

Civile Ord. Sez. 6 Num. 22748 Anno 2015

Presidente: RAGONESI VITTORIO

Relatore: MERCOLINO GUIDO

Data pubblicazione: 06/11/2015

ORDINANZA

sul ricorso proposto da

GIANNELLI ANNA MARIA ROSARIA e RUBINO ANNALISA, elettivamente domiciliata in Roma, alla via Nizza n. 53, presso l'avv. CARLA V. EFRATI, unitamente all'avv. VITO NARRACCI, dal quale sono rappresentate e difese in virtù di procura speciale a margine del ricorso

RICORRENTI

contro

RUBINO MICHELE MARIA, elettivamente domiciliato in Roma, alla via Sestio Calvino n. 72, presso l'avv. ALESSANDRO PORTOGHESE, unitamente all'avv. MICHELE TRENTADUE, dal quale è rappresentato e difeso in virtù di procura speciale a margine della memoria di costituzione

RESISTENTE

e

TANEBURGO BASILIO, elettivamente domiciliato in Roma, alla via Sestio Calvino n. 72, presso l'avv. ALESSANDRO PORTOGHESE, unitamente all'avv.

mento di competenza
za

Corte di Cassazione - copia non ufficiale



ROBERTO CARBONE, dal quale è rappresentato e difeso in virtù di procura speciale a margine della memoria di costituzione

RESISTENTE

e

RU.MI.AN. S.R.L.

INTIMATA

avverso l'ordinanza del Tribunale di Bari, depositata il 15 ottobre 2014, nel giudizio civile iscritto al n. 1510/10 R.G.

Udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 14 luglio 2015 dal Consigliere dott. Guido Mercolino;

lette le conclusioni scritte del Pubblico Ministero, in persona del Sostituto Procuratore Generale dott. Federico SORRENTINO, il quale ha chiesto l'accoglimento dell'istanza, con la dichiarazione di competenza del Tribunale di Bari.

Fatto

1. — Anna Maria Rosaria Giannelli ed Annalisa Rubino, in qualità di eredi di Vito Rubino, già socio della Ru.Mi.An. S.r.l., hanno convenuto in giudizio la società e Michele Maria Rubino, anch'egli socio nonché amministratore unico della società, e l'avv. Basilio Taneburgo, per sentir dichiarare, in via principale, la nullità della deliberazione adottata dall'assemblea straordinaria della società il 22 febbraio 2007, ai sensi dell'art. 2479-ter, terzo comma, cod. civ., in quanto presa in assenza d'informazione del loro dante causa o per illiceità dell'oggetto, e per sentir condannare, in subordine, il Rubino ed il Taneburgo al risarcimento dei danni morali e patrimoniali cagionati dai comportamenti da loro tenuti in relazione alla predetta deliberazione, costituenti illecito penale ai sensi dell'art. 2636 cod. civ.

Premesso che la RuMiAn era stata costituita dal loro dante causa per renderla



intestataria dei propri beni immobili, e precisato che le quote di partecipazione erano intestate per il 95% al Rubino e per il restante 5% al figlio Michele, che ricopriva anche la carica di amministratore unico della società, le attrici hanno esposto che con la delibera impugnata l'assemblea straordinaria ha azzerato il capitale sociale e lo ha ricostituito, senza rispettare le predette percentuali di partecipazione al capitale e con rinuncia dei soci al diritto di opzione, in modo tale da consentire al socio di minoranza di acquisire il controllo della società.

Si sono costituiti il Rubino ed il Taneburgo, ed hanno eccepito, in via preliminare, l'improcedibilità della domanda, per effetto della clausola compromissoria contenuta nello statuto della società, nonché per continenza della causa con altra precedentemente promossa.

2. — Con ordinanza del 15 ottobre 2014, il Tribunale di Bari ha dichiarato la propria incompetenza in favore del collegio arbitrale.

