

RIFERIMENTI MINIMI DI GIURISPRUDENZA

1) sulla natura disponibile o indisponibile dei diritti e sulla compromettibilità della controversia

Cassazione civile, sez. VI, 25/06/2014, (ud. 26/03/2014, dep.25/06/2014), n. 14337
dal testo:

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

1. Con atto di citazione notificato l'11 luglio 2011, il sig. G.P. conveniva in giudizio, dinanzi al Tribunale di Milano, la Elexa s.r.l., di cui era socio, chiedendo l'accertamento della nullità della Delib. 11 aprile 2011, avente ad oggetto l'approvazione del bilancio di esercizio relativo all'anno 2010, che assumeva redatto in violazione dei principi di verità, chiarezza e correttezza e inficiato da molteplici vizi.

Costituitasi ritualmente, la Elexa s.r.l. eccepiva, in via preliminare, l'incompetenza del Tribunale adito in ordine a controversia riservata dall'art. 34 dello Statuto sociale alla cognizione di un arbitro, designato dal Presidente dei dottori commercialisti di Torino. Nel merito, la ricorrente contestava la fondatezza della domanda.

Il Tribunale di Milano, con pronuncia del 10 maggio 2013, dichiarava la propria incompetenza, con compensazione delle spese del giudizio.

Avverso il provvedimento, il G. proponeva istanza per regolamento necessario di competenza, con ricorso notificato il 17 giugno 2013.

2. Resisteva con memoria la Elexa s.r.l..

3. il Procuratore Generale depositava le Sue conclusioni scritte, di improcedibilità o inammissibilità del ricorso, con contestuale richiesta alla Corte di enunciare, ex art. 363 cod. proc. civ., comma 3, nell'interesse della legge il principio di diritto, **che si devono ritenere escluse dalla cognizione arbitrale le controversie aventi ad oggetto l'impugnazione della deliberazione di approvazione del bilancio nelle società di capitali, per violazione dei principi di verità, chiarezza, correttezza, in quanto concernenti la violazione di norme poste a tutela dell'interesse collettivo dei soci o dei terzi, di natura imperativa e inderogabili.**

5. La ricorrente e la resistente hanno depositato memoria.

MOTIVI DELLA DECISIONE

...

Secondo quanto disposto dal D.Lgs. n. 5 del 2003, art. 34, possono essere devolute ad arbitri solo le controversie insorgenti fra i soci o fra i soci e la società aventi ad oggetto diritti disponibili relativi al rapporto sociale.

Il nucleo del thema decidendum della vicenda è quindi stabilire la natura degli interessi, privati o superindividuali, sottesi alla Delib. di approvazione del bilancio; e se gli stessi siano dunque disponibili, o no, da parte della compagine sociale o del singolo socio.

La disciplina societaria prevede che le azioni di annullabilità o nullità delle Delib. di approvazione del bilancio non possano essere proposte dopo che sia intervenuta l'approvazione del bilancio dell'esercizio successivo.

Fra le pieghe di tale disposizione viene quindi delineata una fattispecie di nullità sanabile, in deroga al generale canone vigente nel diritto civile.

Tale istituto si caratterizza per la sua natura anfibologica, configurandosi, quanto agli interessi sottesi e al nomen iuris, come una tradizionale nullità civilistica, ma prevedendo, quale elemento ulteriore e differenziale, un termine di decadenza per l'esercizio del diritto.

Secondo il Tribunale di Milano la circostanza che i soci limitandosi a non agire in giudizio possano ottenere la definitività del bilancio, che verrebbe a consolidarsi, pur

se illegittimo, farebbe propendere per considerare tale materia come disponibile, fermo restando il diritto del terzo all'impugnativa. Si creerebbe in tal guisa una sorta di doppio binario: il diritto sarebbe pienamente disponibile da parte dei soci, che possono non approvare o non impugnare il bilancio; indisponibile per i terzi, che non sono pregiudicati dalla compromettibilità ad arbitri della controversia, potendo procedere all'impugnazione dinanzi al giudice ordinario.

Tale ricostruzione non convince.

E' chiaro che in tal modo si incorre in un equivoco, consistente nell'equiparazione fra "disponibilità del diritto" e "disponibilità dell'azione".

La disponibilità va riferita non all'azione, ma al contenuto del diritto, che deve ritenersi nel caso di specie esclusa, dato che non può certamente affermarsi che il socio possa rinunciare alla chiarezza, verità e correttezza della situazione patrimoniale della società.

Il bilancio si configura come un documento unitario, pur essendo destinato allo svolgimento di una duplice funzione - endosocietaria, ponendosi quale strumento di gestione della società e di programmazione strategica - esosocietaria, identificando il patrimonio sociale, la gestione, l'andamento finanziario, in un'ottica di tutela dei terzi - e deve perciò essere predisposto nel rispetto di entrambe le sue attitudini.

E' quindi sicuramente un documento interno per i soci ma si configura anche quale fonte di cognizione per i terzi, anello di congiunzione fra le attività della compagine sociale e le esigenze e le aspettative del mercato e dei creditori. Sintetizzando al proprio interno varie sfere di interessi, non si pone nel dominio esclusivo della società e nella piena disponibilità dei soci. Non si mostra perciò congruo il riferimento del giudice di merito all'esistenza di spazi di discrezionalità degli amministratori nella redazione dello stesso, spettando a questi solo un potere esercitabile esclusivamente entro i limiti puntualmente definiti dalle norme in materia di redazione del documento contabile (con sempre minor spazio per le cc.dd. "politiche di bilancio").

