

Corte di Cassazione, Sezione I^a Civile, n. 22008 dello 07/10/2015, edita il 28/10/2015 in *Giurisprudenza Italiana*, Marzo 2016, con nota Prof. Eugenio Dalmotto col. 663 - 667 e in *De Jure* periodico on line, Giuffrè Editore, link: <https://www.iusexplorer.it/Dejure/Sentenze/idDocMaster=4784182&idDataBanks=2&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&pagina=1&NavId=91684064&pid=19&IsCorr=False>

La clausola arbitrale nello statuto societario, l'arbitrato *ex bono et aequo* e la compromettibilità delle vicende societarie

Luigi Maria Cioffi*

Accanto all'arbitrato rituale disciplinato dagli articoli 806 e seguenti del c.p.c., nella vita economica nazionale ha trovato diffusa applicazione l'arbitrato irrituale (c.d. libero), che presenta una funzione affine, pur con specifiche peculiarità. Come rimedio parzialmente sostitutivo del rituale, esso si è imposto nella sfera dei commerci, finendo per superare le molteplici iniziali diffidenze da cui era circondato. Trattandosi di uno strumento più agile e svincolato da rigorose forme processuali, offre la possibilità alle parti di pervenire alla risoluzione delle controversie, evitando eccessive lungaggini nelle liti, nonché la pubblicità ed il dispendio propri dei giudizi civili. I contraenti, a tale scopo, possono utilizzare soltanto i poteri che l'ordinamento giuridico mette a disposizione dell'autonomia privata. Dunque, la fonte dell'efficacia dell'irrituale, che deriva unicamente dalla volontà delle parti, risulta nettamente diversa da quella dell'arbitrato rituale¹.

L'art. 1, comma 3, lett. b), della Legge n. 80/2005 aveva delegato il Governo a "*reformare in senso razionalizzatore la disciplina dell'arbitrato*", in attuazione del quale è stato dettato il D.lg. 2 febbraio 2006/40, che ha riscritto la disciplina dell'arbitrato modificandola in maniera sostanziale. La legge delega individuava "*la disponibilità dell'oggetto come unico e sufficiente presupposto dell'arbitrato, salva diversa disposizione di legge*" ed è proprio in attuazione di tale principio che è stata dettata la nuova formulazione dell'art. 806 c.p.c. Diversamente da quanto sancito nel sistema previgente, che esordiva con l'art. 806 rubricato "*Compromesso*", la disciplina del diritto arbitrale attuale si apre con una norma di carattere generale, che definisce l'ambito delle controversie per le quali è ammesso il ricorso all'arbitrato in deroga alla giurisdizione del giudice dello Stato; il carattere generale della disposizione, anche alla luce del principio di delega, permette di ritenere che le condizioni da essa poste valgano tanto per l'arbitrato rituale, quanto per l'irrituale, instaurato sia sulla base di un compromesso (art. 807 c.p.c.), sia di una clausola compromissoria (art. 808 c.p.c.), come sulla base di una convenzione arbitrale per controversie future relative a rapporti non contrattuali (art. 808 bis c.p.c.).

Il d.lg. n. 40/06 ha introdotto all'interno del codice una fattispecie espressamente dedicata all'arbitrato irrituale, esplicitando una volta di più la propria volontà ed ambizione di ridefinire i rapporti tra le due declinazioni dell'istituto arbitrale. Infatti, anche se in passato il legislatore aveva già dettato norme di diritto positivo rivolte all'arbitrato irrituale, tali interventi normativi erano

*Avvocato, professore a contratto di Storia del diritto medievale e moderno presso il Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università di Salerno.

