultra partes* l'efficacia della decisione.

In questo senso, in dottrina si è osservato che la disposizione in esame ha valore allorché la società sia rimasta estranea al procedimento arbitrale. Ed allora, in questa prospettiva si è condotti a concludere che le statuizioni del lodo sono vincolanti per la società nella misura in cui lo sarebbe un atto di

disposizione negoziale delle parti di identico contenuto<sup>50</sup> e non invece in virtù della semplice vincolatività del patto compromissorio nei confronti della società, per contrasto con gli artt. 24 comma 2 e 111, comma 2 della Costituzione<sup>51</sup>.

Per le medesime, illustrate ragioni l'efficacia della decisione arbitrale viene estesa ai terzi nella contraria ipotesi di lodo emesso nei confronti della società.

È opportuno osservare che i terzi ai quali si è fatto riferimento non possono che coincidere qui – differentemente da quanto si è detto nel secondo comma – con soggetti in qualche modo partecipanti al gruppo sociale e dunque, come taluno ha opportunamente rilevato, con gli organi ed i membri della società<sup>52</sup>.

Nel senso illustrato, la decisione viene dunque ad assumere, oltre all'immediato effetto risolutivo della lite tra le parti, un effetto di accertamento che trascende in qualche misura la definizione della controversia fra le parti per estendere la propria efficacia su tutti i soci, in quanto partecipanti al rapporto sociale. Tanto da consentire di comprendere le effettive ragioni dell'ammissibilità dell'intervento nel procedimento di soci estranei alla lite, sia volontario che, a maggior ragione, per chiamata in causa.

## 6. Il potere cautelare degli arbitri

Il comma quinto dell'articolo in commento affronta il delicato ed ampiamente dibattuto argomento dei poteri cautelari degli arbitri introducendo, peraltro, con l'inciso "anche non rituale" la questione della natura dell'arbitrato disciplinato dal Decreto.

Il legislatore chiarisce in apertura di norma che la devoluzione di una controversia al giudizio degli arbitri non impedisce in nessun caso – neppure

---

<sup>50</sup> F.P. LUIO, op. cit., 11, pag. 10.

<sup>51</sup> M. BOVE, op. cit. par. 4.

<sup>52</sup> E.F. RICCI, op. cit. 4, pag. 5.



qualora l'arbitrato previsto dalla clausola compromissoria sia irrituale – la possibilità di proporre, anteriormente all'avvio del giudizio arbitrale, ovvero nel corso di esso, un procedimento cautelare ai sensi dell'art. 669 *quinquies* c.p.c.

Qui l'intento del legislatore è, con buona probabilità, quello di sgombrare il campo da ogni possibile dubbio in merito alla compatibilità tra tutela cautelare e arbitrato irrituale, ancorché la questione sia stata oggetto di recente pronuncia da parte della Corte Costituzionale<sup>53</sup>.

D'altro canto la disposizione stimola talune riflessioni da un lato in merito all'ambito di operatività del Decreto e, dall'altro, all'applicazione all'arbitrato irrituale delle norme del codice di rito che coordinano la tutela cautelare con l'arbitrato rituale.

In ordine alla prima delle questioni evidenziate, in dottrina si è affermato che, poiché nel Decreto non è fatto riferimento alcuno all'arbitrato rituale come unico istituto oggetto di regolamentazione, le norme in commento debbono necessariamente riferirsi ad entrambi i tipi di procedimento arbitrale, senza con ciò dover accedere alla (criticata) tesi unificatoria dei due istituti sotto l'egida della comune natura negoziale del lodo che per nulla sembra adattarsi a previsioni come quelle sulla arbitrabilità di diritti indisponibili o sulla efficacia della decisione arbitrale<sup>54</sup>.

In senso opposto, non è mancato chi ha ritenuto inammissibile l'arbitrato irrituale da clausola compromissoria statutaria nonostante il dato testuale della norma e, al contrario, ammissibile l'arbitrato irrituale

---

<sup>53</sup> Cfr. Corte Cost. 5 luglio 2002, n. 320, in *Rivista dell'Arbitrato*, 2002, pag. 505, secondo cui "È manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale, sollevata in riferimento agli art. 3 e 24 cost., dell'art. 669 *quinquies* c.p.c., nella parte in cui non prevede la competenza del giudice ordinario che sarebbe competente ad emettere il provvedimento cautelare anche nel caso in cui la controversia sia oggetto di clausola compromissoria di arbitrato irrituale, e dell'art. 669 *octies* comma 5, nella parte in cui non stabilisce i termini entro cui la parte deve notificare all'altra un atto nel quale dichiara la propria intenzione di iniziare il procedimento di arbitrato irrituale, in quanto la questione, come prospettata, non coinvolge problemi di legittimità costituzionale, ma problemi di interpretazione del sistema normativo e della volontà contrattuale delle parti, la cui soluzione spetta alla giurisprudenza comune, alla luce dei principi di inviolabilità del diritto costituzionale alla tutela giudiziaria e di disponibilità, entro i limiti delle norme imperative, dei diritti spettanti alle parti in relazione a vicende in cui si estrinseca la loro autonomia contrattuale."

<sup>54</sup> E.F. RICCI, op. cit. 8, pag. 10 e segg.

societario da compromesso o clausola compromissoria non statutaria, fino a spingersi a sostenere l'applicabilità all'arbitrato irrituale della sola norma che ammette il ricorso alla tutela cautelare in ambito societario<sup>55</sup>.

Seppure questa tesi possa trovare in qualche misura fondamento nella previsione dell'art. 23, certamente offre il campo a molteplici critiche<sup>56</sup>.

Per quanto attiene alla seconda questione, una interessante linea di lettura è stata offerta facendo riferimento al provvedimento cautelare c.d. anticipatorio, introdotto dall'art. 23 del Decreto.

Una tale forma di tutela cautelare sarebbe infatti ipotizzabile a margine di un arbitrato irrituale in quanto svincolata dalla necessità di una successiva causa di merito<sup>57</sup>. Ma se si accedesse a questa tesi non potrebbe che ritenersi applicabile all'arbitrato irrituale, come peraltro è stato osservato, la sola tutela cautelare di cui all'art. 23 del Decreto.

In ogni caso, il riferimento della legge delega all'arbitrato rituale attraverso il richiamo agli artt. 806 e 808 c.p.c., ma soprattutto la compiutezza della disciplina arbitrale societaria, spesso attraversata da previsioni inderogabili, si pone in aperta antitesi con la libertà che generalmente connota l'arbitrato irrituale. Ragione per la quale non appare possibile leggere nella norma in commento il presupposto normativo dell'estensione dell'ambito di operatività ad un arbitrato irrituale societario che in questa prospettiva non sembra esistere<sup>58</sup>.

Il dettato della norma prosegue attribuendo agli arbitri, per il caso in cui la clausola compromissoria contenga la esplicita previsione di applicabilità alle controversie in materia di validità delle delibere assembleari, il potere cautelare di sospendere, con ordinanza non reclamabile, l'efficacia della delibera.

---

<sup>55</sup> P. BIAVATI, op. cit., pag. 47.

<sup>56</sup> Si veda in proposito, per un interessante quadro d'insieme del problema, il contributo di T. GALLETTO, op. cit., 49.

<sup>57</sup> M. BOVE, cit., par. 6.

<sup>58</sup> Per un maggiore approfondimento della questione si veda P. BIAVATI, op. cit. pag. 45 e segg.; E.F. RICCI, op. cit. 8, pag. 10 e segg.

La previsione rappresenta una deroga al disposto dell'art. 818 c.p.c. che impedisce agli arbitri di emettere provvedimenti cautelari.

Un primo approccio con il testo della norma induce una immediata riflessione sull'ammissibilità della concessione di una simile facoltà a soggetti sforniti di potere coercitivo. Tuttavia, a ben osservare la portata della disposizione, non può non notarsi che la sospensione dell'efficacia della delibera assembleare non comporta alcun intervento da parte degli arbitri che necessiti, oltre alla fase dispositiva, di una fase di attuazione esecutiva del provvedimento.

La disposizione, riferita fors'anche all'arbitrato irrituale in virtù del collegamento con la prima parte della norma, trova evidentemente attuazione in pendenza di arbitrato.

Due sono gli argomenti di discussione che possono trarsi da tale affermazione. Il primo concerne l'individuazione del momento in cui l'arbitrato debba considerarsi pendente. Il secondo concerne il coordinamento con l'eventualità di un concorrente potere giurisdizionale di sospensione della delibera.

Le due questioni sono evidentemente connesse poiché dall'individuazione del momento in cui si considera pendente l'arbitrato dipende il venir meno della giurisdizione ordinaria in materia.

La risposta al primo dei due argomenti evidenziati è da rinvenire nel recente orientamento giurisprudenziale che ha individuato la pendenza del procedimento nel momento in cui viene proposta la domanda di accesso all'arbitrato<sup>59</sup>. E così, sulla stessa scorta, potrebbe risolversi la seconda questione ritenendo giudiziale la competenza fino alla formulazione della domanda di accesso all'arbitrato.

Diversamente da quanto si è affermato, autorevole dottrina ha considerato giudiziaria la competenza ad emettere il provvedimento di

---

<sup>59</sup> Così tra tutte Cass. 25 luglio 2002, n. 10922; Cass. 8 aprile 2003, n. 5457.

sospensione anche nel lasso di tempo che va dalla proposizione della domanda alla costituzione dell'organo arbitrale<sup>60</sup>.

Per quanto attiene alla forma del provvedimento di sospensione, il legislatore ha optato per l'ordinanza non reclamabile, secondo taluno al fine di evitare che l'arbitrato societario potesse subire interferenze nella sua autonomia per l'intervento del giudice ordinario<sup>61</sup>.

La disposizione induce a riflettere in ordine all'effettivo significato della immodificabilità dell'ordinanza; se cioè la pronuncia, concessoria o negatoria, sulla sospensione dell'efficacia della delibera debba o meno ritenersi preclusiva di ulteriore futura indagine in proposito, prima del deposito del lodo.

Considerando il dettato dell'art. 2378 cod. civ., con il quale la norma in questione deve essere coordinata, risulta evidente che la pronuncia del collegio sulla sospensione dell'efficacia della delibera presuppone l'istanza del socio opponente. Ed allora, essendo l'ordinanza non reclamabile emessa in esclusivo riferimento a quest'ultima, non si vede ragione per ritenere che la norma precluda la facoltà al socio di proporre una nuova istanza fondata su nuovi gravi motivi.

In ogni caso, non è mancato chi ha ritenuto che agli arbitri sia consentito concedere successivamente l'inibitoria negata o revocare l'inibitoria concessa prima del deposito del lodo<sup>62</sup>.

#### 7. La pubblicità dei provvedimenti di sospensione dell'efficacia delle delibere

Con il Decreto correttivo 29 gennaio 2004 è stato inserito nell'articolo in commento il comma 5 bis con il quale il legislatore si è uniformato alla disciplina sostanziale dell'art. 2378 cod. civ., sancendo l'obbligo di iscrizione

---

<sup>60</sup> F.P. LUIO, op. cit., 13, pag. 12.

<sup>61</sup> A. D'ALESSIO, op. cit., pag. 10.

<sup>62</sup> P. BIAVATI, op. cit. 9, pag. 45.

nel registro delle imprese dei dispositivi dell'ordinanza di sospensione dell'efficacia della delibera assembleare impugnata e del lodo che decide sull'impugnazione della delibera.

La norma precisa che tale obbligo deve essere assolto a cura degli amministratori della società, senza peraltro fornire indicazione in merito al termine entro il quale debba avvenire l'iscrizione.

Si pongono qui dunque, almeno in parte, le medesime questioni sorte con riferimento al primo comma dell'art. 35.

Evidentemente, in questo caso la *ratio* della norma coincide con la necessità di rendere conoscibile ai terzi il provvedimento che ha deciso sulla efficacia della delibera impugnata, coinvolgendo questa interessi generali extra sociali.

Tuttavia deve osservarsi che la norma stabilisce qui l'iscrizione dei provvedimenti nel registro delle imprese, diversamente da quanto operava il primo comma nel richiedere il semplice deposito, con ciò insinuando il dubbio se tale iscrizione possa essere ritenuta una forma di pubblicità-notizia o se ad essa sia ricollegato qualche effetto.

La mancanza di specifica indicazione del termine di adempimento e della sanzione per la mancata iscrizione sembrerebbe condurre verso la prima delle ipotesi, tuttavia la natura e l'oggetto del provvedimento da iscrivere nel registro delle imprese e la portata degli effetti ultrasocietari che tale provvedimento è in grado di assumere induce a concludere per la seconda.

Ovviamente, in quest'ultima prospettiva si pone la necessità di coordinamento della norma con la disciplina sul registro delle imprese che l'economia del presente lavoro impedisce di trattare.

## Articolo 36

### Decisione secondo diritto

*1. Anche se la clausola compromissoria autorizza gli arbitri a decidere secondo equità ovvero con lodo non impugnabile, gli arbitri debbono decidere secondo diritto, con lodo impugnabile anche a norma dell'articolo 829, secondo comma, del codice di procedura civile quando per decidere abbiano conosciuto di questioni non compromettibili ovvero quando l'oggetto del giudizio sia costituito dalla validità di delibere assembleari.*

*2. La presente disposizione si applica anche al lodo emesso in un arbitrato internazionale.*

SOMMARIO: 1. I limiti del potere decisorio degli arbitri. – 2. Arbitrato internazionale. – 3. Considerazioni conclusive.

#### 1. I limiti del potere decisorio degli arbitri

Con l'articolo 36 del decreto oggetto di commento il legislatore è intervenuto a delineare i contorni del potere decisorio degli arbitri e dei motivi di impugnazione del lodo arbitrale.

La norma introduce la preclusione per gli arbitri di giudicare secondo equità qualora abbiano conosciuto questioni non compromettibili, ovvero quando sia in discussione la validità di delibere assembleari.

