

**NOMINA DEGLI ARBITRI NELL'ARBITRATO SOCIETARIO
EX ART. 34 D.LGS. N. 5/2003**

Tribunale di Catania – sez. IV Civile – sent. 26 novembre 2004; *Pres.*: Macrì,
Rel.: Paternò Raddusa

Il tenore dell'art. 34, comma 2, del d. lgs. n. 5 del 2003 fa ritenere nulle le clausole che attribuiscono ad un intraneo alla compagine il potere di nomina degli arbitri; e ciò sia in caso di nuova costituzione che di società già costituite alla data del 1/1/04 che non abbiano provveduto ad adeguare lo statuto nel termine ultimo del 30/9/04.

Ed è una nullità radicale che priva di qualsivoglia effetto nella sua interezza la originaria scelta compromissoria non potendo nella specie trovare applicazione il meccanismo di salvezza di cui al comma II dell'art. 1419 c.c. per le ipotesi di nullità parziale.

MOTIVI DELLA DECISIONE (*omissis*). Sulla nullità della clausola compromissoria statutaria. Preliminarmente va vagliata - e, per quanto si dirà da qui a poco, superata - l'eccezione di improponibilità della domanda articolata dalla convenuta in comparsa di risposta.

Ritiene infatti il Tribunale fondata la controeccezione di nullità della relativa previsione statutaria - ritualmente sollevata dalla difesa delle attrici con la memoria di replica resa ai sensi dell'art. 6 del decreto legislativo 5/03 - per la sopravvenuta contrarietà della clausola in questione al principio dettato dall'art 34, comma II, stesso decreto.

In particolare, in punto di fatto va osservato come lo statuto della H. t. C. srl, all'art 25 preveda che "qualunque controversia dovesse insorgere... tra i soci e la società, ...in relazione alla esecuzione o alla interpretazione del contratto sociale verrà devoluta alla cognizione di un Collegio di arbitri composto di tre membri nominati uno da ciascun contendente ed il terzo d'accordo tra le parti o in mancanza dal Presidente del Tribunale di Catania".

E' poi noto che in tema di arbitrato societario l'art 34 comma II del decreto legislativo nr. 5/03 impone oggi, a pena di nullità, il conferimento statutario del potere di nomina degli arbitri ad un soggetto estraneo alla compagine sociale e che ai sensi del combinato disposto di cui al comma VI del medesimo articolo e dell'art 223 *bis* disp att. del cod. civ. era in facoltà delle società di capitali adeguare il relativo statuto ai nuovi principi dettati dal citato decreto legislativo entro il termine ultimo del 30 settembre 2004.

Infine, sempre in punto di fatto, è incontrovertito che la società, nel termine ultimo sopra citato non ha adeguato lo statuto mantenendo quindi immutata la previsione statutaria che occupa.

Occorre, quindi, definire la sorte delle clausole statutarie non adeguate alla data del 1 ottobre 2004 le quali, come nella specie, prevedono il conferimento del potere di nomina in capo a soggetti intranei alla compagine.

Sono tre gli orientamenti interpretativi sostanzialmente emersi nel panorama dottrinario con riferimento alla tematica che occupa.

Il primo, cui il Tribunale ritiene di aderire, considera radicalmente nulla la relativa clausola non adeguata finendo per espungerla dal contratto sociale; il

secondo, pur condividendo la sanzione della nullità, ritiene tuttavia applicabile alla specie il disposto di cui all'art.1419 c.c. limitando l'invalidità alla sola previsione del conferimento di nomina a soggetti intranei alla società e facendo salva la scelta compromissoria tramite il meccanismo sostitutivo previsto dal comma II del citato articolo, qui garantito dalla seconda parte del comma II dell'art 34 che prevede l'intervento sostitutivo del Presidente del Tribunale.

Infine, il terzo ritiene che accanto all'arbitrato societario sopravviva, anche per le controversie sussunte sotto l'egida dell'art. 1 del dlgs nr. 5/03, l'arbitrato comune e che le regole tipicamente proprie dell'arbitrato societario possano trovare applicazione solo nel caso in cui la compagine, adeguando lo statuto, abbia inteso aderire a siffatta nuova forma di definizione delle controversie ferma restando, in caso contrario, la validità della scelta compromissoria originale, regolata dalle norme di diritto comune dettate dal codice di rito.

L'ultima di siffatte opzioni normative non convince il Collegio.

