



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

Torino, 23 giugno 2015

Oggetto: Osservazioni per interventi correttivi alle disposizioni sull'arbitrato societario nel quadro delle proposte di riforma della giustizia civile e commerciale in Italia (DDL Berruti – Atto C-2953)

Nota introduttiva

Il presente contributo propone un articolato che può essere recepito come emendamento al disegno di legge delega sulla giustizia (DDL Berruti – Atto C-2953) attualmente in discussione in Commissione Giustizia e calendarizzato per l'Aula nel mese di settembre.

La *ratio* è di migliorare la disciplina vigente dell'arbitrato societario, risolvendo problemi ermeneutici emersi in questi dieci anni di applicazione; in questo modo si potrà incentivare il ricorso a questa forma alternativa di giustizia ormai largamente equiparata a quella ordinaria, accrescere la certezza del diritto e superare tradizionali debolezze ed arretratezze di disciplina che tengono lontane le imprese straniere dal nostro Paese.

Obiettivi, questi, coerenti con gli indirizzi di politica più volte espressi dal Ministero della Giustizia.

Lo scrivente docente era già stato ispiratore, nella precedente legislatura, di un disegno di legge presentato al Senato della Repubblica, che si proponeva di affrontare una parte di questi problemi (A.S. 1702, 21 luglio 2009); lo scioglimento delle Camere aveva purtroppo bloccato l'iter del provvedimento.

Premessa. I problemi aperti

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 – come anche di recente ha auspicato il Presidente di Assonime¹ – gli **strumenti deflattivi** del contenzioso civile e l'arbitrato rappresenta un'alternativa reale benché ancora poco sfruttata.

L'intervento di maggior interesse sul punto è avvenuto nel 2003 in occasione della **riforma societaria** (artt. 34-35-36 d.lgs. 5/2003), che ha introdotto una disciplina dell'arbitrato dedicata alle società, poi seguito nel 2006 da una riforma generale dell'arbitrato codicistico.

A dieci anni di distanza, il giudizio sull'istituto è positivo in molte parti (si pensi al riconoscimento agli arbitri del potere di sospensiva delle delibere; al potere di intervento dei terzi; all'estensione della clausola anche ai componenti degli organi sociali), ma sono emerse anche **serie criticità**.

Essenzialmente:

¹ ASSONIME, *Relazione del Presidente*, Roma, 16 giugno 2015.



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

- (i) validità o meno delle clausole arbitrali che prevedano l'affidamento della nomina degli arbitri a soggetto estraneo;
- (ii) estensione dell'area di arbitrabilità delle controversie;
- (iii) disciplina delle modifiche della clausola;
- (iv) dubbi sorti per effetto di difetto di coordinamento con norme codicistiche.

L'arbitrato societario, paradossalmente, ha incrementato, invece di ridurre, le liti, con l'ulteriore effetto di generare nelle imprese e nei professionisti una forte diffidenza verso questo strumento.

Basti solo un dato: fra tutti gli istituti della riforma societaria del 2003, l'arbitrato societario è fra quelli che **ha finora generato il maggior contenzioso** giudiziario in assoluto², con più di cento sentenze edite e – dato del tutto peculiare – con oltre ottanta notai sottoposti a procedimento disciplinare per aver rogato atti costitutivi contenenti clausole arbitrali che affidavano alle parti il potere di nomina degli arbitri, apparentemente in contrasto con l'art. 34 del d.lgs. 5/2003.

Anche gli interventi della Cassazione, pur autorevoli, sono risultati non del tutto chiarificatori ed ancora oscillanti fra soluzioni opposte³, sicché un intervento legislativo pare ormai indispensabile.

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

L'attuale processo di riforma della giustizia civile e commerciale portato avanti dalla **Commissione Berruti** – nel più ampio quadro dei propositi di riforma della giustizia civile annunciati dal Ministro Andrea Orlando – rappresenta la sede ideale per un intervento che, correggendo i difetti operativi dell'arbitrato societario, accresca l'efficienza complessiva del «sistema giustizia» e l'*appeal* del nostro ordinamento per gli investitori stranieri.