In tali casi gli arbitri dovranno dunque pronunciarsi inderogabilmente in stretto diritto, ancorché le parti abbiano optato per un arbitrato di equità, ed il lodo sarà impugnabile anche per mancata osservanza di regole di diritto ai sensi dell'art. 829, comma 2 c.p.c.

La prima questione che merita di essere affrontata concerne il significato del riferimento alle “questioni non compromettibili” contenuto nel primo comma.

Una indagine letterale della norma conduce a ritenere che ci si trovi nuovamente di fronte alla ipotesi della conoscibilità *incidenter tantum* delle questioni non compromettibili di cui si è trattato in sede di commento al terzo comma dell'art. 35.

Tuttavia non è mancato chi ha sostenuto la duplicità del significato dell'inciso normativo, estendendo l'efficacia della disposizione a tutti i casi in cui sia stata oggetto dell'arbitrato una materia indisponibile<sup>63</sup>, come anche chi ha ritenuto di dover intendere il riferimento alle questioni non compromettibili diretto, piuttosto, alle norme inderogabili<sup>64</sup>.

Il secondo polo della disposizione è costituito dalle controversie in materia di validità delle delibere assembleari.

Nel procedere alla trattazione dell'argomento è utile richiamare brevemente l'attenzione su quanto si è detto in sede di commento alla norma di apertura del titolo V, con particolare riferimento a quella tesi secondo la quale il limite della disponibilità dei diritti potrebbe valere esclusivamente per le controversie tra soci o tra di essi e la società (art. 34, comma 1) e non anche per le controversie promosse da amministratori, liquidatori e sindaci o nei loro confronti (art. 34, comma 4) e per le controversie aventi ad oggetto la validità di delibere assembleari (art. 35, comma 5).

La questione, per ovvie ragioni, non può trovare soluzione in questo scritto; tuttavia appare opportuno, alla luce delle riflessioni svolte in proposito dalla dottrina di cui si è in precedenza dato conto, prendere in considerazione l'ipotesi che esista comunque un limite alla arbitrabilità "societaria" delle impugnazioni di delibere assembleari.

Certamente se questo limite esiste – come chi scrive ritiene – deve essere individuato traendo spunto dalla distinzione, operata dal prevalente orientamento giurisprudenziale, tra impugnative concernenti gli interessi della società o la violazione di norme inderogabili poste a tutela dell'interesse collettivo dei soci o dei terzi, da un lato, e impugnative che hanno ad oggetto posizioni personali dei soci, dall'altro; distinzione che ha consentito di individuare e separare le deliberazioni nulle ex art. 2379 cod. civ. dalle deliberazioni annullabili ex art. 2377 cod. civ.

---

<sup>63</sup> E.F. RICCI, op. cit., 5, pag. 5.

<sup>64</sup> M. BOVE, op. cit., par. 2.

In questa prospettiva la norma in commento trova applicazione, con efficacia residuale, nei soli procedimenti arbitrali che abbiano per oggetto l'impugnativa di delibere assembleari ritenute annullabili, in quanto coinvolgenti interessi che rientrano nella disponibilità delle parti, attesa la non compromettibilità in arbitri delle controversie che abbiano per oggetto l'impugnativa per nullità di delibere assembleari coinvolgenti diritti indisponibili.

Sulla scorta di quanto affermato gli arbitri saranno dunque vincolati ad emettere una pronuncia in applicazione esclusiva di regole di diritto, indipendentemente dalla eventuale scelta per l'arbitrato di equità operata dalle parti. Conseguentemente ne risulterà un lodo impugnabile anche per mancata osservanza di regole di diritto ai sensi dell'art. 829, comma 2 c.p.c

La materia si presta, inoltre, ad una osservazione che per la verità esula dal dettato normativo dell'articolo oggetto di considerazione e che riguarda l'ipotesi di riunione di più procedimenti arbitrali aventi ad oggetto l'impugnativa della stessa delibera assembleare. La questione, ritenuta inammissibile nell'arbitrato comune, acquista una certa rilevanza nell'arbitrato societario, in ragione dell'incidenza della decisione su plurimi soggetti, nel tentativo di evitare il rischio dell'eventuale difformità di decisioni.

In questa prospettiva è stata ipotizzata l'ammissibilità della riunione di procedimenti arbitrali pendenti davanti al medesimo collegio, in applicazione del nuovo art. 2378 ult. comma, cod. civ.

Da tale possibilità resterebbe tuttavia esclusa l'ipotesi della pendenza di plurimi procedimenti arbitrali davanti a collegi differenti, in merito alla quale si è posta la questione dell'operatività del principio della prevenzione, e dell'individuazione del soggetto al quale spetti operare la riunione dei procedimenti<sup>65</sup>.

---

<sup>65</sup> Cfr. F. CARPI, op. cit., 428.



Evidentemente, nel silenzio della legge, non resterebbe che ipotizzare anche in questo caso, muovendo dalla soluzione sopra ipotizzata, una soluzione mediata in via analogica dal disposto dell'art. 2378 ult. comma, cod. civ., per fare ricorso, con gli opportuni adeguamenti, alla disciplina processualistica che regola la riunione dei giudizi.

Per la verità i dubbi sulla ammissibilità della riunione delle diverse impugnative arbitrali di una delibera assembleare rimangono forti anche alla luce delle soluzioni rappresentate. Occorrerebbe procedere ad una più approfondita analisi della portata della norma dell'art. 2378 cod. civ., indiscutibilmente riferita al procedimento ordinario, al fine di individuarne l'eventuale applicabilità anche al procedimento arbitrale; ma l'economia di questo scritto rende la sede inadeguata.

In ogni caso, qualunque fosse l'esito dell'indagine resterebbe fermo il problema del coordinamento di tali prospettate soluzioni con l'assenza per gli arbitri di idoneo potere ordinario, ragione per la quale non è del tutto escluso che si debba concludere per ritenere lo strumento della riunione di procedimenti appannaggio esclusivo dei giudici togati.

## 2. Arbitrato internazionale

Il secondo comma della norma agisce nel panorama arbitrale societario ampliando la portata delle disposizioni speciali sull'impugnazione del lodo attraverso l'estensione dell'applicazione di esse all'arbitrato internazionale, la cui disciplina generale è contenuta negli artt. 832 e segg. del codice di rito.

Con la norma il legislatore interviene ad operare una espressa deroga alle disposizioni dell'art. 838 c.p.c. che svincolano l'arbitrato internazionale comune, nel caso in cui le parti non abbiano diversamente convenuto, dall'applicazione delle disposizioni dell'art. 829, secondo comma, c.p.c., dell'art. 830, secondo comma, c.p.c. e dell'art. 831c.p.c.

La immediata conseguenza di tale deroga è pertanto rappresentata dall'applicazione comunque delle disposizioni citate all'arbitrato

internazionale, con il risultato di sottoporre anche il lodo deliberato in questa sede alla impugnazione per inosservanza di norme di diritto ex art. 829, comma 2, c.p.c.

Ciò conduce a ravvisare l'intento perseguito dal legislatore per mezzo della norma in commento nella necessità di assoggettare sempre e comunque alle medesime regole le controversie che abbiano avuto in qualche misura ad oggetto questioni di interesse generale.

In questa prospettiva potrà verificarsi – anche se la natura delle società cui si applicano le norme in commento renderà certamente rara l'occasione – che le controversie tra un socio residente all'estero ed un socio italiano (o, in ipotesi, la società stessa) debbano essere deferite in arbitrato da clausola compromissoria statutaria. In questo caso, qualora il procedimento abbia avuto ad oggetto la validità di una delibera assembleare ovvero l'organo arbitrale abbia conosciuto di questioni non compromettibili, la decisione dovrà essere necessariamente resa in esclusiva applicazione delle norme di diritto, ancorché l'arbitrato debba essere qualificato come internazionale.

### 3. Considerazioni conclusive

Per concludere, meritano di essere spese alcune parole sulla natura del procedimento che il Titolo V del decreto ha introdotto.

Le previsioni che regolano la fonte del procedimento, che statuiscono la devoluzione obbligatoria del potere di nomina degli arbitri ad un terzo, che introducono la possibilità di intervento di terzi nel procedimento e che conferiscono agli arbitri il potere di sospendere l'efficacia della delibera assembleare, si manifestano tali nella loro novità da rivelare la assoluta specificità del procedimento arbitrale in questione rispetto a quello comune, regolato dal codice di rito.

D'altro canto, la conferma della specialità del procedimento si trae dalle parole stesse del legislatore il quale nella Relazione al decreto afferma che “la formulazione del testo contribuisce alla creazione di una compiuta

*species* arbitrale, che si sviluppa senza pretese di sostituire il modello codicistico (...)", manifestando con ciò apertamente l'intento perseguito attraverso le disposizioni degli articoli 34, 35 e 36.

Così che quello regolamentato dal Titolo V del Decreto n. 5/2003 verrà a rappresentare in questo panorama un nuovo, speciale modello di arbitrato.

## **Articolo 37**

### **Decisione di contrasti sulla gestione di società**

*1. Gli atti costitutivi delle società a responsabilità limitata e delle società di persone possono anche contenere clausole con le quali si deferiscono ad uno o più terzi i contrasti tra coloro che hanno il potere di amministrazione in ordine alle decisioni da adottare nella gestione della società.*

*2. Gli atti costitutivi possono prevedere che la decisione sia reclamabile davanti ad un collegio, nei termini e con le modalità dagli stessi stabilite.*

*3. Gli atti costitutivi possono altresì prevedere che il soggetto o il collegio chiamato a dirimere i contrasti di cui ai commi 1 e 2 può dare indicazioni vincolanti anche sulle questioni collegate con quelle espressamente deferitegli.*

*4. La decisione resa ai sensi del presente articolo è impugnabile a norma dell'articolo 1349, comma secondo, del codice civile.*

SOMMARIO: 1. Arbitrato economico. Ambito di applicazione. – 2. Reclamabilità e impugnabilità della decisione.

#### 1. Arbitrato economico. Ambito di applicazione

Una rilevante novità introdotta dal provvedimento oggetto di studio è costituito dal così detto arbitrato economico. Si tratta di uno strumento di risoluzione dei contrasti gestionali sorti tra amministratori che il legislatore ha mediato dall'ambiente giuridico-societario statunitense nel quale viene utilizzato per superare situazioni di stallo decisionale.

Per la verità lo strumento disciplinato dall'art. 37 del Decreto, pur essendo collocato nel titolo V, esula dal campo dell'arbitrato vero e proprio e pertanto dall'operatività dell'art. 12 della legge delega.

L'ambito di applicazione di tale strumento è limitato alle società di persone ed alle società a responsabilità limitata, i cui atti costitutivi possono contenere apposite clausole con le quali venga previsto il deferimento della risoluzione di tali contrasti ad uno o più soggetti definiti "terzi".

La locuzione utilizzata dal legislatore esclude implicitamente che il terzo in questione possa appartenere al gruppo sociale; tuttavia la norma, non introducendo alcun requisito, lascia aperto il problema della loro identificazione.

La scelta del legislatore di rimettere i contrasti sulla gestione amministrativa della società alle decisioni di un soggetto estraneo al gruppo sociale ha indotto a riflettere in ordine ai profili di responsabilità ai quali viene assoggettato il terzo arbitratore e, con essi, alla individuazione del soggetto effettivamente responsabile di fronte all'assemblea<sup>66</sup>.

A tali soggetti è consentito – dal terzo comma – pronunciarsi in maniera vincolante su questioni collegate a quelle oggetto di deferimento, qualora l'atto costitutivo lo preveda.

## 2. Reclamabilità e impugnabilità della decisione

Il comma secondo della norma in esame statuisce che avverso le decisioni così assunte può essere proposto reclamo ad un collegio, nei termini e con le modalità stabilite negli atti costitutivi. Non è tuttavia specificato quale natura debba essere attribuita al collegio ed alla composizione dello stesso, né in ordine ai motivi per i quali possa essere proposto il reclamo.

Si ritiene di dover attribuire allo strumento disciplinato dalla norma natura di arbitraggio. In questo senso depone infatti il dato testuale del comma quarto secondo il quale la decisione sul contrasto gestionale è

---

<sup>66</sup> E.F. Ricci, op. cit., 517.

impugnabile qualora sia dimostrata la malafede del soggetto al quale è stata deferita, ai sensi dell'art. 1349, comma 2, cod. civ.

Al riguardo appare opportuno precisare che il testuale richiamo alla “decisione resa ai sensi del presente articolo” induce a ritenere compresa nell'ambito applicativo del comma in questione anche la decisione resa a seguito di reclamo, in quanto anch'esso disciplinato dallo stesso comma.

## **Titolo VI – DELLA CONCILIAZIONE STRAGIUDIZIALE**

### **Articolo 38**

#### **Organismi di conciliazione**

*1. Gli enti pubblici o privati, che diano garanzie di serietà ed efficienza, sono abilitati a costituire organismi deputati, su istanza della parte interessata, a gestire un tentativo di conciliazione delle controversie nelle materie di cui all'articolo 1 del presente decreto. Tali organismi debbono essere iscritti in un apposito registro tenuto presso il Ministero della giustizia.*

*2. Il Ministro della giustizia determina i criteri e le modalità di iscrizione nel registro di cui al comma 1, con regolamento da adottare ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto. Con lo stesso decreto sono disciplinate altresì la formazione dell'elenco e la sua revisione, l'iscrizione, la sospensione e la cancellazione degli iscritti. Le camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura che hanno costituito organismi di conciliazione ai sensi dell'articolo 4 della legge 29 dicembre 1993, n. 580, hanno diritto ad ottenere l'iscrizione di tali organismi nel registro.*

*3. L'organismo di conciliazione, unitamente alla domanda di iscrizione nel registro, deposita presso il Ministero della giustizia il proprio regolamento di procedura e comunica successivamente le eventuali variazioni. Al regolamento debbono essere allegate le tabelle delle indennità spettanti agli organismi di conciliazione costituiti da enti privati, proposte per l'approvazione a norma dell'articolo 39.*

SOMMARIO: 1. Premessa. Definizione di conciliazione stragiudiziale. – 2. La costituzione degli organismi di gestione del tentativo di conciliazione. – 3. La disciplina della iscrizione nel registro degli organismi di gestione dei tentativi di conciliazione e la determinazione dei requisiti per l'abilitazione. Rinvio al Regolamento ministeriale. – 4. L'automatico riconoscimento degli organismi costituiti dalle Camere di Commercio. – 5. L'obbligo di deposito del regolamento di procedura.

