

Commenti del Gruppo di Lavoro Arbitrato ASLA sull'arbitrato alle Proposte
Normative e note Illustrative della "Commissione Alpa"

Ill.mo Signor Ministro On. Andrea Orlando
Ministero della Giustizia
Via Arenula, 70
00186 Roma

Email: segreteria.ministro@giustizia.it
luca.spataro@giustizia.it

e p.c.
Prof. Avv. Guido Alpa
Studio legale Alpa
Via Roma, 3
16121 Genova

Email: alpa@studiolegalealpa.it

**Commenti al Punto III.1 (arbitrato) delle Proposte Normative
e note Illustrative della "Commissione Alpa"**

da parte di ASLA (Associazione Studi Legali Associati)

13 marzo 2017

ASLA e il suo "Gruppo di Lavoro Arbitrato"

Questo documento è presentato al Ministro della Giustizia in nome dell'ASLA (Associazione Studi Legali Associati - <http://www.aslaitalia.it>), e in particolare del suo Gruppo di Lavoro Arbitrato.

ASLA è la più grande associazione italiana rappresentativa degli studi legali associati, con oltre novanta studi legali e 5.000 avvocati rappresentati.

ASLA ha istituito un proprio Gruppo di Lavoro Arbitrato, composta da professionisti attivi nel mondo dell'arbitrato tanto come arbitri quanto come patrocinatori delle parti. Un elenco dei professionisti che fanno parte del Gruppo di Lavoro Arbitrato è allegato al presente documento.

Il Gruppo di Lavoro Arbitrato è attualmente coordinato dagli avv.ti Cecilia Carrara (Legance Avvocati Associati, Roma), Michelangelo Cicogna (De Berti Jacchia Franchini Forlani, Milano) e Albert Henke (Clifford Chance, Milano).

1. Oggetto di questo commento

Il Gruppo di Lavoro Arbitrato ha accolto con favore le proposte normative e note illustrative (di seguito “**Proposte**”) della “Commissione di studio per l’elaborazione di ipotesi di organica disciplina e riforma degli strumenti di degiurisdizionalizzazione, con particolare riguardo alla mediazione, alla negoziazione assistita e all’arbitrato” presieduta dal Prof. Avv. Guido Alpa (di seguito “**Commissione Alpa**” e ha ritenuto di svolgere alcune brevi note a commento in vista di un’auspicata trasposizione in legge delle Proposte in tempi brevi.

ASLA si augura che il suo apporto possa essere accolto con favore, nell’ottica di un’utile e reciproca collaborazione tra il Governo e chi quotidianamente opera sul campo, sia a livello domestico che internazionale, in qualità di arbitro, di avvocato, o di consulente (nella fase negoziale, di redazione dell’accordo compromissorio e in fase contenziosa).

Le presenti note del Gruppo di Lavoro Arbitrato si concentrano sui soli temi oggetto delle Proposte ritenuti di particolare rilevanza per lo sviluppo dell’arbitrato commerciale in Italia e per l’importanza che un’efficiente legislazione in tema di arbitrato può assumere per attrarre in Italia gli investitori stranieri.

In particolare, si è ritenuto di svolgere alcuni commenti sui seguenti temi:

- Proposte in tema di impugnazione del lodo
- Proposte in tema di arbitrato nelle controversie societarie
- Proposte in tema di provvedimenti cautelari
- Proposte in tema di arbitrato nei contratti pubblici e nelle controversie della P.A.

2. Proposte in tema di impugnazione del lodo

La Commissione Alpa propone di modificare l’art. 828 c.p.c., al fine di contenere i tempi relativi all’eventuale impugnazione del lodo.

La Commissione Alpa ha introdotto, per velocizzare la definitività del lodo, un’impugnazione di nullità *per saltum* a mezzo direttamente del ricorso per cassazione (salvi i casi in cui l’impugnazione verta sulla corretta applicazione dei principi di diritto – possibilità perlopiù esclusa negli arbitrati internazionali), la cui esperibilità sarebbe comunque necessaria alla luce dell’art. 111, settimo comma, della Costituzione.

