Civile Sent. Sez. 2 Num. 23550 Anno 2017
Presidente: MATERA LINA
Relatore: FEDERICO GUIDO
Data pubblicazione: 09/10/2017

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

SENTENZA

sul ricorso 24342-2012 proposto da:

MORREALE VINCENZO MRRVCN48D03A944R, elettivamente domiciliato in ROMA, VIALE ANGELICO 101, presso lo studio dell'avvocato FRANCESCO BAURO, rappresentato e difeso dall'avvocato FRANCESCO RUSSO;

- ricorrente -

contro

2017

1663

FIORE SRL, in persona del legale rappresentante pro tempore elettivamente domiciliato in ROMA, VIA GREGORIO VII 466, presso lo studio dell'avvocato GIUSEPPE SALVATORE COSSA, che lo rappresenta e difende unitamente all'avvocato GIUSEPPE CAMPEIS;

- controricorrenti -

nonchè contro

IOP MARIO;

- intimato -

avverso la sentenza n. 468/2011 della CORTE D'APPELLO di TRIESTE, depositata il 17/08/2011;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 08/06/2017 dal Consigliere Dott. GUIDO FEDERICO;

udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. ALESSANDRO PEPE che ha concluso per l'accoglimento dei motivi 5-6, assorbenti, e di tutto il ricorso;

udito l'Avvocato RUSSO Francesco, difensore del ricorrente che ha chiesto l'accoglimento del ricorso;

udito l'Avvocato CAMPEIS Giuseppe, difensore del resistente che ha chiesto il rigetto del ricorso.

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

Esposizione del fatto

La Corte d'appello di Trieste, con la sentenza n.468/11 pubblicata il 17 agosto 2011, ha confermato la decisione del Tribunale di Udine che aveva dichiarato improponibile la domanda proposta da Vincenzo Morreale per la restituzione della somma corrisposta a titolo di mutuo alla Fiore srl, pari a 358.992,53 euro, oltre ad interessi legali.

La Corte territoriale, accertato che il Morreale era socio al momento del finanziamento prestato alla società, confermando la sentenza di primo grado, ha affermato l'applicabilità alla controversia in esame dell'art. 24 dello statuto sociale, che riservava ad un collegio di arbitri (amichevoli compositori) la decisione sulle controversie tra la società ed i soci, ed ha respinto le eccezioni di nullità della suddetta clausola compromissoria sollevate dal Morreale.

Il giudice di appello ha anzitutto disatteso la nullità della clausola con riferimento alla mancata specifica approvazione della stessa per iscritto, sul rilievo che il contratto di adesione alla società già esistente era stato stipulato mediante atto pubblico ed in occasione della stipula al Morreale era stata data lettura dello statuto della società, che egli aveva approvato espressamente nella sua integralità.

La Corte territoriale ha inoltre affermato la validità della clausola, anche alla luce del divieto disposto dell'art. 34 d.lgs. n.5/2003, in forza di due argomenti:

- il fatto che l'art. 34 del citato decreto non era vigente all'epoca dell'instaurazione del giudizio (ottobre 2003), dovendo escludersi un'efficacia retroattiva della disposizione suddetta;

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

- la validità delle clausole c.d. "binarie", contenute negli statuti anteriori al d.lgs. n.5/2003 (non modificati nel termine del 30.9.2004) anche riguardo a procedimenti azionati dopo l'1-1-2004, in quanto l'arbitrato irrituale continua ad esistere nel diritto comune ed il legislatore non ha inteso vietarlo con l'art. 34 d.lgs. 5/2003 per le vertenze societarie, dovendo ritenersi che detta norma sia limitata a regolare le modalità di nomina del collegio arbitrale rituale.

Ha pertanto concluso che la nullità prevista dall'art. 34 comma 2 per le clausole compromissorie le quali non conferiscano il potere di nomina di tutti gli arbitri a soggetto estraneo alla società, riguarda unicamente le clausole che prevedono l'arbitrato rituale, ma non anche quello irrituale, con il quale le parti stabiliscono che la controversia sia definita dagli arbitri mediante determinazione contrattuale (art. 808 ter comma 1 cpc).

Da ciò la validità della clausola in esame, attesa la natura irrituale dell'arbitrato, tra l'altro non contestata dall'appellante.

Per la cassazione di detta sentenza, ha proposto ricorso Vincenzo Morreale , con sei motivi.

La Fiore srl si è difesa con controricorso.

In prossimità dell'odierna udienza entrambe le parti hanno depositato memorie ex art. 378 cpc.

