



Prof. Stefano A. Cerrato
stefano.cerrato@unito.it

Torino, 24 novembre 2014

Oggetto: Osservazioni per interventi correttivi alle disposizioni sull'arbitrato societario nel quadro delle proposte di riforma della giustizia civile e commerciale in Italia

1. Premessa. Tre livelli di intervento per accrescere la fiducia nell'arbitrato

La «questione giustizia» nel settore societario e commerciale è divenuta, negli ultimi tempi, improcrastinabile.

I recenti interventi, che hanno portato alla creazione dei «tribunali delle imprese», muovono nella corretta direzione di favorire la crescita di giudici e sezioni dotati di elevata specializzazione e alta competenza, dunque in grado di rispondere più adeguatamente alle esigenze delle imprese.

Occorre tuttavia anche rafforzare gli **strumenti deflattivi** del contenzioso civile e l'arbitrato rappresenta un'alternativa reale.

L'intervento di maggior respiro sul punto è avvenuto nel 2003 in occasione della **riforma societaria** (artt. 34-35-36 d.lgs. 5/2003), che ha introdotto una disciplina di arbitrato innovativa.

I risultati sono stati poco lusinghieri. L'**arbitrato societario** è stato bersagliato da serrate critiche e, paradossalmente, **ha incrementato quel contenzioso che mirava a ridurre**.

La validità o meno delle clausole arbitrali, vecchie e nuove, la loro estensione, l'area di arbitrabilità delle controversie sono state e sono tuttora oggetto di decine e decine di processi, con evidente spreco di tempo, di risorse e di credibilità.

Basto solo un dato: fra tutti gli istituti della riforma societaria, **l'arbitrato è fra quelli che ha generato il maggior contenzioso** giudiziario¹.

Anche gli interventi della Cassazione, pur autorevoli, sono risultati non del tutto chiarificatori.

L'attuale processo di riforma della giustizia civile e commerciale portato avanti dalla Commissione Berruti rappresenta la sede ideale per un intervento che, correggendo anche i difetti operativi dell'arbitrato, accresca l'efficienza del «sistema giustizia».

Due sono le tipologie di interventi suggeriti:

1. Interventi di coordinamento (si veda il par. 2)
2. Interventi di chiarimento (si veda il par. 3)

¹ Chi scrive ha curato, dal 2005 in avanti, una rassegna – che non vuole avere alcun valore statistico ovviamente – di provvedimenti editi in tema di validità della clausola arbitrale societaria e di compromettibilità delle liti. La si può consultare al link: www.management.unito.it/pubblicazioni/cerrato/



Prof. Stefano A. Cerrato
stefano.cerrato@unito.it

E' bene chiarire che non si tratta di riformare l'istituto, che ha dato ottima prova di sé, bensì soltanto di correggere alcune «stonature» e procedere ad un intervento di «maquillage» normativo in alcuni punti topici.

L'illustrazione delle linee di intervento è accompagnata, in allegato, da una bozza di articolato.

2. *Gli interventi di coordinamento*

Nel 2006 il legislatore ha riformato l'intera disciplina dell'arbitrato (artt. 806 ss. cod. proc. iv.), adottando anche alcune soluzioni «sperimentate» in ambito societario.

Il d.lgs. 40/2006 **non ha però curato il coordinamento** con le norme del d.lgs. 5/2003, circostanza che ha generato interrogativi e dubbi ermeneutici che il legislatore potrebbe oggi risolvere.

Nel dettaglio.

1. **Comma 3 dell'art. 35 (disposizioni divenute superflue).**

La **prima parte del comma** dichiara non applicabile in arbitrato societario il primo comma dell'art. 819, che nel 2003 obbligava gli arbitri a sospendere il procedimento in presenza di questioni incidentali non compromettibili.

Nel 2006 tale disposizione è stata cambiata adottando il medesimo principio previsto nell'arbitrato societario: gli arbitri possono infatti decidere ogni questione incidentale, anche non compromettibile, salvo che occorra una decisione con efficacia di giudicato.

Oggi, pertanto, è divenuta superflua la prima parte del comma 3 dell'art. 35, che può essere abrogata.

La seconda parte del comma 3 dichiara non applicabile in arbitrato societario l'art. 838, che nel 2003 limitava i casi di impugnazione dei lodi resi in arbitrati internazionali.

Nel 2006 tale disposizione è stata abrogata e agli arbitrati internazionali si applicano le stesse regole di quelli domestici.

Oggi, quindi, anche la seconda parte del comma 3 dell'art. 35 è divenuta superflua e può essere abrogata.