Essa si fonda principalmente sul dato letterale dell'art. 34 nella parte in cui si limita a prevedere che gli atti costitutivi delle società "possono" prevedere la devoluzione ad arbitri delle controversie mediante clausole compromissorie; e, per il vero, trova una (immediata ma equivoca) conferma nella relazione al decreto delegato nella quale si legge che "la formulazione del testo contribuisce alla creazione di una compiuta *species* arbitrale che si sviluppa senza pretese di sostituire il modello codicistico (naturalmente ultrattivo anche in materia societaria) comprendendo numerose opzioni di rango processuale ...che appaiono assolutamente funzionali alla promozione della cultura dell'arbitrato endosocietario".

E' a dirsi, tuttavia, che, fermandosi al dato letterale, il riferimento al "possono" di cui al I comma dell'art 34 appare evidentemente volto a garantire non tanto la sopravvivenza dell'arbitrato di diritto comune anche per le controversie societarie quanto la libertà, per le società, di scegliere, per la definizione delle controversie, la via arbitrale quale alternativa a quella giurisdizionale sottoponendosi, tuttavia, in caso di previsione della clausola compromissoria, alle previsioni procedurali da ritenersi, per come riportato dalla stessa formulazione del successivo art. 35, inderogabili (e qui, al contrario del richiamo precedente, il dato letterale assume un significato interpretativo certamente più pregnante nel senso della imprescindibilità delle regole ivi dettate per gli arbitrati che coinvolgano le materie segnalate dall'art 1 del decreto).

Quanto al rapporto tra disciplina arbitrale comune e societaria appare corretto parlare di coesistenza ma non nel senso, suggerito dall'orientamento che qui si avversa, della alternatività tra i due sistemi di arbitrato per le medesime controversie, quanto di compresenza, in ciascun arbitrato societario, sia delle regole comuni - che ne costituiscono il substrato - che di quelle speciali che si aggiungono alle prime, integrandole e se del caso anche derogandole.

Il tenore della norma che occupa non può, quindi, che far ritenere nulle le clausole che attribuiscono ad un intraneo alla compagine il potere di nomina degli arbitri; e ciò sia in caso di nuova costituzione che di società già costituite alla data del 1/1/04 che non abbiano provveduto ad adeguare lo statuto nel termine ultimo del 30/9/04.

Ed è, a parere del Collegio, una nullità radicale che priva di qualsivoglia effetto nella sua interezza la originaria scelta compromissoria non potendo nella

specie trovare applicazione il meccanismo di salvezza di cui al comma II dell'art 1419 c.c. per le ipotesi di nullità parziale.

In particolare, la possibilità di mantenere valida la scelta arbitrale salvando la clausola per il tramite della forzata sostituzione della invalida attribuzione del potere di nomina ad un intraneo riferendosi al potere di intervento sostitutivo del Presidente del Tribunale sancito dalla II parte del comma II dell'art. 34 appare ostacolata da più considerazioni.

In primo luogo dalla circostanza che l'attribuzione ad un estraneo della società del potere di nomina rappresenta un momento qualificante dell'arbitrato societario perché in essa si concreta l'intenzione di consolidare l'indipendenza e l'imparzialità dell'arbitro senza la quale si finirebbe per vanificare una parte importante della ratio sottesa alla nuova disciplina.

Il sistema esterno di nomina costituisce, cioè, un passaggio decisivo per accedere all'arbitrato societario sì che appare certamente inesatto affermare che la nullità che inerisce alle modalità della nomina con il conferimento del relativo potere ad un intraneo non involge in se la scelta arbitrale, travolgendola, bensì solo una sua declinazione, *id est* il modo di nominare gli arbitri.

Piuttosto, la relativa nullità deve ritenersi tale da travolgere per intero la scelta compromissoria, da ritenersi compatibile con l'arbitrato societario solo in caso di conferimento a terzi estranei del potere di nomina.

La letterale formulazione della norma non sembra poi lasciare adito ad equivoci di sorta: la nullità opera immediatamente in caso di attribuzione ad un intraneo del potere di nomina mentre il potere sostitutivo del Presidente del Tribunale, lungi dal costituire regola generale suppletiva in caso di mancata designazione, è destinato a divenire operativo solo ed esclusivamente se il terzo estraneo indicato in statuto non provvede restando inerte alla sollecitazione degli interessati.

Ne viene la conseguenziale inadeguatezza del richiamo all'art. 1419 comma II il quale presuppone la presenza di una norma imperativa che consenta una immediata sostituzione della scelta convenzionale al fine di garantire la conservazione del contratto.

Nel caso dell'arbitrato societario, l'intervento suppletivo del Presidente del Tribunale presuppone, piuttosto, che già a monte le parti abbiano inteso attribuire ad un terzo il potere di nomina degli arbitri e che quest'ultimo sia rimasto inerte; laddove, invece, il conferimento sia stato attribuito ad un intraneo, è la stessa scelta compromissoria a risultare minata in radice e l'intervento giudiziale del tutto estraneo (oltre che invasivo) rispetto alla volontà negoziale delle parti che, in violazione di una norma imperativa, non volevano riferire ad un terzo estraneo il potere di nomina.