Il testo del disegno di legge sulla riforma della giustizia, attualmente in Commissione giustizia della Camera (Atto C-2953) prevede già una direttiva di delega dedicata all'arbitrato [art. 1, comma 2, lett. e), n. 1)] ma ad avviso di chi scrive solo parziale⁴. Si propone quindi di **estendere opportunamente questa direttiva di delega** per consentire al Governo di affrontare e risolvere i problemi dell'arbitrato societario.

Tre sono le tipologie di interventi suggeriti:

1. Interventi di correzione (si veda il par. 2)
2. Interventi di chiarimento (si veda il par. 3)
3. Interventi di coordinamento (si veda il par. 4)

² 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 ufficiale del MIUR: <http://hdl.handle.net/2318/1521084>.

Timori, poi dimostratisi fondati, erano stati autorevolmente espressi anche Paolo Montalenti (si veda per tutti P. MONTALENTI, *La riforma del diritto societario. Profili generali*, in *Riv. dir. comm.* 2003, 57 ss.) il quale aveva anche sollecitato un intervento correttivo della Commissione Vietti.

Per altri e più approfondite considerazioni, rinvio a S.A. Cerrato, *La clausola compromissoria nelle società. Profili sostanziali*, Torino, 2012; Id., *Arbitrato societario, clausola non conforme e «doppio binario»*, in *Giur. comm.*, 2011, 1080 ss.; Id., *Dieci anni dopo: ancora incertezze sull'arbitrato societario. Il caso della società semplice*, in *Riv. dir. comm.*, 2014, II, 429 ss.

³ Si vedano riferimenti più oltre.

⁴ L'articolo citato delega il Governo a intervenire solo su due temi specifici, seppure di attualità: la *traslatio iudicii* e le impugnative dei lodi.



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

E' bene ribadire che non si tratta di riformare l'istituto, che ha dato buona prova di sé, bensì soltanto di correggere alcune «stonature» e procedere ad un intervento di «maquillage» normativo, anche eventualmente mediante consolidamento delle disposizioni contenute nel d.lgs. 5/2003, ormai per tutto il resto abrogato, nel codice di procedura civile.

L'illustrazione delle linee di intervento è accompagnata, in allegato, da una bozza di emendamento al testo del disegno di legge attualmente in discussione in Commissione Giustizia (Atto C-2953).

2. Gli interventi di correzione

Il d.lgs. 5/2003 ha mostrato lacune ed aporie su punti nodali della disciplina che meritano di essere corretti. Tre in particolare i temi più delicati.

a) **Comma 1 dell'art. 34 (a quali società si applica la disciplina dell'arbitrato).**

Il primo aspetto su cui si discute è l'individuazione delle società sottoposte alla disciplina dell'arbitrato societario.

Va sicuramente **confermata l'esclusione delle società con titoli quotati o diffusi** fra il pubblico, poiché in queste prevale l'esigenza di proteggere gli investitori che, acquistando le azioni sui mercati attraverso intermediari, potrebbero trovarsi vincolati alla clausola compromissoria senza averne avuto adeguata informazione o consapevolezza.

E' sorto un ampio dibattito, invece, sull'inclusione o meno delle **società semplici** e delle **società di persone non iscritte nel registro delle imprese** fra quelle soggette ad arbitrato societario⁵, poiché la disposizione attuale si presta ad interpretazioni diverse.

Sul **primo** aspetto, è di certo preferibile la **risposta positiva**, perché la società semplice non è una forma «di nicchia» diffusa in ambito agricolo, bensì ricorrente come modello di società per gestione di patrimoni immobiliari, la cui esclusione dal regime arbitrale non ha ragion d'essere.

Sul **secondo** aspetto, la mancata iscrizione nel 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 non è di scarsa portata poiché investe un punto centrale e cioè la rilevanza dell'arbitrato societario come meccanismo di 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 sospensione. Si suggerisce quindi di chiarire che **solo le società iscritte nel registro delle imprese** possono accedere ad arbitrato societario. Le altre (invero molto poche ed economicamente trascurabili) potranno pur sempre ricorrere all'arbitrato ordinario ai sensi degli artt. 806 ss. c.p.c.