#### **1. Premessa. Definizione di conciliazione stragiudiziale**

Il Titolo VI del Decreto Legislativo n. 5 del 17 gennaio 2003 introduce, accanto ai due istituti dell'arbitrato e dell'arbitrato economico di cui già si è detto, un ulteriore strumento per la composizione amichevole delle

controversie: la conciliazione stragiudiziale. Attraverso tale strumento il legislatore ha inteso “disciplinare l’accesso a sistemi di A.D.R. organizzati da enti pubblici e privati, in condizioni di concorrenza paritaria e sotto il controllo del Ministero della giustizia, presso il quale devono essere compiuti gli adempimenti che abilitano allo svolgimento del servizio”<sup>67</sup>.

Prima di intraprendere il cammino esegetico – illustrativo delle norme che regolamentano l’istituto della conciliazione stragiudiziale nell’ambito della riforma del diritto societario, appare opportuno soffermarsi brevemente sul concetto di conciliazione stragiudiziale, in modo tale da consentire un più adeguato e consapevole approccio all’istituto.

A questo proposito è utile fare ricorso alla definizione di conciliazione offerta dalla Raccomandazione n. 10/2002 del Consiglio dei Ministri della Comunità Europea sulla *mediation* in materia civile con la quale si precisa che la conciliazione consiste in un procedimento di risoluzione di una controversia nel quale le parti, assistite da uno o più conciliatori, trattano le questioni controverse con la finalità di raggiungere un accordo<sup>68</sup>.

Sull’onda delle indicazioni della Comunità Europea, anche il legislatore italiano ha proposto una definizione di conciliazione. Nell’ottica infatti dell’entrata in vigore e della completa attuazione del Decreto in commento, in adempimento alla previsione del secondo comma dell’art. 38, il Ministero della giustizia ha recentemente emanato, con D.M. 23 luglio 2004, n. 222 – in G.U. 23 agosto 2004 – il regolamento<sup>69</sup> – finalizzato a determinare i criteri e le modalità di iscrizione degli organismi di conciliazione nell’apposito registro, la formazione dell’elenco e la sua revisione, la sospensione e la cancellazione degli iscritti – con il quale ha avuto cura di precisare che per conciliazione deve intendersi “*il servizio reso da uno o più*

---

<sup>67</sup> Relazione del Governo al D. Lgs. n. 5/2003, pag. 14.

<sup>68</sup> Cfr. *Recommendation Rec (2002) 10 of the Committee of Ministers to member States on mediation in civil matters* adottata dal Consiglio dei Ministri della Comunità Europea all’808° incontro dei vice ministri svoltosi il 18 settembre 2002, *Materiali di diritto comunitario e del commercio internazionale* raccolti da C.L. FAVA, in *Appendice a La risoluzione stragiudiziale delle controversie e il ruolo dell’avvocatura*, a cura di G. ALPA e R. DANOVÌ, Milano 2004, 911.

<sup>69</sup> Vedi *Appendice* in quest’opera con commento di C.L. FAVA in *Approfondimenti*.

*soggetti, diversi dal giudice o dall'arbitro, in condizioni di imparzialità rispetto a interessi in conflitto e avente lo scopo di dirimere una lite già insorta o che può insorgere tra le parti, attraverso modalità che comunque ne favoriscano la composizione autonoma.”*

Proseguendo su questa linea il legislatore ha inoltre precisato che per conciliatore devono intendersi “*le persone fisiche che, individualmente o collegialmente, svolgono la prestazione del servizio di conciliazione rimanendo prive, in ogni caso, del potere di rendere giudizi o decisioni vincolanti per i destinatari del servizio medesimo.”*

Dalle definizioni indicate può trarsi la conclusione che la conciliazione stragiudiziale costituisce uno strumento assolutamente peculiare ed alternativo ai giudizi ordinario ed arbitrale – dai quali si differenzia per il fatto di non poter mai terminare con una decisione di terzi, qualunque ne sia la effettiva natura<sup>70</sup> – per la risoluzione delle controversie, connotato dalla particolarità di essere in qualche misura governato da un soggetto terzo, indipendente ed imparziale rispetto alle parti, che svolge la funzione di

---

<sup>70</sup> Il riferimento è qui alla natura indiscutibilmente contrattuale della decisione resa dagli arbitri nell'arbitrato irrituale. Sulla natura della decisione resa in arbitrato rituale la dottrina è divisa tra chi sostiene che il lodo rituale abbia gli effetti della sentenza (E.F. RICCI, *Il nuovo arbitrato societario*, op. cit., 1; C. MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, Torino, 2004, III, pag. 461 e segg.; F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, IV, Milano, 2000, pag. 353; N. RASCIO, in G. VERDE, *Diritto dell'arbitrato rituale*, Torino, 2000, pag. 297; M. RUBINO-SAMMARTANO, *Il diritto dell'arbitrato (interno)*, Milano, 1994, pag. 504; M. BOVE, *Arbitrato e litispendenza*, in *Rivista dell'Arbitrato*, 1998, pag. 511) e chi sostiene che il lodo rituale e il lodo irrituale abbiano entrambi gli effetti di un negozio stipulato tra le parti (C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato rituale*, II, Milano, 2000, pag. 81 e segg.; G. RUFFINI, in *Il Corriere giuridico*, 2001, pag. 58; G. RUFFINI, *Arbitrato e disponibilità dei diritti nella legge delega per la riforma del diritto societario*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, pag. 146).

In quest'ultimo senso si è recentemente attestata anche la giurisprudenza di legittimità la quale ha riconosciuto natura negoziale al lodo rituale precisando che questo differisce dal lodo irrituale solo perché può acquisire il predicato dell'esecutività mediante il procedimento di cui all'art. 825 c.p.c. Cfr. Cass. S.U. 3 agosto 2000, n. 527, in *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 254 con commento di E.F. RICCI; nonché in *Rivista dell'Arbitrato*, 2000, p. 699 con nota di E. FAZZALARI; nonché in *Il Corriere giuridico*, 2000, p. 51 con commenti di C. CONSOLO, G. RUFFINI e M. MARINELLI; Cass. 27 novembre 2001, n. 15023, in *Riv. dir. proc.*, 2002, p. 1238 con nota di E.F. RICCI; Cass. S.U. 15 giugno 2002, n. 9281, in *Foro it.*, 2002, I, c. 2299 con nota di C.M. BARONE; nonché in *Il Corriere giuridico*, 2003 con commento di C. CONSOLO e M. MARINELLI.



mediatore affinché queste possano raggiungere in autonomia un accordo transattivo della lite<sup>71</sup>.

2. La costituzione degli organismi di gestione del tentativo di conciliazione.

Con la norma in commento il legislatore ha previsto la possibilità per gli enti pubblici o privati che prestando garanzie di serietà ed efficienza provvederanno alla propria iscrizione in un apposito registro predisposto *ad hoc* dal Ministero della giustizia, di costituire organismi destinati a gestire un tentativo di conciliazione delle controversie rientranti tra quelle indicate all'art. 1 del Decreto. Le materie cui è fatto riferimento sono quelle di seguito riportate:

*a) rapporti societari, ivi compresi quelli concernenti le società di fatto, l'accertamento la costituzione, la modificazione e l'estinzione di un rapporto societario, le azioni di responsabilità da chiunque promosse contro gli organi amministrativi e di controllo, i liquidatori e i direttori generali delle società, delle mutue assicuratrici e delle società cooperative, nonché contro il soggetto incaricato della revisione contabile per il danni derivanti da propri inadempimenti o da fatti illeciti commessi nei confronti della società che ha conferito l'incarico e nei confronti dei terzi danneggiati<sup>72</sup>;*

*b) trasferimento delle partecipazioni sociali, nonché ogni altro negozio avente ad oggetto le partecipazioni sociali o i diritti inerenti;*

*c) patti parasociali, anche diversi da quelli disciplinati dall'art. 2341 bis c.c., e accordi di collaborazione di cui all'art. 2341 bis, ultimo comma, c.c.;*

*d) rapporti in materia di intermediazione mobiliare da chiunque gestita, servizi, e contratti di investimento, ivi compresi i servizi accessori,*

---

<sup>71</sup> Per uno studio approfondito della questione vedi G. ALPA E REMO DANOVÌ, *La risoluzione stragiudiziale delle controversie e il ruolo dell'avvocatura*, Milano 2004.

<sup>72</sup> Le parole da “nonché” a “danneggiati” della lettera a) dell'articolo 1 sono state inserite dal Decreto correttivo 29 gennaio 2004.

*fondi di investimento, gestione collettiva del risparmio e gestione accentrata di strumenti finanziari, vendita di rapporti finanziari, ivi compresa la cartolarizzazione dei crediti, offerte pubbliche di acquisto e di scambio, contratti di borsa:*

*e) materie di cui al D. Lgs. 1° settembre 1993, n. 385, quando la relativa controversia è promossa da una banca nei confronti di altra banca ovvero da o contro associazioni rappresentative di consumatori o camere di commercio;*

*f) credito per le opere pubbliche.*

La prima questione che la lettura critica della norma impone riguarda l'estensione delle materie cui l'istituto della conciliazione stragiudiziale accede.

Mentre, infatti, da un lato l'art. 12 della legge delega n. 366/2001, con il riferimento alle controversie "in materia societaria", ha confinato il potere legislativo nell'ambito delle materie di cui alle lettere *a)*, *b)* e *c)* sopra indicate, dall'altro il legislatore, con il riferimento all'art. 1 del Decreto, sembra essersi spinto oltre, eccedendo, come è stato osservato, i limiti della delega legislativa, con la previsione di un più ampio campo di applicazione dell'istituto della conciliazione stragiudiziale, esteso alle materie sub lettere *d)*, *e)* ed *f)*<sup>73</sup>.

3. La disciplina della iscrizione nel registro degli organismi di gestione dei tentativi di conciliazione e la determinazione dei requisiti per l'abilitazione. Rinvio al Regolamento ministeriale.

La norma non contiene indicazioni in merito alla disciplina della iscrizione nel registro degli organismi appositamente costituiti; disciplina che, insieme alla determinazione dei requisiti per l'abilitazione alla gestione di

---

<sup>73</sup> E. MINERVINI, *La conciliazione stragiudiziale delle controversie in materia societaria*, in *Le società*, 5/2003, pagg. 657 ss.

tentativi di conciliazione, per la formazione dell'elenco e la sua revisione, la sospensione e la cancellazione degli iscritti, è rimessa con il secondo comma dal legislatore all'apposito Regolamento ministeriale emanato con D.M. 23 luglio 2004, n. 222, ai sensi dell'art. 17, comma 3, della legge. 23 agosto 1988, n. 400.

Allo stesso modo nulla è previsto in ordine alla abilitazione di organismi di conciliazione costituiti da enti che perseguano scopi di lucro. In argomento è stato osservato che tale finalità contrasterebbe con gli obiettivi che il legislatore ha mostrato di intendere perseguire qualificando come "indennità" per il rimborso delle spese e dei costi per il funzionamento della struttura i compensi dovuti agli organismi di conciliazione<sup>74</sup>.

Ai sensi dell'art. 5, comma terzo, del Regolamento ministeriale di recente emanazione, la domanda di iscrizione, con i relativi allegati, potrà essere trasmessa al Ministero della giustizia, anche in via telematica, con modalità che assicurino la certezza dell'avvenuto ricevimento, per essere valutata dall'Autorità preposta entro novanta giorni decorrenti dalla data di ricevimento, salva la richiesta di integrazioni con effetto interruttivo del termine, in difetto di che decorsi novanta giorni senza che l'Autorità abbia provveduto, l'iscrizione non potrà essere negata.

Con riferimento invece ai criteri per l'iscrizione nel registro, il Regolamento stabilisce che i requisiti di professionalità ed efficienza che l'Autorità preposta dovrà verificare per gli enti che richiedano l'iscrizione – ad esclusione di quelli istituiti dalle camere di commercio – coincideranno con una adeguata forma giuridica, autonomia, compatibilità con l'oggetto sociale o lo scopo associativo, consistenza ed adeguatezza dell'organizzazione di persone e mezzi, sussistenza dei requisiti di onorabilità dei soci, associati, amministratori e rappresentanti<sup>75</sup>, trasparenza amministrativa e contabile,

---

<sup>74</sup> T. GALLETTO, *La conciliazione stragiudiziale nel nuovo diritto societario*, in G. Alpa – R. Danovi a cura di, *La risoluzione stragiudiziale delle controversie ed il ruolo dell'avvocatura*, Milano 2004, pag. 387.

<sup>75</sup> È previsto che i requisiti di onorabilità non debbano essere inferiori a quelli fissati a norma dell'art. 13 del Decreto Legislativo 24 febbraio 1998, n. 58.

indipendenza, imparzialità e riservatezza nello svolgimento del servizio, sufficienza del numero minimo di conciliatori, esistenza di una sede.

Per quanto concerne infine i conciliatori, il Regolamento prevede ancora una volta che dovranno possedere idonei e specifici requisiti di qualificazione professionale e onorabilità<sup>76</sup>.

4. L'automatico riconoscimento degli organismi costituiti dalle Camere di Commercio.

La seconda parte della norma opera una sorta di automatico riconoscimento di idoneità delle Camere di commercio ad ottenere l'iscrizione degli organismi di conciliazione istituiti al loro interno nel registro appositamente istituito. La previsione normativa sembrerebbe fare riferimento, con l'uso del verbo al passato prossimo, agli organismi che risultano istituiti dalle Camere di commercio alla data di entrata in vigore del Decreto. Ciò evidentemente escluderebbe dall'automatica iscrizione nel registro gli organismi di futura istituzione da parte delle Camere di commercio<sup>77</sup>.