A rimanere caducata è quindi l'intera previsione statutaria contraria a legge e non solo la modalità di nomina dell'arbitro.

La clausola statutaria in oggetto va pertanto dichiarata priva di effetti e come tale non ostativa alla disamina del merito della presente controversia (*omissis*).

NOTA

In base alla nuova disciplina del processo societario¹, introdotta con il d. lgs. n. 5 del 2003², l'arbitrato nascente da clausole compromissorie statutarie contempla una previsione tanto innovativa per il nostro ordinamento quanto foriera di una pletera di interpretazioni assai divergenti tra loro, in relazione alle modalità di composizione del collegio arbitrale³.

Come è noto, l'art. 34, comma 2, impone che la clausola compromissoria contenuta negli atti costitutivi delle società debba prevedere il numero e le modalità di nomina degli arbitri, "conferendo in ogni caso, a pena di nullità, il potere di nomina di tutti gli arbitri a soggetto estraneo alla società. Ove il soggetto designato non provveda, la nomina è richiesta al Presidente del Tribunale del luogo in cui la società ha la sede legale".

Subito dalla prima lettura della norma appare evidente la codificazione di un nuovo meccanismo di nomina che, nelle sue fondamentali caratteristiche, viene a differenziarsi nettamente rispetto a quello dettato dal codice di rito, così nettamente che è lecito affermare che il legislatore abbia voluto dare vita ad una vera e propria species di clausola arbitrale in ambito societario la quale, per certi aspetti, si pone in aperto contrasto con le previsioni contenute all'interno del codice di procedura civile dettate in tema di arbitrato⁴.

¹ S. CHIARLONI (diretto da), *Il nuovo processo societario*, Bologna, 2004; G. ARIETA, F. DE SANTIS, *Diritto processuale societario*, Padova, 2004; D. AMADEI, N. SOLDATI, *Il processo societario. Prima lettura sistematica delle novità introdotte dal D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5*, Milano, II ed. 2004; G. ALPA, T. GALLETTO (a cura di), *Processo, arbitrato e conciliazione nelle controversie societarie, bancarie e del mercato finanziario. Commento al d. lgs. 17 gennaio 2003, n. 5*, Milano, 2004; B. SASSANI (a cura di), *La riforma delle società. Il processo*, Torino, 2003; L. COLANTUONI, M. FABIANI, E. NORELLI, E. PICARONI, L. RUBINO, R. VIVALDI, *I procedimenti* (D. Lgs. 17 gennaio 2003 n. 5), Milano, 2003.

² D. Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, in G.U. 22 gennaio 2003, n. 17, suppl. ord. n. 8. recante: "Definizione dei procedimenti in materia di diritto societario e di intermediazione finanziaria, nonché in materia bancaria e creditizia, in attuazione dell'art. 12, L. 3 ottobre 2001, n. 366".

³ C. CONSOLO, *Esercizi imminenti sul c.p.c.: metodi asistematici e penombre*, in *Corr. giur.*, 2002, p. 1544, avanza qualche dubbio di costituzionalità sul meccanismo di nomina disegnato dal legislatore delegato.

⁴ N. SOLDATI, *Le clausole compromissorie nelle società commerciali*, Milano, 2005; F. CRISCI, *Considerazioni sull'arbitrato in materia societaria tra ritualità e irritualità nel quadro della riforma del processo societario di cui al d. lgs. n. 5 del 17 gennaio 2003*, in *Riv. dir. comm.*, 2005, 139; G. GABRIELLI, *Clausola compromissorie e statutarie sociali*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, 85; R. SALLI, *Arbitrato e riforma societaria: la nuova clausola arbitrale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, 114; G. DE NOVA, *Controversie societarie: arbitrato societario o arbitrato di diritto comune?*, in *Contratti*, 2004, 847; G. ARIETA, F. DE SANTIS, *Diritto processuale societario*, cit., 593; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Commento sub art. 34*, in CARPI (a cura di), *Arbitrato societario*, Bologna, 2004, 1; N. SOLDATI, *La nuova clausola compromissoria statutaria*, in *Dir. e prat. soc.*, 2004, n. 16, 26; F.P. LUISO, *Appunti sull'arbitrato societario*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, 705; F. CARPI, *Profili dell'arbitrato in materia di società*, in *Riv. arb.*, 2003, 411; E.F. RICCI, *Il nuovo arbitrato societario*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2003, 523; G. RUFFINI, *La riforma dell'arbitrato societario*, in *Corr. giur.*, 2003, 1524; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione arbitrale nelle società dopo la riforma*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2003, 929; N. SOLDATI, *Osservazioni a margine degli*

Nella sua configurazione l'art. 34, comma 2, sancendo la nullità della clausola che preveda la designazione degli arbitri ad opera del parti, da un lato, viene a sacrificare il principio della libera e paritaria partecipazione delle stesse alla nomina dei componenti del collegio arbitrale, ma, dall'altro, è in grado di superare la problematica relativa alla potenziale pluralità di parti della controversia, garantendo, al contempo, la paritaria partecipazione delle parti alla procedura nonché la terzietà del collegio arbitrale.

