Civile Ord. Sez. 6 Num. 22764 Anno 2022
Presidente: DI MARZIO MAURO
Relatore: FALABELLA MASSIMO
Data pubblicazione: 20/07/2022

Arbitrato in Italia
Corte di Cassazione - copia non ufficiale

ORDINANZA

sul ricorso iscritto al nr. 23248-2021 proposto da:

GIUFFRIDA CONCETTA, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA GERMANICO 12 SC. A-4, presso lo studio dell'avvocato FRANCO DI LORENZO, rappresentata e difesa dall'avvocato NUNZIO MANCIAGLI;

- ricorrente -

contro

MESSINA FILIPPO, MESSINA GIOVANNI, RAPISARDA GIOVANNI, CARAMMA ALFIO, CONTI ANTONINO, domiciliati in ROMA, PIAZZA CAVOUR presso la CANCELLERIA della CORTE di CASSAZIONE, rappresentati e difesi dall'avvocato PULVIRENTI

MARCO;

-controricorrenti -

per regolamento di competenza avverso la sentenza n. 3336/2021 del TRIBUNALE di CATANIA, depositata il 22/07/2021;

udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio non partecipata del 13/04/2022 dal Consigliere Relatore Dott. MASSIMO FALABELLA;

lette le conclusioni scritte del PUBBLICO MINISTERO in persona del SOSTITUTO PROCURATORE GENERALE DOTT. GIUSEPPE LOCATELLI che chiede il rigetto del ricorso.

FATTI DI CAUSA

1. — Filippo Messina, Alfio Caramma, Giovanni Rapisarda, Giovanni Messina e Antonino Conti hanno convenuto in giudizio, innanzi al Tribunale di Catania, Concetta Giuffrida deducendo: di essere soci della società Tropical Piante di Valenti Mario e c. s.n.c., della quale facevano parte anche Agata Nicolosi Concetta Giuffrida; che la società aveva approvato preventivi di spesa, deliberando l'affidamento dei lavori relativi al ripristino di un muro di confine del terreno di proprietà della società stessa; che Tropical Piante aveva preso atto che i soci Giuffrida e Nicolosi non volevano effettuare alcun versamento per l'esecuzione dei lavori in questione; che era stato approvato il rendiconto concernente le opere da realizzare e il riparto di spesa; che la quota di spesa relativa a Giuffrida e Nicolosi era pari a euro 21.942,00; che in seguito era stata deliberata dagli attori l'esclusione di Concetta Giuffrida dalla società per grave inadempimento degli obblighi sociali. Filippo Messina, Alfio Caramma, Giovanni Rapisarda, Giovanni Messina e Antonino Conti

Arbitrato in Italia
Corte di Cassazione - copia non ufficiale

hanno pertanto domandato l'accertamento del loro diritto di regresso, quali soci, o in subordine quali comunisti, nei confronti della detta Giuffrida, avendo riguardo all'avvenuta corresponsione, da parte loro, della quota di spettanza della convenuta, e, in subordine, la condanna di quest'ultima al pagamento della somma di euro 21.942,00, oltre interessi, a titolo di arricchimento senza causa.

Concetta Giuffrida si è costituita in giudizio deducendo, tra l'altro, che l'atto costitutivo della società conteneva una clausola compromissoria.

Parte attrice ha aderito a tale indicazione.

Il Tribunale di Catania ha quindi rilevato che l'adesione all'eccezione di incompetenza da parte degli attori determinava l'esclusione di ogni potere del giudice di decidere sulla competenza, dovendo trovare applicazione, al riguardo, l'art. 38, comma 2, c.p.c..

2. — Avverso tale pronuncia hanno proposto ricorso per regolamento di competenza Concetta Giuffrida. Resistono con memoria difensiva Filippo Messina, Alfio Caramma, Giovanni Rapisarda e Antonino Conti. Il pubblico ministero ha concluso per il rigetto del ricorso. In prossimità dell'adunanza sono state depositate memorie.