La proposta di modifica si legge nel comma 5 dell'articolato allegato a questa Nota.

2. **Comma 1 dell'art. 36 (rinvio da correggere).**

Nel comma 1 dell'art. 36 è richiamato il comma 2 dell'art. 829, così da rendere sempre impugnabile il lodo societario per violazione di regole di diritto. Dal 2006 l'ordine dei commi dell'art. 829 è cambiato e la disposizione una volta contenuta nel comma 2 è stata collocata altrove.

E' opportuna una modifica dell'art. 36 che richiami direttamente il contenuto della regola ora descritta.

La proposta di modifica si legge nel comma 7 dell'articolato allegato a questa Nota.

3. *Gli interventi di chiarimento*



Prof. Stefano A. Cerrato
stefano.cerrato@unito.it

Come spesso accade, anche il d.lgs. 5/2003 ha mostrato lacune e punti oscuri sui quali si potrebbe oggi intervenire a beneficio dell'istituto arbitrale.

1. **Comma 6 dell'art. 34 (le modifiche della clausola compromissoria).**

Il comma 6 dell'art. 34, nel disciplinare l'introduzione e la soppressione della clausola compromissoria nello statuto sociale omette di regolare:

- a. la decisione di modifica della clausola
- b. la posizione dei soci astenuti o comunque non votanti
- c. le maggioranze previste per la decisione nelle società di persone.

Al fine di colmare queste lacune, evitando che generino contenzioso e incertezze applicative, si propone di modificare il comma 6 dell'art. 34 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, come suggerito da molta dottrina autorevole; quanto al **secondo aspetto** (soci astenuti e non votanti), si propone di modificare l'espressione «soci assenti o dissenzienti» per uniformarla con la disciplina generale del recesso societario (artt. 2437 e 2473 cod. civ.: «soci che non hanno concorso alla deliberazione»). Infine, quanto al **terzo aspetto** (società di persone), si suggerisce di introdurre (in un comma nuovo) un richiamo espresso al 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; ovviamente, nel caso in cui lo statuto di società di persone sia già modificabile a maggioranza per previsione statutaria ex art. 2252 cod. civ., occorre garantire il recesso al socio che non abbia concorso alla deliberazione.

La proposta di modifica si legge nel comma 3 dell'articolato allegato a questa Nota.

2. **Comma 5 dell'art. 35 (la compromettibilità di decisioni non collegiali)**

L'art. 35 chiarisce che la clausola compromissoria può anche includere la validità delle deliberazioni assembleari, dimenticando però che nelle s.r.l. i soci e gli amministratori possono anche decidere con **metodi «non collegiali»** e nelle società di persone la collegialità non è prevista come regola generale.

Per evitare che sorgano questioni circa l'estensione della compromettibilità a queste materie – che non ha ragione di essere esclusa – si suggerisce di modificare il tenore del comma 5 dell'art. 35 per includervi le decisioni «non collegiali».

La proposta di modifica si legge nel comma 6 dell'articolato allegato a questa Nota.

3. **Comma 1 dell'art. 34 (l'area delle liti compromettibili).**

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 (uno di recente smentito dalla Cassazione), è in questo senso paradigmatico.



Prof. Stefano A. Cerrato
stefano.cerrato@unito.it

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 realtà, la riforma del 2006 ha riconosciuto all'arbitrato dignità **equiparabile a quella del giudizio civile**, di cui rappresenta una alternativa a tutti gli effetti. Anche la sentenza della Corte costituzionale sulla *translatio iudicii* (Corte cost. n. 223/2013) lo conferma.

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 (articolo introdotto con legge 11/2011) sancisce la compromettibilità di qualsiasi controversia societaria, senza più far riferimento al requisito della «disponibilità» del diritto conteso².

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 suggerisce qui **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).

Ovviamente, a garanzia del sistema, quando il diritto non sia disponibile la decisione dovrà essere di diritto ed in tal senso è sufficiente ampliare quanto già previsto nell'ultima parte del comma 1 dell'art. 36.

La proposta di modifica si legge nel comma 2 (nuovo testo dell'art. 34) e nel comma 7 (nuovo testo dell'art. 36) dell'articolo allegato a questa Nota.

4. **Comma 1 dell'art. 34 (l'applicabilità alle società semplici ed alle società di persone non iscritte nel registro delle imprese)**.

E' sorto un ampio dibattito sull'inclusione o meno delle società semplici e delle società di persone non iscritte nel registro delle imprese fra quelle soggette ad arbitrato societario³.