¹ Enciclopedia del diritto – Giuffrè Editore, 1958 – Volume II: molto interessanti dal punto di vista storico e per l'indagine circa la natura giuridica dell'istituto sono le teorie dibattute tra cui quella del Bonfante sull'efficacia contrattuale dell'arbitrato libero, quella del Carnelutti e del Betti sulla limitazione della validità dell'arbitrato alla risoluzione di controversie economiche e le teorie contrattualistiche di Scialoja e Ascarelli.

circoscritti a specifiche materie², mentre l'art. 808 *ter* c.p.c. rubricato “*Arbitrato irrituale*” esplicita, in maniera generale, una precisa opzione ricostruttiva, avente ad oggetto la natura e l'efficacia del lodo irrituale ed, implicitamente, la sua distinzione dall'arbitrato rituale³. Nell'attuale panorama normativo, le norme di settore, tuttora vigenti, dedicate all'arbitrato irrituale e destinate a confrontarsi con il nuovo art. 808 *ter* c.p.c., sono contenute, in parte, per la materia lavoristica nell'art. 5, 1° comma, L. 533/1973 che stabilisce l'ambito entro cui è ammissibile l'arbitrato irrituale, nell'art. 7, 6° comma, L. n. 604/1966, concernente le controversie sui licenziamenti individuali e negli artt. 412-*ter* e 412-*quater* c.p.c., dedicato all'arbitrato irrituale previsto dai contratti collettivi. Il riferimento all'arbitrato irrituale per le controversie societarie è contenuto invece nell'art. 35, 5° comma, D. lg. n. 5/2003.

La Corte di Cassazione, sez. I Civile, con la sentenza n. 22008 del 28/10/2015⁴, ha confermato l'orientamento, ormai diffuso e consolidato, che considera nulla la clausola arbitrale inserita negli statuti societari, allorché, tale clausola non dimanda la nomina degli arbitri a soggetti estranei alla società, in virtù della prescrizione di cui al comma secondo dell'art. 34, D. Lgs. 17 gennaio 2003 n. 5. A lungo ci si è interrogati sulla possibilità di estendere tale statuizione anche all'ormai prevista e disciplinata forma negoziale dell'arbitrato irrituale. A tal proposito, i Giudici della Suprema Corte, nella suindicata sentenza, stravolgono completamente la delicata questione. Innanzitutto, richiamano alcuni precedenti ritenuti in contraddizione rispetto a pronunce remote, che ritenevano valida la clausola compromissoria per arbitrato irrituale contenuta nello statuto delle società di persone, non aderente al dettato del richiamato articolo 34 del D. Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5. Inoltre, gli ermellini danno vita ad un radicale mutamento dell'evoluzione giurisprudenziale (il cd. *overruling*), richiamando un'autorevole decisione delle Sezioni Unite (Corte di Cassazione, Sez. Un. Civ., 25 giugno 2002, n. 9289). La Cassazione ritiene di dover disattendere l'eccezione di nullità della clausola compromissoria inserita nello statuto societario, in quanto deve escludersi l'operatività della preclusione o della decadenza derivante dall'*overruling*⁵, verso la parte che abbia confidato, senza colpa, nella consolidata ed anteriore interpretazione della regola stessa. Tale diffuso orientamento - evidenzia la Corte - aveva creato l'apparenza di una regola conforme alla legge del tempo (Corte di Cassazione, Sez. Un. Civ., 11 luglio 2011, n. 15144). Le osservazioni sviluppate dagli ermellini confermano il più recente orientamento giurisprudenziale in materia di clausola compromissoria societaria, valevole sia per gli arbitrati rituali che irrituali: l'articolo 34 del D. Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, riproduce l'unica ipotesi legittima di clausola compromissoria, che può, quindi, essere inserita negli atti costitutivi delle società, ad eccezione di quelle che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio a norma dell'articolo 2325 *bis* c.c., restando escluso il ricorso in via alternativa od aggiuntiva, alla clausola compromissoria di diritto comune, di cui all'articolo 808 del codice di rito civile⁶.