---

<sup>76</sup> I requisiti di professionalità ed onorabilità sono stabiliti dall'art. 4, comma quarto, del Regolamento a mente del quale: *“Il responsabile verifica in ogni caso:*

*a) i requisiti di qualificazione professionale dei conciliatori per i quali, ove non siano professori universitari in discipline economiche o giuridiche, o professionisti iscritti ad albi professionali nelle medesime materie con anzianità di iscrizione di almeno quindici anni, ovvero magistrati in quiescenza, deve risultare provato il possesso di una specifica formazione acquisita tramite la partecipazione a corsi di formazione tenuti da enti pubblici, università o enti privati accreditati presso il responsabile in base ai criteri fissati a norma dell'articolo 10, comma 5;*  
*b) il possesso, da parte dei conciliatori, dei seguenti requisiti di onorabilità:*  
*1. non avere riportato condanne definitive per delitti non colposi o a pena detentiva, anche per contravvenzione;*  
*2. non avere riportato condanne a pena detentiva, applicata su richiesta delle parti, non inferiore a sei mesi;*  
*3. non essere incorso nell'interdizione perpetua o temporanea dai pubblici uffici;*  
*4. non essere stato sottoposto a misure di prevenzione o di sicurezza;*  
*5. non avere riportato sanzioni disciplinari diverse dall'avvertimento.”*

Per un maggiore approfondimento delle questioni accennate vedi C.L. FAVA, *L'istituzione del registro degli organismi di conciliazione*, in *Approfondimenti*, in questa opera.

<sup>77</sup> In questo senso si pone E. MINERVINI, *La conciliazione stragiudiziale delle controversie in materia societaria*, in *Le Società*, 5/2004, 659.

Tuttavia, al di là dell'interpretazione prettamente letterale del dato testuale della norma, tale ipotesi non sembra trovare fondamento nella logica che ha ispirato il legislatore a prevedere siffatto automatico riconoscimento; nel senso che non sembra esservi ragione – in assenza di una esplicita previsione di legge – per istituire differenze normative nelle modalità di iscrizione tra organismi costituiti precedentemente e successivamente all'entrata in vigore del Decreto.

Come è evidente il legislatore ha mostrato di tenere in debita considerazione la natura pubblicistica dell'ente nel quale sono o verranno costituiti gli organismi in questione, ben consapevole della professionalità che ha contraddistinto quelli ad oggi esistenti e della previgente facoltà per le Camere di commercio di costituire commissioni conciliative senza con ciò essere vincolate al rispetto di particolari requisiti<sup>78</sup>.

Nello stesso senso si colloca la norma che prevede l'iscrizione su semplice domanda degli organismi di conciliazione costituiti dalle Camere di commercio, contenuta nel Regolamento recentemente emanato dal Ministero della giustizia. Con la risolutiva precisazione che la verifica della professionalità e della efficienza dei richiedenti l'iscrizione è esclusivamente limitata ai soggetti diversi da quelli costituiti dalle Camere di commercio<sup>79</sup>.

Motivo ulteriore per il quale si è ragionevolmente portati a considerare uniforme la disciplina di iscrizione nel registro degli organismi di conciliazione delle Camere di commercio, sia preesistenti che successivamente istituiti all'entrata in vigore del Decreto.

Anche nel caso in esame il legislatore ha limitato il proprio intervento alla previsione generale, rimettendo alla disciplina del Regolamento ministeriale l'indicazione delle modalità di iscrizione nel registro.

È opportuno segnalare, trattando del secondo comma, che nel testo del Decreto fino ad oggi pubblicato è riportato un erroneo rinvio all'art. 4 della

---

<sup>78</sup> Cfr. art. 2 della Legge 29 dicembre 1993, n. 580.

<sup>79</sup> Vedi in particolare art. 4, comma 2 e 3 del Regolamento nell'*Appendice*, in questa opera.

legge n. 580 del 29 dicembre 1993<sup>80</sup>. Evidentemente il corretto richiamo normativo è all'art. 2, punto 4 della legge citata che disciplina le attribuzioni delle Camere di Commercio<sup>81</sup>.

#### 5. L'obbligo di deposito del regolamento di procedura

Con il terzo comma il legislatore ha previsto una forma di pubblicità che assolve la funzione di conoscenza all'esterno della procedura, disponendo che l'organismo di conciliazione debba depositare presso il Ministero della giustizia, unitamente alla domanda di iscrizione nel registro, il proprio regolamento contenente la disciplina dello svolgimento della procedura di conciliazione e, successivamente, le eventuali variazioni che a questo dovessero essere apportate.

---

<sup>80</sup> L'art. 4 della Legge n. 580/1993 dispone: “1. *La vigilanza sull'attività delle camere di commercio e delle loro unioni spetta al Ministro dell'industria, del commercio e dell'artigianato, che ogni anno presenta al Parlamento una relazione generale sulle attività delle camere di commercio e delle loro unioni, con particolare riferimento agli interventi realizzati e ai programmi attuati.*

2. *Le delibere di approvazione del bilancio preventivo e del conto consuntivo, della dotazione complessiva del personale nonché quelle di variazione del bilancio preventivo e di costituzione di aziende speciali sono trasmesse al Ministero dell'industria, del commercio e dell'artigianato, al Ministero del tesoro e alla Regione competente.*

3. *Il Ministro dell'industria, del commercio e dell'artigianato, di concerto con il Ministro del tesoro, stabilisce con proprio decreto le norme che disciplinano la gestione patrimoniale e finanziaria delle camere di commercio.*

4. *Le delibere di cui al comma 2 divengono esecutive se, entro il termine di sessanta giorni dalla data di ricezione, ridotto a trenta giorni per le delibere di variazione del bilancio preventivo, il Ministro dell'industria, del commercio e dell'artigianato non ne disponga, con provvedimento motivato, anche su richiesta delle regioni competenti, l'annullamento per vizi di legittimità ovvero il rinvio alla camera di commercio per il riesame.*

5. *Il Ministro dell'industria, del commercio e dell'artigianato può sospendere i termini di cui al comma 4 per una sola volta e per un periodo di pari durata.*

6. *Le delibere riesaminate dalle camere di commercio sono soggette unicamente al controllo di legittimità, limitatamente alle parti modificate.”*

<sup>81</sup> L'art. 2, punto 4 della Legge n. 580/1993 dispone: “*Le camere di commercio, singolarmente o in forma associata, possono tra l'altro:*

a) *promuovere la costituzione di commissioni arbitrali e conciliative per la risoluzione delle controversie tra imprese e tra imprese e consumatori ed utenti;*

b) *predisporre e promuovere contratti-tipo tra imprese, loro associazioni e associazioni di tutela degli interessi dei consumatori e degli utenti;*

c) *promuovere forme di controllo sulla presenza di clausole inique inserite nei contratti.”*

Sulla base della esigenza di trasparenza che ha mosso il legislatore ad introdurre tale forma di pubblicità dei regolamenti, è stato previsto anche l'obbligo di allegare al regolamento le tabelle delle indennità spettanti agli organismi di conciliazione costituiti da entri privati, senza che la norma nulla preveda in merito agli organismi costituiti da enti pubblici per i quali esplicita disciplina è contenuta nell'art. 39.

Con buona probabilità, e più opportunamente, il riferimento alle tabelle delle indennità spettanti agli organismi di conciliazione costituiti da entri privati dovrà essere letto in chiave estensiva, comprendendo nell'oggetto della previsione non solo i corrispettivi spettanti ai conciliatori, bensì anche le spese del procedimento di conciliazione che, diversamente, resterebbero prive di disciplina.

## Articolo 39

### Imposte e spese. Esenzione fiscale

*1. Tutti gli atti, documenti e provvedimenti relativi al procedimento di conciliazione sono esenti dall'imposta di bollo e da ogni spesa, tassa o diritto di qualsiasi specie e natura.*

*2. Il verbale di conciliazione è esente dall'imposta di registro entro il limite di valore di venticinquemila euro.*

*3. Con regolamento del Ministro della giustizia, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, da adottare ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, sono stabiliti l'ammontare minimo e massimo delle indennità spettanti agli organismi di conciliazione costituiti da enti pubblici e il criterio di calcolo, nonché i criteri per l'approvazione delle tabelle delle indennità proposte dagli organismi costituiti da enti privati.*

*4. L'ammontare dell'indennità può essere rideterminato ogni tre anni in relazione alla variazione, accertata dall'Istituto nazionale di statistica, dell'indice dei prezzi al consumo per le famiglie di operai e impiegati verificatasi nel triennio precedente.*

*5. Le tabelle delle indennità, determinate a norma del presente articolo, debbono essere allegate al regolamento di procedura.*

SOMMARIO: 1. Esenzione fiscale. – 2. Il verbale di conciliazione. Limite all'esenzione fiscale. – 3. Determinazione delle indennità spettanti agli

organismi di conciliazione. 4. Rideterminazione delle indennità e obbligo di allegazione delle tabelle al regolamento di procedura.

### 1. Esenzione fiscale

Con la norma in commento il legislatore ha disciplinato l'aspetto degli oneri economici derivanti dal ricorso allo strumento della conciliazione stragiudiziale, operando il riconoscimento di un favorevole trattamento fiscale al fine di contenere i costi del procedimento e promuoverne l'utilizzo.

L'articolo si apre con la previsione che tutti gli atti, i documenti ed i provvedimenti relativi al procedimento di conciliazione sono esenti dall'imposta di bollo e da ogni ulteriore tassa.

In argomento è stato correttamente osservato dalla dottrina che la disposizione, nell'evidente finalità di snellire e rendere più economico il procedimento, apre il campo al deposito in via informale anche di quegli atti e documenti di origine tecnico – peritale che fino ad oggi hanno osservato le norme sul bollo<sup>82</sup>.

### 2. Il verbale di conciliazione. Limite all'esenzione fiscale

Una seconda agevolazione di natura economica viene riconosciuta dal secondo comma, ove è stabilito che il verbale di conciliazione è soggetto ad imposta di registro solo oltre il limite di valore di 25.000,00 euro. L'imposizione di tale limite è da ricondurre, nelle intenzioni del legislatore, al tentativo di "evitare che lo strumento sia adattato a finalità elusive"<sup>83</sup>.

La norma in esame introduce una novità dal punto di vista della base di calcolo dell'imposta che, con l'entrata in vigore della riforma, sarà costituita esclusivamente dal verbale di conciliazione, ovvero dal valore in esso indicato quale oggetto dell'accordo delle parti anziché, come finora

---

<sup>82</sup> L. RUBINO, *I procedimenti*, in *La riforma del diritto societario*, a cura di LO CASCIO, Milano 2003, pag. 484.

<sup>83</sup> Relazione illustrativa al Decreto Legislativo n. 5/2003, pag. 14.



avvenuto, dal valore della controversia identificato sulla base delle pretese in contrapposizione<sup>84</sup>.

Evidentemente la novità introduce il rischio che le parti dichiarino nel verbale valori inferiori a quelli effettivamente oggetto di accordo, in maniera tale da eludere l'imposta di registro, come già avviene nel procedimento ordinario attraverso lo scambio di lettere commerciali e l'estinzione del giudizio per mancata comparizione delle parti all'udienza, ai sensi dell'art. 309 c.p.c.<sup>85</sup>

Alcune questioni in relazione all'argomento in esame sono state sollevate nel corso della Audizione Assonime<sup>86</sup>. In particolare è stato osservato che "l'esenzione proposta dall'art. 39, comma 2 – pari a 25.000,00 euro – non è coerente con quella già prevista per i processi verbali di conciliazione, a suo tempo fissata in cento milioni di lire dall'art. 9, comma 9, della legge n. 488 del 1999."<sup>87</sup> Nella medesima sede è stato altresì sollevato il dubbio se siano soggetti a registrazione tutti i verbali di conciliazione o se, diversamente, lo siano soltanto quelli omologati ai sensi dell'art. 40, comma 8.

### 3. Determinazione delle indennità spettanti agli organismi di conciliazione

In linea con il principio di economia che connota il procedimento di conciliazione stragiudiziale, è previsto negli ultimi tre comma della norma che con decreto ministeriale venga determinato l'ammontare minimo e massimo delle indennità spettanti agli organismi di conciliazione costituiti dagli enti pubblici ed il relativo criterio di calcolo, nonché i criteri per

---

<sup>84</sup> Tale previsione introduce alla problematica del tentativo di elusione dell'imposta di registro attraverso la indicazione, nel verbale di conciliazione, di un importo inferiore al reale e comunque al di sotto della soglia dei 25.000,00 euro che è stata oggetto di ampio studio da parte di L. RUBINO, op. cit., pag. 485.

<sup>85</sup> La questione è ancora una volta trattata da L. RUBINO, op. cit. pag. 485.

<sup>86</sup> *Audizione Assonime*, Roma 7 novembre 2002, in *Riv. Soc.* 2002, pag. 1598.

<sup>87</sup> Legge finanziaria 2000.

l'approvazione delle tabelle di indennità degli enti privati che richiederanno l'iscrizione nel registro di cui all'art. 38, comma 1.

La previsione normativa ha trovato attuazione con la recente emanazione del D.M. 23 luglio 2004, n. 223, pubblicato in G.U. n. 197 del 23 agosto 2004.

La definizione di indennità cui si accenna nella norma in commento è opportunamente proposta dal Regolamento ministeriale come "l'importo posto a carico degli utenti per la fruizione del servizio di conciliazione fornito dagli organismi di conciliazione costituiti da enti pubblici e privati iscritti al registro di cui all'art. 38, comma 1, del decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5."

É in questa prospettiva che l'art. 3 del Regolamento detta i criteri di composizione delle indennità precisando che queste comprendono le spese di avvio della procedura e le spese di conciliazione, a loro volta comprensive dell'onorario del conciliatore per l'intero procedimento indipendentemente, secondo la disposizione legislativa, dagli incontri svolti.