Premesso che la clausola compromissoria è stata opposta dai convenuti soltanto in sede di costituzione tardiva all'udienza di prima comparizione, il Tribunale ha innanzitutto escluso la tardività dell'eccezione, affermando che, in quanto riflettente una questione di merito relativa all'interpretazione ed alla validità del compromesso o della clausola compromissoria, la stessa si configura come un'eccezione in senso stretto, avente ad oggetto la rinuncia all'esperimento dell'azione giudiziaria ed alla giurisdizione dello Stato, e dev'essere pertanto proposta nei tempi e nei modi propri delle eccezioni di merito. Ha inoltre escluso la configurabilità dell'eccezione come *exceptio de jure tertii*, rilevando che Michele Rubino è socio della RuMiAn fin dalla sua costituzione e le attrici sono divenute socie in qualità di eredi di Vito Rubino, mentre l'avv. Taneburgo ha sollevato fin dall'inizio l'eccezione di arbitrato, in tal modo manifestando inequivocabilmente la vo-



lontà di sottoporsi al giudizio degli arbitri.

Ciò posto, il Tribunale ha dissentito dall'orientamento della giurisprudenza più recente, secondo cui l'impugnazione di una delibera assembleare dà luogo ad una controversia non compromettibile in arbitri, in quanto avente ad oggetto diritti indisponibili, soltanto in presenza d'interessi generali che trascendono l'interesse del socio, di norme inderogabili poste a tutela degli stessi o di un'iniziativa giudiziaria non riservata alle parti. Ha infatti rilevato che la natura sociale o collettiva dell'interesse sotteso alla delibera non esclude la deferibilità della controversia agli arbitri, in quanto la sottrazione dell'interesse alla volontà dei singoli soci non implica anche la sottrazione alla volontà collettiva espressa dalla società. Ha aggiunto che il d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 ha ammesso la compromettibilità delle controversie aventi ad oggetto la validità di delibere assembleari, indipendentemente dal carattere generale o particolare degl'interessi che le stesse sono volte a soddisfare, e con l'unico limite della indisponibilità dei diritti che ne costituiscono oggetto, non avendo altrimenti senso la tutela rafforzata prevista dall'art. 36, la quale si giustifica soltanto in relazione alle delibere che incidono su interessi collettivi. Ha concluso pertanto che l'arbitrato è escluso soltanto per l'impugnazione di delibere affette da vizi che, per la loro gravità, non sono sanabili con il decorso del tempo, affermando l'irrilevanza di altri criteri, quali la distinzione tra nullità ed annullabilità della delibera, o la natura derogabile o inderogabile delle norme violate, o il carattere individuale o collettivo degli interessi in gioco: ha infatti osservato che gli artt. 2377-2379-ter e 2434-bis cod. civ. prevedono azioni caratterizzate dalla sanabilità quasi generalizzata dei vizi che ne costituiscono oggetto e l'inderogabilità delle norme che disciplinano il diritto controverso non ne esclude l'applicazione anche da parte degli arbitri, mentre l'esclusione della riserva alle



parti dell'iniziativa giudiziaria non impedisce di compromettere in arbitri l'azione di nullità.

3. — Avverso la predetta ordinanza la Giannelli e la Rubino hanno proposto istanza di regolamento di competenza, articolata in tre motivi. Il Rubino ed il Taneburgo hanno resistito con memorie.

Diritto

1. — Con il primo motivo d'impugnazione, le ricorrenti sostengono che, nello escludere la tardività dell'eccezione di arbitrato, l'ordinanza impugnata non ha tenuto conto del nuovo testo dell'art. 819-ter cod. proc. civ., il quale impone al convenuto di sollevare la predetta eccezione, a pena di decadenza, nella comparsa di risposta tempestivamente depositata, e quindi almeno venti giorni prima dell'udienza di comparizione fissata nell'atto di citazione. Proprio perché riflettente una questione di merito riguardante l'interpretazione e la validità del compromesso, come ritenuto dal Tribunale, tale eccezione si configura infatti come un'eccezione in senso stretto, non rilevabile d'ufficio, e quindi soggetta ai termini ed alle preclusioni previsti per le eccezioni di merito.

1.1. — Il motivo è fondato.