L'originario intendimento degli arbitri quali “*compositori amichevoli*” *ex bono et aequo* è superato, tenuto conto che gli arbitri, pur traendo la propria legittimazione da una convenzione di arbitrato irrituale, in ogni caso, giudicano, qualora non sussista una scelta delle parti a decidere “secondo equità”, applicando norme di diritto, pur senza formalità particolari. Come nel caso dell'arbitrato

² Claudio Cecchella, *L'arbitrato nelle controversie di lavoro*, Milano 1990; Francesco Paolo Luiso, *Il nuovo processo societario*, Torino 2006

³ Le fonti del diritto italiano- Codice di procedura Civile – Tomo II – V Edizione, Giuffrè, Milano 2010

⁴ Stefania Serafini, Alessandro Miotto, *La necessità del regolamento di competenza per l'impugnazione della sentenza che declina la propria competenza in favore degli arbitri*, Società (Le), 2016, n. 3, IPSOA, p. 374; Eugenio Dalmotto, *Mezzi di impugnazione della declinatoria di competenza e clausola per arbitrato societario*, Giurisprudenza Italiana, 2016, n. 3, UTET, col. 663 - 667; Romilda Giuffrè, Vincenzo Carbone, *Società e clausola compromissoria*, Società (Le), 2016, n. 2, IPSOA, p. 234

⁵ Altalex 01.12.2015 con nota di Laura Biarella

⁶ Trattato società di persone, AA.VV., a cura di Filippo Preite, Carlo Alberto Busi, Utet Giuridica, 2015

rituale, anche l'arbitrato irrituale comporta una deroga all'esercizio del potere giurisdizionale da parte del G.O.⁷

L'art. 12 della L. n. 366 del 2001 ha consentito al Governo di disciplinare l'arbitrato delle società "commerciali", quindi sia le società di capitali che le società di persone, escludendo solo le società semplici e le cooperative; l'art. 34 D. Lgs. 5/2003 sembrerebbe far riferimento a tutte le società indistintamente (anche le semplici e le cooperative). Tale impostazione, che potrebbe comportare profili di incostituzionalità, deve lasciare il campo ad un'interpretazione restrittiva dei soggetti legittimati ad usufruire dell'arbitrato societario.

Prima dell'entrata in vigore dell'arbitrato societario, gli statuti contenevano la clausola compromissoria; con l'entrata in vigore dell'art. 34, comma 2, del D. Lgs. 5/2003 si è potuto precisare che *"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"* e si è dato vita a due differenti orientamenti dottrinali e giurisprudenziali. Da un lato si è sostenuto l'orientamento del cd. "doppio binario"⁸, cioè di coloro che sostengono la sopravvivenza delle clausole statutarie non allineate all'art. 34 D. Lgs. 5/2003, mentre, dall'altro, ha preso vigore l'orientamento degli autori, che ritengono le clausole compromissorie non aderenti al dettato della riforma affette da nullità⁹.

La Suprema Corte, negli ultimi anni, si è espressa a più riprese su tale argomento, ponendo termine ad una accesa disputa. Ha stabilito che, ai sensi dell'art. 34 D. Lgs. n. 5/2003, con riferimento agli atti costitutivi delle società, fatta eccezione per quelle che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio ex art. 2325 bis c.c., possano prevedere un'unica ipotesi di clausola compromissoria stipulabile nell'ambito di tali atti, escludendo la previsione sia di una clausola compromissoria ai sensi dell'art. 808 c.p.c. sia quest'ultima in alternativa alla clausola ex art. 34 D. Lgs. 5/2003. Laddove l'atto costitutivo contenga una clausola compromissoria che non rispetti la prescrizione in ordine alla nomina degli arbitri di cui all'art. 34 D. Lgs. 5/2003, la nullità della clausola comporterà che la controversia possa essere introdotta solo davanti al G.O.