Lo spirito della Proposta è certamente condivisibile, soprattutto nell’ottica degli investitori stranieri la cui preferenza ricade su di un sistema in cui il lodo sia il più possibile definitivo, con ciò evitandosi la necessità di adire le corti statali, e comunque prevedendo una corsia di impugnazione “accelerata”.

La Commissione Alpa non ha invece ritenuto, come sarebbe stato auspicabile, incidere in maniera più forte sull’art. 829 c.p.c., riducendo i motivi di impugnazione del lodo in linea con la legge Modello dell’Uncitral e gli standard internazionali (si veda, in questo senso, la

Commenti del Gruppo di Lavoro Arbitrato ASLA sull'arbitrato alle Proposte Normative e note Illustrative della "Commissione Alpa"

proposta formulata dall'Associazione Italiana per l'Arbitrato del 13 giugno 2016). Il Gruppo di Lavoro Arbitrato si augura che il Legislatore possa presto ritornare sul punto, sempre nell'ottica di favorire una maggiore stabilità dei lodi arbitrali, soprattutto in un contesto internazionale.

Sotto un profilo di dettaglio, merita un commento il regime del termine lungo per l'impugnazione di cui al II comma dell'art. 828 c.p.c., proposto dalla Commissione Alpa in sei mesi invece dell'attuale anno, che decorre dalla data dell'ultima sottoscrizione del lodo. Tale regime, coerente con la disciplina del ricorso *per saltum* proposta dalla Commissione, prevede un termine che è connesso con un evento che potrebbe non essere immediatamente conoscibile dalle parti per vari motivi (la data di sottoscrizione del lodo). In una prospettiva di maggiore certezza, il decorso del termine potrebbe più utilmente collegarsi ad un evento immediatamente conoscibile dalle parti quale ad esempio la comunicazione mediante consegna dell'originale ai sensi dell'art. 824 c.p.c..

3. Proposte in tema di arbitrato nelle controversie societarie

3.1. Le Proposte trattano la disciplina del c.d. arbitrato societario, oggi contenuta agli artt. 34-37 del D.lgs. 5/2003 (sul processo societario). L'intento codificatore della Commissione Alpa è da salutarsi con favore, sia a chiarimento del rapporto tra disciplina generale e speciale, sia per esigenze di razionalizzazione, considerando che gli articoli sopra richiamato sono i soli ad oggi sopravvissuti all'abrogazione del rito societario ad opera della Legge 69/2009.

La codificazione, tuttavia, non risolve alcune delle incertezze che la prassi ha sollevato negli ultimi anni in sede di applicazione delle norme sull'arbitrato societario, e che forse in parte potrebbero risolversi anche con interventi riformatori non di sistema ma di dettaglio. Ad esempio, alla luce delle Proposte, rimane immutata la definizione di "*diritti disponibili relativi al rapporto sociale*" come criterio per stabilire l'arbitrabilità delle controversie.

E' noto che l'attuale formulazione della norma abbia posto importanti dubbi riguardo all'arbitrabilità delle delibere di impugnazione del bilancio, uno dei temi più delicati nella prassi quotidiana, come pure delle liti sull'aumento e la riduzione del capitale sociale, sull'esclusione del socio o, ancora, sullo scioglimento e la liquidazione e sulla revoca degli amministratori. La dubbia arbitrabilità di alcune importanti categorie di delibere si traduce, di fatto, in un'incertezza sulla tenuta dei lodi adottati all'esito di procedimenti instaurati sulla base di clausole compromissorie statutarie. Si ritiene pertanto che, almeno sul tema delle impugnative di bilancio sarebbe auspicabile un chiarimento legislativo, prevedendone l'arbitrabilità. Se la preoccupazione fosse quella di non sottrarre alla competenza delle corti statali settori particolarmente delicati (bilanci asseritamente falsi), si rileva che permarrebbe in ogni caso l'impugnabilità del lodo per violazione delle regole di diritto e quindi un sindacato dell'autorità giudiziaria in materia.

