

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONE SECONDA CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. MATERA Lina - Presidente

Dott. D'ASCOLA Pasquale - Consigliere

Dott. FEDERICO Guido - rel. Consigliere

Dott. PICARONI Elisa - Consigliere

Dott. BESSO MARCHEIS Chiara - Consigliere

ha pronunciato la seguente:

SENTENZA

sul ricorso 24342-2012 proposto da:

(OMISSIS), (OMISSIS), elettivamente domiciliato in (OMISSIS), presso lo studio dell'avvocato (OMISSIS), rappresentato e difeso dall'avvocato (OMISSIS);

- ricorrente -

contro

(OMISSIS) SRL, in persona del legale rappresentante pro tempore elettivamente domiciliato in (OMISSIS), presso lo studio dell'avvocato (OMISSIS), che lo rappresenta e difende unitamente all'avvocato (OMISSIS);

- controricorrenti -

nonche' contro

(OMISSIS);

- 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. FEDERICO GUIDO;

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

udito l'Avvocato (OMISSIS), difensore del ricorrente che ha chiesto l'accoglimento del ricorso;

udito l'Avvocato (OMISSIS), difensore del resistente che ha chiesto il rigetto del ricorso.

## 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 (OMISSIS) per la restituzione della somma corrisposta a titolo di mutuo alla (OMISSIS) srl, pari a 358.992,53 Euro, oltre ad interessi legali.

La Corte territoriale, accertato che il (OMISSIS) era socio al momento del finanziamento prestato alla società, confermando la sentenza di primo grado, ha affermato l'applicabilità alla controversia in esame dell'articolo 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 (OMISSIS).

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 (OMISSIS) 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 del Decreto Legislativo n. 5 del 2003, articolo 34, in forza di due argomenti:

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

- la validità delle clausole c.d. - binarie -, contenute negli statuti anteriori al Decreto Legislativo n. 5 del 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 il Decreto Legislativo 5 del 2003, articolo 34, 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'articolo 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 (articolo 808 ter, comma 1). 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 (OMISSIS), con sei motivi.

La (OMISSIS) srl si è difesa con controricorso.

In proximita' dell'odierna udienza entrambe le parti hanno depositato memorie ex articolo 378 c.p.c..

## CONSIDERATO IN DIRITTO

Con il primo motivo il ricorrente denuncia l'insufficiente e contraddittoria motivazione sulla qualita' di socio della (OMISSIS) srl in capo al (OMISSIS), anche con riferimento all'introduzione del presente giudizio. ex articolo 360 c.p.c., n. 5).

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

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

Il quarto motivo denuncia la violazione dell'articolo 1337 c.c., articolo 1341 c.c., comma 2, articoli 1346, 1362, 1370 e 1418 c.c., in relazione all'articolo 360 c.p.c., n. 3), censurando la statuizione della sentenza impugnata che ha affermato, nel merito, l'infondatezza dell'eccezione di nullita'.

Il quinto motivo denuncia la violazione dell'articolo 808 c.p.c., comma 3, nonche' dell'articolo 116 in relazione all'articolo 360 c.p.c., n. 3), censurando la statuizione che ha disatteso l'eccezione di nullita' della clausola compromissoria per mancata espressa sottoscrizione della stessa.

Il sesto motivo denuncia la violazione dell'articolo 1418 e dell'articolo 11 Prel., nonche' del Decreto Legislativo n. 5 del 2003, articolo 34, in relazione all'articolo 360 c.p.c., n. 3).

Il sesto motivo, da esaminare per primo, per ragioni di priorita' logico - giuridica e' fondato.

La clausola compromissoria contenuta nello statuto della (OMISSIS) srl, (articolo 24) secondo cui collegio arbitrale sara' composto da tre arbitri, nominati, uno da ciascuna delle parti in causa ed il terzo dai due arbitri nominati per primi- e' nulla in quanto non conforme alla previsione del Decreto Legislativo n. 5 del 2003, articolo 34.