Ciononostante, siffatto meccanismo di nomina dell'arbitro unico o del collegio arbitrale nasconde insidie maggiori di quelle che da una prima semplice lettura della norma possano emergere. Infatti, sulla scorta di una interpretazione rigidamente letterale, che, peraltro, appare la più corretta e conforme agli orientamenti della giurisprudenza maggioritaria fino ad oggi sviluppata, la mancata previsione all'interno della clausola compromissoria statutaria della nomina degli arbitri ad opera di un soggetto estraneo alla società, prevista sotto pena di nullità, comporta la nullità dell'intera clausola arbitrale, costringendo soci ed organi della società a rivolgersi all'autorità giudiziaria ordinaria per la risoluzione delle controversie, fatta salva, evidentemente, la possibilità di trovare un accordo, una volta insorta la lite, per la stipulazione di un compromesso arbitrale.

È evidente che la nullità dell'intera clausola arbitrale, a seguito del mancato rispetto del meccanismo di nomina degli arbitri, può apparire una sanzione oltremodo penalizzante, e contraria al favor arbitrati che traspare dai nuovi disposti⁶, tuttavia l'evidente intento del legislatore di fornire una soluzione definitiva alle problematiche relative alla plurisoggettività delle controversie sociali, è più che meritevole ed è degno di ampia approvazione.

La sentenza in esame, ponendosi nell'alveo della giurisprudenza maggioritaria fino ad oggi formata in merito all'art. 34 del decreto, ha

strumenti alternativi di risoluzione delle controversie nella riforma del processo societario, in Società, 2003, 791; F. CORSINI, L'arbitrato nella riforma del diritto societario, in Giur. it., 2003, 1285. Con riferimento alla possibile coesistenza di clausole arbitrali societarie e clausole arbitrali di diritto comune si veda: P.L. NELA, Oggetto ed effetti di clausole compromissorie statutarie, in CHIARLONI (diretto da), Il nuovo processo societario, cit., 933; F. AULETTA, La nullità della clausola compromissoria a norma dell'art. 34 D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5: a proposito di recenti (dis-)orientamenti del notariato, in Riv. arb., 2004, 361; V. SALAFIA, Alcune questioni di interpretazione del nuovo arbitrato societario, in Società, 2004, 1457.

⁵ P. BLAVATI, Il procedimento nell'arbitrato societario, in Riv. arb., 2003, p. 31; E.F. RICCI, Il nuovo arbitrato societario, cit., pp. 525-526, il quale afferma che "Poiché si è in presenza di una particolare forma di giustizia del gruppo organizzato, la garanzia dell'indipendenza dell'arbitro richiede che lo stesso sia scelto da soggetto estraneo all'organizzazione societaria. Si parte qui dall'idea che la controversia, pur svolgendosi tra soggetti ben determinati, possa in realtà coinvolgere direttamente o indirettamente l'interesse di tutti i membri del gruppo e il gruppo stesso come ente; e proprio per questo si diffida delle designazioni in qualche modo legate alla scelta compiuta da membri del gruppo o da suoi organi".

⁶ Basti pensare all'allargamento dei poteri degli arbitri di cui all'art. 35 del decreto.

⁷ Trib. Bari, 24 gennaio 2005, inedita; Trib. Udine, 4 novembre 2004, in Società, 2005, 777, con nota di N. SOLDATI, Clausole compromissorie statutarie e questioni di diritto transitorio, nella quale, peraltro, è stato affermato che "la sanzione di nullità deve quindi ritenersi limitata alle clausole compromissorie deliberate dopo l'entrata in vigore della nuova normativa processuale

affermato la nullità della clausola compromissoria contenuta all'interno dei patti sociali poiché contraria alla disposizione contenuta al secondo comma dell'art. 34 che "impone oggi, a pena di nullità, il conferimento statutario del potere di nomina degli arbitri ad un soggetto estraneo alla compagine sociale e che ai sensi del combinato disposto di cui al comma VI del medesimo articolo e dell'art. 223 bis disp. att. del cod. civ. era in facoltà delle società di capitali adeguare il relativo statuto ai nuovi principi dettati dal citato decreto legislativo entro il termine ultimo del 30 settembre 2004" e, nella fattispecie, nessun adeguamento della clausola compromissoria era stato effettuato⁸.