Considerato in diritto

Con il *primo motivo* il ricorrente denuncia l'insufficiente e contraddittoria motivazione sulla qualità di socio della Fiore srl in capo al Morreale, anche con riferimento all'introduzione del presente giudizio. ex art. 360 n.5) cpc.

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

Con il *secondo motivo* il ricorrente denuncia la violazione e falsa applicazione dell'art. 1373 c.c. , 1334 e 1335 c.c., in relazione all'artt. 360 n.3) cpc, deducendo che il proprio recesso dalla società si era perfezionato nel termine stabilito, onde al momento dell'introduzione del giudizio egli non era più socio della stessa.

Il *terzo motivo* denuncia la violazione e falsa applicazione dell'art. 345 cpc, in relazione all'art. 360 n.4) cpc, censurando la statuizione della sentenza impugnata, che aveva affermato l'inammissibilità dell'eccezione di nullità della clausola compromissoria, per indeterminatezza della stessa, in quanto sollevata soltanto in appello.

Il *quarto motivo* denuncia la violazione degli artt. 1337, 1341 comma 2, 1346, 1362, 1370 , 1418 c.c. in relazione all'art. 360 n.3) cpc, censurando la statuizione della sentenza impugnata che ha affermato, nel merito, l'infondatezza dell'eccezione di nullità.

Il *quinto motivo* denuncia la violazione dell'art. 808 comma 3 cpc, nonché dell'art. 116 in relazione all'arr. 360 n.3) cpc, censurando la statuizione che ha disatteso l'eccezione di nullità della clausola compromissoria per mancata espressa sottoscrizione della stessa.

Il *sesto motivo* denuncia la violazione dell'art. 1418 e dell'art. 11 Prel., nonché dell'art. 34 D.lgs. n.5/2003, in relazione all'art. 360 n.3) cpc.

Il sesto motivo, da esaminare per primo, per ragioni di priorità logico-giuridica è fondato.

La clausola compromissoria contenuta nello statuto della Fiore srl, (art. 24) secondo cui "il collegio arbitrale sarà composto da tre arbitri, nominati, uno da ciascuna delle parti in causa ed il terzo dai due arbitri

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

nominati per primi" è nulla in quanto non conforme alla previsione dell'art. 34 d.lgs. n.5/2003.

La Corte d'appello ha respinto l'eccezione di nullità della clausola, suddetta sulla base di due argomenti:

- ha aderito alla tesi del c.d. "doppio binario", secondo cui l'arbitrato irrituale continua ad esistere nel diritto comune ed il legislatore non ha inteso vietarlo con l'art. 34 d.lgs. 5/2003;
- ha affermato l'irretroattività della disposizione dell'art. 34 d.lgs. 5/2003, rilevando che essa non era vigente né al momento dell'instaurazione del giudizio (ottobre 2003), né quando fu sollevata l'eccezione (24 novembre 2003): la norma transitoria contenuta nell'art. 41 d.lgs. n.5/2003 faceva dunque salva l'applicabilità delle disposizioni anteriormente vigenti ai giudizi pendenti alla data di entrata in vigore del medesimo decreto.

  Con riferimento alla tesi del c.d. doppio binario si osserva che essa è in contrasto con il più recente, ma consolidato, orientamento di questa Corte, cui questo collegio ritiene di aderire, secondo cui la clausola compromissoria contenuta nello statuto societario, la quale 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, ed è affetta, sin dalla data di entrata in vigore del citato d.lgs. 5 del 2003 da nullità sopravvenuta rilevabile d'ufficio (Cass. 17.2.2014 n.3665; 28.7.2015 n. 15841).

  Questa Corte ha infatti affermato che non può accettarsi la tesi del c.d. "doppio binario", secondo cui l'arbitrato previsto dalle predette clausole si convertirebbe da arbitrato endosocietario in arbitrato di

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

diritto comune, dal momento che la nullità comminata dall'art. 34 è volta a garantire il principio di ordine pubblico dell'imparzialità della decisione (Cass. 21422/16; 15841/2015; 17287/2012).

Del pari infondata la dedotta irretroattività del divieto posto dall'art. 34 d.lgs. 5/03.

E' infatti vero che l'art. 41 d.lgs. n.5/2003 rende inapplicabile la nuova normativa processuale "ai giudizi pendenti", ma nella specie, trattandosi, pacificamente, di clausola di *arbitrato irrituale*, non si tratta di tale ipotesi, bensí del compimento di un'attività *negoziale* che, dal momento dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 5/03, risulta inficiata da nullità, per contrarietà ad una norma imperativa sopravvenuta.

