



Torino, 5 luglio 2014

Oggetto: Osservazioni integrative alle proposte di riforma della giustizia civile e commerciale in Italia

1. *Premessa. Le sofferenze della giustizia commerciale, dal “naufragio” del processo societario ai nuovi “tribunali d’impresa”*

Si legge spesso che la farraginoso, lenta ed arretrata macchina pubblica della giustizia rappresenterebbe uno degli inestirpabili mali del nostro tempo.

È certo vero che **un sistema efficiente governato da giudici specializzati costituisce un motivo di appeal per le imprese**, e il noto esempio del *Delaware* lo dimostra limpidamente.

Poco più di dieci anni fa, e a sessanta di distanza dal compimento del disegno della codificazione civile, prendeva avvio una feconda stagione di riforme che ha profondamente rinnovato il diritto delle società commerciali (D.Lgs. 17 gennaio 2003, nn. 5 e 6).

L’esigenza di modernizzazione e di adeguamento ad una realtà economica, sociale e produttiva profondamente mutata - sia all’interno del Paese sia nel contesto internazionale - non ha ovviamente trascurato il terreno della giustizia commerciale, ben noto snodo nevralgico per qualsiasi sistema che aspiri ad essere concorrenziale sul “mercato” degli ordinamenti nazionali.

L’obiettivo era ambizioso: “assicurare una più rapida ed efficace definizione” dei procedimenti commerciali (art. 12, 1° comma, L. 3 ottobre 2001, n. 366), anche incentivando forme alternative di risoluzione delle controversie (arbitrato, conciliazione), con la prospettiva di forgiare, dopo un’adeguata “sperimentazione” nel “laboratorio” commerciale, un nuovo sistema di giustizia civile.

La “questione giustizia” nel settore societario e commerciale era divenuta, in effetti, improcrastinabile: le patologiche inefficienze e disfunzioni dell’apparato giudiziario e l’eccessiva durata dei processi mettevano in serio pericolo il principio della certezza del diritto e - in una fase storica di forte accelerazione verso la globalizzazione, la libertà di stabilimento e il fenomeno del *forum shopping* - rischiavano sia di disincentivare nuovi investimenti, specie stranieri, sia di alimentare una “fuga” verso altri ordinamenti più appetibili, come d’altronde accaduto in Germania per effetto del caso Centros.

Quanto, su questo terreno, il legislatore abbia fallito è attestato dal “naufragio” del processo societario, abrogato nel 2009 dopo una breve ma tormentata vita. Da poco più di un anno e mezzo è operativo, invece, il Tribunale delle imprese (L. 24 marzo 2012, n. 27), sicché è ancora presto per un bilancio che, stando alle statistiche che si leggono sulla stampa, non pare tuttavia lusinghiero¹.

¹ Si veda da ultimo Baroni, *Giustizia, verso il processo elettronico*, in *La Stampa*, 22 aprile 2014, 4. Per una disamina, critica, sui percorsi riformatori di questo decennio, si veda da ultimo Graziosi, *Dall’arbitrato societario al tribunale delle imprese: a dieci anni dalla riforma del diritto societario*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 2014, 77 e segg.



Ma è sul terreno dell'**arbitrato societario** che si appuntano le maggiori critiche.

Fin da subito, infatti, l'arbitrato societario ha mostrato, anche su punti qualificanti, **preoccupanti aporie** che hanno alimentato forti contrasti fra gli interpreti e suscitato diffidenza negli operatori, fino a far dubitare dell'opportunità stessa di alcune opzioni di fondo della riforma.

L'esigenza di un intervento riformatore è, dunque, sentita e – a sommosso avviso dello scrivente – può essere colta l'occasione del progetto di riforma della giustizia civile attualmente in elaborazione.

Due in particolare, sono i temi sui quali richiamare l'attenzione del legislatore: il primo concerne il tema del rapporto fra arbitrato societario e arbitrato ordinario (par. 2); il secondo investe il concetto di «disponibilità» dei diritti quale presupposto di arbitrabilità delle controversie (par. 3).

Qualche considerazione, infine, su alcune modifiche di «maquillage» delle norme, per meglio renderle coerenti con la riforma della disciplina dell'arbitrato comune (artt. 806 ss.) intervenuta nel 2006 (par. 4)

2. Il problema della validità delle clausole compromissorie preesistenti non adeguate alla riforma del 2003: dieci anni di incertezze a danno del «sistema giustizia»

Il d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, ha introdotto il cd. «arbitrato societario» (artt. 34-36), vale a dire una disciplina speciale dell'arbitrato riservato alle società commerciali, non quotate, per la risoluzione delle liti aventi ad oggetto «diritti disponibili relativi al rapporto sociale».

Condizione per l'applicazione di questa disciplina è la presenza, nello statuto della società, di una clausola compromissoria che – ed il punto dolente è questo – affidi, a pena di nullità, la designazione di tutti gli arbitri a soggetto estraneo alla società (art. 34).

