

Stefano A. Cerrato

**ARBITRATO SOCIETARIO:
È TEMPO DI UNA RIFORMA**

Estratto



Arbitrato societario: è tempo di una riforma

STEFANO A. CERRATO

1. *Le debolezze dell'arbitrato societario.*

La certezza del diritto è — per comune sentire — un valore essenziale della società civile, tanto più importante in quei settori, come quello delle imprese e dei commerci, nei quali è primaria l'esigenza di riporre fiducia in un sistema di regole chiare e di giustizia rapida ed affidabile.

La riforma societaria del 2003 ha, in molte norme sostanziali, perseguito con efficacia questo obiettivo, sciogliendo nodi ermeneutici antichi e recenti, eliminando disposizioni ambigue, rafforzando, in taluni ambiti, la stabilità degli atti di fronte ad iniziative demolitorie (pensiamo alle sanatorie dei vizi delle delibere assembleari — artt. 2377 ss. —, ed in particolare di quella di approvazione del bilancio — art. 2434-*bis* —).

Sul versante processuale, invece, si è registrata una pressoché totale *débâcle*, certificata dalla rovinosa esperienza del rito societario⁽¹⁾ e, nel campo asperissimo dell'arbitrato — ultimo residuo del d.lgs. n. 5 del 2003 non caduto sotto la frettolosa scure legislativa⁽²⁾ —, dalla continua, patologica persistenza di dubbi interpretativi che hanno fortemente segnato questi primi dieci anni di applicazione della novella.

⁽¹⁾ Cfr. COSTANTINO e CABRAS, *Il processo commerciale e l'arbitrato societario*, in AA.VV., *Commentario romano al nuovo diritto delle società*, diretto da d'Alessandro, I, Padova, 2009, i quali nelle prime pagine del volume, dando conto dell'abrogazione, appena intervenuta, del processo societario, trascrivono l'ultimo capoverso del notissimo Bollettino inviato dal generale Armando Diaz che informa lo Stato Maggiore della sconfitta e della fuga dell'esercito austro-ungarico.

⁽²⁾ Frettolosa perché il d.lgs. 18 giugno 2009, n. 69, ha abrogato l'intero impianto normativo di disciplina del processo societario introdotto nel 2003, incluse buone disposizioni che avrebbero potuto conservare una propria utilità.

Penso all'art. 1, comma 4°, d.lgs. n. 5 del 2003, che rinviava al codice di rito per colmare le lacune di disciplina e che si applicava anche all'arbitrato societario, obbligando oggi l'interprete a ricorrere ad altri strumenti interpretativi per addivenire al medesimo risultato. E penso anche — con maggior rammarico — al procedimento camerale non contenzioso regolato dagli artt. 25-33, la cui introduzione era venuta a colmare una lacuna del codice di rito (gli artt. 706 ss. c.p.c. si occupano solo dei procedimenti in materia di famiglia e stato, riservando ad una norma di rinvio — l'art. 742-*bis* — la disciplina degli altri casi, mentre le disposizioni comuni

I termini della questione sono noti.

Obiettivo dichiarato del legislatore era « assicurare una più rapida ed efficace definizione » dei procedimenti commerciali (art. 12, comma 1°, l. 3 ottobre 2001, n. 366), anche incentivando forme alternative di risoluzione delle controversie. La « questione giustizia » nel settore societario e commerciale era divenuta, in effetti, improcrastinabile: le patologiche inefficienze e disfunzioni 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. Lo spettro di un fenomeno « Delaware » in salsa comunitaria non ha ancora smesso di turbare i sonni dei legislatori di mezza Europa.

In attuazione dell'art. 12, comma 3°, l. n. 366 del 2001, il legislatore delegato ha così introdotto nel nostro ordinamento una disciplina arbitrale speciale in materia societaria (artt. 34-36 d.lgs. n. 5 del 2003), animato dall'intento di risolvere alcuni nodi critici legati, in particolare, all'estensione del vincolo compromissorio, alla naturale multilateralità delle liti societarie, alla necessità di assicurare conoscibilità e possibilità di intervento a soci e terzi, all'arbitrabilità delle decisioni sociali.