3.2. Si condivide pienamente la Proposta del nuovo art. 832-bis c.p.c., col quale si rimette la nomina degli arbitri, in caso di mancata designazione degli stessi da parte del

soggetto terzo a tal fine indicato dalla clausola arbitrale, al Presidente della competente Sezione Specializzata in materia di Impresa.

Sarebbe importante esplicitare che tale meccanismo di “salvataggio” operi anche nel caso di clausola c.d. binaria che, invalidamente, rimetta in vario modo alle parti litiganti la nomina degli arbitri per garantire il rispetto dell’originaria volontà delle parti di deferire la controversia ad arbitri. A tal fine sarebbe sufficiente riformulare il nuovo art. 832-bis c.p.c. come segue:

*“La clausola deve prevedere il numero e la modalità di nomina degli arbitri, conferendo in ogni caso, ~~a pena di nullità~~, il potere di nomina di tutti gli arbitri a soggetto estraneo alla società. **In qualunque caso in cui il potere di nomina degli arbitri non sia conferito a soggetto estraneo alla società** ovvero ~~tale soggetto non sia designato o il soggetto designato non provveda~~, la nomina è richiesta al presidente della sezione specializzata in materia di impresa del luogo in cui la società ha la sede legale”.*

La Commissione Alpa ha proposto inoltre di eliminare l’inciso contenuto nella prima parte dell’art. 35, comma 5, D.lgs. 5/2003 per cui *“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 [...]”*. Sembra comunque sempre possibile, ad oggi, ricorrere all’arbitrato irrituale, come pure secondo equità, ad eccezione dei casi in cui gli arbitri *“abbiano conosciuto di questioni non compromettibili”* ovvero *“l’oggetto del giudizio sia costituito dalla validità di decisioni o delibere”*.

Ritiene questo Gruppo di Lavoro Arbitrato che, in materia societaria, si potrebbe disporre chiaramente la forma **esclusiva** dell’**arbitrato rituale** con decisione **secondo diritto**. La scelta sarebbe coerente con il più marcato grado di formalità e pubblicità dell’arbitrato societario, nonché con l’attitudine dei lodi societari a risolvere liti che coinvolgono l’interesse della collettività organizzata e, più in generale, di parti terze rispetto ai litiganti. La previsione di arbitrato rituale e di diritto potrebbe peraltro rappresentare un opportuno bilanciamento rispetto a un’eventuale estensione delle questioni arbitrabili in materia societaria che ricomprenda, tra le altre, le impugnative per nullità delle delibere di bilancio.

4. Proposte in tema di provvedimenti cautelari

La Commissione Alpa propone di modificare l’art. 832 c.p.c. introducendo la possibilità per gli arbitri di emanare provvedimenti cautelari seppur nei soli arbitrati amministrati. La modifica proposta va, ad avviso del Gruppo di Lavoro Arbitrato, nella giusta direzione.

Il vigente art. 818 c.p.c. rappresenta un *unicum* nel panorama internazionale. Il perdurante divieto di irrogazione di misure cautelari da parte degli arbitri costituisce motivo di isolamento per l’Italia e rappresenta un notevole disincentivo al ricorso all’arbitrato in Italia, specie qualora i suoi potenziali utenti siano rappresentati da soggetti stranieri¹.

¹ Quanto al contesto estero, è sufficiente passare in rassegna le norme in vigore negli ordinamenti a

Le Proposte in tema di misure cautelari degli arbitri sono dunque un **punto centrale del progetto riformatore**.