L'introduzione della tutela reale è stata invero introdotta dal legislatore del 2003 con il solo scopo di dare certezza alle decisioni sociali.

Viene perciò esclusa la rimozione dell'atto invalido, per esigenze di stabilità, ma non anche l'illegittimità dello stesso ai fini dell'azione di responsabilità contro gli amministratori, ex art. 2392 cod. civ., o della proposizione dell'azione ex artt. 2043 e 2395 cod. civ., qualora i terzi o i soci siano stati direttamente danneggiati, dell'attivazione del controllo giudiziario, ex art. 2409 cod. civ.. La nullità resta inoltre rilevabile ex officio e da chiunque vi abbia interesse.

Perciò, si ritiene di confermare il principio già affermato da questa Corte per cui, perchè l'interesse sia qualificato come indisponibile, è necessario che la sua protezione sia assicurata mediante la predisposizione di norme inderogabili, la cui violazione determina una reazione dell'ordinamento svincolata da qualsiasi iniziativa di parte, come, ad esempio, proprio le norme dirette a garantire la chiarezza e precisione del bilancio di esercizio (Cass. 18600/2011; Cass. 18671/2012).

Non si ritengono perciò condivisibili le argomentazioni del Tribunale di Milano, basate sull'equiparazione fra potere di non approvazione della Delib. facoltà di non impugnazione della Delib.

(e conseguente consolidamento degli effetti) e disponibilità del diritto: ad essere disponibile è solo l'azione. In tal guisa non si svuota completamente la nullità, in ambito societario, delle sue caratteristiche peculiari.

Il regolamento va quindi accolto, la sentenza impugnata va conseguentemente cassata, dovendosi dichiarare la competenza del Tribunale di Milano, davanti al quale si rimettono le parti anche per le spese.

Estremi: Cassazione civile, sez. I, 11/02/2016, n. 2759 Vedi sentenza

Parti: Linossi Mario C. Cartiere Ermolli Spa

Fonti: Giustizia Civile Massimario 2016

Il rapporto che lega l'amministratore alla società è di immedesimazione organica, non riconducibile al rapporto di lavoro subordinato, né a quello di collaborazione coordinata e continuativa, dovendo essere, piuttosto, ascritto all'area del lavoro professionale autonomo ovvero qualificato come rapporto societario "tout court", **sicché le controversie tra amministratori e società, anche se specificamente attinenti al profilo "interno" dell'attività gestoria ed ai diritti che ne derivano agli amministratori (quale, nella specie, quello al compenso), sono compromettibili in arbitri, ove tale possibilità sia prevista dagli statuti societari.**

Rilevato che:

1. In data 18 giugno 2008 L.M. ha ottenuto dal Tribunale di Tolmezzo, sezione lavoro, decreto ingiuntivo per 133.333,34 Euro nei confronti della Cartiere Ermolli s.p.a. esponendo che tale somma, riconosciuta con prospetto di liquidazione, comunicato nel marzo 2008, **quale compenso spettante per la sua attività di amministratore negli ultimi sedici mesi**, non era stata poi corrisposta dalla società.
2. La s.p.a. Cartiere Ermolli ha proposto opposizione al decreto ingiuntivo avvalendosi del rito societario ed eccependo la competenza arbitrale, in base all'art. 32 dello Statuto sociale che l'attribuisce per tutte le controversie promosse dagli amministratori nei confronti della società. Nel merito ha eccepito l'insussistenza del diritto al compenso in quanto il L. aveva occultato rilevanti perdite provocate dalla sua attività. La società opponente ha chiesto pertanto la dichiarazione di nullità o inefficacia del decreto per effetto della clausola che prevede la competenza arbitrale ovvero, nel merito, la revoca del decreto per l'insussistenza del diritto al compenso conseguente al grave inadempimento degli obblighi assunti quale amministratore, di cui la società opponente ha chiesto, in via riconvenzionale, l'accertamento, ex artt. 2392 e 2393 c.c., con conseguente condanna del L. al risarcimento dei danni.
3. Si è costituito L.M. e ha eccepito la tardività dell'opposizione sia se proposta, come sarebbe dovuto avvenire, con il rito del lavoro, sia se proposta, come irritualmente è avvenuto, con il rito societario. Ha inoltre rilevato la inapplicabilità della clausola arbitrale, trattandosi di controversia riconducibile nell'ambito di applicazione dell'art. 409 c.p.c., e ha contestato nel merito le deduzioni della società Cartiere Ermolli s.p.a..
4. Il Tribunale di Tolmezzo, con sentenza n. 127/09, ha ritenuto la soggezione della controversia al rito societario, la tempestività dell'opposizione, la applicabilità della clausola arbitrale. Ha dichiarato pertanto la nullità del decreto ingiuntivo e compensato le spese del giudizio.
5. Ha proposto appello L.M. ribadendo le precedenti difese.
6. Si è costituita la Cartiere Ermolli s.p.a. e ha eccepito l'inammissibilità del gravame in quanto la statuizione sulla competenza è impugnabile, a norma dell'art. 819 ter c.p.c., e del richiamo in esso contenuto agli artt. 42 e 43 c.p.c., esclusivamente con regolamento di competenza. Ha chiesto il rigetto dell'appello anche per difetto dei requisiti di specificità.
7. La Corte di appello di Trieste, con sentenza n. 397/11, ha respinto l'appello compensando le spese processuali. Ha ritenuto la Corte distrettuale triestina che l'impugnazione del L., è da considerarsi soggetta alle ordinarie forme di impugnazione, in quanto la sentenza del Tribunale di Tolmezzo, oltre alla questione relativa alla competenza arbitrale, ha anche deciso la questione pregiudiziale sulla natura della controversia e la ulteriore questione della ammissibilità dell'opposizione. Ha ritenuto inoltre fondate le statuizioni del Tribunale circa l'applicabilità del rito societario, la tempestività dell'opposizione al decreto ingiuntivo e la soggezione della controversia alla competenza arbitrale.
8. Ricorre per cassazione L.M. affidandosi a due motivi di impugnazione.