La Corte d'appello ha respinto l'eccezione di nullita' 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 il Decreto Legislativo n. 5 del 2003, articolo 34;
- ha affermato l'irretroattivita' della disposizione del Decreto Legislativo n. 5 del 2003, articolo 34, rilevando che essa non era vigente ne' al momento dell'instaurazione del giudizio (ottobre 2003). ne' quando fu sollevata l'eccezione (24 novembre 2003): la norma transitoria contenuta nel Decreto Legislativo n. 5 del 2003, articolo 41, faceva dunque salva l'applicabilita' 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 e' in contrasto con il piu' 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 societa' e' nulla anche ove si tratti di arbitrato irrituale, ed e' affetta, sin dalla data di entrata in vigore del citato Decreto Legislativo n. 5 del 2003 da nullita' sopravvenuta rilevabile d'ufficio (Cass. 17.2.2014, n. 3665; 28.7.2015 n. 15841).

Questa Corte ha infatti affermato che non puo' accettarsi la tesi del c.d. - doppio binario, secondo cui l'arbitrato previsto dalle predette clausole si convertirebbe da arbitrato endosocietario in arbitrato di diritto comune, dal momento che la nullita' comminata dall'articolo 34 e' volta a garantire il principio di ordine pubblico dell'imparzialita' della decisione (Cass. 21422/16; 15841/2015; 17287/2012).

Del pari infondata la dedotta irretroattivita' del divieto posto dal Decreto Legislativo n. 5 del 2003, articolo 34.

E' infatti vero che Decreto Legislativo n. 5 del 2003, articolo 41, 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, bensì del compimento di un'attivita' negoziale che, dal momento dell'entrata in vigore del Decreto Legislativo n. 5 del 2003, risulta inficiata da nullita', per contrarieta' ad una norma imperativa sopravvenuta.

Come questa Corte ha gia' affermato. dunque, la norma del Decreto Legislativo n. 5 del 2003, articolo 41, seppure formulata con riferimento ai -giudizi pendenti", e' intesa a far salvi gli eventuali giudizi arbitrali, in corso alla data di entrata in vigore della normativa, ma non gia' gli effetti della clausola arbitrale preesistente, che costituisce negozio e non gia' atto processuale.(Cass. 15841/15; 3665/2014).

Trova invece applicazione nel caso di specie il principio, piu' volte espresso da questa Corte, secondo il quale, qualora nel corso di esecuzione di un rapporto sopravvenga una norma che sancisce la nullita' del contratto o di una clausola dello stesso, la sanzione di nullita' 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'articolo 10 ha modificato l'articolo 1938 c.c., prevedendo per la fideiussione per obbligazione futura la fissazione dell'importo massimo garantito, la giurisprudenza si e' espressa nel senso che la sopravvenienza della L. n. 154 del 1992, se non tocca la validita' e l'efficacia della fideiussione fino al momento dell'entrata in vigore del citato articolo 10, determina, per il periodo successivo, la nullita' 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 nullita' 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 piu' operante, non potendo operarsi la sostituzione della stessa, divenuta contraria a norma imperativa sopravvenuta.

Va dunque richiamato il principio della rilevanza dello "ius superveniens" e della sua applicabilita' 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'articolo 223 - bis disp. att. c.c., in forza della quale le società di capitali avrebbero dovuto uniformare il proprio statuto alle nuove disposizioni inderogabili entro il 30 settembre 2004.

Conviene premettere che la questione dell'adeguamento statutario della (OMISSIS) 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 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 del Decreto Legislativo n. 5, cit. articolo 34, comma 2, 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 del Decreto Legislativo n. 5 del 2003, articolo 41).

Considerata la già rilevata natura contrattuale della clausola per arbitrato irrituale contenuta nello statuto della (OMISSIS) 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, ancorché instaurato anteriormente (Cass. 15841/2015), a maggior ragione impedisce, dopo tale data, la stessa instaurazione del procedimento arbitrale, su detta clausola fondato.

A tali principi non risulta essersi conformata la Corte territoriale, la quale ha ommesso di rilevare la nullità, o comunque inefficacia, della clausola arbitrale, opposta dall'attore a seguito dell'eccezione di incompetenza sollevata dal convenuto, ancorché detta nullità fosse sopravvenuta, per essere il Decreto Legislativo n. 5 del 2003 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'articolo 24 dello Statuto della (OMISSIS) srl, esamini la domanda proposta da (OMISSIS) nei confronti della (OMISSIS) 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.