Fin da subito si è aperto un **serrato dibattito**, poiché non era chiaro se l'art. 34 determinasse o meno l'automatica nullità di tutte le clausole già presenti negli statuti, le quali demandavano (come era consueto fino ad allora) la nomina di un arbitro a ogni parte e del terzo ai primi due designati (cd. sistema «binario»)².

La questione ha inciso in modo grave e rilevante sulla certezza giuridica, che mai come in questa materia dovrebbe essere massimamente garantita.

Molti giudici, ed anche la Cassazione di recente, hanno ritenuto nulle le clausole già esistenti, con conseguente effetto di «spostare» dall'arbitrato ai tribunali il contenzioso societario, accrescendo il carico di lavoro degli uffici.

Decine di notai sono stati sottoposti ad azioni disciplinari per aver inserito clausole «binarie» negli statuti.

Spesso, infine, giocando sull'oggettiva incertezza delle norme ed attraverso mirate eccezioni di incompetenza (ora del tribunale, ora del giudice) con conseguente decadenza dal diritto ad agire, la giustizia si è tramutata in un vero e proprio diniego di giustizia.

In sintesi: paradossalmente, la riforma del 2003, che era nelle intenzioni e nelle dichiarazioni, diretta a promuovere ed incentivare la cultura dell'arbitrato e l'uso

² Sia consentito rinviare, per i termini del dibattito, a S.A. Cerrato, *La clausola compromissoria nelle società. Profili sostanziali*, Torino, 2012; P. Montalenti, *Il nuovo arbitrato societario nel contesto della riforma dell'arbitrato di diritto comune*, in AA.VV., *Arbitrato. Profili di diritto sostanziale e di diritto processuale*, a cura di Guido Alpa e Vincenzo Vigoriti, Torino, 2013, 1008 ss.



dell'arbitrato per alleviare il carico degli uffici dei giudici togati, ha avuto l'esatto opposto effetto di:

- rendere radicalmente nulle tutte le clausole arbitrali già presenti negli statuti, e non adeguate alla previsione dell'art. 34, limitando il ricorso all'arbitrato;
- moltiplicare i timori verso questa forma di giustizia alternativa, allontanando operatori e imprese;
- accrescere il contenzioso giudiziario, che si è tradotto (ma i numeri peccano per difetto) in oltre settanta provvedimenti soltanto sulla questione della validità della clausola compromissoria binaria³.

Nel 2009 è stato presentato al **Senato della Repubblica** un disegno di legge di interpretazione autentica dell'art. 34 d.lgs. 5/2003 (qui allegato sub B – AS 1702), diretto a chiarire che la nuova disciplina dell'arbitrato societario non ostava alla conservazione di clausole binarie negli statuti.

Il d.d.l. poi decaduto per effetto della scadenza della legislatura, **merita di essere ripreso in considerazione**. Esso infatti consentirebbe di confermare la validità delle clausole arbitrali già presenti negli statuti (e come è facile immaginare si tratta di centinaia di migliaia le società in questione), restituire fiducia agli operatori e certezza nel meccanismo arbitrale, eliminando quindi anche – in prospettiva – un contenzioso inutile e dannoso che continua a riproporsi.

Chi scrive ritiene quindi di sottoporre all'attenzione di codesto On.le Ufficio la proposta di inserire, nel quadro del progettato intervento sulla giustizia, una disposizione che intervenga a sanare il grave *vulnus* che affligge l'arbitrato societario.

In particolare, si ritiene di suggerire l'adozione di una disposizione di interpretazione autentica così formulata:

Art. [●]. Interpretazione autentica dell'art. 34 del decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5.

1. La disposizione di cui all'articolo 34 del decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, deve essere interpretata nel senso che la nullità sancita al comma 2 non colpisce le clausole compromissorie, presenti negli statuti sociali alla data del 1° gennaio 2004, che non conferiscano il potere di nomina di tutti gli arbitri a soggetto estraneo alla società.

3. La questione della «compromettibilità» delle liti societarie. Superare le incertezze per favorire un maggior ricorso all'arbitrato

L'art. 34 sancisce la compromettibilità in arbitrato (societario) delle liti aventi ad oggetto «diritti disponibili relativi al rapporto sociale».

La delimitazione del **concetto di «disponibilità» ha generato un esteso contenzioso** ed è oggi soprattutto un tema che registra posizioni molto divergenti, anche all'interno di stessi uffici giudiziari. Il caso del Tribunale di Milano è, in questo senso, paradigmatico.

Senza voler ripercorrere qui le diverse tesi, c'è da osservare che molte delle opinioni diffuse in passato – e talvolta riproposte – si alimentavano del falso convincimento che l'arbitrato fosse in sé pericoloso, in quanto forma di giustizia sottratta alla magistratura ordinaria.

³ Per una prima impressione, si può consultare la ponderosa rassegna reperibile al link www.management.unito.it/pubblicazioni/cerrato/.



In realtà, se questa visione era coerente con un certo disegno, anche politico, degli anni Quaranta quando il codice fu introdotto, oggi è pacificamente riconosciuta all'arbitrato dignità **equiparabile a quella del giudizio civile**, di cui rappresenta una alternativa a tutti gli effetti.