9. Si difende con controricorso e deposita memoria difensiva Cartiere Ermolli s.p.a..

10. Con il primo motivo di ricorso si deduce, ex art. 360 c.p.c., nn. 3 e 4, la violazione e falsa applicazione delle seguenti norme di diritto, anche processuali: D.Lgs. n. 5 del 2003, art. 1, lett. a), in relazione alla determinazione che nei rapporti societari rientrano anche le controversie promosse da amministratori che agiscano quali lavoratori parasubordinati ex art. 409 c.p.c., n. 3; art. 34, n. 4, dello stesso decreto legislativo, in relazione all'affermazione che gli atti costitutivi della società possano prevedere che la clausola compromissoria statutaria possa avere ad oggetto anche le controversie promosse dagli amministratori nella veste sopra indicata.

11. Con il secondo motivo di ricorso si deduce, ex art. 360 c.p.c., nn. 3 e 4, la violazione e falsa applicazione delle seguenti norme di diritto, anche processuali: L. n. 366 del 2001, art. 12, in riferimento all'art. 806 c.p.c., e art. 409 c.p.c.. Rileva il ricorrente che, in base alle norme citate, deve ritenersi che le controversie di cui all'art. 409 c.p.c., possono essere decise da arbitri solo se ciò è previsto dalla legge o nei contratti o accordi collettivi di lavoro e che le parti, nel contratto o in atto separato, possano prevedere che le controversie nascenti dal contratto siano decise da arbitri solo se possano formare oggetto di convenzione di arbitrato.

Ritenuto che:

12. Il ricorso è infondato.

13. Quanto al primo motivo, che come si è anticipato si articola in due distinte censure, appare in primo luogo condivisibile quanto affermato dalla recente sentenza di questa Corte (Cass. civ. sezione 6^a-3 n. 14369 del 9 luglio 2015) e cioè che nella previsione del D.Lgs. n. 168 del 2003, art. 3, lett. a), secondo cui sono di competenza del tribunale delle imprese i procedimenti relativi a rapporti societari, **devono essere ricomprese tutte le controversie che vedano coinvolti la società e i suoi amministratori senza poter distinguere fra le controversie che riguardino l'agire degli amministratori nell'espletamento del rapporto organico e i diritti che, sulla base dell'eventuale contratto che la società e l'amministratore abbiano stipulato, siano stati riconosciuti a titolo di compenso.**

14. Sia la seconda censura, che completa il primo motivo di ricorso, che il secondo motivo di ricorso possono essere esaminati congiuntamente per la stretta connessione e sovrapposizione delle questioni giuridiche su cui si fondano. **La qualificazione del rapporto fra amministratori e società in termini di subordinazione o parasubordinazione ovvero in termini di prestazione di opera professionale ovvero di rapporto unitario connesso inscindibilmente con l'attività gestoria è stato infatti centrale, ai fini del decidere sulla possibilità per gli statuti sociali di inserire clausole compromissorie relative ai rapporti fra società e amministratori e sulla limitazione della possibilità di affidare agli arbitri la risoluzione delle controversie relative al compenso degli amministratori nella sola ipotesi in cui vi sia una esplicita previsione in tal senso nei contratti o accordi collettivi.**

La giurisprudenza di questa Corte, e in particolare di questa sezione, è orientata a ritenere esclusa la natura subordinata o para-subordinata di tale rapporto. Così Cass. sez. lavoro n. 2861 del 26 febbraio 2002 (*"In tema di società cooperativa a responsabilità limitata, il rapporto che lega l'amministratore, cui è affidata la gestione sociale, alla società è un rapporto di immedesimazione organica, che non può essere qualificato nè rapporto di lavoro subordinato, nè di collaborazione continuata e coordinata, orientando le prestazioni dell'amministratore piuttosto nell'area del lavoro professionale autonomo. Ne consegue che il disposto dell'art. 36 Cost., comma 1, relativo al diritto ad una retribuzione proporzionata e sufficiente, ancorchè norma immediatamente precettiva e non programmatica, non è applicabile al rapporto di cui si tratta. E', pertanto, legittima la previsione statutaria di gratuità delle predette funzioni"*), Cass. sez. lav. n. 13009 del