Come questa Corte ha già affermato, dunque, la norma dell'art. 41 d.lgs. n.5./2003 , seppure formulata con riferimento ai "giudizi pendenti", è intesa a far 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 costituisce negozio e non già atto processuale.(Cass. 15841/15; 3665/2014).

Trova invece applicazione nel caso di specie il principio, più volte espresso da questa Corte, secondo il quale, qualora nel corso di esecuzione di un rapporto sopravvenga una norma che sancisce 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

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

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, 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 invero 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, non potendo operarsi la sostituzione della stessa, divenuta contraria a norma imperativa sopravvenuta.

Va dunque richiamato il principio della rilevabilità dello "*ius superveniens*" e della sua applicabilità nei giudizi in corso, con l'unica preclusione derivante dalla formazione del "giudicato interno" in relazione alle questioni su cui avrebbe dovuto incidere la normativa sopravvenuta (Cass.6101/2014).

Tale conclusione non contrasta con la disposizione transitoria, contenuta nell'art. 223-bis disp. att. c.c., in forza della quale le società di capitali avrebbero dovuto uniformare l'atto costitutivo e lo statuto alle nuove disposizioni inderogabili entro il 30 settembre 2004.

Conviene premettere che la questione dell'adeguamento statutario della Fiore srl con riferimento alla clausola arbitrale per cui è causa entro il 30 settembre 2004 non è stata ritualmente dedotta, né detto adeguamento entro tale termine risulta documentato nei precedenti

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

gradi di giudizio: da ciò la novità della questione, che non può dunque essere esaminata nel presente giudizio.

In ogni caso, la previsione dell'ulteriore termine (del 30 settembre 2004) per l'adeguamento dello statuto, non appare idoneo ad attribuire ultrattività, oltre tale data, alle clausole contrarie al disposto dell'art. 34, comma 2, d. lgs. n. 5, cit. ed ai loro effetti, e dunque agli eventuali procedimenti per arbitrato irrituale instaurati in forza di esse (a differenza dei giudizi per arbitrato rituale pendenti, aventi natura processuale, in forza del disposto dell'art. 41 d.lgs.5/03).

Considerata la già rilevata natura contrattuale della clausola per arbitrato irrituale contenuta nello statuto della Fiore srl, la sopravvenuta nullità della stessa, per contrarietà con norma imperativa, a far data dal 1 gennaio 2004, non può che comportare, da tale data, la cognizione dell'autorità giudiziaria ordinaria, la quale, ove pure adita, come nel caso di specie, in data anteriore all'entrata in vigore di detta norma imperativa, non può declinare la propria cognizione, essendo venuta meno la possibilità di devoluzione della controversia ad arbitri, in conseguenza della sopravvenuta inefficacia della clausola che tale devoluzione prevedeva.

Il venir meno di tale clausola, infatti, se travolge l'eventuale attività che in essa trovi fondamento, come il lodo per arbitrato irrituale pronunciato dopo il 1 gennaio 2004, ancorchè instaurato anteriormente (Cass.15841/2015), a maggior ragione impedisce, dopo tale data, la stessa instaurazione del procedimento arbitrale, su detta clausola fondato.

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

A tali principi non risulta essersi conformata la Corte territoriale, la quale ha omesso di rilevare la nullità, o comunque inefficacia, della clausola arbitrale, opposta dall'attore a seguito dell'eccezione di incompetenza sollevata dal convenuto, ancorchè detta nullità fosse sopravvenuta, per essere il d.lgs. n. 5/03 entrato in vigore dopo l'instaurazione del presente giudizio.

Dall'accoglimento del presente motivo deriva l'assorbimento dei primi cinque motivi.

In conclusione, la sentenza va cassata in relazione al motivo accolto e la causa va rinviata alla Corte d'Appello di Trieste, in diversa composizione, perché, ferma la sopravvenuta inefficacia della clausola contenuta nell'art. 24 dello Statuto della Fiore srl, esamini la domanda proposta da Morreale Vincenzo nei confronti della Fiore srl.

P.Q.M.

La Corte, accoglie il sesto motivo del ricorso, assorbiti gli altri.

Cassa la sentenza impugnata in relazione al motivo accolto e rinvia, anche per la liquidazione delle spese di legittimità,` alla Corte d'Appello di Trieste, in diversa composizione.

Cosí deciso in Roma l'8 giugno 2017

Corte di Cassazione - copia non ufficiale