

criticabile nella misura in cui subordinava la proponibilità di ricorsi avverso lodi parziali internazionali *lato sensu* ad un requisito non previsto dalla normativa in materia di impugnabilità dei lodi emessi nel corso di procedure arbitrali internazionali aventi sede in svizzera in base alla LDIP. In particolare, esso faceva impropriamente riferimento ad una norma della legge sull'ordinamento giudiziario (art. 87) non specificamente relativa alla materia arbitrale, la quale richiede la prova della sussistenza del requisito del « *dommage irreparable* », che non é invece richiesta dalla specifica normativa in materia d'impugnazione dei lodi arbitrali internazionali (art. 85 OJ e 190 LDIP).

La sentenza in commento, con l'abbandono del requisito del danno irreparabile, appare dunque maggiormente in linea con il dettato della normativa svizzera applicabile. Autorevole dottrina riconduce il precedente indirizzo all'eccessivo carico di lavoro gravante sul Tribunale Federale, che avrebbe perseguito il fine di ridurre il numero dei ricorsi attraverso un'interpretazione restrittiva del dato normativo⁽²⁹⁾.

Il nuovo orientamento giurisprudenziale appare, inoltre, più conforme alle esigenze delle parti. Nel caso di lodi parziali in senso stretto, l'immediata impugnabilità, a pena di decadenza, risponde all'esigenza di un più lineare svolgimento della procedura, evitando che tali decisioni possano essere impugunate dopo un considerevole lasso di tempo, circostanza che, nella maggior parte dei casi, priverebbe il ricorso della sua stessa funzione⁽³⁰⁾.

Quest'ultimo approccio appare, infine, ad avviso di chi scrive, maggiormente condivisibile in quanto più coerente con l'economia del procedimento arbitrale e più conforme all'interesse delle stesse parti a che l'impugnabilità dei lodi parziali avvenga immediatamente, senza attendere la fine della procedura. In effetti, se un lodo parziale di carattere incidentale, quale un lodo sulla competenza del tribunale arbitrale, dovesse essere annullato tutta la procedura seguente potrebbe perdere la sua stessa ragion d'essere. In quest'ottica, l'impugnabilità immediata rivela tutta la sua utilità anche sotto il profilo dell'economia procedurale⁽³¹⁾.

LUIGI DI PAOLA

⁽²⁹⁾ Poudret, Besson, *op. cit.*, 754: « Il serait des lors regrettable que le tribunal fédéral continue à se retrancher derrière cet obstacle artificiel pour compenser quelque peu la surcharge qui lui a été imposée par les recours direct contre les sentences en matière internationale ».

⁽³⁰⁾ Poudret, Besson, *op. ult. cit.*, 754: « Seule une telle interprétation répondrait à l'attente des parties et des praticiens, qui souhaitent que les chefs de demande ainsi tranches, voire exécutés, ne puissent plus être remis en question ».

⁽³¹⁾ In tal senso v. Fouchard, Gaillard, Goldman, *op. cit.*, 739, Poudret, Besson, *op. cit.*, 425, Redfern-Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 1991, 269.

D) ITALIANA

Sentenze annotate

COLLEGIO ARBITRALE, (Basso Pres., Ditta, Biagi) nella controversia tra M.C. (avv. Balda) e G.C. (avv. ti D'Ursi e De Gregori); lodo reso in Genova il 29 aprile 2005.

Arbitrato societario - Validità della clausola compromissoria statutaria - Nomina degli arbitri - Violazione norme imperative - Sussistenza - Limiti.

È affetta da radicale nullità la clausola compromissoria statutaria che demanda alle parti in lite la nomina degli arbitri. La disciplina dettata dall'art. 34 del d.lgs. n. 5 del 2003 non consente alcuna ultrattività per le clausole compromissorie statutarie non conformi.

CENNI DI FATTO. — Il socio accomandante di una S.a.s. con Sede in Genova, ritenendo di avere una controversia societaria con il socio accomandatario della stessa Società, avente ad oggetto l'inevasa richiesta di visione dei documenti e libri sociali procede, in base alla clausola compromissoria binaria inserita all'art. 10 dell'atto costitutivo della società, alla nomina del primo arbitro. Il socio convenuto non provvede nei termini previsti dall'art. 810 c.p.c. alla nomina del secondo arbitro. Il socio accomandante ne richiede, quindi, la nomina al Presidente del Tribunale di Genova. I due arbitri così nominati procedono alla nomina del terzo arbitro.

Alla prima udienza compare soltanto il socio accomandante il quale dichiara che il socio accomandatario, dopo l'instaurazione della procedura arbitrale, gli ha permesso la visione di quanto richiesto; e, pertanto, chiede che il Collegio dichiarare la cessazione della materia del contendere, con condanna alle spese del giudizio in capo al socio accomandatario.

All'udienza di precisazione delle conclusioni si costituisce il socio accomandatario il quale chiede dichiararsi la nullità della clausola ai sensi dell'art. 34 del D.Lgs. n. 5/2003 e della procedura e nel merito asserisce che i libri sociali sono sempre stati a disposizione del socio accomandante.