Il tema d'indagine relativo all'arbitrabilità delle controversie societarie deve passare attraverso l'esame della distinzione tra diritti disponibili ed indisponibili. Inoltre con riguardo alle controversie potenzialmente insorgenti tra soci e società, occorre esaminare se gli interessi coinvolti riguardano i soci come singoli oppure si riferiscono alla società tutelata dalla legge in quanto tale: nella prima ipotesi la controversia è liberamente arbitrabile, sulla base del presupposto che ogni socio può disporre liberamente dei diritti oggetto della disputa, mentre nella seconda ipotesi, l'arbitrabilità è da escludere, a causa dell'indisponibilità del diritto coinvolto. L'interesse sociale deve essere inteso come la somma degli interessi individuali di tutti i soci, collegati tra loro da un elemento comune nascente dal vincolo sociale identificabile nell'unicità dello scopo, dal quale trae origine la stessa compagine sociale. Si tratta di un interesse collettivo, in quanto tale indisponibile per i singoli, poiché interesse riferito ad un gruppo unitariamente considerato che subisce una sorta di individualizzazione, tale da renderlo distinto da quello del singolo socio, inteso come persona fisica, al contrario disponibile esclusivamente per il suo titolare, la società¹⁰.

Alla luce dei suesposti principi, dunque, devono considerarsi "diritti indisponibili" – anche ai sensi dell'art. 34 D. Lgs. N. 5/2003 – quelli che tutelano in concreto gli interessi ultraindividuali, vale a dire gli interessi della società nel suo insieme, della collettività dei soci e dei terzi. Sostanzialmente

⁷ Guido Alpa, *L'arbitrato irrituale. Una lettura civilistica dell'art. 808-ter del codice di procedura civile*, in *Contr. e impr.*, 2011, 320; Emilio Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato Vassalli*, XV, 2, Torino, 1960; Paolo Biavati, *Arbitrato irrituale*, in *Arbitrato. Commentario*, diretto da Federico Carpi, Bologna, 2007;

⁸ Francesco Galgano, Riccardo Genghini, *Il nuovo diritto societario*, in *Tratt. Galgano*, Vol. XXIX, Padova, 2006; Aa. Vv., *Diritto dell'arbitrato*, a cura di Giovanni Verde, Torino, 2005; Giovanni Arieta, Francesco De Santis, *Diritto Processuale Societario*, Cedam, Padova 2004;

⁹ Francesco Paolo Luiso, *Appunti sull'arbitrato societario*, in *Riv. Dir. Proc.* 2003; Giovanni Gabrielli, *Clausole compromissorie e statuti sociali*, in *Riv. Dir. Civ.* 2004;

¹⁰ In tal senso Cass., Sez. Un., 21 febbraio 2000, n. 27; Cass. Sez. Un., 22 gennaio 2003, n. 928; Cass. 29 aprile 2004, n. 8204.

quella che va soddisfatta è l'esigenza di utilizzare l'arbitrato nei soli casi in cui siano in gioco interessi personali dei soci, pienamente disponibili, e non già situazioni giuridiche, in relazione alle quali la rilevanza degli interessi estranei alla posizione individuale del socio consenziente pregiudicherebbe sensibilmente quel rapporto fiduciario intercorrente tra singoli compromittenti ed arbitri, rapporto che costituisce il presupposto fondamentale per una regolare operatività del giudizio arbitrale.

I confini della compromettibilità per arbitri delle controversie societarie risultano, nonostante diversi precedenti giurisprudenziali, ancora incerti e, sovente, prestano il fianco ad interpretazioni contrastanti. La giurisprudenza di merito ha sostenuto che *“la questione relativa alla sussistenza della causa di scioglimento della società – che costituisce il presupposto per la nomina giudiziale del liquidatore – riguarda non già il personale interesse dei soci, di per sé disponibile, ma l'interesse generale al mantenimento in vita della società, in quanto tale indisponibile e, come tale, non è compromettibile e devolvibile al giudizio di arbitri”*¹¹.

La Suprema Corte, in ordine a tale aspetto processuale, ha statuito che *“le controversie in materia societaria possono formare oggetto di compromesso, con esclusione di quelle che hanno ad oggetto interessi della società o che concernono la violazione di norme poste a tutela dell'interesse collettivo dei soci o dei terzi; pertanto, non sono compromettibili e devolvibili al giudizio di arbitri le controversie riguardanti lo scioglimento della società; tale principio si applica anche in ipotesi di società di persone, la quale costituisce, sia sul piano sostanziale che processuale, un centro autonomo di rapporti intersoggettivi diversi e distinti da quelli facenti capo ai singoli soci”*¹².