I giudici del Tribunale di Catania, dimostrando una buona conoscenza del problema e del travaglio giurisprudenziale - dottrinario sul punto, prendono in esame le tre principali teorie fino ad oggi sviluppatesi per arrivare alla motivazione della decisione assunta: a) radicale nullità della clausola arbitrale in presenza di nomina degli arbitri da parte di soggetti intranei alla società; b) nullità della clausola arbitrale con possibilità di applicazione dell'art. 1419 c.c., limitando l'invalidità alla sola previsione del conferimento della nomina a soggetti intranei alla società e facendo salva la scelta compromissoria attraverso il meccanismo sostitutivo contemplato dal secondo comma dell'articolo in parola, con intervento del presidente del tribunale quale autorità di nomina; c) sopravvivenza dell'arbitrato di diritto comune con nomina degli arbitri da parte di soggetti intranei accanto al nuovo arbitrato societario.

Per quanto attiene alla seconda teoria, viene analizzata dai giudicanti un'opinione autorevolmente espressa in dottrina⁹ che ha avuto riscontro anche in giurisprudenza¹⁰, la quale, nel tentativo di salvare la clausola arbitrale, ha sostenuto che la regola che impone l'attribuzione al terzo del potere di nomina degli arbitri "a pena di nullità" non si riferisce all'intera clausola¹¹, e che, quindi, è applicabile il meccanismo sostitutivo di cui all'art. 1419, secondo comma, c.c. con la conseguenza che si può conservare l'efficacia della clausola,

societaria, rimanendo le clausole preesistenti valide ed efficaci, sia pure nei limiti di efficacia loro riconosciuta dalle norme previgenti", Trib. Latina, 22 giugno 2004, in *Dir. e prat. soc.*, 2005, n. 2, 73, con nota di N. SOLDATI, *Nullità della clausola compromissoria statutaria a seguito di mancato adeguamento*; Trib. Trento, 8 aprile 2004, in *Giur. merito*, 2004, 1699; Trib. Trento, 11 febbraio 2004 in *Nuovo dir.*, 2005, n. 4, 275, con nota di N. SOLDATI, *Ambito di applicazione dell'arbitrato societario ex art. 34 del D.Lgs n. 5/2003 e disciplina transitoria*; contra: Trib. Genova, 7 marzo 2005, in *Corr. merito*, 2005, 759; Trib. Torino, 27 settembre 2004, in *Dir. e prat. soc.*, 2005, n. 10, 80, con nota di SOLDATI, *Validità della clausola compromissoria statutaria nel periodo transitorio*.

⁸ Trib. Latina, 22 giugno 2004, cit., nella cui motivazione si legge: "avendo il legislatore configurato una *vacatio legis* destinata appositamente anche all'adeguamento dei negozi societari alla nuova normativa, l'inerzia delle società preesistenti potrebbe essere sintomatica della consapevole volontà delle stesse di lasciare elidere, per effetto della nuova disciplina cogente, la clausola compromissoria dal proprio ordinamento, alla quale non dovrebbe quindi sovrapporsi necessariamente una sorta di ultrattività della clausola per effetto della sua sostituzione automatica".

⁹ F.P. LUISO, *Appunti sull'arbitrato societario*, cit., 717.

¹⁰ Trib. Torino, 27 settembre 2004, cit.

¹¹ Come accade per la previsione contenuta nell'art. 808, secondo comma, seconda parte, c.p.c., nel caso in cui, nell'arbitrato delle controversie di lavoro, la clausola compromissoria autorizzi gli arbitri a pronunciare secondo equità, oppure dichiarare il lodo non impugnabile

sostituendo con la previsione ex lege, la regola statutaria che attribuisce alle parti la nomina degli arbitri¹².

Tuttavia, il Tribunale di Catania, al pari di quanto già affermato dalla dottrina e dalla giurisprudenza maggioritaria¹³, arriva ad affermare che il meccanismo contemplato dall'art. 1419, comma 2, c.c. non appare applicabile in mancanza di una espressa indicazione normativa in tale senso, infatti, come sostenuto in giurisprudenza¹⁴, tale previsione opera soltanto se la sostituzione stessa debba avvenire "di diritto", in forza, cioè, di un'espressa previsione di legge.