settembre 2003 (*“La qualifica di amministratore **unico** di una società non è compatibile con la condizione di lavoratore subordinato alle dipendenze della stessa società, non potendo ricorrere in tal caso l’effettivo assoggettamento al potere direttivo, di controllo e disciplinare di altri, che si configura come requisito tipico della subordinazione”*), Cass. civ. sezione 1[^], n. 23557 del 12 settembre 2008 (*“Il rapporto di immedesimazione organica fra l’amministratore ed una società di capitali esclude che le funzioni connesse alla carica, siano riconducibili ad un rapporto di lavoro subordinato ovvero di collaborazione coordinata e continuativa; ne consegue che in caso di revoca senza giusta causa, per la liquidazione dei relativi danni, deve procedersi secondo i criteri generali di cui agli artt. 1223 e 2697 c.c., trattandosi di vicenda non equiparabile alla risoluzione di un contratto di lavoro subordinato”*), Cass. civ. sezione 1[^], n. 7961 del 1 aprile 2009 (*“In tema di società cooperativa a responsabilità limitata, il rapporto intercorrente tra la società e l’amministratore, al quale è affidata la gestione sociale, è di immedesimazione organica, e non può essere qualificato come rapporto di lavoro subordinato o di collaborazione continuata e coordinata, dovendo invece essere ascritto all’area del lavoro professionale autonomo; ne consegue che il disposto dell’art. 36 Cost., comma 1, relativo al diritto ad una retribuzione proporzionata e sufficiente, pur costituendo norma immediatamente precettiva e non programmatica, non è applicabile al predetto rapporto, per cui è legittima la previsione statutaria di gratuità delle relative funzioni”*), Cass. civ. sezione 1[^], n. 19714 del 13 novembre 2012 (*“Il rapporto tra l’amministratore di una società di capitali e la società medesima va ricondotto nell’ambito di un rapporto professionale autonomo e, quindi, ad esso non si applica l’art. 36 Cost., comma 1, che riguarda il diritto alla retribuzione in senso tecnico, poichè il diverso diritto al compenso professionale dell’amministratore, avendo natura disponibile, può essere oggetto di una dichiarazione unilaterale di disposizione da parte del suo titolare, nella specie, di rinuncia”*), Cass. civ. sezione 1[^], n. 22046 del 17 ottobre 2014 (*“I compiti che la società affida al suo amministratore riguardano la gestione stessa dell’impresa, costituita da un insieme variegato di atti materiali, negozi giuridici ed operazioni complesse, sicchè, quand’anche taluni di questi atti ed operazioni possano compararsi all’attività di un prestatore d’opera, il rapporto che intercorre tra amministratore e società non può essere equiparato, in ragione del rapporto di immedesimazione organica tra essi esistente, a quello derivante dal contratto d’opera, intellettuale o non intellettuale. Ne consegue che, al fine della liquidazione del compenso all’amministratore non determinato dalle parti al momento della nomina, non è consentito alcun riferimento automatico alle tariffe dei dottori commercialisti”*).

15. Si tratta di una giurisprudenza che deve essere riaffermata in questa sede e che conduce a ritenere ormai superata - se rapportata alla citata interpretazione del D.Lgs. n. 168 del 2003, art. 3, comma 2, lett. a), in tema di competenza del tribunale delle imprese, e alle modifiche apportate dal legislatore alle disposizioni del codice di rito in materia di arbitrato - l’operatività delle limitazioni alla compromettibilità in arbitri delle controversie relative ai rapporti fra amministratori e società anche se attinenti al compenso dell’amministratore per l’attività gestoria svolta.

16. La giurisprudenza - che ha trovato la sua basilare affermazione nella pronuncia delle Sezioni Unite n. 10680 del 14 dicembre 1994 - secondo cui la controversia relativa al compenso degli amministratori è soggetta al rito del lavoro ai sensi dell’art. 409, n. 3, non è compatibile con i citati interventi legislativi che, da un lato, hanno nella loro complessità attribuito al tribunale delle imprese la competenza relativa alle controversie in materia di rapporti societari che, come si è detto, coinvolgono amministratori e società rendendo irrilevante la distinzione fra l’attività a rilevanza esterna degli amministratori e il rapporto di natura obbligatoria di questi ultimi con la società.

Per altro verso, il venir meno del divieto di arbitrato di cui all’art. 806 c.p.c., per le

cause inerenti rapporti di lavoro, e l'introduzione, da parte del legislatore delegato dalla L. n. 366 del 2001, della disciplina finalizzata a prevedere la possibilità che gli statuti delle società commerciali contengano clausole compromissorie, anche in deroga degli artt. 806 e 808 c.p.c., per tutte o alcune tra le controversie societarie, rende ormai priva di base normativa la limitazione della ricorribilità agli arbitrati in materia di controversie fra amministratori e società anche se concernenti i profili del rapporto obbligatorio fra società e amministratore e specificamente il diritto degli amministratori al compenso. L'art. 34, comma 4 del decreto delegato (D.Lgs. n. 17 gennaio 2003, n. 5) prevede infatti, con una disposizione generale, che gli atti costitutivi possono prevedere che la clausola compromissoria abbia ad oggetto controversie promosse da amministratori, liquidatori e sindaci ovvero nei loro confronti e, in tale caso, essa, a seguito dell'accettazione dell'incarico, è vincolante per costoro.

Infine l'art. 806 c.p.c., come novellato dal D.Lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, art. 20, prevede che le controversie di cui all'art. 409 c.p.c., possono essere decise da arbitri solo se previsto dalla legge o nei contratti o accordi collettivi di lavoro.

Deve pertanto ritenersi che, in ogni caso, sia se qualificati come rapporti assimilabili a quelli di lavoro o di prestazione professionale, sia se qualificati come rapporti societari tout court, i rapporti fra amministratori e società, anche se specificamente attinenti al profilo "interno" dell'attività gestoria e ai diritti che ne derivano agli amministratori, danno luogo a controversie che possono essere decise dagli arbitri se tale possibilità è prevista dagli statuti societari.