Con il Regolamento ministeriale di recente emanazione il legislatore ha mantenuto fede al dichiarato intento di limitare economicamente i costi dello strumento della conciliazione stragiudiziale.

IL legislatore ha infatti previsto, con unica disciplina applicabile sia agli organismi di istituzione pubblica che a quelli di istituzione privata, l'esenzione dalle spese di avvio del procedimento per le parti che depositino una domanda di conciliazione congiunta, limitandosi comunque a prevedere, per il caso contrario, il versamento di un importo nella misura fissa di trenta euro ciascuna.

Al contrario, per quanto concerne le spese di conciliazione, il provvedimento assolve solo parzialmente al proprio scopo.

Da un lato infatti il Regolamento fissa i criteri per la composizione delle indennità da corrispondere agli organismi di conciliazione costituiti da enti pubblici di diritto interno mediante la predisposizione di una tabella allegata, con indicazione di valori minimi e massimi, e la previsione di un limite massimo dell'aumento applicabile ai singoli scaglioni.

Dall'altro, invece, contrariamente alla previsione dell'art. 39, comma 3, del Decreto, omette di indicare i preannunciati criteri per l'approvazione delle tabelle delle indennità da corrispondere agli organismi costituiti dagli enti privati.

Nel quadro delineato, dunque, le spese di conciliazione da corrispondere agli organismi di costituzione privata, in quanto espressamente rimesse dall'art. 3, comma 13, del Regolamento alla libera determinazione degli stessi, sembrano sottratte a quella forma di controllo da parte dell'autorità all'uopo costituita, cui il dato testuale dell'art. 39 lasciava pensare.

Il terzo comma si chiude con la previsione che, per le determinazioni dell'articolo in esame, il Ministero della giustizia operi d'intesa con il Ministero dell'economia e delle finanze.

#### 4. Rideterminazione delle indennità e obbligo di allegazione delle tabelle al regolamento di procedura

Il quarto comma dell'art. 39 stabilisce che gli importi indicati nelle tabelle, da allegare al regolamento di procedura ai sensi del quinto comma, potranno essere rivalutati ogni tre anni sulla base della variazione dell'indice ISTAT per le famiglie di operai ed impiegati, verificatasi nel triennio precedente. Il dato testuale consente di escludere l'automatico aggiornamento delle indennità che, al contrario, potrà essere operato con cadenza non inferiore al triennio da parte degli enti che hanno costituito gli organismi di conciliazione.

La previsione normativa, letta in combinato disposto con l'art. 38 comma 3, indurrebbe a ritenere che le tabelle delle indennità degli organismi di conciliazione costituiti da enti privati, ogni qualvolta vengano aggiornate, debbano essere depositate presso il Ministero della giustizia per essere approvate secondo i criteri dettati con l'apposito regolamento ministeriale e, successivamente, allegate al regolamento di procedura.

Si è peraltro visto come il Regolamento ministeriale abbia omissis di indicare i criteri per l'approvazione delle tabelle delle indennità di conciliazione da corrispondere agli organismi costituiti dagli enti privati, lasciando alla libera determinazione di questi ultimi l'individuazione di tali importi. In questa prospettiva sembra essere venuto meno quel controllo formale finalizzato all'approvazione delle tabelle, che dovranno così essere solamente allegate al regolamento di procedura.

Al contrario, non è previsto il procedimento di approvazione per le tabelle delle indennità degli organismi di conciliazione costituiti da enti pubblici che devono più semplicemente essere allegate al regolamento di procedura.

Anche in questo caso è la natura pubblica dell'ente al cui interno è istituito l'organismo di conciliazione a rendere probabilmente superfluo il necessario controllo dell'Autorità a ciò preposta, fermo restando che, si ricorda, sono comunque previsti (solo) per tali enti limiti minimi e massimi delle indennità, fissati con apposito decreto ministeriale.

## Articolo 40

### Procedimento di conciliazione

*1. I regolamenti di procedura debbono prevedere la riservatezza del procedimento e modalità di nomina del conciliatore che ne garantiscano l'imparzialità e l'idoneità al corretto e sollecito espletamento dell'incarico.*

*2. Se entrambe le parti lo richiedono, il procedimento di conciliazione, ove non sia raggiunto l'accordo, si conclude con una proposta del conciliatore rispetto alla quale ciascuna delle parti, se la conciliazione non ha luogo, indica la propria definitiva posizione ovvero le condizioni alle quali è disposta a conciliare. Di tali posizioni il conciliatore dà atto in apposito verbale di fallita conciliazione, del quale viene rilasciata copia alle parti che la richiedano. Il conciliatore dà altresì atto, con apposito verbale, della mancata adesione di una parte all'esperimento del tentativo di conciliazione.<sup>88</sup>*

*3. Le dichiarazioni rese dalle parti nel corso del procedimento non possono essere utilizzate, salvo quanto previsto dal comma 5, nel giudizio*

---

<sup>88</sup> Comma modificato nella parte iniziale dall'art. 4 del decreto correttivo approvato dal Consiglio dei Ministri il 29 gennaio 2004. Il testo precedente disponeva "Il procedimento di conciliazione, ove le parti non raggiungono un accordo, si conclude ...".

*promosso a seguito dell'insuccesso del tentativo di conciliazione, né possono essere oggetto di prova testimoniale.*

*4. Dal momento della comunicazione alle altre parti con mezzo idoneo a dimostrare l'avvenuta ricezione, l'istanza di conciliazione proposta agli organismi istituiti a norma dell'articolo 38 produce sulla prescrizione i medesimi effetti della domanda giudiziale. La decadenza è impedita, ma se il tentativo fallisce la domanda giudiziale deve essere proposta entro il medesimo termine di decadenza decorrente dal deposito del verbale di cui al comma 2 presso la segreteria dell'organismo di conciliazione.*

*5. La mancata comparizione di una delle parti e le posizioni assunte dinanzi al conciliatore sono valutate dal giudice nell'eventuale successivo giudizio ai fini della decisione sulle spese processuali, anche ai sensi dell'articolo 96 del codice di procedura civile. Il giudice, valutando comparativamente le posizioni assunte dalle parti e il contenuto della sentenza che definisce il processo dinanzi a lui, può escludere, in tutto o in parte, la ripetizione delle spese sostenute dal vincitore che ha rifiutato la conciliazione, e può anche condannarlo, in tutto o in parte, al rimborso delle spese sostenute dal soccombente.*

*6. Qualora il contratto ovvero lo statuto della società prevedano una clausola di conciliazione e il tentativo non risulti esperito, il giudice, su istanza della parte interessata proposta nella prima difesa, dispone la sospensione del procedimento pendente davanti a lui fissando un termine di durata compresa tra trenta e sessanta giorni per il deposito dell'istanza di conciliazione davanti ad un organismo di conciliazione ovvero quello indicato dal contratto o dallo statuto. Il processo può essere riassunto dalla parte interessata se l'istanza di conciliazione non è depositata nel termine fissato. Se il tentativo non riesce, all'atto di riassunzione è allegato il verbale di cui al comma 2. In ogni caso, la causa di sospensione si intende cessata, a norma dell'articolo 297, primo comma, del codice di procedura civile, decorsi sei mesi dal provvedimento di sospensione.*

*7. Nel verbale conclusivo del procedimento debbono essere indicati gli estremi dell'iscrizione dell'organismo di conciliazione nel registro di cui all'articolo 38.*

*8. Se la conciliazione riesce è redatto separato processo verbale, sottoscritto dalle parti e dal conciliatore. Il verbale, previo accertamento della regolarità formale, è omologato con decreto del Presidente del Tribunale nel cui circondario ha sede l'organismo di conciliazione, e costituisce titolo esecutivo per l'espropriazione forzata, per l'esecuzione in forma specifica e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale.*

SOMMARIO: 1. I principi di riservatezza, imparzialità e idoneità. – 2. La proposta del conciliatore e la redazione del verbale. – 3. Il principio di segretezza del procedimento. – 4. Effetti sostanziali e processuali dell'istanza di conciliazione. – 5. La decisione sulle spese processuali. – 6. La sospensione del procedimento. – 7. Il contenuto essenziale del verbale

di conciliazione. – 8. Omologazione del verbale di conciliazione ed efficacia esecutiva.

#### 1. I principi di riservatezza, imparzialità e idoneità

L'art. 40, dedicato all'approfondimento di aspetti prettamente procedurali dello strumento oggetto di studio, costituisce norma di importanza centrale nell'ambito della disciplina del procedimento di conciliazione.

Il comma primo disciplina il contenuto necessario dei regolamenti di procedura, statuendo l'obbligo che questi ultimi prevedano la riservatezza del procedimento e le modalità di nomina del conciliatore.

Alla riservatezza, che si sostanzia in un divieto di divulgare quanto appreso nel corso del procedimento conciliativo, nei colloqui bilaterali nonché in contraddittorio, si devono ritenere sottoposti oltre al conciliatore, anche le parti in lite.

A questo proposito taluno ha osservato che le parti possono derogare di comune accordo alla norma, sottraendo la procedura, in tutto o in parte, all'obbligo della riservatezza<sup>89</sup>.

Tale esigenza di riservatezza è poi ribadita al comma terzo laddove è imposto alle parti (ed al conciliatore) un esplicito divieto di utilizzare quanto da esse dichiarato in corso di procedimento.

La violazione del divieto in discussione, alla quale si ritiene siano applicabili i normali strumenti di repressione, è fonte di responsabilità per il suo autore e, conseguentemente, di risarcimento del danno da inadempimento contrattuale.

Peraltro il legislatore, nel Regolamento ministeriale, ha previsto una ulteriore sanzione comminata, per l'ipotesi in esame, in via automatica al trasgressore, stabilendo che la violazione degli obblighi di cui all'art. 15

---

<sup>89</sup> F. DE SANTIS, *La conciliazione in materia societaria. Fondamenti negoziali, contrafforti pubblicitari e riflessi sul processo ordinario*, in *Giur. It.*, 2004, 2, pag. 455.

determina il venire meno dei requisiti di professionalità e di onorabilità di cui si detto con riferimento all'art. 38.

Con riferimento al profilo in esame merita di essere accennato al monito giunto dalla dottrina sui possibili effetti di una tutela indiscriminata del diritto alla riservatezza, in quanto si è correttamente osservato che un ricorso indiscriminato alla tutela in argomento potrebbe favorire comportamenti scorretti delle parti che potrebbero farne uso a scopo dilatorio<sup>90</sup>.

Con la seconda parte del comma in esame viene assegnato ai regolamenti di conciliazione il compito di stabilire e garantire, attraverso la chiara indicazione delle modalità di nomina, l'imparzialità del conciliatore, intesa come assoluta estraneità del soggetto scelto rispetto agli interessi in contesa.

Un primo segnale in questa direzione è fornito dal Regolamento nel testo del quale è fatto obbligo al conciliatore di informare l'organismo di gestione, ed eventualmente le parti in lite, delle vicende soggettive che possano in qualche modo far venir meno i requisiti individuali richiesti ai fini dell'imparzialità. Anche in questo caso la violazione dell'obbligo è automaticamente sanzionata con il venire meno dei requisiti di professionalità ed onorabilità.

A tale proposito è comunque opportuno, a tutela della necessaria imparzialità, che nei regolamenti di procedura sia chiarito con precisione se la scelta del soggetto viene effettuata in piena autonomia dall'ente al quale il privato rivolge istanza di nomina del conciliatore ovvero se il privato possa prendere visione degli elenchi dei conciliatori e fornire una propria indicazione, vincolante o meno che sia per l'ente.

---

<sup>90</sup> Un ampio riferimento sulla tematica si rinviene negli studi di F. CUOMO ULLOA, *Modelli di conciliazione nell'esperienza nordamericana*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2000, 4, pagg. 1283 e segg.

Ancora, il comma in esame richiede che i regolamenti contengano modalità di nomina dei conciliatori tali da garantirne la correttezza e la sollecitudine nel portare a termine l'incarico. Sull'argomento il legislatore ha mostrato di preferire lasciare alla discrezionalità delle singole organizzazioni la regolamentazione dello svolgimento della procedura, la fissazione dei termini entro i quali portarla a compimento – che in linea di massima i regolamenti vigenti indicano in un periodo di tempo compreso tra i trenta ed i sessanta giorni – e l'indicazione delle eventuali incompatibilità tra l'attività di conciliatore ed altre attività professionali.

Il Regolamento prevede in proposito che il conciliatore debba adempiere personalmente alla sua prestazione, della quale risponde anche l'organismo di appartenenza<sup>91</sup>. Con la norma il legislatore ha di fatto dettato una prima, generale previsione di responsabilità posta a carico solidale del conciliatore e dell'ente, rimettendo la disciplina delle eventuali specifiche sanzioni per la violazione dei diversi obblighi contrattuali ai regolamenti di procedura che ogni singolo organismo di gestione adotterà in conformità alla legge.

La norma in commento non prevede neppure se sia necessaria o meno la difesa tecnica degli avvocati che, nel silenzio della legge, la dottrina ritiene di dover escludere, trattandosi di procedimento stragiudiziale<sup>92</sup>.

Sui termini per la definizione della procedura merita di essere segnalato che la legge n. 281/98 in tema di subfornitura, nel prevedere l'obbligatorietà del preventivo ricorso alla conciliazione stragiudiziale, indica un termine di trenta giorni, decorsi i quali le parti possono rivolgersi al giudice ordinario ovvero ad una camera arbitrale.

Ancora, il progetto di legge n. 3559 (Finocchiaro) prevede all'art. 2 comma 7, una durata del procedimento di sessanta giorni; il periodo tuttavia può essere protratto fino a novanta giorni in caso di accordo in tal senso delle parti.

---

<sup>91</sup> Cfr. art. 14 del Regolamento, nella *Appendice* in questa opera.

<sup>92</sup> L. RUBINO, op. cit. pag. 499.