RAGIONI DELLA DECISIONE

1. — Col primo motivo si denuncia la violazione dell'art. 34 d.lgs. n. 5 del 2003, oltre che la nullità della clausola che conferisca il potere di nomina degli arbitri agli stessi soci della società e non preveda le modalità di nomina degli arbitri. Richiamando la norma sopra indicata, la ricorrente osserva come la clausola compromissoria, contenuta nello statuto di una società di persone, che prevede la nomina di un arbitro unico ad opera

Arbitrato in Italia

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

dei soci sia affetta, fin dalla data di entrata in vigore del d.lgs. n. 5 del 2003, da una nullità sopravvenuta rilevabile d'ufficio: con la conseguenza che la clausola non può produrre effetti, sicché la controversia deve essere introdotta innanzi al giudice ordinario.

Col secondo mezzo sono opposte la violazione e falsa applicazione dell'art. 2909 c.c.. Deduce l'istante che la questione relativa alla nullità della clausola compromissoria, contenuta nell'art. 10 del contratto del 4 aprile 1991 risulterebbe coperta dal giudicato, in quanto dichiarata con sentenza del Tribunale di Catania n. 4762 del 2017.

Il terzo motivo censura la sentenza impugnata per violazione dell'art. 38, comma 2, c.p.c. e per l'omesso esame di una questione giuridica. Vi si sostiene che l'istante non avrebbe formulato un'eccezione di incompetenza del giudice ordinario in favore degli arbitri, essendosi limitata a riportare quanto deciso con la nominata sentenza del Tribunale di Catania del 2017. Si aggiunge che il cit. art. 38, comma 2, contempla, nell'ultima parte, un'ipotesi di negozio processuale e che l'odierna ricorrente non aveva formulato un'eccezione di incompetenza, essendosi limitata a rappresentare quanto era stato deciso con la sentenza n. 4762 del 2017 del Tribunale di Catania.

2. — Il ricorso per regolamento è fondato.

2.1. — Occorre premettere che il Tribunale di Catania non ha reso un provvedimento decisorio sulla competenza: sul presupposto che la competenza arbitrale fosse assimilabile a quella per territorio semplice «non essendo rilevabile d'ufficio ma proponibile dalla parte convenuta, anche in ragione della disciplina di cui all'art. 819 *ter* c.p.c.», il detto Tribunale si è limitato a prendere atto dell'adesione di parte attrice

Arbitrato in Italia
Corte di Cassazione - copia non ufficiale

all'eccezione di incompetenza del giudice ordinario proposta dall'odierna ricorrente (eccezione che in questa sede, come si è visto, l'odierna istante contesta di aver sollevato), ha ordinato la cancellazione della causa dal ruolo e ha assegnato il termine per la riassunzione del giudizio innanzi all'arbitro.

2.2. — Per giurisprudenza risalente di questa Corte, a seguito dell'adesione dell'attore all'eccezione di incompetenza per territorio sollevata dal convenuto, il giudice adito deve limitarsi a disporre con ordinanza la cancellazione della causa dal ruolo, senza emettere alcun provvedimento decisorio, nemmeno in ordine alle spese, il cui regolamento spetta al giudice presso il quale la causa deve essere trasferita (Cass. 18 luglio 1975, n. 2848); l'esclusione, in presenza di un siffatto accordo sulla competenza, del potere del giudice di decidere sulla competenza trova conferma in arresti più recenti della stessa S.C., massimati sul punto (Cass. 8 novembre 2013, n. 25180; Cass. 20 marzo 2006, n. 6106).

2.3. — Se la fattispecie di cui all'art. 38, comma 3, c.p.c. non ha contenuto decisorio deve escludersi che l'atto con cui il giudice opera il riconoscimento dell'accordo sulla competenza tra le parti costituite e dispone la cancellazione della causa dal ruolo sia impugnabile con regolamento di competenza: e ciò per l'ovvia ragione che il detto mezzo di impugnazione, nella forma del regolamento necessario, come in quella del regolamento facoltativo, presuppone (artt. 42 e 43 c.p.c.) un provvedimento — di natura chiaramente decisoria — che pronuncia sulla competenza.

Ciò non chiude però il discorso.

Arbitrato in Italia

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

Deve infatti ritenersi, in conformità della giurisprudenza di questa Corte, che ove sia prestata adesione a una eccezione di incompetenza diversa da quella presa in considerazione dall'art. 38, comma 2, c.p.c. — quella per territorio derogabile — l'atto con cui il giudice si spogli della controversia abbia natura decisoria (così Cass. 8 giugno 2016, n. 11764, secondo cui l'art. 38, comma 2, c.p.c. può trovare applicazione solo in tema di competenza per territorio derogabile, mentre, ove sia sollevata un'eccezione di incompetenza per materia, per valore o per territorio inderogabile, l'ordinanza che l'accoglie — e che potrebbe anche essere pronunciata d'ufficio — ha natura decisoria, indipendentemente dal fatto che la controparte vi abbia aderito; cfr. pure, con riferimento alla competenza per territorio inderogabile, Cass. 26 giugno 2019, n. 17187).