17. Il ricorso va pertanto respinto.

18. La peculiarità delle questioni trattate caratterizzate da innovazioni legislative e diversi orientamenti giurisprudenziali giustifica la compensazione delle spese del giudizio di cassazione.

sulla differenza tra "norme inderogabili" e diritti "indisponibili", e sulla ricaduta in relazione all'arbitrabilità delle controversie:

Cassazione civile, sez. un., 15/06/2017, n. 14861

È valida la clausola compromissoria con cui siano deferite ad arbitri stranieri le controversie in materia di aggiornamento del canone di locazione di un immobile destinato ad uso diverso da quello abitativo, atteso, da un lato, che l'art. 54 della l. n. 392 del 1978, che poneva un divieto di compromettibilità in arbitri di tali controversie, deve ritenersi abrogato ad opera dell'art. 14, comma 4, della l. n. 431 del 1998 anche con riferimento alle locazioni non abitative; e considerato, dall'altro, **che il carattere inderogabile della disciplina dettata in tema di aggiornamento del canone dagli artt. 32 e 79 della l. n. 392 del 1978, sebbene funzionale ad evitare un'elusione preventiva dei diritti del conduttore, non determina l'indisponibilità** degli stessi una volta che siano sorti e possano essere fatti valere, sicché le relative controversie non soggiacciono al divieto di compromettibilità previsto dall'art. 806 c.p.c.

2. Art. 34 del D. Lgs 5/2003, arbitrato rituale e arbitrato irrituale: nullità della clausola compromissoria difforme o arbitrato a “doppio binario”?

Cassazione civile, sez. I, 17/02/2014, n. 3665

Parti: Papa C. Soc. Camping Fornaci e altro

Fonti: Giustizia Civile Massimario 2014

La clausola compromissoria contenuta nello statuto societario, la quale, non adeguandosi alla prescrizione dell'art. 34 del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, **non preveda che la nomina degli arbitri debba essere effettuata da un soggetto estraneo alla società, è nulla anche ove si tratti di arbitrato irrituale.**

Cassa con rinvio, App. Genova, 29/04/2008

...
1.1.- Con il primo motivo di ricorso, i ricorrenti denunciano il vizio di violazione e falsa applicazione del D.Lgs. n. 5 del 2003, art. 34, stante la nullità della clausola contenuta nell'art. 16 dello statuto della società Camping Fornaci.

I ricorrenti argomentano come segue:

1) la clausola in oggetto è nulla, dovendo ritenersi che, a seguito dell'entrata in vigore del D.Lgs. n. 5 del 2003, art. 34, **l'unica forma di arbitrato derivante da una clausola compromissoria statutaria sia quella regolata da detta norma;**

2) l'intervenuta sanzione di nullità colpisce le clausole preesistenti difformi dal disposto normativo;

3) detta sanzione colpisce la clausola arbitrale statutaria difforme, a prescindere dalla natura rituale o irrituale dell'arbitrato.

1.2.- Con il secondo motivo, i ricorrenti denunciano la nullità della sentenza, per non avere pronunciato in relazione alla questione rilevabile d'ufficio, della nullità della clausola compromissoria.

2.1.- I due motivi del ricorso, strettamente collegati, vanno esaminati congiuntamente e sono da ritenersi fondati.

La questione di base sottoposta dai ricorrenti all'attenzione di questa Corte attiene alla validità o meno della clausola di cui all'art. 16 dello statuto sociale, specificamente riportata (“tutte le controversie che potessero insorgere tra i soci, i soci e la società circa l'interpretazione e l'applicazione del presente contratto e delle clausole in esso contenute verranno sottoposte alla decisione di un arbitro irrituale, il quale giudicherà inappellabilmente ex bono et aequo senza formalità di procedura, da nominarsi dai soci, ed in difetto di accordo dal Presidente del Tribunale di Chiavari, su ricorso della parte più diligente”), di talchè non può ritenersi violato l'art. 366 c.p.c., n. 3, come eccepito dai controricorrenti.

Ciò posto, e considerato che la clausola prevede la nomina dell'arbitro da parte dei soci e solo in caso di disaccordo da parte del Presidente del Tribunale, deve ritenersi la non conformità della stessa al disposto di cui al D.Lgs. n. 5 del 2003, art. 34, che, nella parte che qui interessa, così dispone:

“Gli atti costitutivi delle società, ad eccezione di quelle che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio a norma dell'art. 2325 bis c.c., possono, mediante clausole compromissorie, prevedere la devoluzione ad arbitri di alcune ovvero di tutte le controversie insorgenti tra i soci ovvero tra i soci e la società che abbiano ad oggetto diritti disponibili relativi al rapporto sociale.

La clausola deve prevedere il numero e le 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. Ove il soggetto designato non provveda, la nomina è richiesta al Presidente del Tribunale del luogo in cui la società ha la sede legale”.