Tale suindicata massima prende origine da una lunga *querelle* che ha visto contrapposti, dinanzi alla Corte salernitana (Tribunale in prima istanza e Corte d'appello in sede di gravame), interessi propri di una società in accomandita semplice; la domanda attorea era finalizzata ad ottenere una declaratoria di scioglimento della s.a.s., mentre le difese di alcuni dei convenuti si fondavano, in via pregiudiziale, sull'improponibilità della richiesta delle controparti, considerata la clausola compromissoria contemplata nello statuto. Il Giudice di prime cure, con sentenza non definitiva n. 1570/1993, tra l'altro, negava *“...l'operatività della clausola compromissoria inserita nello statuto sociale, anche perché la controversia relativa allo scioglimento della società non era suscettibile di deferimento ad arbitri...”*. Gli interessati proponevano appello avverso la decisione di primo grado e la Corte di Appello di Salerno, con sentenza n. 412/1998, in parziale accoglimento dell'appello incidentale proposto avverso il capo della sentenza impugnata, avente ad oggetto la domanda di accertamento dell'avvenuto scioglimento della società rigettava *“... la domanda...per come proposta...”*.

Avverso tale pronuncia gli interessati proponevano ricorso per cassazione. In particolare, i ricorrenti argomentavano la loro censura contestando la *ratio decidendi*, in base alla quale la Corte salernitana aveva confermato la reiezione dell'eccezione di incompetenza del giudice ordinario adito, in relazione alla domanda di accertamento della verificatasi causa di scioglimento della società, per essere la controversia sottratta a compromettibilità, in quanto involgente diritti non disponibili.

La Corte di Appello di Salerno, con la richiamata pronuncia, disattendeva, pur con differente interpretazione della volontà negoziale delle parti compromittenti, la statuizione del giudice di prime cure che, in considerazione del tenore letterale della clausola compromissoria, ne aveva ritenuto, sotto un primo profilo, circoscritta l'operatività alle controversie relative a conflitti insorti tra i soci, con esclusione di quelle relative a conflitti insorti tra uno o più soci e la società e, sotto diverso profilo, ne aveva limitato l'ambito di applicabilità alla *“fase di vita attiva”* della società e non anche alla *“fase di liquidazione”*. La Corte, in ogni caso, riconosceva – in relazione alla questione della compromettibilità in arbitri – la competenza del G. O. circa la controversia

¹¹ In tal senso, *ex plurimis*: Tribunale di Napoli 26 marzo 2003, Tribunale di Belluno 26 ottobre 2005; Tribunale di Reggio Emilia 05 febbraio 2008; Tribunale di Modena 12 maggio 2004; Tribunale di Milano 06 marzo 2003; Tribunale di Salerno 10 aprile 2007.

¹² Cassazione Civile, sez. I, 19 settembre 2000, n. 12412

riguardante lo scioglimento della società, non estrapolando il contenuto specifico della clausola, bensì applicando il principio generale dell'esclusione della compromettibilità delle controversie "nelle quali viene in gioco non già e non solo il personale interesse dei soci, di per sé disponibile, ma quello generale al mantenimento in vita della società per la rilevanza esterna che esso presenta".

La Suprema Corte, nel confermare la correttezza della *ratio decidendi* della Corte salernitana su tale punto, richiama il principio, consolidato in giurisprudenza ed in dottrina, dell'alterità unificata della società di persone rispetto alla sfera giuridica di ciascuno dei singoli soci, in virtù della quale, ferma restando l'assenza, nelle società di persone, di quella piena ipostatizzazione formale, che contraddistingue le società di capitali, con l'attribuzione a queste di personalità giuridica, la società viene a porsi come centro autonomo di rapporti intersoggettivi diversi e distinti da quelli facenti capo ai singoli soci e, quindi, di diritti e di obblighi, scaturenti dalla diretta riferibilità all'ente sociale dell'attività posta in essere dalle persone fisiche, agenti in nome dello stesso ente, in situazioni di immedesimazione organica: ne consegue la configurabilità di rapporti e anche di conflitti giuridici, non solo tra due o più società, ma anche tra la società e uno o più singoli soci.