Ne è risultata una disciplina che, per opinione unanime, ha fortemente sbilanciato l'arbitrato verso un assetto giurisdizionale a discapito dell'autonomia privata, in più punti compressa rispetto al modello comune. Si pensi all'imposizione (a pena di nullità!) della regola dell'eterodesignazione dell'organo arbitrale; agli obblighi di pubblicità; alla previsione di una « disciplina inderogabile del procedimento »; al divieto di arbitrati di equità sulle deliberazioni assembleari e quando gli arbitri debbano conoscere di questioni non compromettibili; all'impugnabilità del lodo, sempre negli stessi casi, per violazione di regole di diritto attinenti il merito della controversia.

Formulare giudizi non è mai semplice: gli artt. 34 ss. d.lgs. n. 5 del 2003 hanno senza dubbio rappresentato, per molti aspetti, una felice sperimentazione di soluzioni poi estese all'arbitrato comune dalla riforma del 2006 (d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40) ed hanno permesso di superare efficacemente alcuni storici nodi critici della materia; d'altra parte, e in misura forse preponderante, le incertezze intorno a non pochi aspetti centrali della disciplina arbitrale societaria hanno accresciuto la diffidenza degli operatori e — creando oggettiva incertezza sull'effettiva validità della convenzione arbitrale — depotenziato il sistema della giustizia civile.

dettate dagli artt. 737-742 presentano lacune di disciplina non trascurabili) e che veruna seria ragione v'era di abrogare, bensì, a tutto concedere, di emendare laddove era emersa, in questi primi anni di applicazione, qualche incoerenza o criticità, in ispecie alla luce dell'art. 111 cost.

Forse le leggi sono non soltanto mal scritte, ma anche troppo frettolosamente abrogate seguendo sentimenti demagogici più che logiche giuridiche alle quali il legislatore dovrebbe invece risponderne.

A dieci anni di distanza dalla riforma, è forse tempo di bilanci e anche di qualche riflessione sul futuro.

Da un lato, una ricerca condotta qualche anno fa da Isdaci sulle clausole arbitrali di un campione di oltre 2100 società costituite e iscritte nel registro delle imprese di Milano e di Roma fra il 2000 ed il 2007 tratteggia un quadro con molte luci ma anche qualche ombra⁽³⁾.

Dall'altro, la « questione giustizia » nel settore societario e commerciale è tornata, negli ultimi tempi, al centro dell'agenda politica.

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 Assonime⁽⁴⁾ — gli strumenti deflattivi del contenzioso civile e l'arbitrato rappresenta un'alternativa reale benché ancora poco sfruttata. Anzi: proprio a causa di non secondarie criticità della disciplina del 2003, 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 assoluto⁽⁵⁾, 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 opposte⁽⁶⁾, sicché un intervento legislativo pare ormai indispensabile.

⁽³⁾ OSSERVATORIO DEL DIRITTO SOCIETARIO, *L'impatto della riforma societaria sulle clausole statutarie relative alla risoluzione dei conflitti*, a cura di Auletta, Cerrato, Ermolli, Montalenti, Salafia, Sali, Milano, 2010.

⁽⁴⁾ ASSONIME, *Relazione del Presidente*, Roma, 16 giugno 2015.

⁽⁵⁾ 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 da Paolo Montalenti (si veda per tutti 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 altre e più approfondite considerazioni, rinvio 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.

⁽⁶⁾ Cfr. *infra*, nt. 13 e 14. La Cassazione, dapprima con la sentenza 9 dicembre 2010, n. 24867, in *Giur. it.*, 2011, 2306 s., poi con i successivi arresti del 2011 (Cass., 11 marzo 2011, n. 5913, in *Riv. not.*, 2011, II, 897 ss.; Cass., 20 luglio 2011, n. 15892, in *Vita not.*, 2012, 359 ss.; Cass.,

Essenzialmente quattro le aree che paiono meritevoli di essere rivisitate: (i) la validità o meno delle clausole arbitrali che prevedano l'affidamento della nomina degli arbitri a soggetto estraneo; (ii) l'estensione soggettiva e oggettiva dell'area di arbitrabilità delle controversie; (iii) la disciplina delle modifiche della clausola; (iv) il coordinamento con le norme codicistiche riformate nel 2006 e con il Tribunale delle imprese.