A riguardo, questa Corte si è espressa, tra le ultime, nella pronuncia 17287/2012 (conformi, le precedenti 15892/2011 e 16092/2009), nel senso che la clausola compromissoria contenuta nello statuto societario la quale, non adeguandosi alla prescrizione del D.Lgs. n. 5 del 2003, art. 34, non prevede che la nomina degli arbitri debba essere effettuata da un soggetto estraneo alla società **è nulla, non potendosi accettare la tesi del “doppio binario”, per cui essa si convertirebbe da clausola per arbitrato endosocietario in clausola per arbitrato di diritto comune, atteso che l’art. 34 commina la nullità per garantire il principio di ordine pubblico dell’imparzialità della decisione.**

Il richiamo a detto orientamento, peraltro, non esaurisce l’esame della fattispecie, che impone la valutazione di specifici, ulteriori profili, eccepiti puntualmente dalla difesa dei controricorrenti, e comunque tutti soggetti al vaglio giudiziale ex officio.

Ed in particolare, si pone la questione se la nullità di cui al D.Lgs. n. 5 del 2003, art. 34 per le clausole che non conferiscono il potere di nomina di tutti gli arbitri a soggetto estraneo alla società, riguardi le sole clausole che **prevedono un arbitrato rituale e non anche quello irrituale**, come presente nella specie, per l’espressa qualificazione della Corte del merito.

A riguardo, si deve rilevare che l’orientamento del tutto maggioritario di questa Corte è nel senso che detta nullità riguarda sia le clausole per arbitrato rituale che irrituale (cfr.

Cass. 17287/2012 e 24867/2010), di talchè appare del tutto isolata la pronuncia, resa in forma di ordinanza, n. 13664/2010, che si è espressa nel senso di limitare la nullità alle sole clausole per arbitrato rituale, sulla base del solo rilievo della natura di determinazione contrattuale del lodo irrituale.

Più complessa ed articolata si presenta la valutazione della concreta applicabilità dell’art. 34 cit. alla fattispecie concreta, considerato che il giudizio di cui si tratta è stato introdotto avanti al Tribunale **con atto di citazione del 2/11/1988, ed era quindi pendente alla data di entrata in vigore del D.Lgs. n. 5 del 2003.**

A riguardo, si deve rilevare che alle società di persone non si applicano gli artt. 223 bis e 223 duodecies disp.att. c.c., che dispongono in ordine al tempo ed alle modalità di adeguamento degli statuti societari, stante lo specifico richiamo ai tipi societari, di cui al comma 1 dei detti articoli, **da cui consegue l’applicabilità immediata alle società di persone della disciplina di cui al D.Lgs. n. 5 del 2003, a far data dal 1 gennaio 2004.** Neppure si applica alle società di persone l’art. 34, comma 6, citato D.Lgs., che riguarda le clausole previste dalla nuova legge e non quelle preesistenti.

La difesa dei controricorrenti ha ampiamente argomentato sulla ultrattività della clausola, in forza del disposto di cui al D.Lgs. n. 5 del 2003, art. 41, comma 1, che, per la parte che qui interessa, dispone che “ai giudizi pendenti alla data di entrata in vigore del presente decreto, si applicano le disposizioni anteriormente vigenti”.

La norma richiamata non consente l’interpretazione offerta dai controricorrenti, atteso che, per come formulata, nello specifico riferimento ai “giudizi pendenti”, la stessa è intesa a fare salvi gli eventuali giudizi arbitrali in corso alla data di entrata in vigore della normativa, ma non già gli effetti della clausola arbitrale preesistente, che chiaramente costituisce negozio e non già atto processuale.

Trova invece applicazione nel caso il principio, più volte espresso da questa Corte, secondo il quale, qualora nel corso di esecuzione di un rapporto sopravvenga una norma che sancisca la nullità del contratto o di una clausola dello stesso, la sanzione di nullità incide sul rapporto, non consentendo la produzione di ulteriori effetti.

Così, in relazione all’entrata in vigore della L. n. 154 del 1992, che con l’art. 10 ha modificato l’art. 1938 c.c., prevedendo per la fideiussione per obbligazione futura la fissazione dell’importo massimo garantito, la giurisprudenza si è espressa nel senso che la sopravvenienza della L. n. 154 del 1992, se non tocca la validità e l’efficacia della fideiussione fino al momento dell’entrata in vigore del citato art. 10, con la conseguente

responsabilità del fideiussore per le obbligazioni verso la banca a carico del debitore principale prima della predetta data, determina, per il periodo successivo, la nullità sopravvenuta della convenzione con essa in contrasto (in tal senso, le pronunce 2871/07 e 26064/08).

Ed anche a ritenere che, in simili casi, si tratti non tanto di una questione di nullità sopravvenuta del contratto, o di clausole dello stesso, ma di inefficacia, in quanto la normativa sopravvenuta viene ad incidere sul piano degli effetti e non dell'atto, in ogni caso la clausola preesistente deve ritenersi non più operante.

Ciò posto, residua la valutazione dell'ulteriore profilo, della applicabilità dell'art. 1419 c.c., comma 1, da cui la nullità parziale solo della disposizione relativa alla nomina degli arbitri ad opera diretta delle parti, fatta salva nel resto la clausola in oggetto, o del comma 2, c.c., da cui la sostituzione di diritto della clausola nulla, con norma imperativa di legge, possibile perchè nel caso la clausola non è binaria.

A riguardo, si deve concludere per l'infondatezza di ambedue dette prospettazioni.