MOTIVI DELLA DECISIONE. — Preliminarmente, è necessario esaminare la validità

della clausola compromissoria, in forza della quale ha agito il Signor M.C. e, conseguentemente, la *potestas iudicandi* del Collegio arbitrale.

Non ha, certamente, necessità di motivazione, essendo ovvio, il fatto che tale esame, e la conseguente decisione, siano preliminari ad ogni pronuncia nel merito della vicenda.

Orbene, è subito necessario rilevare che la circostanza che il Presidente del Tribunale abbia provveduto alla nomina dell'arbitro non nominato da una delle Parti, non può, certamente, assurgere a prova della validità della clausola arbitrale in questione.

È, infatti, giurisprudenza costante e pacifica sul punto, che l'atto compiuto dal Presidente del Tribunale rientra nella qualifica di atto di volontaria giurisdizione, essendo compito dello stesso, accertare solamente l'esistenza della clausola compromissoria, non essendo però egli investito del potere di sindacare la portata e la validità della clausola compromissoria (vedasi, per tutte, Trib. Napoli, 4/11/1998).

Il Collegio non può, quindi, condividere la deduzione operata dalla difesa del Signor M.C., derivante dal precedente comportamento del Presidente di una Camera di commercio, che, investito della nomina di un arbitro, ha sindacato l'efficacia della clausola compromissoria, in forza della quale era stato richiesto il suo intervento.

È palese che, in tale dedotta fattispecie, il Presidente della Camera di Commercio (forse proprio perché meno competente di un Presidente di Tribunale, come rilevato anche dalla difesa dello Stesso Signor M.C.) ha esorbitato dai propri poteri.

D'altronde, anche la giurisprudenza di legittimità precisa che: « L'ordinanza con la quale il Presidente del Tribunale, ai sensi dell'art. 810, comma 2, c.p.c. provvede alla nomina dell'arbitro in sostituzione della parte che non vi ha provveduto, ha natura di atto di giurisdizione volontaria, è carente di carattere decisorio e non pregiudica in alcun modo le successive valutazioni e determinazioni al riguardo ... » (Cass., 6 giugno 2003, n. 9143).

Confermato, quindi, che la nomina di uno degli arbitri, da parte del Presidente del Tribunale di Genova, non può assurgere a significato della validità ed efficacia della clausola compromissoria, il Collegio deve, ulteriormente, osservare che neppure l'introduzione della presente procedura arbitrale, da parte del Collegio, può essere interpretata come avvenuta verifica tacita dei propri poteri decisionali.

Infatti, trattandosi di materia nuova e nella quale la stessa giurisprudenza di merito presenta ancora qualche oscillazione fra le diverse soluzioni adottabili, come dimostrato proprio anche dalla giurisprudenza richiamata dalle parti, il Collegio medesimo, in una siffatta situazione, prima di decidere sui propri poteri, ha dovuto consentire alle parti stesse di svolgere le proprie rispettive deduzioni, nel rispetto del principio del contraddittorio e del diritto di difesa, al fine di meglio poter approfondire ogni aspetto giuridico di tale astratta fattispecie.

È pacifico che, pervenendo ora alla pronuncia definitiva, prima di entrare nel merito e/o di valutare la necessità di ulteriore attività istruttoria, il Collegio medesimo debba esaminare la validità della clausola compromissoria e, quindi, la propria *potestas iudicandi*.

La questione che deve essere affrontata dal Collegio è, allora, quella di stabilire, vigendo la nuova normativa di diritto societario (D.Lgs. 5/2003) se tale normativa si applichi anche alle Società di persone e se la clausola compromissoria,

contenuta in uno statuto sociale o in un atto costitutivo, antecedenti a tale riforma legislativa e, quindi, perfettamente valida ed efficace al momento della sua stipulazione, mantenga tale sua validità ed efficacia, anche in presenza della nuova normativa sopravvenuta o, per converso, rimanga dalla stessa travolta.

Si deve, subito, precisare che la nuova disciplina (D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5), entrata in vigore il 1° gennaio 2004, deve riguardare anche le Società di persone « in virtù dell'ambito di applicazione di tale decreto, così come delimitato dal relativo art. 1 » (Trib. Trento, 8/4/04).

Tale norma, infatti, non solo non distingue fra società di capitali e società di persone, ma, richiamando l'applicabilità di tale decreto ai « rapporti societari », include, espressamente, negli stessi, anche quelli dipendenti da società di fatto: sarebbe, quindi, assolutamente arbitrario escludere dall'applicabilità di detta normativa le società di persone.

Venendo, ora, all'altra questione sopra delineata, si deve rilevare che è pacifico che la clausola compromissoria, di cui trattasi, alla luce della vigente normativa, è affetta da radicale nullità, così come, per converso, è assolutamente pacifica la sua validità nell'ambito della precedente normativa societaria.

Orbene, si deve rilevare come la disciplina dettata dal D.Lgs. 5/03 non consenta alcuna ultrattività per le preesistenti clausole compromissorie.