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

È 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 « maquillage » normativo, anche eventualmente mediante consolidamento delle disposizioni contenute nel d.lgs. 5/2003, ormai per tutto il resto abrogato ⁽⁷⁾, nel codice di procedura civile.

Tre sono le tipologie di interventi che ci pare possano essere suggeriti, e che esamineremo nei paragrafi seguenti: interventi di correzione (par. 3); interventi di chiarimento (par. 4); interventi di coordinamento (par. 5).

3. *Gli interventi di correzione.* a) *A quali società si applica la disciplina dell'arbitrato;* b) *i rapporti con l'arbitrato « ordinario »; la sorte delle clausole compromissorie esistenti prima del 2003 e non modificate;* c) *l'area delle liti compromettibili.*

Il d.lgs. 5/2003 ha mostrato lacune ed aporie su punti nodali della disciplina che meritano di essere corretti.

a) 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.

È 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 societario ⁽⁸⁾, poiché la disposizione attuale si presta ad interpretazioni diverse.

13 ottobre 2011, n. 21202, in *Soc.*, 2012, 211 ss.) ha manifestato preferenza per la tesi della esclusività del modello arbitrale societario. Da ultimo però con sentenza del 3 giugno 2014, n. 12370, in corso di pubblicazione in questa *Rivista*, 2015, la Corte ha tuttavia giudicato nel merito una questione di operatività di clausola societaria binaria in lite trilatera senza sollevare, a monte, alcun dubbio sulla sua validità.

⁽⁷⁾ Residua invero la disciplina dell'arbitraggio gestionale (art. 37) che tuttavia potrebbe essere tranquillamente trasposta, senza modifiche, nel codice civile, magari dopo l'art. 1349 di cui è una *species*.

⁽⁸⁾ In giurisprudenza, Trib. Trento, 8 aprile 2004, in *Giur. it.*, 2005, 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.

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 sospensiva. Si potrebbe suggerire quindi di chiarire che solo le società iscritte nel registro delle imprese possano 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.

b) La seconda questione attiene ai meccanismi di nomina degli arbitri.

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. « multiparti », 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 binario ⁽⁹⁾.

⁽⁹⁾ Si veda, per i termini del dibattito, 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 Alpa e Vigoriti, Torino, 2013, 1008 ss.; CERRATO, *La clausola compromissoria nelle società. Profili sostanziali*, cit., 130 ss.

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 dottrina hanno ritenuto valide le clausole già esistenti, sul presupposto che la norma non avesse voluto precludere alle parti di scegliere fra arbitrato societario e arbitrato ordinario (cd. « doppio binario »); tuttavia 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 ⁽¹⁰⁾.

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 restrittiva ⁽¹¹⁾, con una recente sentenza sembra aver di nuovo mutato il proprio orientamento, precipitando la questione in uno stato di obiettiva incertezza ⁽¹²⁾.

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: (i) 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; (ii) 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); (iii) moltiplicare i timori e la diffidenza verso l'arbitrato, allontanando operatori e imprese; (iv) 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 pubblica ⁽¹³⁾.

Vi sono, a nostro avviso, argomentazioni sufficienti ⁽¹⁴⁾ per abbandonare l'orientamento più restrittivo a favore di un modello nel quale l'autonomia privata possa spaziare fra l'opzione « societaria » (cioè l'eterodesignazione), così sottoponendosi al regime dell'arbitrato retto dagli artt. 34-37 d.lgs. n. 5 del 2003, e il sistema ordinario ricorrendo alla classica opzione binaria.

⁽¹⁰⁾ Per una rassegna delle diverse posizioni, CERRATO, *La clausola*, cit., 135 ss.

⁽¹¹⁾ Cass., 20 luglio 2011, n. 15892, cit.

⁽¹²⁾ Cass., 3 giugno 2014, n. 12370, cit. Ma, da ultimo, nuovamente in senso contrario, Id., 28 ottobre 2015, n. 22008, inedita.

⁽¹³⁾ Per una prima impressione, si può consultare la *Rassegna*, cit.