Quanto alla prima, si deve rilevare che la giurisprudenza si è espressa nel senso del travolgimento della clausola nella sua interezza (così le pronunce 15892/2011 e 17287/2012), **che non è suscettibile quindi di essere frammentata e sostanzialmente scissa tra il contenuto proprio del deferimento ad arbitrato e la individuazione e modalità di nomina dell'arbitro**; quanto alla seconda, che, pur potendosi aderire al rilievo del P.G., che la sostituzione non richiede l'espressa previsione, ma la semplice automaticità della stessa (per trattarsi di elementi necessari del contratto o aspetti tipici del rapporto: così le pronunce 6364/2011 e 7822/1997), nella specie si impone la valutazione della sostanziale, profonda contrarietà della volontà delle parti come espressa nella clausola, rispetto alla disposizione essenziale della norma, che prevede la nomina dell'intero collegio arbitrale ad opera di terzo estraneo alla società.

Infine, la normativa di cui agli artt. 809 e 810 c.p.c., che dovrebbe intervenire sulla lacuna determinata dalla nullità della clausola D.Lgs. n. 5 del 2003, ex art. 34, prevede l'intervento solo in via sussidiaria del Presidente del Tribunale per la nomina degli arbitri.

Ciò posto, si deve ritenere fondata la censura di cui al secondo motivo di ricorso, non avendo la Corte del merito rilevato la nullità della clausola d'ufficio, come avrebbe dovuto, trattandosi di questione di puro diritto, nè in giudizio si controverteva sulla validità o invalidità in via diretta dell'atto per una determinata causa, dedotta dalla parte, ma la questione della compromissione in arbitrato era stata eccepita in secondo grado dalla società.

E secondo l'orientamento di questa Corte, come affermato tra le ultime nella pronuncia 21600/2013, non è prospettabile nel giudizio di legittimità, allorquando la corrispondente questione non sia stata esaminata in sede di gravame, nè denunciata come dedotta nelle precedenti fasi del giudizio, una causa di nullità contrattuale diversa da quella originariamente invocata, essendone, altresì, precluso, in tal caso, il rilievo di ufficio, dal momento che il potere del giudice deve coordinarsi con i principi desumibili dagli artt. 99 e 112 cod. proc. civ., sicchè, in siffatta ipotesi, la pronuncia resta circoscritta alle ragioni di illegittimità denunciate dall'interessato, ponendosi la nullità dell'atto come elemento costitutivo della domanda.

3.1.- Conclusivamente, il ricorso va accolto, e, cassata la pronuncia impugnata, la causa va rimessa alla Corte d'appello di Genova in diversa composizione, che provvederà alla valutazione della controversia, attenendosi al seguente principio di diritto: "La clausola compromissoria contenuta nello statuto societario (e nel caso, di società di persone), che prevede la nomina dell'arbitro unico ad opera dei soci, e nel caso di disaccordo, ad opera del Presidente del Tribunale, su ricorso della parte più diligente, è affetta da nullità sopravvenuta, sia che sia previsto arbitrato rituale che irrituale, non rispettando la prescrizione di cui al D.Lgs. n. 5 del 2003, intervenuto art. 34, e tale sanzione per le società

di persone opera a far data dall'entrata in vigore del detto D.Lgs.; nè si pone la questione dell'ultrattività della clausola medesima, in forza del D.Lgs. n. 5 del 2003, art. 41, comma 6, che fa salvi i soli atti processuali e non sostanziali; nè può ritenersi la nullità parziale della clausola in oggetto, limitatamente alle sole modalità di nomina degli arbitri, nè è suscettibile la clausola nulla di sostituzione di diritto con norma imperativa di legge, ex art. 1419 c.c., commi 1 e 2. Ne consegue che la nullità della clausola, rilevabile d'ufficio, ove non fatta valere altra e diversa causa di illegittimità in via di azione, comporta che la controversia possa essere introdotta soltanto avanti al Giudice ordinario".

Il Giudice del rinvio provvederà anche in ordine alle spese del presente giudizio.

4) sull'ampiezza della devoluzione in arbitri. Un caso dubbio: le controversie insorte in relazione al recesso del socio:

Cassazione civile, sez. VI, 27/09/2013, n. 22303 Vedi sentenza

Parti: Beltrani C. Soc. Cedir Ceramiche di Romagna

Fonti: Giustizia Civile Massimario 2013

La clausola compromissoria, contenuta nello statuto di una società per azioni, che preveda la devoluzione ad arbitri delle controversie connesse al contratto sociale, deve ritenersi estesa alla controversia riguardante il recesso del socio dalla società.

Rigetta, Trib. Ravenna, sez. dist. di Faenza, 19/01/2012

...

Tanto premesso, deve rilevarsi che il Procuratore Generale presso questa Corte ha osservato che "un contenzioso, quale quello in esame, in materia di recesso dei soci non può che riguardare un momento di esecuzione del contratto sociale e pertanto è devoluto alla cognizione del giudice arbitrale (art. 41 Statuto): nè appare degno di considerazione il rilievo dei ricorrenti secondo cui, avendo essi perso la qualità di soci, non sarebbe più applicabile nei loro confronti la clausola arbitrale; infatti, a parte ogni considerazione sulla connessione dell'attuale controversia con quella risolta dal giudice arbitrale e sull'effettivo momento di cessazione della qualità di socio in generale, basti, a inficiare l'argomentazione dei ricorrenti, il richiamo alla pendenza dell'impugnazione avverso il lodo 23.9.2009, cosa che rende assolutamente certo che nella specie sarebbe comunque esclusa la definitiva cessazione della qualità di socio".