In un simile contesto, ci sembrerebbe opportuno inserire nella proposta di riforma una previsione aggiuntiva che consenta di espletare direttamente dinanzi al giudice competente *ex art. 669-duodecies* l'attuazione delle formalità previste dall'art. 825 c.p.c. per l'esecuzione dei lodi, così rendendo l'attuazione del provvedimento cautelare meno gravosa e più rapida per la parte che lo abbia ottenuto.

5. Proposte in tema di arbitrato nei contratti pubblici e nelle controversie della P.A.

5.1. Si esprime, innanzi tutto, grande favore alla proposta di applicare il meccanismo di silenzio assenso della p.a. alla scelta dell'arbitrato contenuta in clausole anteriori alla Legge cd. Severino (Art. 209 3.bis), con ciò ponendo rimedio a tutti quei casi in cui la mancata successiva autorizzazione della p.a. ha reso improcedibili arbitrati avviati dalle parti private, in conformità a clausole arbitrale opponibili ad esse ma non già alla p.a., con ciò determinando un inaccettabile squilibrio tra le parti. E' di tutta evidenza che questo regime risultasse particolarmente gravoso, per non dire ingiustamente frustrante, per quegli investitori stranieri che avessero, nel concordare una clausola arbitrale con la p.a., fatto affidamento proprio sulla possibilità' di poter poi deferire le controversie a un soggetto giudicante terzo e neutrale, e non già dinanzi ai tribunali dello Stato ospitante.

5.2. Sotto diverso profilo, si rileva che la Proposta essenzialmente estende i poteri della Camera Arbitrale, organo ausiliario istituito presso l'Autorità Nazionale Anticorruzione ("ANAC"), già disciplinati dal Nuovo Codice dei Contratti Pubblici ("NCCP") negli arbitrati nei contratti pubblici. Pur comprendendosi l'intento di "degiudizializzazione" di alcune funzioni finora riservate ai giudici ordinari, come misura deflattiva del carico di lavoro degli stessi, si rimarca che tale finalità dovrebbe essere perseguita tenendo a mente che:

noi più 'prossimi' per rendersi conto di come l'attribuzione agli arbitri di poteri cautelari non sia solo appannaggio dei Regolamenti di diverse istituzioni arbitrali (tra cui è possibile ricordare il Regolamento ICC, quello della Camera Arbitrale di Milano nonché quello della Regolamento dell'Istituzione Arbitrale della Camera di Commercio di Stoccolma), bensì sia espressamente facoltizzata e talora addirittura contemplata salva la contraria volontà dei compromittenti (in Inghilterra il vigente *Arbitration Act 1996*, al § 39; in Germania il § 1041, comma 1 del *Zivilprozessordnung*; in Spagna, ai sensi della *Ley 60/2003 de arbitraje*; ai sensi del Codice di procedura civile federale Svizzero, introdotto in data 19/12/2008; in Francia, l'Art. 1468 del *Nouveau Code de procedure civile* (riformato nel 2011); in Svezia, lo *Swedish Arbitration Act (SFS 1999:116)*, articolo 25; solo per completezza va poi menzionata la *Legge Modello UNCITRAL sull'arbitrato commerciale internazionale* del 1985 (modificata nel 2006), il cui Capitolo quarto contempla espressamente la possibilità per gli arbitri di concedere misure cautelari, salvo diverso accordo delle parti e su istanza di una di esse (art. 17), nonché di modificarle, di sospenderne o revocarne l'efficacia (art. 17 D), di sottoporla alla prestazione di una cauzione (art. 17 E) nonché di ottenerne l'attuazione mediante istanza rivolta al tribunale competente (art. 17 H).