⁽¹⁴⁾ Sia consentito rinviare a CERRATO, *Il ruolo dell'autonomia privata nell'arbitrato societario*, in corso di pubblicazione in *Riv. trim. dir. proc. civ.*

Non intendiamo farci alfieri del modello binario a tutti i costi, poiché certamente esso incontra limiti strutturali che anche l'art. 816-*quater*, per quanto apprezzabile sia stato lo sforzo, non riesce a superare in modo soddisfacente. Per contro, riteniamo che sottrarre alle parti, d'imperio, questa possibilità di scelta, e soprattutto provocare la nullità *ex post* di clausole statutarie binarie ancora oggi presenti in molti statuti introduca un vincolo eccessivo all'autonomia privata e imponga un sacrificio non giustificato da effettive esigenze bensì dannoso per l'*appeal* dell'istituto. Basti considerare, appunto, la paradossale falciatura di clausole statutarie già presenti negli statuti alla data di entrata in vigore della riforma del 2003 conseguenza di una normativa che si proponeva l'esatto opposto — cioè favorire l'arbitrato. Inoltre, non va dimenticato che la possibilità di concorrere alla nomina dell'organo arbitrale è ancora percepito dagli operatori come un vantaggio reale dell'arbitrato: perché allora impedirlo quando non vi sono controindicazioni ostative in senso assoluto?

La nostra proposta, in chiave riformatrice, è dunque duplice: (i) 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. n. 5 del 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 stipulazione; (ii) 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 senza condannare la clausola ad una prevedibile inoperatività. Un'unica disposizione non potrebbe trovare applicazione in caso di adozione di clausola binaria, cioè il regime rafforzato di intervento in arbitrato dettato dall'art. 35, comma 2° (che è giustificato dal meccanismo di eterodesignazione) in deroga alle disposizioni ordinarie (art. 816-*quinquies*) che tornerebbero però regolarmente applicabili.

Comprendiamo ovviamente le resistenze di molti avverso proposte di « restaurazione », e quindi proponiamo anche, in subordine, un'alternativa più moderata.

Nel 2004 l'urgenza di evitare un tracollo dell'arbitrato per sopravvenuta nullità delle clausole esistenti suggeriva soluzioni correttive come quella del doppio binario; a ormai dieci anni di distanza la criticità pare essere stata superata ed è probabilmente il momento di riflettere sull'opportunità di ulteriori opzioni.

Ove non ci si voglia spingere fino al punto di rilegittimare il meccanismo binario a fianco dell'eterodesignazione si potrebbe confermare per l'arbitrato societario questa seconda regola eliminando però la sanzione della nullità che ha generato problemi specie per i notai. Sarebbe inoltre quantomeno oppor-

tuno un intervento chiarificatore sulla sorte delle clausole « vecchio stile »: forse la strada migliore potrebbe essere di ricorrere all'art. 1419, comma 2°, c.c. e dunque prevedere per legge che alla nomina degli arbitri provveda, quando la clausola non si sia finora conformata all'art. 34 d.lgs. n. 5 del 2003, un'autorità terza, preferibilmente il tribunale delle imprese del luogo ove ha sede la società (al quale dovrebbe in realtà essere affidata in generale competenza per la nomina degli arbitri, correggendo il — oggi equivoco — rinvio al tribunale della sede: vedi *infra*).

c) 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 fra quantomeno due diversi orientamenti ⁽¹⁵⁾ supportati entrambi da valide argomentazioni ⁽¹⁶⁾ è paradigmatico.

Senza voler ripercorrere qui le diverse tesi ⁽¹⁷⁾, 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. L'equiparazione del lodo alla sentenza (art. 824-*bis*); la qualificazione dell'eccezione di compromesso in termini di « competenza » (art. 819-*ter*); la procedimentalizzazione dell'arbitrato rituale (artt. 816 ss.); il riconoscimento della possibilità di *traslatio iudicii* bidirezionale ⁽¹⁸⁾ sono solo alcuni indizi della decisa svolta impressa dalla riforma del 2006 dopo decenni di altalenanti discussioni.