Di tale ultrattività, già presa in esame in alcuni provvedimenti di merito (ord. del Tribunale di Trento in data 11 febbraio 2004 — sent. Tribunale di Trento in data 8 aprile 2004 — sent. del Tribunale di Latina in data 22 giugno 2004) è stata negata l'esistenza, già solo per il periodo transitorio, dettato per le Società di capitali, per l'adeguamento dei loro statuti sociali, con motivazione concorde ed assolutamente condivisibile: l'ultrattività è prevista nel D.Lgs. 6/03, e, quindi, ha valore per le disposizioni statutarie non conformi alla nuova disciplina inderogabile, dettata in tale decreto legislativo, e non con riferimento a quanto dettato nel D.Lgs. 5/03, nel quale, appunto, è inserita la nuova disciplina per l'arbitrato societario.

Nella fattispecie in esame, è pacifico, risultando dai documenti prodotti, che la procedura arbitrale è stata, comunque, introdotta, anche a voler andare di contrario avviso rispetto a quanto appena ricordato (e, cioè, inapplicabilità del periodo transitorio alle Società di persone) decorso il termine finale del periodo transitorio (30 settembre 2004).

Ciò che rileva, è che, neppure laddove sia prevista un'ultrattività di disposizioni statuarie precedentemente valide, questa non riguarda, comunque, le clausole compromissorie preesistenti, con la conseguenza che, se la loro efficacia non permane neppure nel periodo (laddove previsto) transitorio, ancor meno, evidentemente, si può configurare una loro proroga di efficacia a tempo indeterminato, dopo l'entrata in vigore della nuova normativa.

Il Collegio arbitrale è ben conscio che parte della giurisprudenza di merito, ad oggi formatasi, non condivide la tesi della sopravvenuta nullità delle preesistenti clausole compromissorie. Secondo il Tribunale di Udine (sent. 4 novembre 2004), infatti, le clausole compromissorie contenute negli atti costitutivi adottati prima dell'entrata in vigore del D.Lgs. 5/03, avendo riguardo ad accordi negoziali già perfezionatisi, e che hanno validamente prodotto i loro effetti obbligatori, non possono essere affette da una sopravvenuta previsione di nullità, essendo quest'ultima un vizio genetico dell'accordo delle parti. D'altronde, sempre secondo la motivazione di tale sentenza, opinare diversamente contrasterebbe con l'art. 11 delle Pre-

leggi, secondo cui « la Legge non dispone che per l'avvenire: norma, questa, derogabile, ma che (sempre secondo detta sentenza), avendo carattere eccezionale, richiede una previsione espressa ».

Non sembra però al Collegio che tale parte della motivazione e, quindi, della conclusione alla quale perviene il Tribunale di Udine, possa essere condivisa.

In primo luogo, il Collegio non condivide l'affermazione secondo la quale la clausola arbitrale, stipulata, ma non attivata anteriormente al 1° gennaio 2004, abbia già prodotto i propri effetti.

L'obbligo della parte di attivare la procedura arbitrale, anziché ricorrere all'autorità giudiziaria, è, infatti, obbligo del tutto ipotetico, ed andrà a sorgere solo nel momento in cui, in concreto, e per il verificarsi di una situazione che una delle Parti ritenga di dover sottoporre all'autorità giudicante, sarà dato ingresso alla procedura (ed, infatti, né dottrina, né giurisprudenza, pongono in dubbio che gli arbitri già radicati, ancorché la nomina degli arbitri sia avvenuta secondo la precedente normativa, siano validamente ed efficacemente portati a compimento).

Al riguardo, il Collegio osserva che, più correttamente, sembra doversi parlare non di nullità dell'originaria clausola arbitrale (ancorché, impropriamente, nel testo legislativo sia stato utilizzato detto termine), quanto, piuttosto, di sopravvenuta inefficacia, proprio a seguito dell'entrata in vigore di successive norme cogenti, di detta clausola: la quale, quindi, non è nulla, come esattamente rilevato dal Tribunale di Udine (e come, d'altronde, si evince anche dalla surricordata disciplina transitoria che salva le procedure arbitrali già radicate), ma, successivamente all'entrata in vigore della nuova normativa, diventa ineseguibile e perde, quindi, la sua efficacia.

In secondo luogo, il Collegio non può condividere quanto affermato dal Tribunale di Udine, circa la mancanza di un'esplicita previsione di legge, in ordine alla nullità delle previgenti clausole compromissorie.

Infatti, l'art. 34 del D.Lgs. 5/03, recita: « Gli atti costitutivi delle società, ad eccezione di quelle che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio ..., possono, mediante clausole compromissorie, prevedere la devoluzione ad arbitri... 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. ».

È, quindi, chiaro che la normativa si riferisce a tutte le clausole contenute negli atti costitutivi delle società, senza distinzione alcuna fra gli atti costitutivi già redatti e vigenti e quelli futuri, laddove, per converso, ove il legislatore ha ritenuto di dover escludere un tipo di società da tale normativa (quelle che ricorrono al mercato del capitale di rischio) l'ha espressamente previsto.