La proposta di delega al Governo si legge nel punto *i*) della bozza di emendamento allegata.

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

La seconda questione attiene ai meccanismi di nomina degli arbitri.

⁵ In giurisprudenza, Trib. Trento, 8 aprile 2004, in *Giur. it.*, 2005, p. 116 s. ha risposto negativamente; contra, invece, 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

Come è noto, tradizionalmente si prevede la nomina di un arbitro per parte e la designazione, ad opera degli arbitri nominati, del presidente (cd. «sistema binario»). Ed in effetti ancora oggi uno dei punti di forza dell'arbitrato è la percezione delle parti di poter «partecipare» al procedimento di selezione dell'organo giudicante indicando professionisti che, per competenza ed autorevolezza, godano della stima condivisa delle parti.

Il d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, ha scelto una strada diversa e dispone testualmente, con norma infelice nel tenore, che la clausola deve conferire «in ogni caso, a pena di nullità, il potere di nomina di tutti gli arbitri a soggetto estraneo alla società (cd. eterodesignazione»).

L'opzione risponde all'esigenza di risolvere il problema delle liti cd. «multi-parti», nelle quali la presenza di più di due litiganti rende difficile la formazione di un collegio arbitrale dispari, ed è quindi **apprezzabile lo sforzo** profuso dal legislatore nel 2003 per superare l'ostacolo. **Criticabile, però, la scelta – non necessaria – di punire con la nullità** tutte le clausole binarie, generalmente presenti negli statuti.

Significativo, ancorché singolare, che invece la relazione illustrativa al decreto del 2003 dichiarasse comunque applicabile la disciplina dell'arbitrato ordinario in materia societaria.

Fin da subito si è in effetti aperto un serrato dibattito e un **forte contrasto in giurisprudenza** sulla sorte delle clausole già presenti negli statuti prima del 2003, generalmente fondate sul meccanismo binario⁶.

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 una parte autorevole della dottrina⁷ hanno ritenuto valide le clausole già esistenti, sul presupposto che la norma non avesse voluto escludere alle parti di scegliere fra arbitrato societario e arbitrato ordinario (**cd. «doppio binario»**); tuttavia altri giudici hanno deciso **il contrario**, con

⁶ Si veda, per i termini del dibattito, 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*, cit.

⁷ In dottrina v. F. Corsi, *Controversie societarie*, in M. Rubino-Sammartano, *Il diritto dell'arbitrato. Disciplina comune e regimi speciali*, 6^a ed., Padova, 2010, 1340 ss.; F. Galgano, R. Genghini, *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, vol. XXIX, t. 2, 3^a ed., Padova, 2006, 106, nt. 378; 169, nt. 169; 241, nt. 277; Aa.Vv., *Diritto dell'arbitrato*, a cura di Verde, 3^a ed., Torino, 2005, 108 ss.; G. Arieta, F. De Santis, *Diritto processuale societario*, Padova, 2004, 603 s., 606; V. Salafia, *Alcune questioni di interpretazione del nuovo arbitrato societario*, in *Soc.*, 2004, 1457 ss.; Id., *Commento a Trib. Latina*, 22 giugno 2004, in *Società*, 2005, 98 s.; F. Auletta, *La nullità della clausola compromissoria a norma dell'art. 34 D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5: a proposito di recenti (dis-)orientamenti del notariato*, in *Riv. arb.*, 2004, 361 ss.; Id., *sub artt. 34-37, commento*, in AA.VV., *La riforma delle società. Il processo*, a cura di Sassani, Torino, 2003, 328; A. Zoppini, F. Auletta, *Doppia chance di arbitrato per le società*, in *Il Sole 24ore*, 2 settembre 2004, 19; P.L. Nela, *Cenni, sull'ambito di applicazione del nuovo arbitrato endosocietario*, in *Giur. it.*, 2005, 117 s., ove ulteriori riferimenti; Id., *sub art. 34, commento*, in AA.VV., *Il nuovo processo societario*, commentario diretto da S. Chiarloni, 2^a ed., Bologna, 2008, 1157 ss., ove altri richiami; F. Santagada, *Arbitrato e conciliazione*, in M. Giorgetti, M.A. Zumpano, E. D'Alessandro e F. Santagada, *Il nuovo processo societario*, Milano, 2005, 152 s.; A. Zoppini, *I "diritti disponibili relativi al rapporto sociale" nel nuovo arbitrato societario*, in *Riv. soc.*, 2004, 1173 ss. e spec. 1183 s.; M.S. Catalano, *Sulla validità delle clausole compromissorie statutarie non adeguate alla disciplina dell'arbitrato endosocietario*, in *NDS*, 15 marzo 2007, n. 5, 56 ss.; A. Merone, *Le due forme di arbitrato e la materia societaria: un rapporto da ricostruire in termini di alternatività*, in *Giur. merito*, 2006, 118 ss.; L. Boggio, *Le clausole compromissorie statutarie alla luce dell'art. 34, comma 2, d.lg. n. 5 del 17 gennaio 2003*, in *Riv. arb.*, 2005, 217 s.; A. Stesuri, *Gli arbitrati societari*, 2^a ed., Torino, 2007, 164 ss.