## 2. La proposta del conciliatore e la redazione del verbale

Una ampia disciplina sulla conclusione del procedimento si rinviene nel secondo comma, nella versione oggetto dell'ultima modifica intervenuta al Decreto.

Tale comma dispone che in caso di mancato raggiungimento di accordo ad esito del procedimento il conciliatore potrà formulare, qualora entrambe le parti lo richiedano, la proposta ritenuta più opportuna. Le parti, a loro volta ed in caso di rifiuto della stessa, potranno indicare la rispettiva posizione definitiva ovvero i punti sui quali sono ancora disposti a transigere<sup>93</sup>.

Tali posizioni dovranno dunque essere annotate nel verbale di fallita conciliazione di cui sarà consegnata copia alle parti che ne abbiano fatto richiesta.

La formula finale dell'art. 40, secondo comma, si mostra dunque di portata assai più ristretta rispetto al testo originario, in quanto la possibilità per il conciliatore di formulare una proposta ad esito della mancata conciliazione è limitata alla sola ipotesi di richiesta congiunta delle parti<sup>94</sup>.

Nella diversa ipotesi della mancata adesione di una delle parti all'esperimento del tentativo di conciliazione il comma in esame prevede che il conciliatore ne dia atto con apposito verbale. In questa prospettiva deve osservarsi che la norma non riconosce espressamente il diritto della parte ad ottenere copia del verbale. Tuttavia sembra ragionevole ritenere che il diritto in questione sussista comunque, facendolo derivare, per interpretazione analogica, da quanto previsto per l'ipotesi della fallita conciliazione. Nello

---

<sup>93</sup> G. ROMUALDI, *Il ruolo del conciliatore nella conciliazione stragiudiziale in materia societaria*, 2003, contributo edito su [www.ass-equilibrio.it](http://www.ass-equilibrio.it).

<sup>94</sup> Il testo precedente della norma prevedeva che: *“Il procedimento di conciliazione si conclude con una proposta rispetto alla quale ciascuna delle parti, se la conciliazione non ha luogo, indica la propria definitiva posizione ovvero le condizioni alle quali è disposta a conciliare. Di tali posizioni il conciliatore da atto in apposito verbale, del quale viene rilasciata copia alle parti che lo richiedano...”*.

stesso senso deve dunque ritenersi sussistere il diritto ad ottenere copia del verbale in caso di esito positivo del procedimento di conciliazione.

Nel corso della Audizione della Associazione bancaria italiana presso le commissioni riunite giustizia e finanze della Camera dei Deputati del 27 novembre 2002 sono state sollevate talune perplessità sulle previsioni che impongono al conciliatore la formulazione di una proposta conciliativa e la verbalizzazione delle posizioni definitive delle parti, sostenendosi che il primo obbligo priverebbe il conciliatore di quella libertà di azione che dovrebbe connotare il procedimento e che il secondo limiterebbe la libertà di espressione delle parti<sup>95</sup>.

Quanto alla prima delle questioni sollevate si ritiene che la norma non vincoli affatto il conciliatore ad agire secondo schemi predefiniti, essendo la disciplina del procedimento rimessa al regolamento di procedura. Sarà semmai il regolamento di procedura a vincolare il conciliatore ad agire all'interno di determinati schemi che, al di là delle opinioni, devono pur sussistere onde garantire alle parti in lite la certezza ed uniformità del procedimento.

Peraltro, non deve essere dimenticato che la formulazione della proposta è stata prevista dal legislatore, nel testo emendato del Decreto, su esclusiva richiesta delle parti in lite, connotando dunque un adempimento del conciliatore agli obblighi contrattuali assunti nei confronti delle parti stesse.

In ordine alla seconda questione, si osserva che la libertà di espressione delle parti viene esclusivamente limitata, semmai lo sia, all'ipotesi di fallimento del tentativo di conciliazione ad esito della proposta formulata dal conciliatore su richiesta delle parti. Anche in questo caso la maggiore importanza è rivestita dalla garanzia di certezza ed uniformità del procedimento a tutela della quale chi fa ricorso allo strumento conciliativo sarà certamente disposto a sacrificare quel minimo di libertà che forse la previsione comprime.

---

<sup>95</sup> In Rivista delle Società, 2002, pag. 1615.

### 3. Il principio di segretezza del procedimento

Il terzo comma dell'articolo in commento stabilisce che non possono essere utilizzate dal giudice del procedimento promosso a seguito dell'insuccesso del tentativo di conciliazione, né fatte oggetto di prova testimoniale, tutte le dichiarazioni rese dalle parti nel corso di esso, ad esclusione delle posizioni assunte dinnanzi al conciliatore e della mancata adesione di una delle parti all'esperimento del tentativo di conciliazione che possono essere utilizzate per la determinazione delle spese processuali, di cui si dirà.

L'esclusione costituisce una deroga sostanziale al principio di segretezza su cui è basato il procedimento di conciliazione. Tali informazioni saranno infatti le uniche cui potrà fare riferimento il giudice togato nell'eventuale successivo giudizio.

È opinione della dottrina che una volta conclusosi con esito negativo il procedimento di conciliazione permanga, ai sensi del terzo comma, l'obbligo di riservatezza del conciliatore al quale è impedito di testimoniare sulle dichiarazioni rese dalle parti, mentre viene meno l'obbligo di riservatezza che grava sulle parti. Peraltro, si è osservato che, stante la riconosciuta non rilevabilità d'ufficio dell'inammissibilità della prova testimoniale<sup>96</sup>, alle parti sarebbe consentito derogare di comune accordo alla previsione normativa e, conseguentemente, articolare capitoli di prova sui quali indicare a testimoniare il conciliatore<sup>97</sup>.

### 4. Effetti sostanziali e processuali dell'istanza di conciliazione

Il quarto comma introduce un ulteriore incentivo al ricorso allo strumento della conciliazione stragiudiziale: l'equiparazione dell'istanza di

---

<sup>96</sup> Così *ex pluribus* Cass. 8 gennaio 2002, n. 144.

<sup>97</sup> Cfr. F. DE SANTIS, op. cit., pag. 455.

conciliazione alla domanda giudiziale sul piano degli effetti sostanziali e processuali<sup>98</sup>.

L'istanza, infatti, producendo gli effetti previsti dagli artt. 2943 e 2945, comma 2, cod. civ., interrompe la prescrizione ed impedisce il maturare della decadenza, facendo sì che si realizzi un effetto interruttivo – protratto, analogo a quello che si produce con la domanda giudiziale quando alla domanda segue la pronuncia della sentenza<sup>99</sup>.

È opportuno notare che l'istanza di conciliazione non produce i suoi effetti dal momento del deposito presso l'organismo di conciliazione, bensì da quello della comunicazione alle altre parti con mezzo idoneo a dimostrarne l'avvenuta ricezione.

Le modalità ed i tempi della comunicazione sono lasciate dal legislatore alla disciplina che sarà dettata dai regolamenti di procedura.

Il ricorso al termine “comunicazione” introduce la questione dell'individuazione dell'esatto momento in cui si perfezionano gli effetti interruttivi della prescrizione ed impeditivi della decadenza previsti dalla norma. L'argomento è stato oggetto, con riferimento al procedimento ordinario, di recenti pronunce della Corte Costituzionale<sup>100</sup> da cui è emerso il principio secondo il quale la notificazione si perfeziona nei confronti del notificante al momento della consegna dell'atto all'ufficiale giudiziario, con la precisazione che la consegna dell'atto all'ufficiale giudiziario per la notifica svolge per il notificante effetti esclusivamente processuali: ciò logicamente nel presupposto di esito positivo del procedimento di notificazione.

Nella fattispecie in esame, ferma restando la necessità di identificare il soggetto onerato della comunicazione su cui, con buona probabilità, disporranno gli emanandi regolamenti di procedura, si pone dunque l'interrogativo se gli effetti in questione si perfezionino con l'invio della

---

<sup>98</sup> E. MINERVINI, op. cit., pag. 663.

<sup>99</sup> Sull'argomento cfr. il contributo di SASSANI – TISCINI, *Il nuovo processo societario*, 16, pubblicato su [www.judicium.it](http://www.judicium.it).

<sup>100</sup> Così Corte Cost. 22.11.2002. n. 477; Corte Cost. 23.1.2003, n. 28. Il principio è stato recentemente richiamato dalla Corte Costituzionale nell'ordinanza n. 97 del 12.3.2004.

comunicazione, ad esempio a mezzo lettera raccomandata, ovvero con la sua ricezione.

La soluzione dipende evidentemente dalla natura degli effetti della prescrizione e della decadenza in termini di incidenza sostanziale, nel primo caso, e processuale, nel secondo, sulla azionabilità del diritto.

Per cui, nella prospettiva rappresentata dal principio enunciato dalla Corte Costituzionale, sulla scorta anche della disciplina in materia di denuncia dei vizi nella vendita e nell'appalto, l'invio della raccomandata impedirà, nell'esempio proposto, il maturare della decadenza – sul presupposto della idoneità dell'atto a raggiungere il suo scopo – ma l'interruzione della prescrizione si verificherà nel momento della ricezione – ancorché presumibile, in quanto idonea – della comunicazione.

Si è inoltre posta la questione se gli effetti interruttivi della prescrizione e impeditivi della decadenza conseguano soltanto nell'ipotesi in cui la clausola di conciliazione sia contenuta nel contratto o nello statuto, ovvero se essi possano operare anche nell'ipotesi di iniziativa unilaterale di conciliazione.

In questa prospettiva si è osservato che da un punto di vista strettamente formale la presenza di una clausola di conciliazione è richiesta solo ai fini della operatività della sospensione del procedimento giudiziario (ex art. 40, comma VI), ma il mancato richiamo alla presenza della clausola nella disposizione relativa agli effetti interruttivi della prescrizione e impeditivi della decadenza (art. 40, comma IV) non sembra ragionevolmente consentire l'interpretazione secondo cui anche dalla iniziativa unilaterale possano conseguire tali effetti.

Diversamente argomentando, infatti, si finirebbe per snaturare l'elemento volontaristico posto alla base dell'istituto, consentendo ad una sola delle parti di modificare i termini processuali e sostanziali previsti dall'ordinamento per il ricorso alla tutela giurisdizionale, così favorendo un uso distorto del tentativo di conciliazione a scopi meramente dilatori.

La soluzione più ragionevole individuata avrebbe previsto che, in difetto di clausola di conciliazione contrattuale o statutaria, soltanto l'istanza di conciliazione proposta congiuntamente dalle parti ad un organismo abilitato ai sensi dell'art. 38 possa produrre gli effetti interruttivi della prescrizione e impeditivi della decadenza, indispensabili al fine di un utile esperimento del tentativo di conciliazione<sup>101</sup>.

In senso conforme è stato menzionato il Regolamento ICC/ADR della Camera di Commercio Internazionale (in vigore dall'1 luglio 2001) il quale prevede che qualora manchi la clausola di conciliazione, l'istanza debba essere proposta congiuntamente da tutte le parti, in difetto di che si rende necessaria una esplicita manifestazione di adesione delle altre parti.

La previsione normativa è stata accolta con favore dalla dottrina<sup>102</sup> in quanto ritenuta risolutiva del problema, da tempo oggetto di studio, secondo cui la domanda di conciliazione stragiudiziale non avrebbe prodotto effetto interruttivo della prescrizione in virtù della tassatività delle ipotesi di interruzione della prescrizione previste dall'art. 2943 cod. civ.

Con la seconda parte del comma in esame il legislatore ha introdotto una novità rispetto ai principi codicistici che regolano la decadenza. La norma stabilisce, infatti, che nell'ipotesi di esito negativo del procedimento di conciliazione, decorra dalla data di deposito del verbale presso la segreteria dell'organismo di conciliazione un nuovo termine di decadenza per la proposizione della domanda giudiziale. Il dettato della norma merita una precisazione, ancorché forse superflua: il termine di decadenza di cui parla il quarto comma comincia a decorrere *ex novo* solo nel caso in cui l'esercizio del diritto da far valere sia sottoposto, attraverso la previsione di norma sostanziale, al compimento di una attività con effetto impeditivo della decadenza entro lo specifico termine. Va da sé che in assenza di una simile

---

<sup>101</sup> T. GALLETTO, op. cit., pag. 393.

<sup>102</sup> L. RUBINO, op. cit., pag. 508.

previsione, non potrà ovviamente decorrere alcun nuovo termine di decadenza.

In questo modo l'istanza di conciliazione si trova ad operare sulla decadenza un effetto impeditivo non definitivo bensì sospensivo o permanente, con la conseguenza di generare quella novità di un nuovo decorso del termine di cui si accennato in apertura rispetto al principio di cui all'art. 2967 cod. civ. secondo il quale una volta impedita la decadenza, il diritto resta soggetto alla sola prescrizione senza che decorra un nuovo termine per la prima.

#### 5. La decisione sulle spese processuali

Il quinto comma dell'articolo in commento attribuisce, in deroga al principio di segretezza che connota il procedimento di conciliazione per espressa previsione dei comma primo e terzo dell'art. 40, una – seppur limitata – rilevanza esterna al comportamento assunto dalle parti nel corso del procedimento di conciliazione.

La norma, infatti, compatibilmente con la disciplina processual civilistica del giudizio ordinario, conferisce al giudice il potere di valutare, anche ai sensi dell'art. 96 c.p.c., il comportamento assunto dalle parti ai fini della liquidazione delle spese processuali.

La previsione ha destato talune perplessità tra i primi commentatori secondo i quali la norma istituirebbe, in deroga ai principi generali, una sorta di sanzione, del tutto estranea alla cultura giuridica italiana, semplicemente per non essere le parti giunte ad un accordo in tempi brevi<sup>103</sup>.