Trattasi, quindi, di previsione esplicita della normativa e, andare di contrario avviso, sembra al Collegio voler introdurre delle distinzioni fra società già costituite e società da costituirsi, della quale non vi è traccia nella normativa introduttiva della nuova legislazione societaria (che, anzi, sia pure con riferimento alle sole società di capitali, ha, espressamente, previsto, con l'introduzione dell'art. 223-bis delle disposizioni di attuazione e transitorie del codice civile, il termine del 30 settembre 2004, affinché l'atto costitutivo e lo Statuto venissero uniformati alla nuova disciplina).

Infine, non appare necessario in questa sede, affrontare il problema (comunque, risolto dalla giurisprudenza e dalla dottrina maggioritaria nel senso della loro

inapplicabilità) dell'applicabilità del principio di cui all'art. 1419, comma 2, codice civile o di cui all'art. 34, comma 2, D.Lgs. 5/03: ciò, in quanto, nella fattispecie sottoposta all'esame del Collegio arbitrale, la parte che ha introdotto questa procedura ha, comunque, provveduto essa a nominare il proprio arbitro.

Quanto sopra statuito in ordine all'efficacia della clausola compromissoria, in forza della quale è stata introdotta la presente procedura arbitrale, si deve ora osservare che, secondo la Giurisprudenza della Suprema Corte di cassazione, emessa in relazione a caso simile della illegittimità della costituzione del Collegio arbitrale per invalidità della nomina di taluno degli arbitri, il Collegio stesso ha ugualmente il potere-dovere di pronunciare, con la stessa decisione che accerta il vizio, sulle spese del giudizio arbitrale e sul compenso dovuto ai componenti del Collegio (Cass., 15 marzo 1971, n. 716).

Conseguentemente, il Collegio deve adesso decidere in relazione alle spese del giudizio arbitrale e al compenso dovuto ai componenti del Collegio.

In relazione all'applicazione del principio della soccombenza nel presente giudizio, però, si deve osservare quanto segue.

Pur con tutte le incertezze derivanti dallo specifico caso concreto (novità della questione giuridica esaminata, con riferimento alla validità della clausola compromissoria contenuta nell'atto costitutivo della T.G. di G.C. & C. S.a.s. per effetto della riforma apportata dall'art. 34, comma 2, del D.Lgs. n. 5/2003; e non univocità della sinora scarsa Giurisprudenza, tutta, peraltro di merito), questo Collegio ha, infine, deciso di aderire all'orientamento Giurisprudenziale maggioritario e di dichiarare l'invalidità della clausola compromissoria azionata dal Sig. M.C.; ma ciò non significa che debba essere dichiarata la totale soccombenza di quest'ultimo, anche per quanto riguarda le spese relative al procedimento arbitrale.

Infatti, se il Collegio deve applicare correttamente la legge vigente al momento del giudizio, è pure obbligato a tenere conto del comportamento processuale tenuto dalle parti sia prima che durante il procedimento arbitrale, come si argomenta dall'art. 88, comma 1, c.p.c. che impone alle parti e ai loro difensori di comportarsi in giudizio con lealtà e probità; in caso di procedimento arbitrale si deve ritenere che tale obbligo previsto dall'art. 88, comma 1 c.p.c., abbia inizio fin dal momento in cui una delle parti decida di azionare la clausola compromissoria contenuta nel contratto (oppure nell'atto costitutivo della società, come nel caso in esame) e quindi di dare inizio all'arbitrato, nominando il proprio arbitro e invitando l'altra parte (o le altre parti) a procedere alle ulteriori nomine arbitrali.

Di conseguenza, il Collegio arbitrale deve tenere conto del fatto che, con atto in data 2 dicembre 2004, notificato in data 13 gennaio 2005, il Sig. M.C. ha dato inizio al procedimento arbitrale e ha nominato, quale arbitro, l'Avv. Claudio Biagi, invitando il Sig. G.C. a designare il proprio arbitro, ai sensi dell'art. 810 c.p.c., e avvisandolo che, in caso di mancata nomina, sarebbe stato presentato ricorso per la nomina da parte del Presidente del Tribunale; decorso, inutilmente, il termine di legge per la designazione del proprio arbitro da parte del Sig. G.C., il Sig. M.C. ha depositato ricorso ex art. 810, comma 2, c.p.c. al Presidente del Tribunale il quale, con ordinanza in data 24 gennaio 2005, notificata in data 27 gennaio 2005, ha nominato, quale secondo arbitro, l'Avv. Ettore Ditta.