- (a) l'arbitrato (rituale di diritto comune) è un importante catalizzatore degli investimenti esteri nel nostro Paese, anche per le controversie in materia di appalti pubblici e/o che coinvolgono pubbliche amministrazioni, in quanto percepito come valida alternativa alla giustizia ordinaria e garanzia di un foro neutrale, e
- (b) l'intento deflattivo – anche nell'ambito di una materia così delicata come quella che coinvolge le pubbliche amministrazioni - non può essere perseguito a discapito dei tratti salienti dell'arbitrato rituale di diritto comune.

Pare a questo Gruppo di Lavoro Arbitrato che l'ampliamento dei poteri della Camera Arbitrale istituita presso l'ANAC, organo della p.a., sia suscettibile di compromettere il principio di parità ed equidistanza dalle parti in causa, funzionali al ruolo di terzietà che l'organo deputato a designare il collegio arbitrale dovrebbe avere.

La Proposta prevede che la Camera arbitrale si sostituisca “*al presidente del tribunale nell'esercizio dei poteri a esso riservati*” (art. 209, comma 10). Ebbene, i poteri che il codice di procedura civile riserva al presidente del Tribunale sono numerosi e pregnanti: attengono alla fase di nomina (artt. 809 e 810 c.p.c.), di sostituzione (art. 811 c.p.c.) e decadenza degli arbitri (art. 813-bis c.p.c.), all'ordine di comparizione dei testi (art. 816-ter c.p.c.), alla proroga del termine per l'emanazione del lodo arbitrale (art. 820, comma 3, lett. b), c.p.c.). Alla Camera arbitrale verrebbe anche riservato il potere di decidere sulle ipotesi di riconsiliazione di cui all'art. 815 c.p.c., oggi di competenza del giudice ordinario.

In una controversia che vede contrapposta una parte privata a una pubblica amministrazione, ci si chiede se la nomina dell'arbitro unico e/o del Presidente del Collegio Arbitrale, come pure una serie di altri poteri sopra elencati, possa essere opportunamente demandata a un organo ausiliario di una pubblica amministrazione.

In particolare, con riferimento al ruolo della Camera arbitrale nel processo di nomina dell'arbitro unico e/o di costituzione del collegio arbitrale, ciò che si critica non è tanto la sottrazione ai compromittenti del potere di partecipare alla nomina dell'organo giudicante, ma che tale espropriazione non avvenga su un piano di parità. Di qui si suggerisce, almeno per quanto riguarda i poteri di nomina degli arbitri, momento cruciale dell'arbitrato, la seguente modifica all'Art. 209, comma 4, pena fra l'altro un'inconciliabilità tra la prima e la terza frase dell'articolo in commento:

“Il collegio arbitrale è composto da tre membri ed è nominato dalla Camera arbitrale di cui all'art. 210. Per i procedimenti arbitrali in cui il valore della domanda risulti inferiore o pari a euro 1.000.000,00 la controversia è decisa da un arbitro unico. Nei casi di competenza del collegio, ciascuna delle parti, nella domanda di arbitrato o nell'atto di resistenza alla domanda, designa l'arbitro di propria competenza scelto tra soggetti di provata esperienza e indipendenza nella materia oggetto del contratto cui l'arbitrato si riferisce. Il Presidente del collegio arbitrale ovvero l'arbitro unico è nominato e designato dalla Camera arbitrale, scegliendolo tra i soggetti iscritti all'albo di cui al comma 2 del citato articolo 211, in possesso di particolare esperienza nella materia oggetto del contratto cui l'arbitrato si riferisce”.

Commenti del Gruppo di Lavoro Arbitrato ASLA sull'arbitrato alle Proposte
Normative e note Illustrative della "Commissione Alpa"

Per assicurare un maggior controllo sui requisiti di competenza e indipendenza degli arbitri, potrebbe poi valutarsi di inserire una procedura di conferma della nomina degli arbitri designati dalle parti sulla falsariga di quella prevista dall'art. 18 della Camera Arbitrale di Milano, ovvero dell'art. 13 dell'ICC.