Ora, altri ordinamenti hanno, anche 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 (intro-

⁽¹⁵⁾ Si vedano, sul punto, Trib. Milano, 10 dicembre 2011 in *Società*, 2012, 713; Id., 4 aprile 2011, ivi, 2011, 728; Id., 10 marzo 2010, ivi, 2010, 773, nel senso della non arbitrabilità delle impugnative di bilancio. *Contra*, Trib. Milano, 3 giugno 2010, in *Corr., giur.*, 2011, 1137 ss.; Trib. Milano, 4 ottobre 2012, ined.; Trib. Milano, 23 luglio 2013, in *Giur. it.*, 2014, 635 ss.

⁽¹⁶⁾ Da ultimo è intervenuta, proprio su uno dei precedenti ambrosiani, la Cassazione con la sentenza Cass., 10 giugno 2014, n. 13031, in Banca dati *Pluris*, accogliendo la tesi contraria all'arbitrabilità.

⁽¹⁷⁾ Sia consentito richiamare CERRATO, *La clausola compromissoria*, cit., 171 ss.

⁽¹⁸⁾ Corte cost., 19 luglio 2013, n. 223, pubblicata fra l'altro in *Giur. it.*, 2014, 1381 ss.; in *Corr. giur.*, 2013, 1107 ss., con nota di CONSOLO; in *Società*, 2014, 362 ss.

dotta con legge 11/2011) sancisce la compromettibilità di qualsiasi controversia societaria⁽¹⁹⁾, senza più far riferimento al requisito della « disponibilità » del diritto conteso⁽²⁰⁾. Ma anche in Francia vige un regime di favore⁽²¹⁾ e così la legge tedesca riconosce l'arbitrabilità di qualsiasi rapporto con contenuto patrimoniale, senza ricorrere al concetto della disponibilità⁽²²⁾.

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 può suggerire l'adozione di una soluzione analoga a quella spagnola e dunque la riformulazione dell'art. 34, comma 1°, d.lgs. n. 5 del 2003 eliminando il riferimento al concetto di « disponibilità », fermo restando il divieto di arbitrato quando sia obbligatorio l'intervento del pubblico ministero, non essendo l'arbitrato un tipo di procedimento compatibile con la presenza di questa figura.

Inoltre, per avvicinare la disciplina italiana alle esperienze straniere più

⁽¹⁹⁾ Con la *Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado* 19 entrata in vigore il 10 giugno 2011, il legislatore spagnolo ha introdotto, nel corpo della legge arbitrale del 2003, due disposizioni specifiche sull'arbitrato societario (artt. 11-bis e 11-ter). Per un commento, PERALES VISCASILLAS, *L'arbitrato societario in Spagna: una panoramica*, e CAINZOS, *Le best practices nella prassi arbitrale spagnola alla luce delle tendenze internazionali*, in *Giur. it.*, 2014, 1535 ss.; MANTILLA-SERRANO, *L'Espagne retouche sa loi sur l'arbitrage de 2003*, in *Rev. Arb.*, 2011, 1114 ss.; PERALES VISCASILLAS, *La Reforma de la Ley de Arbitraje (Ley 11/2011, de 20 de mayo)*, in *Arbitraje*, 2011, 667 ss.; FACH GÓMEZ, *El arbitraje en España: principales novedades aportadas por la Ley 11/2011*, in questa *Rivista*, 2012, 275 ss.

⁽²⁰⁾ È 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.

⁽²¹⁾ Sulla legge francese si possono consultare JARROSSON, PELLERIN, *Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011*, in *Rev. arb.*, 2011, 5 ss.; GAILLARD, DE LAPASSE, *Le nouveau droit français de l'arbitrage interne et international*, in *Recueil Dalloz*, n. 3, 20 janvier 2011, 175 ss.; Id., *Commentaire analytique du décret du 13 janvier 2011 portant réforme du droit français de l'arbitrage*, in *Cahiers arb.*, 2011, 263 ss.; M. DE SANTIS, WINKLER, *La riforma francese dell'arbitrato: un commento sistematico*, in *Dir. comm. int.*, 2011, 927 ss. e, *ivi*, 2012, 59 ss.