Nonostante il fatto che il secondo arbitro abbia comunicato con raccomandata A.R. al Sig. G.C. la propria nomina e lo abbia invitato a comunicare il nominativo dell'avvocato incaricato di assisterlo nel procedimento arbitrale, il Sig. G.C. non si

è costituito né all'udienza in data 8 marzo 2005 — nella quale invece la Dott.ssa Canegallo, in sostituzione dell'Avv. Balda, legale del Sig. M.C., è comparsa e ha chiesto un breve rinvio del procedimento pendendo, in quel momento, trattative tra le parti per una definizione amichevole della questione — né all'udienza successiva del 18/3/2005 — nella quale è invece comparso il Sig. M.C. per rispondere liberamente all'interrogatorio, insieme all'Avv. Balda la quale, all'esito dell'interrogatorio, ha dichiarato la cessazione della materia del contendere — ma si è finalmente costituito soltanto all'udienza di precisazione delle conclusioni, in data 30 marzo 2005, eccependo preliminarmente la nullità della clausola compromissoria, contenuta nell'atto costitutivo della T.G. di G.C. & C. S.a.s. per violazione dell'art. 34 del D.Lgs. n. 5/2003.

Non trova alcuna giustificazione, quindi, il fatto che il Sig. G.C. abbia tardato fino alla udienza di precisazione delle conclusioni per costituirsi ed esporre le proprie difese; e deve essere opportunamente valutato anche il fatto di avere messo a disposizione del Sig. M.C., almeno secondo quanto dichiarato da quest'ultimo durante l'interrogatorio, i libri sociali soltanto dopo che avevano avuto luogo ben due udienze del Collegio arbitrale.

Da quanto finora ricordato si deve trarre la conclusione che il Sig. G.C. è venuto meno al proprio dovere di lealtà e probità in quanto avrebbe sicuramente potuto (e dovuto) attivarsi con maggiore anticipo, meglio ancora fin dal momento dell'inizio del procedimento arbitrale.

In proposito, si deve ricordare che la Suprema Corte ha deciso che, ai sensi dell'art. 92, comma 1, c.p.c., la violazione del dovere di lealtà e probità, stabilito dall'art. 88 c.p.c. giustifica, indipendentemente dalla soccombenza, la condanna della parte, che è venuta meno a tale dovere, al rimborso delle spese processuali che l'altra parte ha dovuto sostenere a causa del comportamento illecito; e che pertanto non viola il principio della soccombenza il Giudice che pone a carico della parte vittoriosa le spese del giudizio, ove accerti — con apprezzamento discrezionale non sindacabile in sede di legittimità, se congruamente motivato in relazione alla logica e alla realtà processuale — che questo è stato reso necessario dal comportamento tenuto dalla parte vittoriosa in violazione del predetto dovere (Cass., 12 settembre 2003, n. 13427); e ancora prima ha analogamente deciso che, ai sensi del comma 1 dell'art. 92 c.p.c., il giudice può, indipendentemente dalla soccombenza, condannare una parte al rimborso delle spese processuali anche non ripetibili, che per trasgressione al dovere di lealtà e probità di cui all'art. 88 c.p.c. la medesima abbia causato alla controparte (Cass., 26 marzo 1986, n. 2174).

Si tratta di principi enunciati per il giudizio ordinario che però trovano applicazione anche nel giudizio arbitrale, che si svolge secondo diritto, come è stato confermato da Coll. arb. Ferrara, 21 aprile 1989 (in *Riv. arb.*, 1992, 333, con nota di CIPRIANI), secondo il quale il Collegio arbitrale può reputare equo ripartire a metà tra le parti il compenso spettante ai singoli arbitri.

In conclusione, il Collegio, in considerazione della recente entrata in vigore della riforma legislativa, dell'incertezza della soluzione adottata dalla giurisprudenza, che è ancora tutta di merito e non appare univoca, in riferimento all'applicabilità dell'art. 34, comma 2, del D.Lgs. n. 5/2003 alle clausole compromissorie degli atti costitutivi delle società di persone approvate in epoca precedente all'entrata in vigore della riforma e del comportamento del Sig. G.C., che non ha rispettato il dovere di lealtà e di probità previsto dall'art. 88 c.p.c., giudica equo com-

pensare le spese legali sostenute da ciascuna di esse per la propria difesa e l'onorario degli arbitri fra le parti, in ragione di metà per ciascuna di esse, ferma la responsabilità solidale delle Medesime verso il Collegio, e ciò nonostante la pronunciata soccombenza del Sig. M.C., in ordine alla validità della clausola compromissoria, in base alla quale questa procedura arbitrale ha avuto inizio.

P.Q.M. — il Collegio Arbitrale, definitivamente pronunciando sulla domanda proposta dal Signor M.C.:

— dichiara l'inefficacia della clausola compromissoria contenuta nei patti sociali della T.G. di G.C. & C. S.a.s., con Sede in Genova;

— dichiara, conseguentemente, che il presente Collegio arbitrale non è investito di valida *potestas iudicandi* sul merito della controversia;

— si astiene da ogni ulteriore pronuncia sulle domande formulate dalle parti;

— dichiara compensate fra le parti le spese afferenti la loro reciproca difesa nella procedura *de qua*;

— pone a carico solidale delle parti, in ragione di metà per ciascuna di esse le spese della presente procedura arbitrale, che liquida, come da separata ordinanza. (Omissis).

Arbitrato societario e nullità della clausola arbitrale binaria.