Il carattere trascendente degli interessi della società, rispetto agli interessi particolari dei singoli soci, esponenziali agli interessi della collettività dei soci – primo tra questi l'interesse correlato alla realtà giuridica della permanente sussistenza o meno della società – e con esso il carattere di indisponibilità da parte dei singoli soci delle situazioni giuridiche in cui essi trovano realizzazione, si ravvisa non solo nei confronti della società personalizzata, ma anche nei confronti della società dotata di autonomia patrimoniale¹³.

Non può sottacersi, per concludere, che le cause di scioglimento sono riconducibili alla volontà dei soci e che essi possono rimuovere tali cause; pertanto, l'attribuzione ai soci, quale manifestazione di autonomia negoziale, del potere di rimuovere la causa di scioglimento, non assume rilevanza probante in senso contrario alla indisponibilità a cui è collegata l'esclusione della compromettibilità delle controversie inerenti allo scioglimento della società, poiché la possibilità di rimuovere la causa di scioglimento è devoluta all'unanimità dei soci e tale assunto dimostra il carattere generale dell'interesse ad essa sotteso¹⁴.

Il tema affrontato nella sentenza in commento attiene, pertanto, all'applicazione all'arbitrato irrituale, disciplinato dall'art. 808-ter c.p.c., del principio dettato nell'art. 34, comma 2, D. Lgs. N. 5/2003, secondo cui il soggetto deputato alla nomina degli arbitri chiamati a decidere circa una controversia societaria deve essere appunto un soggetto terzo, estraneo alla società il cui statuto contiene la clausola compromissoria.

Alla luce della sentenza in commento, il dettato dell'art. 34, D. Lgs. 5/2003, contempla l'unica ipotesi di clausola compromissoria suscettibile di essere introdotta negli statuti societari: in altri termini è esclusa la possibilità per le parti contendenti di beneficiare di un "doppio binario" e cioè di poter ricorrere, in via alternativa o aggiuntiva rispetto alla clausola compromissoria di cui all'art. 34, D. Lgs. 5/2003, a una clausola compromissoria di "diritto comune", quale quella disciplinata appunto nell'art. 808-ter c.p.c.

¹³ In dottrina: Ferruccio Auletta, *Dell'arbitrato*, in Aa. Vv., *La riforma della società*; Mauro Bove, *L'arbitrato nelle controversie societarie*; Federico Carpi, *Libertà e vincoli nella recente evoluzione dell'arbitrato*, Sergio Chiarloni, *Appunti sulle controversie deducibili in arbitrato societario e sulla natura del lodo*.

¹⁴ Mauro Bove, *L'arbitrato irrituale dopo la riforma*, in www.judicium.it; Federico Carpi, *Il procedimento nell'arbitrato irrituale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, 389; Francesco Galgano, *Giudizio e contratto nella giurisprudenza sull'arbitrato irrituale*, in *Contr. e impr.*, 1997, 885; Marino Marinelli, *La natura dell'arbitrato irrituale*, Torino, 2002; Edoardo Flavio Ricci, *Sul contraddittorio nell'arbitrato irrituale*, in *Rass. arbitrato*, 1987, 13; Bruno Nicola Sassani, *L'arbitrato a modalità irrituale*, in *Riv. arbitrato*, 2007, 25; Salvatore Satta, *Nota sull'arbitrato libero*, in *Rass. arbitrato*, 1974, 1; Ferruccio Tommaseo, *Arbitrato libero e forme processuali*, in *Riv. arbitrato*, 1991, 743; Mario Vasetti *Arbitrato irrituale*, in *Nss.D.I.*, I, Torino, 1957; Giovanni Verde, *Arbitrato irrituale*, in *Riv. arbitrato*, 2005, 665; Vincenzo Vigoriti, *L'autonomia della clausola compromissoria per arbitrato irrituale*, in *Riv. arbitrato*, 1996, 62.