Ulteriormente, sempre in relazione a questo orientamento, il Tribunale afferma che in caso di nullità del meccanismo di nomina, non possa trovare applicazione il meccanismo suppletivo di cui all'ultima parte del secondo comma dell'art. 34; in altri termini, ove risulti affetto da nullità il tradizionale meccanismo binario di nomina degli arbitri affidato alle parti, la loro nomina non potrebbe nemmeno essere effettuata dal Presidente del tribunale del luogo in cui la società ha la sede legale¹⁵, essendo la ratio della norma quella di sottrarre alle parti il potere diretto di nomina degli arbitri¹⁶ ed essendo tale meccanismo suppletivo applicabile solamente laddove "il soggetto designato non provveda" e non in caso di nullità della previsione, con la conseguenza che l'intervento ad

¹² V. SALAFIA, *Il nuovo arbitrato societario ed altre questioni*, cit., 100.

¹³ Trib. Udine, 4 novembre 2004, cit.; Trib. Latina, 22 giugno 2004, cit.; *contra* Trib. Torino, 27 settembre 2004, cit.

¹⁴ Cass., 28 giugno 2000, n. 8794, in *Contratti*, 2001, 236, la quale afferma che "l'inserzione automatica delle norme imperative in sostituzione della clausola contrattuale affetta da nullità può dirsi legittima, a norma dell'art. 1419, comma 2, c.c., soltanto se la sostituzione stessa debba avvenire "di diritto", in forza, cioè, di un'espressa previsione di legge, la quale, oltre a comminare la nullità di una determinata clausola, ne imponga anche la sostituzione con una normativa legale, mentre la predetta inserzione non è attuabile qualora il legislatore, nello stabilire la nullità di una clausola o di una pattuizione, non ne abbia espressamente prevista la sostituzione con una specifica norma imperativa"; nel medesimo senso: Cass., 2 settembre 1995, n. 9266, in *Giust. civ. Mass.*, 1995, 1594; Cass., Sez. un., 11 febbraio 1982, n. 835, in *Foro it.*, 1983, I, 1081.; Cass., 11 giugno 1981, n. 3783, in *Giust. civ. Mass.*, 1981, f. 6; Cass., 4 settembre 1980, n. 5100, in *Giust. civ. Mass.*, 1980, f. 9; Cass., 25 giugno 1979, n. 3551, in *Giust. civ. Mass.*, 1979, f. 6; *contra*: Cass., 21 agosto 1997, n. 7822, in *Giust. civ. Mass.*, 1997, 1467.

¹⁵ G. GABRIELLI, *Clausole compromissorie e statuti sociali*, cit., 90, il quale condivide la tesi della nullità parziale della clausola compromissoria con rinvio della nomina di tutti gli arbitri, ex art. 809 c.p.c., al presidente del tribunale affermando che: "se è vero, come sopra prospettato, che non nuoce alla validità della clausola la mancata indicazione del terzo titolare del potere di nomina, potendo applicarsi la regola suppletiva generale dell'art. 809, comma 3°, c.p.c., allora anche l'indicazione nulla, da equipararsi all'omissione, può venire sostituita da quella, operare "ex lege", dal presidente del tribunale"; dello stesso avviso anche F. CORSINI, *L'arbitrato nella riforma del diritto societario*, cit., 1294; *contra* F. AULETTA, *La nullità della clausola compromissoria a norma dell'art. 34 D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5: a proposito di recenti (dis-)orientamenti del notariato*, cit., 363.

¹⁶ Trib. Latina, 22 giugno 2004, cit. *contra*: F.P. LUISO, *Appunti sull'arbitrato societario*, cit., 717.

adiuvandum del Presidente del tribunale si potrebbe avere solamente in caso di inerzia nella nomina da parte del soggetto estraneo alla società¹⁷.

Da ultimo, i giudici catanesi esaminano la questione relativa alla possibile sopravvivenza dell'arbitrato di diritto comune nell'ambito delle controversie societarie nascenti da clausola compromissoria.