1. La questione posta alla base della decisione resa dal Collegio arbitrale nella pronuncia in epigrafe ha ad oggetto la validità delle clausole compromissorie statutarie e deve essere letta alla luce del copioso dibattito dottrinale, nonché della crescente evoluzione giurisprudenziale che ha visto la luce a seguito della riforma del diritto societario che ha introdotto con il D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 un nuovo rito processuale (1).

L'art. 34, comma 2, del decreto ha previsto che tutte le clausole compromissorie contenute negli atti costitutivi delle società debbano indicare 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 ».

La previsione di questo nuovo meccanismo di nomina avente caratteristiche assai peculiari, viene profondamente a modificare quello dettato dal codice di rito, tanto da potersi affermare che il legislatore abbia voluto dare

(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.

vita ad una vera e propria *species* di clausola arbitrale in ambito societario in merito alla quale la dottrina ha già avuto modo di esprimersi in ampia ed articolata misura ⁽²⁾.

Nella fattispecie in esame, il Collegio arbitrale, prima di entrare nel merito della controversia sottoposta alla sua attenzione, è stato chiamato a svolgere, come di prassi, un esame *prima facie* della validità della clausola arbitrale generatrice della sua nomina.

Così facendo, il Collegio ha rilevato che nella sua formazione erano state seguite le previsioni pattuite dalle parti all'interno dei patti sociali che prevedevano una clausola di diritto comune di tipo binario con la nomina degli arbitri di parte in capo alle parti medesime.

In particolare, parte attrice aveva provveduto alla nomina del suo arbitro e, nell'inerzia di controparte, era stata costretta ad adire il Presidente del tribunale di Genova, ai sensi dell'art. 810 c.p.c., per la nomina dell'arbitro non nominato dalla parte a ciò invitata. I due arbitri così nominati avevano provveduto, quindi, alla nomina, di comune accordo, del terzo arbitro con funzioni di Presidente del Collegio arbitrale.

2. È evidente che le regole di nomina degli arbitri seguite da parte attrice sono state quelle indicate all'interno della clausola compromissoria statutaria risultata poi non conforme ai nuovi dettati imposti dall'art. 34, D.Lgs. n. 5/2003 che, come detto, spogliano le parti del diritto di procedere alla nomina dei « propri » arbitri.

⁽²⁾ 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, *Clausole compromissorie e statuti sociali*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, 85; R. SALI, *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. ARNETA, 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. LUNSO, *Appunti sull'arbitrato societario*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, 705; F. CARPI, *Profili dell'arbitrato in materia di società*, in questa *Rivista*, 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 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 v.: 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 questa *Rivista*, 2004, 361; V. SALAFIA, *Alcune questioni di interpretazione del nuovo arbitrato societario*, in *Società*, 2004, 1457.

Da questo punto di vista, è opportuno evidenziare come l'art. 34, comma 2, sancendo la nullità della clausola compromissoria statutaria che preveda la designazione degli arbitri ad opera delle parti, da un lato, venga a sacrificare il principio della libera e paritaria partecipazione delle stesse alla nomina dei componenti del collegio arbitrale, ma, dall'altro, sia in grado di superare le tristemente note problematiche relative alla potenziale pluralità di parti della controversia, garantendo, al contempo, la paritaria partecipazione delle stesse alla procedura, nonché di garantire la terzietà del collegio arbitrale ⁽³⁾.

Il Collegio arbitrale, dinnanzi a siffatta clausola arbitrale, ha, quindi, dichiarato di non essere investito di una valida *postestas iudicandi* sul merito della controversia.

3. Nell'ampia ed articolata motivazione il Collegio ha dimostrato di conoscere e di avere valutato attentamente le diverse opinioni elaborate dalla dottrina per poi giungere alla propria definitiva decisione abbracciando un'interpretazione rigidamente letterale dell'art. 34 del decreto che, peraltro, appare la più corretta e conforme agli orientamenti della giurisprudenza maggioritaria fino ad oggi creatasi.

Pertanto, alla luce di tale orientamento, 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 dall'art. 34, D.Lgs. n. 5/2003, comporta la nullità dell'intera clausola arbitrale, costringendo i soci a rivolgere le proprie istanze all'autorità giudiziaria ordinaria.

Giovi ricordare, in questa sede, che le parti di comune accordo avrebbero potuto, comunque, salvaguardare l'originaria volontà di risolvere la lite attraverso lo strumento arbitrale mediante la stipulazione di un compromesso, ai sensi dell'art. 806 c.p.c., una volta insorta la lite e constatata l'invalidità della clausola arbitrale contenuta all'interno dei patti sociali.

È evidente per tutti 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 disposti del processo societario e ciò anche alla luce dell'allargamento dei poteri degli arbitri di cui all'art. 35 del decreto; tuttavia, l'intento del legislatore di fornire una risposta definitiva alle problematiche relative alla plurisoggettività delle controversie societarie, è più che meritevole ed è degno di ampia approvazione.