Anche altre proposte di modifica (come, ad esempio, il fatto che gli arbitri e i CTU rivestano la qualifica di pubblici ufficiali, l'ampia discrezionalità conferita alla Camera arbitrale nel reperimento di informazioni e documenti relativi ai contenziosi pendenti, e lo speciale motivo di nullità del lodo introdotto dal NCPP in caso di violazione delle previsioni di nomina del collegio arbitrale a prescindere dalla preventiva presentazione dell'istanza di ricusazione ai sensi dell'art. 815 c.p.c.) marcano segnatamente le **differenze tra la procedura arbitrale nei contratti pubblici e l'arbitrato rituale di diritto comune**. Per le ragioni sopra citate, una valutazione approfondita sull'opportunità di tale scelta di indirizzo ci sembrerebbe doverosa.

Il Gruppo di Lavoro Arbitrato di ASLA si augura di aver fornito con la presente un contributo utile per la discussione *de lege ferenda* e sarà lieta di approfondire ulteriormente il dibattito sulle proposte di modifica.

Cordiali saluti.



Avv. Cecilia Carrara



Avv. Michelangelo Cicogna

GRUPPO DI LAVORO ARBITRATO ASLA

Avv. Enzo Bacciardi, Bacciardi and Partners,
Avv. Chiara Bocchi, LCA
Avv. Maurizio Bocchiola
Avv. Federica Bocci, DLA Piper
Avv. Denis Bonvegna Curtis, Mallet-Prevost, Colt & Mosle LLP
Avv. Emanuele Breggia, Hilex
Avv. Cecilia Buresti, Norton Rose Fulbright
Avv. Nicola Canessa, CBA Studio Legale e Tributario
Avv. Cecilia Carrara, Legance
Avv. Valentine Chessa, Castaldi Partners
Avv. Michelangelo Cicogna, De Berti Jacchia Franchini Forlani
Gian Paolo Coppola, LCA
Avv. Giovanni De Berti, De Berti Jacchia Franchini Forlani
Avv. Ferdinando Emanuele Cleary Gottlieb Steen & Hamilton
Avv. Antonio Franchi, LabLaw
Avv. Fabio Guastadisegni, Clifford Chance
Prof. Avv. Albert Henke, Clifford Chance
Avv. Roberto Jacchia, De Berti Jacchia Franchini Forlani
Avv. Silvia Lazzaletti, Macchi di Cellere Gangemi
Avv. Andrea Luciano, Withers
Avv. Pietro Masi, Lipani Catricalà
Avv. Antonio Martini, CBA Studio Legale e Tributario
Avv. Stefano Modenesi, DLA Piper
Prof. Avv. Paolo Mondini, Mondini Rusconi
Avv. Micael Montinari, Studio Legale Portolano Cavallo
Avv. Enrico Mordiglia, Studio Legale Mordiglia
Avv. Alberto Nanni, Gianni, Origoni, Grippo, Capelli & Partners
Avv. Giulio Novellini, Jones Day
Avv. Salvatore Paratore, Studio Paratore Vannini & Associati
Avv. Massimiliano Perletti, Roedl & Partners
Avv. Giovanni Polvani, Gianni, Origoni, Grippo, Capelli & Partners
Avv. Galileo Pozzoli, Curtis, Mallet-Prevost, Colt & Mosle LLP
Avv. Paola Rapisarda, Gatti Pavesi Bianchi
Avv. Nicola Romano, Castaldi Mourre & Partners
Avv. Diego Rufini BLF Studio legale
Prof. Avv. Laura Salvaneschi, Bonelli Erede Pappalardo – Studio Legale
Avv. Marina Santarelli, Pavia & Ansaldo
Avv. Lamberto Schiona, JonesDay
Avv. Alberto Toffoletto, NCTM
Avv. Maurizio Traverso, Hilex.it
Avv. Edoardo Vassallo, Studio legale Visconti e Associati
Avv. Luigi Zumbo, Bryancave