Anche la seconda parte del comma in questione introduce una deroga al principio della soccombenza che regola generalmente la liquidazione delle spese giudiziali, in quanto attribuisce al giudice il potere di escludere, anche solo parzialmente, la ripetizione delle spese sostenute dal vincitore che abbia

---

<sup>103</sup> E. MINERVINI, op. cit. pag. 662; E. SACCHETTINI, *Processo e giudizi alternativi*, in *Guida alle nuove società*, *Il sole 24 ore*, 02/2003, pag. 95.

rifiutato la conciliazione, ovvero di condannarlo alla rifusione, anche solo parziale, al soccombente delle spese di lite. Al giudice è così consentito valutare l'utilità del ricorso alla giurisdizione ordinaria ed eventualmente condannare la parte vittoriosa nel merito al pagamento delle spese processuali quale "penalità" per avere "inutilmente ricorso alla giustizia togata"<sup>104</sup>.

La ratio delle disposizioni del comma in esame coincide con l'intento del legislatore di accrescere del rifiuto della conciliazione le ipotesi di condanna alle spese disciplinate dall'art. 92 c.p.c.

In questo senso si è direttamente espresso il legislatore osservando che "altro è il potere di valutazione della definitiva presa di posizione della parte davanti al conciliatore (o della sua eventuale assenza al cospetto di quello), da cui il giudice "può" derivare un parametro ulteriore per la distribuzione del carico delle spese processuali, magari in deroga alla regola fondamentale della soccombenza"<sup>105</sup>.

Da tale precisazione emerge una apparente divergenza tra il "dovere" del giudice di valutare il fallimento del tentativo di conciliazione per la regolazione delle spese, determinato dal ricorso all'espressione "*sono valutate*", e la "possibilità" di valutazione indicata da legislatore nella propria relazione.

Taluno ha osservato che l'utilizzo nella prima parte del comma quinto dell'espressione "*sono valutate*" induce a concludere per il dovere del giudice di tenere conto del fallimento del tentativo di conciliazione al fine della liquidazione delle spese di giudizio.

Con la conseguenza che tale previsione, non condivisa, si è ipotizzata in contrasto con gli art. 24 e 102 della Costituzione<sup>106</sup>.

---

<sup>104</sup> L. RUBINO, op. cit., pag. 503. Altra dottrina ha letto la riforma nel senso di voler indurre le parti ad accettare le proposte formulate dal conciliatore, attraverso la minaccia di riflessi negativi sul successivo procedimento giudiziario: cfr. F. BORTOLOTTI, *La conciliazione stragiudiziale nelle controversie societarie*, in Atti del convegno promosso dall'AIA sul tema "*Conciliazione e arbitrato nelle controversie societarie*" svoltosi a Roma il 7 novembre 2002, pag. 89.

<sup>105</sup> Relazione del Governo al Decreto Lgs. n. 5/2003.

<sup>106</sup> E. MINERVINI, op. cit., 662.



Non si deve tuttavia dimenticare che la seconda parte della norma statuisce una testuale possibilità per il giudice di escludere la ripetizione delle spese o di condannare al rimborso.

Una cosa dunque è la mera valutazione delle circostanze in questione – da intendere nel significato dei sinonimi “esame”, “analisi”, “considerazione” – altra è l’esclusione della ripetizione o la condanna alla rifusione<sup>107</sup>.

## 6. La sospensione del procedimento

Il comma sesto della norma in esame disciplina la sospensione del giudizio nell’ipotesi in cui l’espletamento del tentativo di conciliazione, previsto in un contratto o nello statuto di società, non sia avvenuto.

È bene chiarire preliminarmente che le clausole di conciliazione eventualmente contenute nello statuto o nel contratto non risultano per nulla assimilabili alle clausole compromissorie quanto agli effetti derogatori della giurisdizione ordinaria, costituendo, al contrario, una mera condizione dell’accesso alla giurisdizione.

Rispetto alla disciplina arbitrale di cui agli artt. 34 – 37, emerge in primo luogo il mancato richiamo alle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio. La disposizione in esame troverà, dunque, applicazione per tutte le società alle quali sia applicabile il Decreto.

Nell’ipotesi di presenza di una clausola di conciliazione, il legislatore ha previsto la sospensione del processo da parte del giudice, su istanza della parte interessata da formulare nella prima difesa, al fine di esperire il tentativo di conciliazione non ancora tenuto.

A tale proposito è prevista la fissazione da parte del giudice di un termine non inferiore a trenta giorni e non superiore a sessanta giorni per il deposito dell’istanza davanti ad un organismo di conciliazione – da intendersi abilitato ai sensi dell’art. 38 – ovvero davanti a quello indicato dal contratto o dallo statuto.

---

<sup>107</sup> Per una più approfondita trattazione dell’argomento vedi F. DE SANTIS, op. cit., pag. 458.

Nel caso di mancato deposito dell'istanza nel termine fissato, così come nel caso di esito negativo del tentativo di conciliazione, il processo può essere riassunto nel termine di sei mesi dal provvedimento di sospensione, costituendo questo il termine di cessazione della causa di sospensione indicato dal legislatore con il richiamo all'art. 297 c.p.c.

Attenta dottrina ha evidenziato in proposito che il verbale di mancata conciliazione dovrebbe essere allegato all'atto di riassunzione del giudizio sospeso, in modo tale da consentire l'esperimento del tentativo di conciliazione in sede giudiziale<sup>108</sup>.

Seppure non oggetto di esplicita regolamentazione da parte della norma in esame, si ritiene che nell'ipotesi di mancata riassunzione nel termine semestrale il giudizio si estingua per inattività delle parti ai sensi dell'art. 307 c.p.c.

Restano peraltro non espressamente disciplinate dalla norma le conseguenze sul giudizio sospeso della durata ultrasemestrale del procedimento di conciliazione e della positiva conclusione dello stesso nel termine indicato.

Con riferimento alla prima fattispecie, può ipotizzarsi che, una volta cessata la causa di sospensione, le parti, qualora abbiano interesse a mantenere vivo in via cautelativa il giudizio, lo riassumano e, nell'attesa di concludere il procedimento di conciliazione, facciano ricorso alla sospensione su istanza ai sensi dell'art. 296 c.p.c. Diversamente, stante la perentorietà del termine semestrale per la riassunzione, il giudizio si estinguerà ai sensi dell'art. 307 c.p.c. verificandosi, in ogni caso decorsi sei mesi, la cessazione della causa di sospensione.

In ordine alla seconda delle fattispecie prospettate, è chiaro che per il venir meno dell'interesse delle parti alla naturale conclusione del giudizio potranno trovare applicazione la rinuncia agli atti del giudizio, l'estinzione del giudizio per cessazione della materia del contendere ovvero, la estinzione per inattività delle parti.

---

<sup>108</sup> F. DE SANTIS, op. cit., pag. 457.

È stata segnalata in dottrina una certa discrasia tra la norma in esame e la disciplina “ordinaria” del nuovo processo delle società, con particolare riferimento agli art. 8, 9 e 10 del Decreto.

Si è a tale proposito osservato che la sospensione del giudizio su istanza di parte ai sensi dell’art. 40 deve verificarsi a seguito di eccezione della parte sollevata nella prima difesa; tuttavia, nella nuova prospettiva, il giudice prende visione della causa solamente dopo il deposito dell’istanza di fissazione di udienza e, dunque, una parte potrebbe sollevare l’eccezione di conciliazione, mai in precedenza formulata, nonostante siano intervenuti plurimi scambi di atti<sup>109</sup>.

In questo senso potrebbe porsi il problema della tempestività della eccezione di conciliazione; problema che può forse trovare soluzione considerando la non rilevabilità d’ufficio della eccezione e dunque, secondo i principi generali, la necessità di formularla nel primo atto difensivo a pena di implicita rinuncia.

Così ragionando, nella prospettiva della riforma societaria, dovrà intendersi “prima difesa” l’atto con il quale il convenuto si è costituito in giudizio ai sensi dell’art. 4 del Decreto. Poiché il provvedimento legislativo sembra aver attribuito completa autonomia all’istanza di fissazione dell’udienza disciplinata dall’art. 8, la non rilevabilità d’ufficio dell’eccezione di conciliazione impedisce di ritenere che le parti possano scambiarsi plurimi e reciproci atti difensivi – oltre il termine per la notifica della memoria di replica dell’attore – prima di sottoporre al giudice la questione della sospensione del procedimento; così che nella pratica, il convenuto che intenda avvalersi della clausola di conciliazione dovrà formulare l’eccezione e la domanda di sospensione nella comparsa di risposta e potrà notificare alle

---

<sup>109</sup> N. SOLDATI, *Osservazioni a margine degli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie nella riforma del processo societario*, in *Le Società*, n. 6/2003, pag. 800.

altre parti l'istanza di fissazione dell'udienza entro venti giorni dalla notifica della memoria di replica dell'attore o dalla scadenza del relativo termine<sup>110</sup>.

#### 7. Il contenuto essenziale del verbale di conciliazione

Sia che il procedimento abbia avuto esito positivo, sia che abbia avuto esito negativo, il verbale di conciliazione deve riportare, ai sensi del settimo comma dell'art. 40, le indicazioni necessarie all'esatta individuazione dell'organismo che ha condotto la conciliazione, con particolare riguardo agli estremi della iscrizione nel registro tenuto presso il Ministero della Giustizia ai sensi dell'art. 38, primo comma<sup>111</sup>.

Letta in relazione a quanto previsto dal comma successivo in ordine all'accertamento della regolarità formale, la norma sembra dunque stabilire la sanzione della non omologazione del verbale carente delle indicazioni necessarie.

É certamente anche questa una garanzia di affidabilità, soprattutto nel caso in cui nel corso della conciliazione si realizzino irregolarità che potranno poi essere valutate secondo quanto disposto dai codici di comportamento degli organismi di conciliazione.

Tale considerazione va riferita non solo all'eventuale comportamento scorretto del conciliatore ma altresì a quello delle parti, soprattutto con riferimento alla fase post conciliazione di cui ci si è occupati nell'esame del quinto comma.

#### 8. Omologazione del verbale di conciliazione ed efficacia esecutiva

In caso di esito positivo, ai sensi del comma ottavo, il conciliatore e le parti procedono alla sottoscrizione di apposito e separato verbale – di cui le

---

<sup>110</sup> Alla fattispecie si applicherà l'Art. 8, comma 2 lettera A del Decreto.

<sup>111</sup> Ai sensi dell'art. 9, comma 2 del Regolamento, in *Appendice* a questa opera, l'ente o l'organismo è tenuto a fare menzione negli atti del numero d'ordine con la dicitura: "iscritto al n. \_\_\_ del Registro degli organismi deputati a gestire tentativi di conciliazione a norma dell'articolo 38 del decreto legislativo 17.1.2003, n. 5".

parti potranno richiedere copia – il cui contenuto, come sopra ricordato, non potrà essere divulgato, stante l’obbligo di segretezza sancito dai comma 1 e 5 dell’articolo in commento<sup>112</sup>.

Il legislatore ha altresì previsto, nel Regolamento ministeriale, che l’esito positivo della conciliazione debba essere comunicato senza ritardo da parte dell’ente o dell’organismo di gestione all’Autorità alla quale compete la tenuta del registro degli iscritti, autorizzandola a comminare, in caso di violazione degli obblighi di comunicazione, la sanzione della sospensione o cancellazione dal registro, secondo le norme che regolano il procedimento amministrativo<sup>113</sup>.

Il legislatore ha previsto inoltre che il verbale in questione sia sottoposto al Presidente del Tribunale nel cui circondario ha sede l’organismo di conciliazione. La norma non indica chi debba richiedere l’omologazione, tuttavia appare logico ritenere che siano le parti a dovervi provvedere, in analogia con il procedimento finalizzato ad ottenere l’*exequatur* del lodo arbitrale, disciplinato dall’art. 825 c.p.c.<sup>114</sup>

Non è peraltro escluso che la questione possa trovare idonea disciplina nell’ambito dei regolamenti di procedura che verranno adottati dagli organismi di conciliazione.

Esperito pertanto un controllo di sola regolarità formale, il verbale viene omologato; al contrario, in caso di diniego dell’omologazione, l’autorità giudiziaria trasmette copia del provvedimento al responsabile della tenuta del registro, ai sensi dell’art. 13, comma 2, del Regolamento.

L’esame di regolarità formale operato dal giudice dovrà essere indirizzato alla verifica della natura dell’ente conciliatore, il quale dovrà risultare iscritto negli elenchi depositati presso il Ministero della Giustizia,

---

<sup>112</sup> Cfr. in argomento L. RUBINO, op. cit., pag. 501 e F. DE SANTIS, op. cit., pag. 457 secondo i quali le parti non hanno diritto ad ottenere copia dei documenti che confluiscono nel fascicolo del procedimento – quali ad es. le perizie – in quanto appartenenti alla fase procedimentale della conciliazione e pertanto coperti da riservatezza.

<sup>113</sup> Cfr. artt. 8 e 10 del Regolamento, nella *Appendice* in questa opera.

<sup>114</sup> Secondo F. DE SANTIS, op. cit., pag. 459, potrebbero applicarsi al procedimento di omologazione le norme di cui agli art. 25-27 e 30-33 del Decreto Legislativo n. 5/2003.

alla presenza delle richieste sottoscrizioni delle parti e del conciliatore ed alla natura della controversia, che dovrà rientrare nelle materie transigibili elencate nell'art. 1 della Riforma con le esclusioni di cui si è detto<sup>115</sup>.

È invece da ritenere escluso che al Presidente del Tribunale sia consentita la verifica del rispetto, nel corso del procedimento, del principio del contraddittorio, delle garanzie di difesa delle parti, dell'indipendenza ed imparzialità del conciliatore e dei principi di riservatezza e correttezza, stante la inammissibilità di sindacato del documento sul piano sostanziale che si deduce dal testo della norma<sup>116</sup>.

A chiusura della norma il legislatore ha precisato che il verbale di conciliazione acquista con l'omologazione valore di titolo esecutivo per l'espropriazione forzata, per l'esecuzione in forma specifica e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale.

La previsione si pone in contrasto con quanto statuito dall'art. 16, secondo comma del Decreto dove si legge che “*il verbale di conciliazione costituisce titolo esecutivo anche per la consegna di cose mobili o il rilascio di immobili, nonché per l'esecuzione di obblighi di fare e non fare*”.

