



Torino, 25 settembre 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.

La “questione giustizia” nel settore societario e commerciale è 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.

L’intervento di maggior respiro sul punto è avvenuto nel 2003 in occasione della **riforma societaria** (d.lgs. 5/2003), che ha introdotto un rito civile speciale per le liti societarie e una disciplina di arbitrato innovativa.

**I risultati sono stati poco lusinghieri.**

Il **processo societario** è naufragato, frettolosamente 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): esperimento apprezzabile, considerato che normativizza una prassi (quella di creare pool specializzati di magistrati) che in alcune sedi era già realtà da tempo con risultati confortanti.

Anche l’**arbitrato societario** è stato bersagliato da serrate critiche.

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

I timori di molti autorevoli commentatori si sono rivelati fondati: la validità o meno delle clausole arbitrali, vecchie e nuove, è stata discussa in decine e decine di processi, con evidente spreco di tempo, di risorse e di credibilità. Anche gli interventi della Cassazione sono risultati non del tutto chiarificatori (resta in dubbio se le clausole già presenti negli statuti prima del 2003 siano valide o meno) e comunque penalizzanti per l’arbitrato.

Merita dunque di essere valutata l’esigenza di un intervento riformatore e – a sommosso avviso dello scrivente – può essere colta l’occasione del progetto di riforma della giustizia



civile attualmente in elaborazione. Il rischio, diversamente, è che prevalga la diffidenza a discapito di questo sistema di giustizia.

**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).

Ci sia permessa, infine, qualche proposta 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»)¹.

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 giudiziari.

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 dell'arbitro) con conseguente decadenza dal diritto ad agire, la giustizia è stata tramutata in un vero e proprio **diniogo 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 di questo strumento 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;
- impedire ai soci di riservarsi di nominare gli arbitri (elemento importante per un sistema di giustizia che si basa sulla fiducia e sull'affidamento in chi giudica),

---

¹ Sia consentito rinviare, per i termini del dibattito, a 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.; S.A. Cerrato, *La clausola compromissoria nelle società. Profili sostanziali*, Torino, 2012.



eventualmente ricorrendo ai correttivi che, oggi, consentono di adottare clausole multiparti;

- moltiplicare i timori verso questa forma di giustizia alternativa, allontanando operatori e imprese;
- accrescere il contenzioso giudiziario per determinare se fosse competente il giudice o l'arbitro con tutto ciò che comporta in termini di oneri e tempo<sup>2</sup>.

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 fine della legislatura, **merita di essere ripreso in considerazione e ampliato**.

Due sono, dunque, gli interventi. Innanzitutto, introdurre una disposizione di interpretazione autentica che salvi le clausole arbitrali presenti negli statuti prima del 2004 e mai modificate (comma 1 dell'articolo). In secondo luogo, consentire di nuovo ai soci di adottare clausole nelle quali si riservano la nomina degli arbitri; ed al fine di evitare il pericolo che la clausola risulti inapplicabile per pluralità di parti, si prevede che essa debba essere conforme all'art. 816 quater del codice di procedura civile, che disciplina appunto il caso dell'arbitrato con più parti. Qualora i soci introducano tale clausola, non possono però trovare applicazione le disposizioni dettate per l'arbitrato societario, ad eccezione di quelle comunque compatibili con l'arbitrato ordinario (comma 4 dell'articolo).

*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 un tema che registra posizioni molto divergenti, anche all'interno di stessi uffici giudiziari. Il caso del Tribunale di Milano, diviso fra quantomeno tre diversi orientamenti, 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.

In realtà, se questa visione era coerente con un certo disegno, anche politico, degli anni Quaranta quando il codice fu introdotto, oggi – specie dopo le riforme intervenute – 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

---

<sup>2</sup> Per una prima impressione, si può consultare la ponderosa rassegna reperibile al link [www.management.unito.it/pubblicazioni/cerrato/](http://www.management.unito.it/pubblicazioni/cerrato/).



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 opportuna **l'adozione di una soluzione analoga a quella spagnola** e dunque la riformulazione del comma 1 dell'art. 34 d.lgs. 5/2003 eliminando il riferimento al concetto di «disponibilità» (comma 2 dell'articolo).

Nel nuovo comma trova altresì posto una precisazione che risolve un contrasto insorto in giurisprudenza: viene chiarito che le società semplici non possono adottare clausole per arbitrato societario, in conformità peraltro al dettato della legge delega 366/2001.

#### *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 o devono essere coordinate.

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 del comma 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 (comma 5 dell'articolo).

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 (comma 6 dell'articolo).

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 prevede di modificare tale comma stabilendo: 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 (artt. 2437 e 2473 cod. civ.) (comma 3 dell'articolo).



Testo dell'articolato

*Art. [●]. Interventi sull'arbitrato.*

*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.*

*2. Il comma 1 dell'articolo 34 del decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, è sostituito dal seguente: «Gli atti costitutivi delle società iscritte nel registro delle imprese, ad eccezione di quelle che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio a norma dell'articolo 2325-bis del codice civile e delle società semplici, 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».*

*3. 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 i soci abbiano convenuto che il contratto sociale sia modificabile a maggioranza, si applica il secondo periodo del comma precedente.*

*4. Dopo il comma 7 dell'articolo 34 del decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, è inserito il seguente: «8. Resta salva, per le tutte le società ad eccezione di quelle che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio a norma dell'articolo 2325-bis del codice civile, la facoltà di devolvere ad arbitrato, anche non rituale, alcune ovvero tutte le controversie insorgenti tra i soci ovvero tra i soci e la società che abbiano ad oggetto diritti relativi al rapporto sociale mediante clausole compromissorie conformi all'art. 816 quater, comma 1, del codice di procedura civile. In tal caso non si applicano le disposizioni del presente Titolo ad eccezione degli articoli 34, commi 3 e 4, 35, commi 4 e 5 bis, 36, comma 1.*

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

*6. 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