⁽²²⁾ SCHLOSSER, *La nouvelle législation allemande sur l'arbitrage*, in *Rev. arb.*, 1998, 291 ss.; SCHÜTZER, *Schiedsgericht und Schiedsverfahren*, München, 4^a ed., 2008; RAESCHKE-KESSLER, BERGER, *Recht und Praxis des Schiedsverfahrens*, 3^a ed., 2000; BECHTE, *Einführung in das Schiedsverfahrensrecht*, in *ZJS*, 2011, 307 ss.; LABES, LÖRCHER, *Das neue Recht der Schiedsgerichtsbarkeit - Zur bevorstehenden Neufassung des 10. Buchs der ZPO (§§ 1025 et seq.)*, in *MDR*, 1997, 420 ss.; SANGIOVANNI, *L'arbitrato societario nel diritto tedesco. Una comparazione con il diritto italiano*, in *Soc.*, 2006, 771 ss.

evolte, occorrerebbe 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.

4. *Gli interventi di chiarimento.* a) *Le modifiche della clausola compromissoria;* b) *la compromettibilità di decisioni non collegiali;* c) *l'estensione della clausola anche ai componenti di organi sociali nei modelli di amministrazione alternativi.*

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) Il comma 6 dell'art. 34, nel disciplinare l'introduzione e la soppressione della clausola compromissoria nello statuto sociale omette di regolare la decisione nelle società di persone, la modifica della clausola e la posizione dei soci astenuti o comunque non votanti in tutte le società ⁽²³⁾.

Al fine di colmare queste lacune, evitando che si generino contenzioso e incertezze applicative, si protrebbe 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 »).

b) L'art. 35 stabilisce che la clausola compromissoria possa 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.

⁽²³⁾ Si veda sul tema: NELA, *sub art. 34, commento*, cit., 1176; GALGANO e GENGHINI, *Il nuovo diritto societario*, cit., 106; CABRAS, *Arbitrato societario*, in COSTANTINO e CABRAS, *Il processo commerciale e l'arbitrato societario*, cit., 255.

Per evitare che sorgano questioni circa l'estensione della compromettibilità a queste materie — che non ha ragione di essere esclusa — sarebbe opportuno modificare il tenore del comma 5 dell'art. 35 per includervi le decisioni « non collegiali »⁽²⁴⁾.

c) L'art. 34 annovera 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.).

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

5. *Gli interventi di coordinamento.* a) *Il Tribunale delle imprese;* b) *disposizioni divenute superflue;* c) *rinvii da eliminare.*

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 con 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.

a) 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.

(24) Nulla osta a questa estensione: CABRAS, *Arbitrato societario*, cit., 314.

b) Alcune disposizioni degli artt. 34-36, un tempo derogatorie del regime ordinario, sono oggi superflue in quanto elevate a regola generale. Così, la prima parte del comma 3 dell'art. 35 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, quella norma è divenuta superflua e 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.

c) Infine. 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.

6. *Una conclusione ed un auspicio. L'occasio legis del progetto Berruti.*

Non sappiamo se le proposte qui formulate si tradurranno in realtà.

La politica si sta dimostrando sensibile a queste tematiche e l'attuale *iter* parlamentare di alcuni provvedimenti di riforma della giustizia potrebbe rappresentare un'occasione di intervento. Pensiamo, in particolare, al disegno di legge delega elaborato dalla Commissione Berruti che rappresenta la sede ideale per un intervento che, correggendo i difetti operativi dell'arbitrato societario, accresca l'efficienza complessiva del « sistema giustizia ». Il testo del disegno di legge, 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)], sia pure limitata solo ad alcuni aspetti generali. Sarebbe auspicabile che questa direttiva di delega venisse estesa per consentire al Governo di affrontare e risolvere anche i problemi dell'arbitrato societario, ormai improcrastinabili.

Occorre infatti evitare che il nostro Paese si isoli più di quanto già lo sia

dal contesto internazionale dell'arbitrato: poiché il rischio non è solo di essere emarginati negli arbitrati internazionali bensì — e sarebbe più grave — di alimentare una fuga delle nostre imprese dall'arbitrato domestico verso l'estero.

E un ordinamento che non sappia garantire giustizia ai propri cittadini ha fallito una delle sue essenziali missioni.