Secondo una parte della dottrina, e con riscontro anche in giurisprudenza¹⁸, poiché le nuove disposizioni introdotte dal d. lgs. n. 5 del 2003 non sostituiscono il sistema disegnato dal codice di rito, ma ad esso si vanno ad aggiungere, come del resto è stato evidenziato anche dalla relazione ministeriale al decreto legislativo¹⁹, nella quale si legge che "la formulazione del testo contribuisce alla creazione di una compiuta species arbitrale, che si sviluppa senza pretesa di sostituire il modello codicistico (naturalmente ultrattivo anche in materia societaria) comprendendo numerose opzioni di rango processuale... che appaiono assolutamente funzionali alla promozione della cultura dell'arbitrato endo-societario"²⁰, le vecchie clausole compromissorie statutarie c.d. binarie nelle quali la nomina degli arbitri è in capo ai litiganti sarebbero ancora pienamente valide ed efficaci. Tale ricostruzione appare, nella sua premessa, senza dubbio corretta e nella realtà auspicabile, però si mostra debole per sostenere la possibile coesistenza nell'ambito dei patti sociali di clausole di diritto comune e di clausole di diritto societario. Infatti, la volontà espressa dal legislatore con la previsione di una creazione di una nuova species arbitrale che non vada a sostituire il modello codicistico, può essere anche, e forse più correttamente, interpretata nel senso che gli arbitrati nascenti da clausola compromissoria statutaria sono regolati dal codice di rito, laddove la nuova disciplina non sia venuta a fornirne una specifica disciplina. Ciò apparirebbe anche dimostrato dal fatto che le nuove disposizioni degli art. 34, 35 e 36 del decreto toccano aspetti marginali del procedimento arbitrale, mentre l'ossatura di base rimane sempre quella del codice di rito (ad esempio, capacità ad essere nominati arbitri, ovvero istruzione probatoria e assunzione delle testimonianze)²¹.

Del resto in ambito societario le controversie deferite ad arbitri mediante la sottoscrizione di un compromesso arbitrale, non essendo stato questo oggetto di alcun intervento riformatore da parte del legislatore, continueranno necessariamente ad essere regolate dalle norme del codice di rito al pari di tutte quelle controversie di natura latu sensu societaria che esulano dall'ambito di applicazione dell'art. 34 del decreto²².

¹⁷ Come sostenuto anche da: G. ARIETA, F. DE SANTIS, *Diritto processuale societario*, cit., 640-641; G. RUFFINI, *La riforma dell'arbitrato societario*, cit., 1530.

¹⁸ Trib. Genova, 7 marzo 2005, cit.

¹⁹ D. AMADEL, N. SOLDATI, *Il processo societario. Prima lettura sistematica delle novità introdotte dal D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5*, cit., 255.

²⁰ F. AULETTA, *La nullità della clausola compromissoria a norma dell'art. 34 D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5: a proposito di recenti (dis-)orientamenti del notariato*, cit., 363-364.

²¹ Fatta salva l'ipotesi che, ai sensi dell'art. 816 c.p.c. le parti non abbiano previsto come regole della procedura quelle del nuovo processo societario.

²² Si fa riferimento alle controversie nascenti dal trasferimento di partecipazioni sociali (F. CARPI, *Profili dell'arbitrato in materia di società*, in *Riv. arb.*, 2003, 416; R. NOBILI, *Conciliazione e arbitrato nelle controversie societarie*, in *Atti del Convegno su «Conciliazione e arbitrato nelle*

Il summenzionato orientamento dottrinale porta a ritenere che la situazione delle società di fronte alla nuova disciplina dell'arbitrato è rappresentabile nei termini dell'onere, come suffragato dal testo della norma che recita "possono", infatti, ove la società volesse potere conseguire i peculiari effetti dell'arbitrato societario dovrebbe introdurre una clausola compromissoria ex art. 34 del decreto, in caso contrario, le controversie societarie continuerebbero ad essere regolate dalla disciplina del codice di rito, con tutte le relative limitazioni. Ne consegue che, il mancato adeguamento non minerebbe in alcun modo la validità delle clausole arbitrali di diritto comune contenute negli statuti, contrariamente a quanto affermato dai primi arresti giurisprudenziali, con la conseguenza che, alla luce del combinato disposto degli artt. 808, ultimo comma, c.p.c. e 1424 c.c., la clausola compromissoria potrebbe sì risultare nulla ai sensi dell'art. 34 del decreto, e, pur tuttavia, continuare a valere come clausola compromissoria di diritto comune, laddove contenga tutti i requisiti di forma e di sostanza imposti dal codice di rito²³.

Tali argomentazioni, secondo il Tribunale di Catania, non sembrano convincenti. Infatti, è importante ricordare che le intenzioni del legislatore delegante erano nel senso di aumentare le facoltà dei soci²⁴ e tale aumento è sicuramente stato realizzato attraverso la previsione di norme processuali ad hoc per l'arbitrato societario. Ma se, al contrario, si sostiene che sia ancora possibile utilizzare nell'ambito dei patti sociali clausole di diritto comune, ciò significa, non certo aumentare tali facoltà quanto piuttosto diminuirle, basti pensare, a titolo esemplificativo, all'impossibilità nella scelta dell'arbitrato di diritto comune, di chiedere agli arbitri provvedimenti cautelari²⁵. Questo orientamento, pur ispirato ad un'ampia libertà di scelta della forma di arbitrato da adottare, finirebbe per ostacolare la riforma, facendo perdurare lo stato di inoperatività dell'istituto Né, tanto meno, il "possono" di cui all'art. 34 non farebbe certo intendere una sopravvivenza dell'arbitrato di diritto comune, quanto piuttosto l'alternativa della "giurisdizione arbitrale" a quella ordinaria.