Sul primo aspetto, è di certo preferibile la risposta negativa, perché coerente con la legge delega (art. 12 l. 366/2001). Si suggerisce quindi di escludere espressamente che le società semplici.

Sul secondo aspetto, la mancata iscrizione a registro delle imprese impedisce l'applicazione dei commi 1 e 5 bis dell'art. 35 (deposito presso il registro delle domande di arbitrato e del dispositivo dell'ordinanza di sospensione di delibera e del lodo che decide sull'impugnazione di delibera). La questione pare di scarsa portata ma investe un punto centrale e cioè la rilevanza dell'arbitrato societario come meccanismo di

² E' opportuno ricordare che già nel 2003 il compianto Maestro Edoardo Ricci era giunto a ritenere che il limite della disponibilità dei diritti non operasse più in materia societaria: RICCI E.F., *Il nuovo arbitrato societario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, 521 s. La proposta qui formulata muove in questa direzione.

³ In giurisprudenza, ad esempio, Trib. Roma 4 luglio 2007, in *Giur. comm.*, 2008, II, 900 ss.; App. Roma, 7 febbraio 2013, in *Riv. dir. comm.*, 2014, 425 ss.



Prof. Stefano A. Cerrato
stefano.cerrato@unito.it

giustizia «di gruppo». L'iscrizione della domanda consente la conoscibilità e l'intervento di altri soci, così come anche l'iscrizione del lodo o della sospensiva. Si suggerisce quindi di chiarire che solo le società iscritte nel registro delle imprese possono accedere ad arbitrato societario.

La proposta di modifica si legge nel comma 2 (nuovo testo dell'art. 34) dell'articolato allegato a questa Nota.

5. **Comma 1 dell'art. 34 (i rapporti con l'arbitrato «ordinario»; la sorte delle clausole compromissorie esistenti prima del 2003 e non modificate).**

Il d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, dispone, con norma infelice, la «nullità» delle clausole arbitrali che non devolvano ad un terzo la nomina di tutti gli arbitri.

Fin da subito si è aperto un **serrato dibattito** sulla sorte delle clausole già presenti negli statuti prima del 2003 che utilizzassero il cd. «sistema binario», affidando cioè la nomina di un arbitro ad ogni parte e del terzo ai primi due designati⁴.

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

Molti giudici hanno ritenuto valide le clausole già esistenti; molti altri giudici hanno deciso il contrario, con conseguente effetto di «spostare» dall'arbitrato ai tribunali il contenzioso societario, accrescendo il carico di lavoro degli uffici giudiziari.

Spesso, 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**.

Ampio è stato anche il dibattito giurisprudenziale sulla possibilità di introdurre ancora oggi nei nuovi statuti clausole «binarie»: decine di notai sono stati incolpati dalle procure per averlo fatto, condannati in primo grado, assolti in appello, condannati in Cassazione.

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 sempre 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), eventualmente ricorrendo ai correttivi che, oggi, consentono di adottare clausole multiparti;
- moltiplicare i timori e la diffidenza verso l'arbitrato, 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 tempo⁵.

⁴ 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.



Prof. Stefano A. Cerrato
stefano.cerrato@unito.it

Due sono gli interventi che si suggerisce.

- a. Innanzitutto, introdurre una disposizione di **interpretazione autentica** che salvi le clausole arbitrali presenti negli statuti prima del 2004 e mai modificate. Pare la soluzione più coerente al quadro giuridico, atteso che il d.lgs. 5/2003 non conteneva né regole di adeguamento obbligatorio né regole di retroattività delle nuove norme, e – come è noto – le S.U. della Cassazione hanno chiarito che al patto compromissorio si applica la legge del tempo di stipulazione⁶.

La proposta di modifica si legge nel comma 1 dell'articolo allegato a questa Nota.

- b. In secondo luogo, estendere anche alle società la disposizione introdotta nel 2006 nell'art. 816 quater per l'arbitrato con pluralità di parti, norma che prevede un determinato meccanismo per la nomina del collegio. In tal modo si potrebbe consentire ai soci di adottare comunque, anche oggi, clausole nelle quali si riservano la nomina degli arbitri.

Questa modifica non andrebbe ad intaccare la disciplina dell'arbitrato, ma solo la modalità di nomina degli arbitri, fatta eccezione per il regime di intervento in arbitrato, che dovrebbe essere regolato dalle norme del codice in deroga al comma 2 dell'art. 35.

La proposta di modifica si legge nel comma 4 dell'articolo allegato a questa Nota.