Nel ritenere ammissibile l'eccezione di compromesso, sollevata dai convenuti nella comparsa di costituzione tardivamente depositata all'udienza di prima comparizione, l'ordinanza impugnata ha infatti richiamato l'orientamento, costantemente ribadito in passato dalla giurisprudenza di legittimità, secondo cui, configurandosi la devoluzione della controversia agli arbitri come una rinuncia all'esperimento dell'azione giudiziaria ed alla giurisdizione dello Stato, attraverso la scelta di una soluzione della controversia con uno strumento di natura privatistica, la relativa eccezione dà luogo ad una questione di merito, riguardante l'interpretazione



e la validità del compromesso o della clausola compromissoria, e costituisce pertanto un'eccezione propria e in senso stretto, avente ad oggetto la prospettazione di un fatto impeditivo dell'esercizio della giurisdizione statale, con la conseguenza che dev'essere proposta dalle parti nei tempi e nei modi propri delle eccezioni di merito (cfr. Cass., Sez. VI, 12 dicembre 2011, n. 26635; Cass., Sez. III, 14 luglio 2011, n. 15474; Cass., Sez. I, 30 maggio 2007, n. 12684).

Senonchè, il predetto orientamento ha costituito recentemente oggetto di revisione da parte delle Sezioni Unite di questa Corte, le quali, alla luce della disciplina complessivamente desumibile dalla legge 5 gennaio 1994, n. 5 e delle modificazioni introdotte dal d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, hanno riconosciuto la natura giurisdizionale dell'arbitrato e la funzione sostitutiva assoluta da tale istituto rispetto alla giurisdizione ordinaria, affermando pertanto che la relativa eccezione deve essere ricompresa a pieno titolo tra quelle di rito (cfr. Cass., Sez. Un., 20 gennaio 2014, n. 1005; 25 ottobre 2013, n. 24153). A sostegno di tale conclusione, si è osservato che la natura giurisdizionale dell'arbitrato non si pone in contrasto con il monopolio statale della giurisdizione sancito dall'art. 102 Cost., il quale, pur comportando in linea di principio l'attribuzione ai giudici ordinari della giurisdizione sui diritti, non esclude la facoltà delle parti di derogare a tale regola, nell'esercizio di una libera ed autonoma scelta, agendo a tutela dei propri diritti dinanzi a giudici privati. In tal caso, infatti, l'autonomia delle parti si manifesta non già come atto di disposizione del diritto, ma come atto incidente sul potere di azione che a quel diritto è connesso, la cui legittimità deve ritenersi subordinata alla triplice condizione che *a)* la deroga riguardi una controversia conoscibile dal giudice ordinario, *b)* l'arbitrato sia disciplinato da norme di legge che assicurino idonee garanzie processuali, *c)* sia prevista l'impugnativa davanti agli organi della giurisdizione ordi-



naria. In tal senso depongono d'altronde anche le innovazioni introdotte dalle più recenti disposizioni legislative, che hanno comportato un'assimilazione integrale della domanda di arbitrato a quella giudiziale, ai fini della prescrizione e della trascrizione, e la corrispondente attribuzione al lodo di un'efficacia ed un'autorità identiche a quelle della cosa giudicata, con il correlato ampliamento della facoltà e dei mezzi d'impugnazione del lodo, svincolati dall'emanazione del decreto di esecutività, e con la subordinazione del passaggio alla fase rescissoria all'assenza di una contraria volontà delle parti.

1.1. — Nella medesima ottica, occorre richiamare l'art. 819-ter cod. proc. civ., introdotto dall'art. 22 del d.lgs. n. 40 del 2006, il quale individua espressamente in termini di competenza il rapporto tra il potere decisorio conferito agli arbitri e la potestà giurisdizionale spettante al giudice ordinario, dichiarando impugnabile con il regolamento di competenza la sentenza con cui quest'ultimo abbia affermato o negato la propria competenza in relazione ad una convenzione d'arbitrato. Tale disposizione, pur essendo stata introdotta successivamente alla stipulazione della clausola compromissoria, inserita in uno statuto di società risalente al 21 giugno 1989, risulta certamente applicabile alla fattispecie in esame, avuto riguardo alla disciplina transitoria dettata dall'art. 27, comma quarto, del d.lgs. n. 40 cit., che la include espressamente tra le norme applicabili alle domande proposte dopo l'entrata in vigore del medesimo decreto, indipendentemente dalla sottrazione del compromesso o della clausola compromissoria alla disciplina prevista dagli artt. 806-808-*quinquies* cod. proc. civ., introdotti dall'art. 20 del d.lgs. n. 40 per le sole convenzioni di arbitrato stipulate in epoca successiva.