La questione, di non poco momento, della efficacia di titolo esecutivo attribuita dal legislatore delegato al verbale di conciliazione si pone in coerenza con le recenti conclusioni cui è pervenuta la giurisprudenza costituzionale con la sentenza 12 luglio 2002, n. 336 con la quale, sovvertendo il precedente orientamento secondo il quale il verbale di conciliazione giudiziale, pur essendo titolo esecutivo ex art. 185 c.p.c., non potesse consentire l'esecuzione in forma specifica sul presupposto che l'art. 612 c.p.c. richiede a tal fine la sentenza di condanna, ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 612 c.p.c. in relazione agli artt. 3, 10, 24, 111 e 113 Cost. nella parte in cui “*non prevede (...) l'esecuzione*

---

<sup>115</sup> Per una compiuta descrizione del controllo di formalità in materia cfr. E. MINERVINI, *Le Camere di commercio e la conciliazione delle controversie*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, 4, 971; per un confronto con l'*exequatur* arbitrale cfr. F. CARPI, *Arbitrato, Deposito del lodo*, Bologna, 2001; C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, I, Padova, 2000.

<sup>116</sup> In senso contrario si è attestata L. RUBINO, op. cit., pag. 512.

*degli obblighi di fare e di non fare sulla base di un verbale di conciliazione giudiziale sotto il controllo del giudice dell'esecuzione, in quanto (...) l'art. 612 c.p.c. può essere letto nel senso che esso consenta il procedimento di esecuzione disciplinato dalle disposizioni che lo seguono anche se il titolo esecutivo sia costituito dal verbale di conciliazione*".

A queste deve aggiungersi la dichiarata efficacia del verbale di conciliazione a valere quale titolo esecutivo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale<sup>117</sup>.

In conclusione, merita di essere osservato che le norme in materia di conciliazione stragiudiziale di cui sopra si è trattato non prendono in considerazione – diversamente da quanto accade in tema di arbitrato societario dove agli arbitri è espressamente consentito conoscere, seppure in via incidentale, di questioni non compromettibili – l'ambito di operatività dello strumento di conciliazione, oggetto della disciplina di cui al Decreto n. 5/2003.

Evidentemente, nella materia societaria la conciliazione dovrà essere confinata all'interno dalla disponibilità dei diritti oggetto di controversia tra le parti<sup>118</sup>, in considerazione anche della natura ed efficacia di "transazione commerciale" riconosciuta all'accordo finale della procedura<sup>119</sup>.

---

<sup>117</sup> Per un approfondimento della materia cfr. A. PROTO PISANI, *Per un nuovo titolo esecutivo di formazione stragiudiziale*, in *Foro it.*, 2003, 6, V, pag. 117.

<sup>118</sup> Per un approfondimento della questione cfr. T. GALLETTO, op. cit., pag. 401.

<sup>119</sup> Cfr. *Libro verde relativo ai modi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale*, pubblicato dalla Commissione Europea il 19 aprile 2002, in [www.europa.eu.int](http://www.europa.eu.int).

## **Titolo VII – NORME TRANSITORIE E FINALI**

### **Articolo 41**

#### **Disciplina transitoria**

*1. Ai giudizi pendenti alla data di entrata in vigore del presente decreto si applicano le disposizioni anteriormente vigenti; si applica comunque l'articolo 24 alle domande cautelari proposte successivamente alla data di entrata in vigore del presente decreto.*

*2. 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.*

SOMMARIO: 1. L'ambito di applicazione del Decreto. – 2. L'ambito di applicabilità alle modifiche delle clausole compromissorie preesistenti.

1. L'ambito di applicazione del Decreto.

La norma contenuta nel primo comma dell'art. 41 disciplina l'entrata in vigore del decreto legislativo n. 5/2003, stabilendo che le norme in esso



contenute non si applicano ai giudizi pendenti alla data del 1 gennaio 2004, i quali restano disciplinati dalle precedenti disposizioni normative.

Con il generico richiamo all'espressione "giudizi" il legislatore sembra aver inteso fare riferimento, e non si spiegherebbe il contrario, sia al giudizio davanti al giudice ordinario che agli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie: arbitrato e conciliazione stragiudiziale.

In questa prospettiva possono ritenersi pendenti alla data di entrata in vigore del Decreto (1 gennaio 2004) i giudizi ordinari che risultino iscritti al ruolo alla data del 31 dicembre 2003.

Quanto ai giudizi arbitrali, sulla scorta del recente orientamento della giurisprudenza di legittimità, devono considerarsi pendenti i procedimenti arbitrali la cui domanda di accesso all'arbitrato sia stata notificata alla controparte prima dell'1 gennaio 2004.<sup>120</sup> In questa prospettiva si inserisce il già citato principio, di recente enunciazione, secondo il quale la notifica si perfeziona, ai fini processuali, con la consegna dell'atto all'ufficiale giudiziario per la notifica<sup>121</sup>. Così che si pone il problema di individuare il momento determinativo della pendenza del giudizio arbitrale, tra quello in cui è avvenuta la consegna dell'atto di nomina d'arbitro e accesso all'arbitrato all'ufficiale giudiziario per la notifica e quello in cui l'atto è stato effettivamente notificato alla parte. Per la verità la prima delle ipotesi sembra creare una eccessiva forzatura del principio richiamato; per cui appare preferibile considerare determinante ai fini in esame il momento in cui si è perfezionata la notifica dell'atto alla parte.

La norma stabilisce inoltre l'applicazione dell'art. 24, in materia di provvedimenti cautelari in corso di causa e giudizio abbreviato, alle domande cautelari proposte (in corso di causa) successivamente alla data dell'1 gennaio 2004, ancorché nel corso di giudizi iscritti al ruolo anteriormente a quella data.

---

<sup>120</sup> Cfr. Cass. 25 luglio 2002, n. 10922; Cass. 8 aprile 2003, n. 5457.

<sup>121</sup> Così Corte Cost. 22.11.2002, n. 477; Corte Cost. 23.1.2003, n. 28.

2. L'ambito di applicabilità alle modifiche delle clausole compromissorie preesistenti.

Il secondo comma della norma in commento stabilisce che le disposizioni che regolano la procedura di modifica dell'atto costitutivo per l'introduzione o la soppressione di clausole compromissorie non si applicano alle modifiche deliberate – a norma degli articoli 223 *bis* e 223 *duodecies* delle disposizioni di attuazione del codice civile<sup>122</sup> – per adeguare le clausole

---

<sup>122</sup> L'art. 223 *bis* così dispone: “*Le società di cui ai capi V, VI e VII del titolo V del libro V, del codice civile, iscritte nel registro delle imprese alla data del 1° gennaio 2004, devono uniformare l'atto costitutivo e lo statuto alle nuove disposizioni inderogabili entro il 30 settembre 2004. 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. Le modifiche statutarie necessarie per l'attribuzione all'organo amministrativo, al consiglio di sorveglianza o al consiglio di gestione della competenza all'adeguamento dello statuto alle disposizioni di cui all'articolo 2365, secondo comma, del codice sono deliberate dall'assemblea straordinaria con le modalità e le maggioranze indicate nei commi precedenti. Fino alla data indicata al primo comma, le precedenti disposizioni dell'atto costitutivo e dello statuto conservano la loro efficacia anche se non sono conformi alle disposizioni inderogabili del presente decreto. Dalla data del 1° gennaio 2004 non possono essere iscritte nel registro delle imprese le società di cui ai capi V, VI e VII del titolo V del libro V del codice civile, anche se costituite anteriormente a detta data, che siano regolate da atto costitutivo e statuto non conformi al decreto medesimo. Si applica in tale caso l'articolo 2331, quarto comma, del codice. Le società costituite anteriormente al 1° gennaio 2004 possono, in sede di costituzione o di modificazione dello statuto, adottare clausole statutarie conformi ai decreti legislativi attuativi della legge 3 ottobre 2001, n. 366. Tali clausole avranno efficacia a decorrere dal momento, successivo alla data del 1° gennaio 2004, in cui saranno iscritte nel registro delle imprese con contestuale deposito dello statuto nella sua nuova versione.*”

L'art. 223 *duodecies* così dispone: “*Le società di cui al capo I del titolo VI del libro V del codice civile, iscritte nel registro delle imprese alla data del 1° gennaio 2004, devono uniformare l'atto costitutivo e lo statuto alle nuove disposizioni inderogabili entro il 31 dicembre 2004. Le deliberazioni necessarie per l'adeguamento dell'atto costitutivo e dello statuto alle nuove disposizioni inderogabili possono essere adottate, in terza convocazione, a maggioranza semplice dei presenti. L'articolo 2365, secondo comma, del codice civile, nella parte relativa all'adeguamento dello statuto a disposizioni normative, trova applicazione anche per l'adeguamento alle norme introdotte con i decreti legislativi attuativi della legge n. 366 del 2001. Le modifiche statutarie necessarie per l'attribuzione all'organo amministrativo, al consiglio di sorveglianza o al consiglio di gestione della competenza all'adeguamento dello statuto alle disposizioni di cui al presente decreto sono deliberate dall'assemblea straordinaria con le modalità e le maggioranze indicate nei commi precedenti. Fino alla data indicata al primo comma le precedenti disposizioni dell'atto costitutivo e dello statuto conservano la loro efficacia anche se non sono conformi alle disposizioni inderogabili del presente decreto. Dalla data del 1° gennaio 2004 non possono essere iscritte nel registro delle imprese le società di cui al capo I del titolo VI del libro V del codice, anche se costituite anteriormente a detta data, che siano regolate da atto costitutivo e statuto non conformi al decreto medesimo. Si applica in tale caso l'articolo 2331, quarto comma, del codice civile. Le disposizioni fiscali di carattere agevolativo previste dalle leggi speciali si applicano soltanto alle cooperative a mutualità prevalente. Conservano le agevolazioni fiscali le società cooperative e i loro consorzi che, con le*

compromissorie, preesistenti alla data dell'1 gennaio 2004, alle disposizioni inderogabili contenute nel decreto legislativo n. 5/2003.

Al di là della previsione normativa, che non necessita di attività esegetica particolare, merita di essere svolta una breve osservazione in ordine agli effetti del richiamo operato dal legislatore alle menzionate norme delle disposizioni di attuazione del codice civile.

Il richiamo si colloca nell'ambito del Decreto in commento con l'effetto di risolvere, come è stato osservato<sup>123</sup>, il dubbio sulla obbligatorietà dell'adeguamento delle clausole compromissorie statutarie alle disposizioni inderogabili.

A tale proposito il legislatore, con l'introduzione degli art. 223 *bis* e 223 *duodecies*, ha fissato i termini del 30 settembre 2004 e del 31 dicembre 2004 rispettivamente per le società di capitali e per le società cooperative, lasciando fuori da tali previsioni le società di persone.

Come è tuttavia evidente le norme del Decreto oggetto di esame si applicano anche alle società di persone. Per cui appare logico ritenere che gli atti costitutivi e gli statuti di tali società dovranno essere adeguati alle norme inderogabili del Decreto con le modalità e nei termini indicati dalle richiamate disposizioni, rese operanti in via analogica.

## Articolo 42

### Disposizioni finali

*1. Il Ministero della Giustizia approva uno o più modelli, anche telematici, per la rilevazione degli elementi necessari alla periodica elaborazione del dato statistico concernente la durata media dei singoli procedimenti giurisdizionali di cui al presente decreto legislativo. Dei suddetti modelli sono provvisti gli uffici di cancelleria dei Tribunali, delle Corti d'appello e della Corte suprema di cassazione.*

---

*modalità e le maggioranze previste per le deliberazioni assembleari dall'articolo 2538 del codice, adeguano i propri statuti alle disposizioni che disciplinano le società cooperative a mutualità prevalente entro il 31 dicembre 2004."*

<sup>123</sup> Cfr. E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione arbitrale delle società dopo la riforma*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, 968.

*2. Il Presidente del Tribunale, il Presidente della Corte d'appello e il Primo Presidente della Corte Suprema di cassazione curano che, secondo le indicazioni contenute dal decreto ministeriale di approvazione dei modelli di raccolta dei dati, questi ultimi siano tempestivamente comunicati al Ministero della giustizia. Il Ministero della giustizia ne garantisce la più ampia conoscibilità, anche in forme disaggregate e comparative, e informa annualmente il Ministero dell'economia e delle finanze.*

*3. Nell'intervento del Procuratore generale della Repubblica nel corso delle assemblee generali, tenute a norma dell'articolo 93, primo comma, n.1), del regio decreto 30 gennaio 1941, n.12, è offerta specificamente notizia dei dati in questione.*

SOMMARIO: 1. Rilevazione statistica dell'andamento dei procedimenti.

#### 1. Rilevazione statistica dell'andamento dei procedimenti

Con l'articolo in esame il legislatore ha previsto l'intervento del Ministero della Giustizia per l'approvazione di appositi modelli, anche telematici, disponibili presso le cancellerie di Tribunali, Corti di Appello e di Cassazione, da compilare per favorire la rilevazione a fini statistici della durata dei procedimenti giurisdizionali regolati dal presente decreto.

A norma del secondo comma, i Presidenti dei menzionati uffici giudiziari cureranno, secondo le indicazioni contenute nell'apposito decreto ministeriale, la raccolta e la comunicazione di tali modelli al Ministero della Giustizia che ne garantisce la conoscibilità.

È previsto dal terzo comma di tale norma che dei dati così raccolti il Procuratore Generale della Repubblica offra notizia nel corso delle assemblee generali in cui si riuniscono la Corte Suprema di Cassazione e le Corti di Appello per l'inaugurazione dell'anno giudiziario, per dare al governo pareri richiesti su disegni di legge od altre materie di pubblico interesse, e per deliberare su materie d'ordine e di servizio interno e che interessano l'intero organo giudiziario.

**Articolo 43**

**Entrata in vigore**

- 1. Il presente decreto entra in vigore il 1° gennaio 2004.*