La natura decisoria dell'atto discende dal rilievo per cui esso, collocandosi al di fuori dello schema processuale relativo, è assimilabile a un provvedimento declinatorio della competenza.

Come tale, l'atto stesso deve ritenersi impugnabile col mezzo di gravame contemplato dall'ordinamento per reagire a una statuizione di quel contenuto: appunto il regolamento di competenza. La conclusione è coerente con l'esigenza di far salvo, in presenza dell'errore del giudice, il regime impugnatorio corrispondente all'effettiva natura dell'atto, consentendo così alla parte di non subire le conseguenze dell'errore in questione. E' in tale prospettiva di valorizzazione della reale natura del reso provvedimento che si spiegano, ad esempio, la giurisprudenza formatasi, in tema di appellabilità dell'ordinanza ex art. 188 disp. att. c.p.c., sulla declaratoria di definitiva inefficacia del decreto ingiuntivo, nel caso di tardiva notifica del medesimo (Cass. 24 novembre 2021, n. 36496),

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

Arbitrato in Italia

quella vertente sulla ricorribilità per cassazione dell'ordinanza ex art. 348 *ter* c.p.c. che non si limiti a dichiarare l'appello inammissibile perché non ha una ragionevole probabilità di essere accolto, ma compia anche uno scrutinio sul merito del gravame (Cass. 6 luglio 2015, n. 13923) e quella secondo cui l'ordinanza di convalida della licenza o dello sfratto ex art. 663 c.p.c., pur impugnabile, in linea di principio, soltanto con l'opposizione tardiva ex art. 668 c.p.c., è soggetta al normale rimedio dell'appello se emanata nel difetto dei presupposti prescritti dalla legge, costituiti dalla presenza del locatore all'udienza fissata in citazione e dalla mancanza di eccezioni o difese del conduttore ovvero dalla sua assenza, essendo, in tal caso, equiparabile, nella sostanza, ad una sentenza anche ai fini dell'impugnazione (Cass. 3 luglio 2014, n. 15230).

Occorre pertanto verificare se alla competenza arbitrale sia applicabile il meccanismo di cui all'art. 38, secondo comma, c.p.c., fondato sull'accordo processuale delle parti, di cui si è detto più volte: dall'esito di tale indagine discende l'ammissibilità, o l'inammissibilità, del rimedio esperito.

2.4. — Va rilevato, anzitutto, che l'art. 38, comma 2, c.p.c. contempla una ipotesi di *translatio iudicii*: infatti il radicamento della competenza in capo al giudice su cui è raggiunto l'accordo «*rimane ferma se la causa è riassunta entro tre mesi dalla cancellazione della stessa dal ruolo*».

Tale *translatio*, tuttavia, non è più incompatibile con la disciplina relativa alla competenza arbitrale: non lo è in quanto, come è noto, è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale del comma 2 dell'art. 819 *ter* c.p.c. nella parte in cui escludeva l'applicabilità, ai rapporti tra arbitrato e processo, di regole corrispondenti all'articolo 50 c.p.c., «*così determinando,*

Arbitrato in Italia

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

in caso di pronuncia del giudice ordinario di diniego della propria competenza a favore di quella dell'arbitro (o anche nell'ipotesi inversa), l'impossibilità di far salvi gli effetti sostanziali e processuali dell'originaria domanda proposta dall'attore davanti al giudice ordinario (oppure all'arbitro, nel caso opposto)» (Corte cost. sent. 19 luglio 2013, n. 223).

2.5. — Un elemento ostativo all'estensione applicativa della prescrizione dell'art. 38, comma 2, c.p.c. alla competenza arbitrale è piuttosto da rinvenire nella lettera della legge, la quale fa preciso riferimento alla competenza per territorio fuori dei casi previsti dall'art. 28 (norma che, come è risaputo, individua le fattispecie in cui la competenza per territorio è inderogabile).