La norma in esame, pur escludendo l'applicabilità degli artt. 44, 45, 48, 50 e 295 nei rapporti tra arbitrato e processo, assoggetta l'eccezione di arbitrato al me-



desimo regime previsto per quella d'incompetenza, stabilendo che essa dev'essere proposta, a pena di decadenza, nella comparsa di risposta, e precisando che la mancata proposizione dell'eccezione esclude la competenza arbitrale limitatamente alla controversia decisa in quel giudizio. La mancanza di una specifica indicazione in ordine al termine entro il quale l'eccezione dev'essere sollevata impone di fare riferimento alla disciplina generale dettata dall'art. 38 cod. proc. civ. (nel testo, applicabile *ratione temporis* alla fattispecie in esame, sostituito dall'art. 45, comma secondo, della legge 18 giugno 2009, n. 69), il quale dispone che l'incompetenza, tanto per materia quanto per valore o per territorio, dev'essere eccepita, a pena di decadenza, nella comparsa di risposta «*tempestivamente*» depositata. Tale espressione dev'essere a sua volta riferita al termine fissato dall'art. 166 cod. proc. civ. per la costituzione del convenuto, in tal senso deponendo il chiaro dettato dell'art. 171, secondo comma, cod. proc. civ., il quale, pur consentendo al convenuto di costituirsi successivamente, fino alla prima udienza di comparizione, precisa che in tal caso restano ferme le decadenze di cui all'art. 167, ivi comprese, evidentemente, quelle riguardanti la proposizione delle eccezioni processuali e di merito non rilevabili d'ufficio (cfr. Cass., Sez. Un., 12 maggio 2008, n. 11657).

Alla stregua di tale disciplina, non può considerarsi ritualmente proposta l'eccezione d'incompetenza sollevata dalla difesa dei convenuti, la cui costituzione in giudizio, come rilevato dall'ordinanza impugnata, ha avuto luogo soltanto all'udienza fissata per la prima comparizione delle parti, quando era ormai decorso il termine previsto dalla legge per il deposito della comparsa, con il conseguente radicamento presso il Giudice adito del potere di decidere in ordine alla domanda proposta dalle attrici, risultando definitivamente preclusa ogni contestazione in ordine alla competenza.



1.2. — Non può condividersi, in proposito, la tesi sostenuta nelle conclusioni scritte del Pubblico Ministero, secondo cui la tempestività dell'eccezione dovrebbe essere valutata anche in relazione al disposto dell'art. 38, terzo comma, cod. proc. civ., che, attribuendo al giudice il potere di rilevare d'ufficio l'incompetenza per materia, per valore e per territorio nei casi previsti dall'art. 28, fino alla conclusione dell'udienza di cui all'art. 183 cod. proc. civ., consentirebbe alle parti di sollecitare una decisione al riguardo, nonostante l'intervenuto decorso del termine di cui all'art. 166 cit., ogni qualvolta la competenza degli arbitri sia assimilabile a quella funzionale, per avere ad oggetto questioni attinenti a diritti indisponibili.

E' pur vero che l'art. 819, primo comma, cod. proc. civ., nel testo introdotto dall'art. 22 del d.lgs. n. 40 del 2006, ha attribuito agli arbitri il potere di risolvere in via incidentale anche questioni vertenti su materie che non possono costituire oggetto di convenzione di arbitrato, salvo che debbano essere decise con efficacia di giudicato per legge, in tal modo generalizzando una facoltà già prevista per gli arbitrati in materia societaria dal d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, il quale estendeva la cognizione degli arbitri anche a questioni non compromettibili (art. 36, primo comma), correlativamente escludendo in tale settore l'applicabilità del testo originario dell'art. 819 cit., che, nel caso d'insorgenza delle predette questioni, imponeva agli arbitri di sospendere il procedimento in attesa della decisione del giudice ordinario (art. 35, comma terzo). E' altresì vero che, in materia societaria, il principio stabilito dall'art. 806, primo comma, cod. proc. civ., secondo cui le parti possono far decidere da arbitri soltanto controversie non aventi ad oggetto diritti indisponibili, sembra incontrare una deroga nell'art. 35, comma quinto, del d.lgs. n. 5 cit., il quale, nell'ammettere il deferimento agli arbitri delle controversie riguardanti la validità di delibere assembleari, non precisa se le stesse debbano o meno



avere necessariamente ad oggetto diritti disponibili.