Il lodo in esame, ponendosi nell'alveo della giurisprudenza maggioritaria fino ad oggi formatasi in merito all'art. 34 del decreto, ha affermato la

⁽³⁾ P. BIAVATI, *Il procedimento nell'arbitrato societario*, in questa *Rivista*, 2003, 31; E.F. RICCI, *Il nuovo arbitrato societario*, cit., 525-526.

nullità della clausola compromissoria contenuta all'interno dei patti sociali poiché contraria alla disposizione contenuta al comma 2, dell'art. 34 che impone, a pena di nullità, il conferimento del potere di nomina degli arbitri ad un soggetto estraneo alla compagine sociale (4).

Altresi, giovi ricordare come i soci della società in nome collettivo in parola, ove avessero voluto effettivamente mantenere la piena validità della opzione arbitrale quale strumento di risoluzione delle controversie, avrebbero potuto procedere autonomamente all'adeguamento dello statuto per renderlo conforme alla nuova disciplina processual-societaria a far tempo dal 1° gennaio 2004 (data di entrata in vigore del decreto), pur non essendo le società di persone direttamente interessate da un periodo transitorio per l'adeguamento degli statuti al pari delle società di capitali e delle cooperative, rispettivamente ai sensi degli artt. 223-bis e 223-duodecies disp. att. c.c.

Al riguardo, particolarmente significativa appare la motivazione della sentenza del Trib. Latina, 22 giugno 2004, una delle prime in materia, nella quale si legge che « 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 ».

Al fine di tentare una ricostruzione delle diverse posizioni emerse in dottrina ed in giurisprudenza, si può affermare che si siano sviluppati tre diversi orientamenti: il primo, già più sopra evidenziato, afferma la radicale

(4) Trib. Milano, 4 maggio 2005, in *Giur. it.*, 2005, 1653; Trib. Bari, 24 gennaio 2005, inedita; Trib. Catania, 26 novembre 2004, in *Nuovo dir.*, 2005, 721, con nota di N. SOLDATI, *Nomina degli arbitri nell'arbitrato societario ex art. 34 d. lgs., n. 5 del 2003*; 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 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*; Coll. Arb. Biella, 24 maggio 2004, in questa *Rivista*, 2004, 767, con nota di S. RECCIONI, *L'arbitrato in materia societaria fra clausola compromissoria preesistente e ius superveniens*; Trib. Trento, 8 aprile 2004, in *Giur. merito*, 2004, 1699; Trib. Trento, 11 febbraio 2004 in *Nuovo dir.*, 2005, 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*.

nullità della clausola arbitrale in presenza di nomina degli arbitri da parte di soggetti intranei alla società; il secondo che sostiene 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 comma 2 dell'articolo in parola, con intervento del presidente del tribunale quale autorità di nomina; ed il terzo che afferma la sopravvivenza dell'arbitrato di diritto comune con nomina degli arbitri da parte di soggetti intranei accanto al nuovo arbitrato societario.

Il primo orientamento, come detto, è quello che è stato abbracciato dal Collegio arbitrale.

4. Per quanto attiene alla seconda teoria, questa è stata autorevolmente espressa in dottrina (5) ed ha avuto un successivo riscontro anche in giurisprudenza (6). Nel tentativo di salvaguardare la validità delle clausole arbitrali binarie, è stato 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 clausola ma solo al procedimento di nomina con la conseguenza che è applicabile il meccanismo sostitutivo contemplato all'art. 1419, comma 2, c.c. di talché si può conservare l'efficacia della clausola, sostituendo con la previsione *ex lege*, la regola statutaria che attribuisce alle parti la nomina degli arbitri (7).

Tuttavia, questo orientamento, come affermato da altra parte della dottrina e dalla giurisprudenza prevalente (8), non appare applicabile in mancanza di una espressa indicazione normativa in tale senso, infatti, come più volte ribadito in giurisprudenza, tale previsione opera soltanto se la sostituzione stessa debba avvenire « di diritto », in forza, cioè, di un'espressa previsione di legge (9).

(5) F.P. LUISO, *Appunti sull'arbitrato societario*, cit., 717.

(6) Trib. Torino, 27 settembre 2004, cit.

(7) V. SALAFIA, *Il nuovo arbitrato societario ed altre questioni*, cit., 100.

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

(9) In questo senso: 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 senso contrario a questa opinione dottrinale, è stato affermato che, in caso di nullità del meccanismo di nomina, non possa trovare applicazione il meccanismo suppletivo di cui all'ultima parte del comma 2, art. 34; più precisamente, ove risulti affetto da nullità il tradizionale meccanismo binario di nomina degli arbitri affidato alle parti, la loro nomina non potrebbe nemmeno essere effettuata ad opera del Presidente del tribunale del luogo in cui la società ha la sede legale⁽¹⁰⁾, essendo la *ratio* della norma quella di sottrarre alle parti il potere diretto di nomina degli arbitri⁽¹¹⁾ ed essendo tale meccanismo suppletivo applicabile solamente laddove « il soggetto designato non provveda » e non, invece, in caso di nullità della previsione, con la conseguenza che l'intervento *ad adiuvandum* del Presidente del tribunale si potrebbe avere solamente in caso di inerzia nella nomina da parte del soggetto estraneo alla società⁽¹²⁾.