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

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 **diniego di giustizia**.

Ampio è stato anche il dibattito giurisprudenziale sulla possibilità di introdurre ancora oggi nei nuovi statuti clausole «binarie»: oltre ottanta notai, come detto, sono stati sottoposti a procedimenti disciplinari per averlo fatto.

La stessa Cassazione, che nel 2011 pareva aver accolto la tesi più restrittiva⁸, con una recente sentenza ha di nuovo mutato il proprio orientamento, precipitando la questione in uno stato di obiettiva incertezza⁹.

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:

- creare una gravissima incertezza sulla validità o meno delle le clausole arbitrali con sistema binario già presenti negli statuti, e non adeguate alla previsione dell'art. 34, limitando il ricorso all'arbitrato;
- impedire di fatto ai soci, nel dubbio, di riservarsi di nominare gli arbitri (elemento importante per un sistema di giustizia che si basa sulla fiducia e sull'affidamento in chi giudica);
- moltiplicare i timori e la diffidenza verso l'arbitrato, allontanando operatori e imprese;
- accrescere il contenzioso giudiziario per determinare se fosse competente a decidere il giudice o l'arbitro con tutto ciò che comporta in termini di oneri, risorse e tempo della giustizia pubblica¹⁰.

Si propone quindi di delegare il Governo ad adottare disposizioni che possano sanare questa frattura interpretativa, fare chiarezza sull'istituto e quindi restituire certezza alle imprese.

La proposta di delega al Governo si legge nel punto *i)* della bozza di emendamento allegata.

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

Il terzo problema generale dell'arbitrato societario attiene alla definizione delle liti compromettibili. Si pensi ad esempio all'impugnazione di una deliberazione assembleare; all'azione di responsabilità contro un amministratore; all'accertamento del recesso di un socio.

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

⁸ Cass., 20 luglio 2011, n. 15892.

⁹ Cass., 3 giugno 2014, n. 12370.

¹⁰ Per una prima impressione, si può consultare la rassegna, che riporta oltre settanta sentenze, reperibile al link www.management.unito.it/pubblicazioni/cerrato/.



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

fra quantomeno due diversi orientamenti (uno, tra l'altro, di recente smentito dalla Cassazione), 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 una «pericolosa» forma di privazione della giustizia.

In realtà, la riforma del 2006 ha riconosciuto all'arbitrato dignità **equiparabile a quella del giudizio civile**, di cui rappresenta un'alternativa a tutti gli effetti. Si pensi alla disposizione che riconosce al lodo *tout court* efficacia di sentenza (art. 824 bis cod. proc. civ.) o che autorizza gli arbitri a sollevare incidente di costituzionalità (art. 819 bis, n. 3, cod. proc. civ.); ed anche la sentenza della Corte costituzionale sulla *translatio iudicii* (Corte cost. n. 223/2013) presuppone chiaramente questa linea interpretativa.