Peraltro, indipendentemente dalla considerazione che la giurisprudenza di questa Corte risulta ormai stabilmente orientata in senso contrario alla compromettibilità delle controversie aventi ad oggetto la validità delle delibere assembleari, ogni qualvolta le stesse incidano su interessi tutelati da norme inderogabili, la cui violazione determina una reazione dell'ordinamento svincolata da qualsiasi iniziativa di parte (cfr. Cass., Sez. VI, 10 giugno 2014, n. 13031; Cass., Sez. I, 12 settembre 2011, n. 18600; 23 febbraio 2005, n. 3772), deve escludersi, in linea di principio, che il deferimento agli arbitri di controversie riguardanti diritti indisponibili o che comunque presuppongano la risoluzione di questioni incidenti su tali diritti possa tradursi nella previsione di una competenza funzionale, tale da giustificare la dichiarazione d'incompetenza del giudice ordinario anche in assenza di una tempestiva eccezione di parte. In proposito, è infatti sufficiente richiamare l'orientamento della giurisprudenza costituzionale, secondo cui il fondamento di qualsiasi arbitrato è da rinvenirsi nella libera scelta delle parti, la quale soltanto consente di derogare al precetto contenuto nell'art. 102 Cost., costituendo uno dei possibili modi di disporre, anche in senso negativo, del diritto di cui all'art. 24, primo comma, Cost., con la conseguente esclusione della possibilità d'individuare la fonte dell'arbitrato in una volontà autoritativa, e la necessità di attribuire alla norma di cui all'art. 806 cod. proc. civ. il carattere di principio generale, costituzionalmente garantito, dell'intero ordinamento (cfr. Corte cost., sent. n. 127 del 1977). Ma se è la volontà delle parti a costituire l'unico fondamento della competenza degli arbitri, deve necessariamente riconoscersi che le parti, così come possono scegliere di sottoporre la controversia agli stessi, anziché al giudice ordinario, possono anche optare per una decisione da parte di quest'ultimo, non solo e



spressamente, mediante un accordo uguale e contrario a quello raggiunto con il compromesso, ma anche tacitamente, attraverso l'adozione di condotte processuali convergenti verso l'esclusione della competenza arbitrale, e segnatamente mediante l'introduzione del giudizio in via ordinaria, alla quale faccia riscontro la mancata proposizione dell'eccezione di arbitrato. Nessun rilievo può assumere, a tal fine, la circostanza che la decisione della controversia implichi la risoluzione di questioni vertenti su diritti indisponibili, non risultando queste ultime sufficienti a giustificare l'affermazione dell'inderogabilità della competenza degli arbitri e della rilevabilità d'ufficio dell'incompetenza del giudice ordinario, la cui dichiarazione resta pertanto subordinata alla proposizione della relativa eccezione da parte del convenuto, nella specie tardivamente intervenuta.

2. — L'istanza va pertanto accolta, restando assorbiti gli altri motivi d'impugnazione, con cui le ricorrenti hanno insistito sulla configurabilità dell'eccezione di arbitrato come *exceptio de jure tertii* e sull'indisponibilità dei diritti derivanti dalla norme che disciplinano la riduzione del capitale sociale per perdite.

Va conseguentemente disposto l'annullamento dell'ordinanza impugnata, con la dichiarazione della competenza del Tribunale di Bari, dinanzi al quale le parti vanno rimesse per la prosecuzione del giudizio, anche ai fini della liquidazione delle spese relative al regolamento di competenza.

P.Q.M.

La Corte accoglie il ricorso, annulla l'ordinanza impugnata e dichiara la competenza del Tribunale di Bari, dinanzi al quale dispone la prosecuzione del giudizio, anche per la liquidazione delle spese processuali.



Così deciso in Roma, il 14 luglio 2015, nella camera di consiglio della Sesta
Sezione Civile