5. Da ultimo, il terzo orientamento afferma la 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 giurisprudenza⁽¹³⁾, poiché le nuove disposizioni introdotte dal D.Lgs. n. 5/2003 non sostituiscono il sistema disegnato dal codice di rito, ma ad esso si vanno ad aggiungere, come del resto emerge anche dalla lettura della relazione ministeriale al decreto legislativo⁽¹⁴⁾, la quale afferma 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 promo-

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.

⁽¹⁰⁾ 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, *contra*: 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.

⁽¹¹⁾ Trib. Latina, 22 giugno 2004, cit.

⁽¹²⁾ G. ARIETA, F. DE SANTIS, *Diritto processuale societario*, cit., 640-641; G. RUFFINI, *La riforma dell'arbitrato societario*, cit., 1530.

⁽¹³⁾ Trib. Genova, 7 marzo 2005, cit.

⁽¹⁴⁾ D. AMADEI, N. SOLDATI, *Il processo societario. Prima lettura sistematica delle novità introdotte dal D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5*, cit., 255.

zione della cultura dell'arbitrato endo-societario »⁽¹⁵⁾, 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 dal punto di vista letterale 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 artt. 34, 35 e 36 del decreto disciplinano solamente aspetti marginali del procedimento arbitrale, mentre l'ossatura di base rimane sempre quella del codice di rito, basti pensare, a titolo esemplificativo, alla capacità ad essere nominati arbitri, ovvero alla istruzione probatoria ed all'assunzione delle testimonianze, ovvero al regime delle impugnazioni, sempreché le parti, ai sensi dell'art. 816 c.p.c. non abbiano deciso di adottare come regole della procedura quelle del nuovo processo societario.

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 decreto, quali, ad esempio, le controversie relative al trasferimento di partecipazioni sociali⁽¹⁶⁾ ed a quelle nascenti da controversie relative a patti parasociali⁽¹⁷⁾.

⁽¹⁵⁾ 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.

⁽¹⁶⁾ F. CARPI, *Profili dell'arbitrato in materia di società*, cit., 416; R. NOBILI, *Conciliazione e arbitrato nelle controversie societarie*, in *Atti del Convegno su « Conciliazione e arbitrato nelle controversie societarie »*, Roma, 2003, 64.

⁽¹⁷⁾ 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.

Questo orientamento porta a ritenere che la situazione delle società di fronte alla nuova disciplina dell'arbitrato sia rappresentabile nei termini dell'onere, come risulterebbe suffragato dal testo dell'art. 34 la quale espressamente 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, ult. 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 rito ⁽¹⁸⁾.

Tuttavia, tali argomentazioni non sembrano totalmente convincenti.

Infatti, è importante rammentare che le intenzioni del legislatore delegante erano nel senso di aumentare e non certo a diminuire le facoltà dei soci ⁽¹⁹⁾ 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 delle parti in lite quanto piuttosto diminuirle, basti pensare, a titolo esemplificativo, all'impossibilità nella scelta dell'arbitrato di diritto comune, di chiedere agli arbitri provvedimenti cautelari nelle fattispecie previste dalla legge e con le relative caratteristiche.

Pertanto, quest'ultimo 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 per quelle ragioni di criticità più sopra evidenziate proprio in quell'ambito societario dove il legislatore con il D.Lgs. n. 5/2003 aveva voluto porre rimedio.

Pertanto, 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.

Forse, più correttamente, il « possono » dovrebbe essere letto nel senso che la clausola compromissoria possa essere introdotta nei patti so-

⁽¹⁸⁾ 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.

⁽¹⁹⁾ Come giustamente rileva anche V. SALAFIA, *Alcune questioni interpretative*, cit., 1458.

ciali a discrezione dei soci; ogni diversa formulazione al riguardo avrebbe prestato il fianco a strali di inconstituzionalità della norma ove questa avesse fatto paventare in capo alle parti un « obbligo » nei confronti dell'opzione arbitrale in materia societaria, venendosi a configurare quella fattispecie costantemente perseguita dai giudici costituzionali e nota come arbitrato c.d. obbligatorio ⁽²⁰⁾.

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. 5/2003, ovvero all'arbitrato di diritto comune nascente da compromesso ovvero, da ultimo, alla conciliazione stragiudiziale *ex art. 38 del decreto* ⁽²¹⁾.

6. Alla luce delle considerazioni svolte, pare potersi sostenere allo stato, conformemente al lodo in commento, 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 a modificarne il contenuto laddove difforme dalla nuova previsione processuale prima dell'insorgere della controversia, in mancanza, la clausola risulterà radicalmente nulla.

NICOLA SOLDATI

⁽²⁰⁾ *Ex multis*, da ultimo Corte cost., 8 giugno 2005, n. 221.

⁽²¹⁾ V. SALAFIA, *Alcune questioni interpretative*, cit., 1458.