Ora, altri ordinamenti hanno di recente affrontato la questione della delimitazione delle liti arbitrabili, adottando soluzioni di massima apertura. Così ad esempio **in Spagna**: l'art. 11 bis della legge sull'arbitrato (introdotto con legge 11/2011) sancisce la compromettibilità di qualsiasi controversia societaria, senza più far riferimento al requisito della «disponibilità» del diritto conteso¹¹. Ma anche **in Francia** vige un regime di favore e così la **legge tedesca** riconosce l'arbitrabilità di qualsiasi rapporto con contenuto patrimoniale, senza ricorrere al concetto della disponibilità.

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.

Inoltre non intacca principi generali del sistema costituzionale poiché notoriamente in materia di rapporti commerciali la regola è l'autonomia privata e l'esistenza di vincoli o divieti costituisce un'eccezione da giustificare secondo rigidi requisiti di assoluta necessità, che nel caso delle liti societarie non ricorrono.

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 **l'adozione di una direttiva di delega che autorizzi il Governo a riformulare il comma 1 dell'art. 34 d.lgs. 5/2003 eliminando il riferimento al concetto di «disponibilità»**, fermo restando il divieto di arbitrato quando è obbligatorio l'intervento del pubblico ministero, non essendo l'arbitrato un tipo di procedimento compatibile con la presenza di questa figura.

Inoltre, al fine di rendere del tutto equivalente l'arbitro al giudice, si dovrebbe anche disporre che il lodo sia reso sempre secondo diritto, generalizzando quindi la regola già oggi presente nell'art. 35 d.lgs. 5/2003, che lo prevede quando l'arbitro decida in materie non compromettibili; viceversa, per avvicinare la disciplina italiana alle esperienze straniere più evolute, occorrerà estendere anche all'arbitrato societario la regola, introdotta nel 2006, che consente alle parti, solo previa previsione espressa, di rendere il lodo impugnabile anche per violazione delle regole di diritto sul merito.

Una proposta di emendamento che sintetizza i tre problemi qui descritti si legge nei punti *ii)-iv)* della bozza qui acclusa.

¹¹ 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: E.F. Ricci, *Il nuovo arbitrato societario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, 521 s. La proposta qui formulata muove in questa direzione.



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

2. Gli interventi di chiarimento

Il d.lgs. 5/2003 presenta inoltre alcune incoerenze e lacune in punti di disciplina sostanziale e procedurale che hanno generato fra gli operatori dubbi ed interrogativi che possono essere superati con interventi chiarificatori mirati.

a) **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 nelle società di persone;
- b. la decisione di modifica della clausola in tutte le società;
- c. la posizione dei soci astenuti o comunque non votanti in tutte le società¹².

Al fine di colmare queste lacune, evitando che generino contenzioso e incertezze applicative, si propone di delegare il Governo a modificare l'art. 34 stabilendo: quanto al **primo aspetto** (società di persone), l'introduzione di un richiamo espresso al regime generale di modifica dello statuto di società di persone (cioè con l'unanimità: art. 2252 cod. civ.) così da non depotenziare la protezione dei soci; ovviamente, nel caso in cui lo statuto di società di persone sia già modificabile a maggioranza per previsione statutaria ex art. 2252, comma 2, cod. civ., occorre garantire il diritto di recesso al socio che non abbia concorso alla deliberazione; quanto al **secondo aspetto** (modifica della clausola) l'estensione della regola attualmente vigente per l'introduzione e la soppressione della clausola anche alle modifiche che determinano un «cambiamento significativo» del contenuto della clausola, come suggerito da molta dottrina autorevole; la proposta si legge nei punti. Infine, quanto al **terzo aspetto** (soci astenuti e non votanti), si propone di modificare l'espressione attuale «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»).

Le proposte di direttiva di delega si leggono nei punti *iv) –vi)* della bozza di emendamento.

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

L'art. 35 stabilisce 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 delegare il Governo a modificare il tenore del comma 5 dell'art. 35 per includervi le decisioni «non collegiali»¹³.