Si è tuttavia sostenuto, e la tesi ha trovato un certo riscontro nella giurisprudenza di merito (ma constano anche decisioni di segno contrario), che la competenza arbitrale sia assimilabile a quella per territorio semplice e che tanto giustificherebbe l'accesso al modulo di cui all'art. 38, comma 2, anche per le cause in cui sia eccepita, appunto, la competenza degli arbitri. L'equiparazione è comunemente argomentata dall'art. 819 *ter*, comma 1, c.p.c.: il comma 1 di tale articolo dispone, infatti, che l'eccezione di incompetenza del giudice in ragione della convenzione di arbitrato deve essere proposta, a pena di decadenza, nella comparsa di risposta, aggiungendo, poi, che la mancata proposizione dell'eccezione esclude la competenza arbitrale, limitatamente alla controversia decisa in giudizio.

Tale regime processuale, per certo sovrapponibile a quello proprio della competenza per territorio derogabile, non vale però a supportare la conclusione cui si vorrebbe approdare. L'art. 38, comma 2, c.p.c. rimette

Arbitrato in Italia

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

infatti alla volontà delle parti la decisione circa il giudice che debba trattare e decidere la controversia, manifestando con ciò la piena indifferenza del legislatore in ordine alla circostanza che la causa si incardini presso il foro individuato dall'accordo delle parti. Tale indifferenza non connota, nella stessa misura, la materia arbitrale, dal momento che la scelta di far decidere la controversia agli arbitri, piuttosto che al giudice, incontra dei limiti. Per prenderne atto è sufficiente guardare all'arbitrabilità della lite, che costituisce oggetto di una questione suscettibile di essere fatta valere, in sede di impugnazione del lodo, nonostante la parte interessata abbia mancato di sollevare la relativa eccezione nella prima difesa successiva all'accettazione degli arbitri (art. 817, comma 1, c.p.c.); tale regolamentazione costituisce un'evidente deviazione dalla regola processuale, operante per la competenza per territorio semplice, dell'incontestabilità di quanto non sia stato tempestivamente eccepito e riflette, con ciò, un dato di innegabile rilievo, ai fini che qui interessano: quello per cui la competenza arbitrale non è lasciata nella piena disponibilità delle parti.

2.6. — Si spiega, così, come le due competenze non siano sovrapponibili: e tanto osta all'applicazione analogica dell'art. 38, comma 2, espressamente dettato per la competenza per territorio derogabile, alla competenza arbitrale.

Reputa del resto il Collegio che nemmeno si possa pervenire a una lettura della norma che porti a individuare nell'art. 38, comma 2, delle cause di esclusione diverse da quelle ivi indicate (i «*casi previsti dall'articolo 28*»), perché un tale percorso condurrebbe a una vera e propria manipolazione del dato normativo. Il risultato di questa operazione

Arbitrato in Italia

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

consisterebbe, in ultima analisi, non solo nell'estensione analogica della regola dell'art. 38, comma 2, alla competenza arbitrale, ma, altresì, nella creazione di nuove eccezioni estranee alla previsione della norma (che menziona i casi di cui all'art. 28, riferiti alla competenza per territorio, ed estranei alla competenza arbitrale).

In conclusione, deve negarsi che la norma di cui all'art. 38, comma 2. c.p.c., sulla adesione delle parti costituite all'indicazione del giudice competente per territorio, si estenda al caso in cui sia eccepita la competenza degli arbitri.

2.7. — Mette conto di aggiungere che la fattispecie fatta valere dall'odierna ricorrente (nullità della clausola arbitrale per violazione del disposto dell'art. 34, comma 2, d.lgs. n. 5/2003) integra proprio una delle ipotesi in cui la devoluzione della competenza agli arbitri deve ritenersi *in radice* esclusa. Si è in altri termini al cospetto di uno dei casi in cui le parti non hanno il potere di scegliere liberamente tra la definizione della causa avanti al giudice e avanti agli arbitri.

La clausola compromissoria che contempla 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, 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 (art. 34, comma 2, d.lgs. n. 5/2003). La norma obbedisce alla finalità, di interesse generale, di assicurare una posizione paritaria alle parti in sede di nomina dell'organo giudicante e, al contempo, l'imparzialità di quest'ultimo; tale imparzialità è garantita proprio dalla designazione di un soggetto che, per usare le

Arbitrato in Italia

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

parole di autorevole dottrina, risulta totalmente estraneo e soprattutto non coinvolto, neppure «ideologicamente» con gli interessi in conflitto.