* * *

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

Prof. avv. Stefano A. Cerrato

⁵ Per una prima impressione, si può consultare la rassegna, che riporta oltre settanta sentenze, reperibile al link www.management.unito.it/pubblicazioni/cerrato/.

⁶ Cass., Sez. Un., 12 giugno 1997, n. 5292, in *Riv. arb.*, 1997, 759 ss.; conforme: Cons. St., sez. V, 28 giugno 2004, n. 4791, in *Foro amm.* – *C.d.S.*, 2005, 447 ss.



Prof. Stefano A. Cerrato
stefano.cerrato@unito.it

ALLEGATO

Testo dell'articolato

Testo vigente	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:
1. Gli atti costitutivi delle società, ad eccezione di quelle che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio a norma dell'articolo 2325-bis del codice civile, possono, mediante clausole compromissorie, prevedere la devoluzione ad arbitri di alcune ovvero di tutte le controversie insorgenti tra i soci ovvero tra i soci e la società che abbiano ad oggetto diritti disponibili relativi al rapporto sociale.	«1. Gli atti costitutivi delle società <u>iscritte nel registro delle imprese</u> , 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 <u>diritti relativi</u> 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 o soppressive di clausole compromissorie, devono essere approvate dai soci che rappresentino almeno i due terzi del capitale sociale. I soci assenti o dissenzienti possono, entro i successivi novanta giorni, esercitare il diritto di recesso.	«6. Le modifiche dell'atto costitutivo, introduttive, soppressive <u>o modificative di clausole compromissorie, purché la modifica determini un cambiamento sostanziale del contenuto della clausola</u> , devono essere approvate, <u>nelle società di cui ai capi V, VI e VII del titolo V del libro V del codice</u> , dai soci che rappresentino almeno i due terzi del capitale sociale. I soci <u>che non hanno concorso alla deliberazione</u> 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, la modifica deve essere approvata con la maggioranza prevista nel comma precedente e i soci che non hanno concorso alla deliberazione possono, entro i successivi novanta giorni, esercitare il diritto di recesso.
	4. Dopo il comma 7 dell'articolo 34 del decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, è inserito il



	<p>segunte:</p> <p><u>«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. Si applicano le disposizioni del presente Titolo ad eccezione degli articoli 34, commi 1 e 2, e 35, comma 2.</u></p>
	<p>5. Il comma 3 dell'articolo 35 del decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, è soppresso.</p>
	<p>6. Il comma 5 dell'art. 35 è sostituito dal seguente:</p>
<p>5. La devoluzione in arbitrato, anche non rituale, di una controversia non preclude il ricorso alla tutela cautelare a norma dell'articolo 669-quinquies del codice di procedura civile, ma se la clausola compromissoria consente la devoluzione in arbitrato di controversie aventi ad oggetto la validità di delibere assembleari, agli arbitri compete sempre il potere di disporre, con ordinanza non reclamabile, la sospensione dell'efficacia della delibera.</p>	<p><u>«5. La devoluzione in arbitrato, anche non rituale, di una controversia non preclude il ricorso alla tutela cautelare a norma dell'articolo 669-quinquies del codice di procedura civile, ma se la clausola compromissoria consente la devoluzione in arbitrato di controversie aventi ad oggetto la validità di delibere degli organi sociali o decisioni di soci o di amministratori, agli arbitri compete sempre il potere di disporre, con ordinanza non reclamabile, la sospensione dell'efficacia della delibera o della decisione».</u></p>
	<p>7. Il comma 1 dell'art. 36 è sostituito dal seguente:</p>
<p>1. Anche se la clausola compromissoria autorizza gli arbitri a decidere secondo equità ovvero con lodo non impugnabile, gli arbitri debbono decidere secondo diritto, con lodo impugnabile anche a norma dell'articolo 829, secondo comma, del codice di procedura civile quando per decidere abbiano conosciuto di questioni non compromettibili ovvero quando l'oggetto del giudizio sia costituito dalla validità di delibere assembleari.</p>	<p><u>«1. Anche se la clausola compromissoria autorizza gli arbitri a decidere secondo equità ovvero con lodo non impugnabile, gli arbitri debbono decidere secondo diritto, con lodo impugnabile anche per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia quando la lite sia relativa a diritti disponibili o quando per decidere abbiano conosciuto di questioni non compromettibili ovvero quando l'oggetto del giudizio sia costituito dalla validità di delibere degli organi sociali o decisioni di soci o di amministratori».</u></p>