Tali conclusioni appaiono maggiormente condivisibili in virtù della tesi, sostenuta dalla dottrina dominante, secondo cui la qualità di socio, nel quadro normativo applicabile "ratione temporis" non si perde con la mera dichiarazione di recesso, ma persiste fino alla liquidazione della quota, in quanto non può non considerarsi socio colui al quale risulta riferibile una parte del capitale sociale in relazione alla quale è titolare di diritti sociali.

Codesta persistenza della qualità di socio, assorbente rispetto alla circostanza, dedotta con successiva memoria dei ricorrenti, circa l'apposizione della formula esecutiva al lodo che aveva affermato la validità del recesso, va per altro associata, per il fine che qui interessa, all'ampiezza della formula contenuta nel D.Lgs. n. 5 del 2003, art. 34, comma 1, cui fa riscontro il vasto spettro di controversie previsto dal citato art. 41 dello Statuto: in proposito appare ravvisabile, come affermato da autorevole dottrina, l'affermazione di un vero e proprio favor per l'arbitrato.

5) Sull'inadempimento degli obblighi derivanti dalla stipulazione della clausola compromissoria e sull'inerzia della parte nella nomina del proprio arbitro

Estremi: Cassazione civile, sez. I, 02/12/2005, n. 26257 Vedi sentenza

Parti: Biancu e altro C. Com. Nuoro

Fonti: Giust. civ. Mass. 2005, 12

Giur. it. 2006, 7, 1463 (nota di: SANGIOVANNI)

Il termine di venti giorni, previsto dall'art. 810, comma 1, c.p.c. per la nomina del proprio arbitro ad opera della parte che ha ricevuto il relativo invito, non ha carattere perentorio (non essendo ciò previsto esplicitamente dalla legge, nè essendo ricavabile dalla funzione del termine stesso), sicché la medesima parte può provvedere alla nomina anche successivamente alla scadenza di tale termine, sino a quando non sia intervenuta la nomina ad opera del presidente del tribunale su richiesta della controparte, ai sensi del comma 2 del richiamato art. 810 c.p.c.; dal che consegue la irregolare costituzione del collegio arbitrale (e con essa la nullità del lodo pronunciato) composto da arbitro nominato in via sostitutiva dal presidente del tribunale pur in presenza di precedente - ancorché tardiva - nomina notificata dalla parte interessata alla controparte, la quale ha l'onere di informare della nomina sopraggiunta il presidente del tribunale da essa adito, e salva la responsabilità della parte tardivamente adempiente al dovere di nominare il proprio arbitro per gli eventuali danni.

...

Estremi: Cassazione civile, sez. I, 30/12/1981, n. 6784

Parti: Monteleone C. Norditalia assicurazioni

Fonti: Foro padano 1981, I,289.

Foro it. 1982, I,399.

Giust. civ. 1982, I,613.

Il fatto della mancata designazione di un arbitro irrituale e la conseguente inoperatività della clausola compromissoria non comportano il ricorso alla procedura integrativa di cui all'art. 810 c.p.c. nè l'improponibilità dell'azione davanti al giudice ordinario per la risoluzione del merito della controversia deferita alla valutazione degli arbitri irrituali ma, attenendo alla inesecuzione della clausola compromissoria in arbitri irrituali, legittimano l'azione davanti al giudice ordinario, il quale, previo accertamento dell'impossibilità sopravvenuta dell'intervento degli arbitri irrituali o dell'inadempimento di una (o più) parti della clausola compromissoria, deve procedere alla cognizione e decisione del merito della controversia.

Si ha perizia contrattuale - quale specie appartenente al "genus" dell'arbitrato irrituale - quando le parti devolvono ad uno o più periti, scelti per la loro particolare competenza tecnica, la ricerca di un apprezzamento tecnico che preventivamente si impegnano ad accertare come diretta espressione della loro volontà.

Estremi: Cassazione civile, sez. lav., 09/11/1985, n. 5499

Parti: CIS Milano C. Barbera

Fonti: Giust. civ. 1986, I,2887 (nota).

La clausola compromissoria contenuta in un contratto collettivo è recepita nel contratto individuale di lavoro quando quest'ultimo richiami, per quanto non previsto espressamente, la fonte collettiva, anche se una delle parti non è affiliata alle associazioni sindacali che hanno stipulato il contratto collettivo.

In caso di mancata costituzione del collegio arbitrale nella procedura avviata da un dirigente

commerciale licenziato, a causa del rifiuto del datore di lavoro e dell'associazione datoriale motivato dalla mancata affiliazione del primo alla seconda, il dirigente ha azione per ottenere l'accertamento dello specifico obbligo che promana dalla clausola compromissoria con conseguente nomina autoritativa dell'arbitro ex art. 810 c.p.c..

Poiché la clausola compromissoria, al pari delle altre dichiarazioni negoziali rientranti nell'autonomia contrattuale, è per i contraenti fonte di obblighi e diritti, in relazione alla scelta dell'organo di giustizia privato, l'inerzia o rifiuto di una delle parti ad accedere all'organo privato contrattualmente previsto, non comporta limiti all'azione che l'altra parte può instaurare davanti al giudice ordinario per l'accertamento dello specifico obbligo previsto dal compromesso o dalla clausola compromissoria, derivandone la possibilità di costituzione del collegio a norma degli art. 810, 811 c.p.c. **oltreché la facoltà del ricorso a mezzi risolutori della clausola ed all'azione per il risarcimento dei danni.**