La proposta si legge nel punto *vii)* della bozza di emendamento.

c) **Comma 4 dell'art. 34 (l'estensione della clausola anche ai componenti di organi sociali nei modelli di amministrazione alternativi)**

¹² Si veda sul tema: P.L. Nela, sub *art. 34, commento*, cit., 1176; F. Galgano, R. Genghini, *Il nuovo diritto societario*, cit., 106; G. Cabras, *Arbitrato societario*, in G. Costantino, G. Cabras, *Il processo commerciale e l'arbitrato societario*, in AA.VV., *Commentario romano al nuovo diritto delle società*, diretto da F. d'Alessandro, vol. I, Padova, 2009, 255.

¹³ Nulla osta a questa estensione: G. CABRAS, *Arbitrato societario*, cit., 314.



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

L'art. 34 include fra i soggetti che la clausola arbitrale può vincolare anche «amministratori, liquidatori e sindaci» dimenticando, per un **mero difetto di coordinamento**, che con la riforma del 2003 le società per azioni possono dotarsi di modelli di governance alternativi nei quali non figurano necessariamente «amministratori» e/o «sindaci» (si vedano gli artt. 2409 octies e segg. cod. civ.).

E' dunque preferibile delegare il Governo a modificare la formulazione letterale del comma sostituendo l'espressione attuale con «componenti degli organi sociali» fermo il resto della disposizione.

La proposta si legge nel punto *viii*) della bozza di emendamento.

3. *Gli interventi di coordinamento*

Nel 2006, con d.lgs. n. 40, il legislatore ha riformato l'intera disciplina dell'arbitrato (artt. 806 ss. cod. proc. civ.), adottando anche alcune soluzioni già «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 delegando il Governo ad un coordinamento delle disposizioni del codice con la legge speciale societaria.

Con la l. 27/2012, inoltre, è stato introdotto anche il cd. «**Tribunale delle imprese**», che è competente per tutte le liti societarie ed anche questa novità suggerisce opportune modifiche di coordinamento con la materia arbitrale.

Nel dettaglio.

a) **Comma 2 dell'art. 34 (Tribunale delle imprese)**.

Il secondo comma dell'art. 34 designa il tribunale del luogo ove la società ha sede legale come autorità di nomina degli arbitri in caso di omissione da parte del terzo designato nella clausola.

L'art. 2 del d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito in l. 24 marzo 2012, n. 27, ha introdotto nel d.lgs. 27 giugno 2003, n. 168, le «sezioni specializzate in materia di impresa» cui sono devolute (fra l'altro) le liti in materia societaria.

Si potrebbe prevedere, data l'opportunità di assicurare che la nomina degli arbitri sia rimessa ad una autorità che disponga di competenza e sensibilità per la selezione di professionisti adeguati secondo le circostanze, di affidare tale compito alla sezione specializzata in materia di impresa competente in relazione alla sede legale della società.

La regola attuale si presta infatti a maliziose eccezioni di incompetenza quando la società abbia sede legale in un comune ove è dislocato un Tribunale ordinario ma privo di una sezione del Tribunale delle imprese.

La proposta di delega al Governo è contenuta nel punto *ix*) della bozza di emendamento.

b) **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



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

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 proposta di delega è assorbita dall'*incipit* del nuovo comma 1-bis («*revisione e razionalizzazione...*»).

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.

c) **Comma 1 dell'art. 36 (rinvio da eliminare).**

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, peraltro con una inversione di formulazione. Coerentemente con quanto già osservato, è opportuno optare per la regola oggi generale, che lascia alle parti la scelta di rendere impugnabile il lodo per violazione di regole di diritto, come è di norma previsto nei principali e più moderni sistemi arbitrali stranieri.

La proposta di delega è assorbita dall'*incipit* del nuovo comma 1-bis («*revisione e razionalizzazione...*»).

* * *

Si allega una proposta di emendamento all'art. 1, comma 2, lett. e), n. 1) del disegno di legge Atto C-2953.