2.8. — Conformemente a tale finalizzazione della prescrizione, la nullità in questione è rilevabile d'ufficio. Secondo la giurisprudenza di questa Corte, in particolare, la clausola compromissoria inserita nello statuto sociale che preveda la nomina degli arbitri ad opera dei soci è affetta, sin dalla data di entrata in vigore del d.lgs. n. 5 del 2003, da nullità sopravvenuta rilevabile d'ufficio, con la conseguenza che la clausola non produce effetti e la controversia può essere introdotta solo davanti al giudice ordinario (Cass. 31 luglio 2020, n. 16556; Cass. 9 ottobre 2017, n. 23485; Cass. 17 febbraio 2014, n. 3665). Il fondamento della nullità (rilevabile d'ufficio, come si detto) è poi individuato, sempre da questa Corte, nello scopo di garantire il principio di ordine pubblico dell'imparzialità della decisione (così, a proposito della non convertibilità della clausola in questione in clausola arbitrale di diritto comune: Cass. 12 ottobre 2018, n. 25610; Cass. 24 ottobre 2016, n. 21422; Cass. 10 ottobre 2012, n. 17287).

2.9. — Si chiarisce, quindi, come la nullità comminata dall'art. 34, comma 2, d.lgs. n. 5/2003 sia posta a presidio di un divieto imposto per soddisfare un interesse di grado superiore: interesse che guarda al principio della Carta fondamentale per cui ogni processo deve svolgersi davanti a un organo giudicante terzo e imparziale (art. 111, comma 2, Cost.). Tale connotazione della disciplina in esame lascia comprendere la ragione per cui, nell'ipotesi di clausola compromissoria che riservi il potere di nomina degli arbitri a soggetto non estraneo alla società, la competenza del giudice non possa essere derogata. E infatti, non entra

Arbitrato in Italia

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

qui semplicemente in gioco la nullità della clausola compromissoria. In sé considerata, la nullità della convenzione di arbitrato, la sua inesistenza e la sua inefficacia non implicano l'inderogabilità della competenza del giudice; lo si desume dall'art. 817, comma 2, c.p.c., il quale preclude alla parte che non abbia sollevato tempestivamente tali eccezioni avanti agli arbitri la possibilità di farle poi valere quali motivi di impugnazione del lodo. A spiegare incidenza è, piuttosto, il divieto posto dall'art. 34, comma 2, cit. — finalizzato a garantire il principio di ordine pubblico della imparzialità della decisione — di devolvere le controversie societarie ad arbitri designati da soggetti non estranei alla società. E' questo, evidentemente, un espresso divieto di legge, rientrante nella previsione generale dell'art. 806, comma 1, c.p.c., tale da precludere l'arbitrabilità della controversia: a precluderne l'arbitrabilità pur se la lite verta, come nella fattispecie, su diritti altrimenti disponibili. In presenza di un divieto che rende la causa non arbitrabile l'incompetenza degli arbitri è rilevabile d'ufficio (cfr. ex art. 817, comma, 2, ultimo inciso): sicché in questa ipotesi la competenza del giudice risulta essere, di riflesso, inderogabile. Resta escluso, dunque, che la deroga al divieto posto dal cit. art. 34, comma 2, si sottragga al controllo del giudice in sede di verifica della competenza.

2.10. — Va accolto, allora, il primo motivo.

L'accoglimento di tale mezzo determina l'assorbimento degli altri. E' solo il caso di aggiungere che quanto sostenuto col secondo motivo — l'essersi formato il giudicato esterno sulla nullità della clausola arbitrale — riflette deduzione carente di specificità, visto che nel ricorso non è riprodotta la statuizione che interessa né è allegato alcunché di circostanziato quanto alla mancata impugnazione della pronuncia in

Arbitrato in Italia

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

questione.

3. — Deve in conclusione dichiararsi la competenza del Tribunale di Catania, avanti al quale la causa andrà riassunta nel termine di legge.

4. — La regolazione delle spese della presente impugnazione è rimessa al Giudice del merito.

P.Q.M.

La Corte

dichiara la competenza del Tribunale di Catania, avanti al quale rimette le parti, anche per la statuizione sulle spese del giudizio di legittimità.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio della 6ª Sezione

Arbitrato in Italia

Corte di Cassazione - copia non ufficiale