Il fatto che la clausola compromissoria possa essere introdotta nei patti sociali a discrezione dei soci è di palmare evidenza nel testo stesso dell'art. 34 del decreto laddove espressamente il legislatore ha ritenuto di fare uso del

*controversie societarie», Roma, 2003, 64) ed a quelle nascenti all'interno di patti parasociali (s. CHIARLONI, *Appunti sulle controversie deducibili in arbitrato societario e sulla natura del lodo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2004, 133; F. CARPI, *Profili dell'arbitrato in materia di società*, cit., 411; E.F. RICCI, *Il nuovo arbitrato societario*, cit., 523; G. RUFFINI, *La riforma dell'arbitrato societario*, cit., 1525; F. CORSINI, *L'arbitrato nella riforma del diritto societario*, cit., 1290; contra E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Commento sub art. 34*, in F. CARPI (a cura di), *Arbitrato societario*, cit., 5-6; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione arbitrale nelle società dopo la riforma*, cit., 935; A. BRIGUGLIO, *Conciliazione e arbitrato nelle controversie societarie*, in *Atti del Convegno su «Conciliazione e arbitrato nelle controversie societarie»*, cit., 28-29).*

²³ F. AULETTA, *La nullità della clausola compromissoria a norma dell'art. 34 D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5: a proposito di recenti (dis-)orientamenti del notariato*, cit., 363-364.

²⁴ Come giustamente rileva anche V. SALAFIA, *Alcune questioni interpretative*, cit., 1458.

²⁵ Chiaramente nelle fattispecie previste dalla legge e con le relative caratteristiche.

termine "possono"²⁶. Peraltro, una diversa formulazione della norma, come forse qualcuno avrebbe sperato per maggiore chiarezza sistematica, con l'indicazione "devono", sarebbe stata palesemente incostituzionale, venendosi a configurare quella fattispecie costantemente perseguita dai giudici costituzionali e nota come arbitrato c.d. obbligatorio²⁷.

Ma se i soci non intendano avvalersi di clausole compromissorie statutarie, in caso di controversia, potranno alternativemente rivolgere le proprie istanze al giudice societario, sempre ai sensi dei disposti del d. lgs. n. 5 del 2003, ovvero all'arbitrato di diritto comune nascente da compromesso ovvero, da ultimo, alla conciliazione stragiudiziale ex art. 38 del decreto²⁸.

Alla luce delle considerazioni svolte, pare potersi sostenere allo stato²⁹, conformemente alla sentenza in esame, che, in presenza di una clausola compromissoria difforme dalle nuove norme inderogabili che impongono all'art. 34 del decreto la nomina degli arbitri in capo ad un soggetto estraneo alla società, se i soci vogliono utilizzare l'opzione arbitrale per la soluzione delle controversie siano tenuti ad modificarne il contenuto laddove difforme dalla nuova previsione processuale prima dell'insorgere della controversia, in mancanza, la clausola risulterà radicalmente nulla³⁰.

NICOLA SOLDATI

²⁶ Tale opzione terminologica era quasi imposta proprio per scongiurare l'incostituzionalità della previsione laddove questa avesse potuto essere interpretata nel senso di un obbligo di inserzione di clausole compromissorie all'interno degli statuti.

²⁷ Da ultimo: Corte Cost., 8 giugno 2005, n. 221

²⁸ Al riguardo v. V. SALAFIA, *Alcune questioni interpretative*, cit., 1458, il quale rileva giustamente che "a questa situazione l'art. 34 non mostra di voler derogare, se non per quanto concerne la modalità di organizzazione del giudice arbitrale e la qualità del suo potere cognitivo e decisorio. Nel dettato legislativo non si rinviene alcuna espressione linguistica che possa essere intesa come diretta a consentire alle società commerciali di avvalersi in futuro, ove lo vogliano, solo della nuova forma arbitrale".

²⁹ Per un periodo di tempo era stata ventilata l'ipotesi di un intervento correttivo del legislatore sul punto che legittimasse la tesi dell'ultrattività delle clausole compromissorie statutarie di diritto comune, ma tale intervento allo stato non è stato effettuato e difficilmente potrà essere effettuato entro il periodo di un anno concesso dalla legge delega dall'entrata in vigore dei decreti delegati, anche alla luce della bozza di decreto legislativo approvata dal Consiglio dei ministri del 28 ottobre del 2004 che non contiene alcuna modifica in relazione all'arbitrato.

³⁰ Tale è anche l'orientamento espresso nelle Massime del Consiglio Notarile di Milano.