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

Prof. avv. Stefano A. Cerrato



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

ALLEGATO

Proposta di emendamento all'art. 1, comma 2, lett. e), n. 1) del disegno di legge
Atto C-2953

Art. 1 (testo del DDL Atto C-2953)	Art. 1 (proposta di emendamento)
<p>1. [...].</p> <p>2. Il Governo è delegato ad adottare, entro diciotto mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi recanti il riassetto formale e sostanziale del codice di procedura civile e della correlata legislazione speciale, mediante novelle al codice di procedura civile e alle leggi processuali speciali, in funzione degli obiettivi di semplificazione, speditezza e razionalizzazione del processo civile, nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi:</p> <p>a)-d) [...];</p> <p>e) quanto ai procedimenti speciali:</p> <p>1) potenziamento dell'istituto dell'arbitrato, anche attraverso l'eventuale estensione del meccanismo della <i>translatio iudicii</i> ai rapporti tra processo e arbitrato, nonché attraverso la razionalizzazione della disciplina dell'impugnativa del lodo arbitrale;</p>	<p>1. [...].</p> <p>2. Il Governo è delegato ad adottare, entro diciotto mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi recanti il riassetto formale e sostanziale del codice di procedura civile e della correlata legislazione speciale, mediante novelle al codice di procedura civile e alle leggi processuali speciali, in funzione degli obiettivi di semplificazione, speditezza e razionalizzazione del processo civile, nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi:</p> <p>a)-d) [...]</p> <p>e) quanto ai procedimenti speciali:</p> <p>1) potenziamento dell'istituto dell'arbitrato, anche attraverso l'eventuale estensione del meccanismo della <i>translatio iudicii</i> ai rapporti tra processo e arbitrato, nonché attraverso la razionalizzazione della disciplina dell'impugnativa del lodo arbitrale;</p> <p>1-bis) revisione e razionalizzazione della disciplina dell'arbitrato societario contenuta nel Titolo V del decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, prevedendo in particolare, anche con il riordino della disciplina codicistica ed il coordinamento con la legislazione speciale:</p> <p><i>i)</i> la possibilità, per le società di cui al Titolo V e Titolo VI del Libro Quinto del codice civile, ad esclusione di quelle di cui all'art. 2325 bis del codice civile e di quelle non iscritte nel registro delle imprese, di far decidere da arbitri, mediante clausole compromissorie, anche in deroga all'art. 34, comma 2, del decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, controversie su diritti relativi al rapporto sociale;</p> <p><i>ii)</i> la compromettibilità in arbitri delle controversie su diritti relativi al rapporto sociale, ad eccezione di quelle in cui sia obbligatorio l'intervento del pubblico ministero;</p> <p><i>iii)</i> l'obbligo che l'arbitrato sia rituale e</p>



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

<p>2)-6) [...].</p>	<p>che la decisione sia resa sempre secondo le norme di diritto;</p> <p><i>iv)</i> l'attribuzione del diritto di recesso al socio che non abbia concorso alla decisione di modifica della clausola compromissoria quando determini un cambiamento significativo di essa, per ciò intendendosi quantomeno il cambiamento delle regole di nomina dell'organo arbitrale, del designatore, delle sede dell'arbitrato, del perimetro delle liti arbitrabili;</p> <p><i>v)</i> che l'introduzione, soppressione e modifica della clausola compromissoria negli statuti delle società di persone che possono ricorrere all'arbitrato, sia sottoposta al regime generale di modifica dello statuto di società di persone fatto salvo, nel caso in cui lo statuto deroghi al principio di unanimità, il diritto di recesso del socio che non abbia concorso alla decisione;</p> <p><i>vi)</i> il coordinamento con le disposizioni degli artt. 2437 e 2473 del codice civile sul diritto di recesso del socio di società di capitali che non abbia concorso alla deliberazione di introduzione, soppressione o modifica significativa della clausola compromissoria statutaria;</p> <p><i>vii)</i> l'estensione della compromettibilità alle impugnative di deliberazioni assunte dagli organi sociali anche diversi dall'assemblea ovvero di decisioni assunte dai soci o dagli altri organi sociali con metodi non collegiali;</p> <p><i>viii)</i> il coordinamento con le disposizioni degli artt. 2409 octies e seguenti del codice civile sui sistemi di amministrazione e controllo;</p> <p><i>ix)</i> il coordinamento con la competenza territoriale delle Sezioni specializzate in materia di impresa prevista dal d.lgs. 27 giugno 2003, n. 168.</p> <p>2)-6) [...].</p>
---------------------	---