Anche il timore che gli arbitri non applichino la legge è, in realtà, destituito di fondamento poiché essi – al pari dei giudici – devono applicare la legge quando l'arbitrato è di diritto.

Ora, altri ordinamenti hanno di recente affrontato analoga questione, adottando soluzioni di massima apertura a favore dell'arbitrato. Così ad esempio **in Spagna**: il recente art. 11 bis della legge sull'arbitrato del 2003 (articolo introdotto con legge 11/2011) sancisce la compromettibilità di qualsiasi controversia societaria, senza più far riferimento al requisito della «disponibilità» del diritto conteso.

La scelta è di sicuro apprezzabile ed efficiente, poiché elimina in radice le incertezze degli operatori sulla natura del diritto e dunque sulla «strada» (giudice o arbitro?) che deve essere percorsa.

Allo scopo, pertanto, di ridurre ulteriormente il contenzioso societario e snellire il sistema della giustizia commerciale, senza per contro privare imprese e operatori dei livelli minimi di garanzia assicurati dall'ordinamento, si ritiene di suggerire anche al Legislatore italiano **l'adozione di una soluzione analoga a quella spagnola** e dunque di riformulare l'art. 34 d.lgs. 5/2003 come segue:

Art. [●]. Modifica all'art. 34 del decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5.

1. Il comma 1 dell'articolo 34 del decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, è sostituito dal seguente: «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 relativi al rapporto sociale».

4. Una buona occasione per un maquillage delle norme. Altri suggerimenti

Il d.lgs. 40/2006 ha riformato l'intera materia dell'arbitrato, adottando, peraltro, alcune soluzioni già sperimentate nell'arbitrato societario. Il d.lgs. 40/2006 non si è tuttavia preoccupato di allineare il d.lgs. 5/2003 alle nuove disposizioni, lasciando dunque persistere regole che non trovano più ragion d'essere.

Ci riferiamo, in particolare, al comma 3 dell'art. 35, che dichiara non applicabile il primo comma dell'art. 819. Dal 2006, tuttavia, questa norma ha un contenuto diverso, esattamente opposto rispetto al passato. Dunque la prima parte dell'art. 35 può oggi essere abrogata.

Quanto alla restante parte del comma 3 dell'art. 35: anche essa soffre del medesimo vizio, poiché scritta quando esisteva una disciplina dell'arbitrato internazionale (oggi abrogata) che limitava i casi di impugnazione del lodo: può dunque essere abrogata.

Ancora: nell'art. 36 si trova richiamato il comma 2 dell'art. 829. Oggi tale rinvio deve essere corretto, poiché la corrispondente disposizione è stata collocata altrove.

Una segnalazione finale: il comma 6 dell'art. 34, nel disciplinare l'introduzione e la soppressione della clausola compromissoria dallo statuto sociale non regola:

- a. la decisione di modifica della clausola
- b. le maggioranze previste per la decisione nelle società di persone.



c. la posizione dei soci astenuti o comunque non votanti

Al fine di sanare anche questo vuoto normativo, evitando che i giudici civili siano investiti di compiti di ermeneutica ortopedica che ad essi non dovrebbero spettare, si suggerisce di modificare tale comma prevedendo: quanto al **primo aspetto** (modifica della clausola) di assoggettare al medesimo regime anche le modifiche che determinano un cambiamento significativo del contenuto della clausola; quanto al **secondo aspetto** (società di persone), si suggerisce di richiamare espressamente il regime generale di modifica dello statuto di società di persone (unanimità) poiché una diversa interpretazione che volesse accreditare la tesi della modificabilità della clausola a maggioranza, porterebbe al risultato opposto di depotenziare la protezione dei soci in tali società. Infine, quanto al **terzo aspetto**, si propone di modificare l'espressione «soci assenti o dissenzienti» per uniformarla con la disciplina generale del recesso (art. 2437 cod. civ.).

Lo scrivente pertanto suggerisce quanto segue:

Art. [●]. Modifica agli artt. 34, 35 e 36 del decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5.

1. Il comma 6 dell'art. 34 del decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, è sostituito dai seguenti: «6. Le modifiche dell'atto costitutivo, introduttive, soppressive o modificative di clausole compromissorie, purché la modifica determini un cambiamento sostanziale del contenuto della clausola, devono essere approvate, nelle società di cui ai capi V, VI e VII del titolo V del libro V del codice, dai soci che rappresentino almeno i due terzi del capitale sociale. I soci che non hanno concorso alla deliberazione possono, entro i successivi novanta giorni, esercitare il diritto di recesso.

7. Per le società di cui ai capi III e IV del titolo V del libro V del codice civile, si applica l'art. 2252 del codice; qualora il contratto sociale sia modificabile a maggioranza, si applica il comma precedente.

2. Il comma 3 dell'articolo 35 del decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, è soppresso.

3. Nel comma 1 dell'art. 36, le parole «anche a norma dell'art. 829, secondo comma, del codice di procedura civile» sono sostituite dalle seguenti: «anche per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia».

* * *

Con l'auspicio che le osservazioni rese possano essere di qualche utilità.

Prof. avv. Stefano A. Cerrato