



**REPUBBLICA ITALIANA**  
**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

La **Corte di Appello di Reggio Calabria**, sezione civile, riunita in camera di consiglio e composta dai signori:

- |                         |                       |
|-------------------------|-----------------------|
| 1) dr.ssa Marina MOLETI | Presidente            |
| 2) dr. Augusto SABATINI | Consigliere           |
| 3) dr.ssa Anna ADAMO    | Consigliere estensore |
- ha pronunciato la seguente

**SENTENZA**

nella causa civile iscritta al n. 411/2014 R. G., posta in decisione all'udienza del 10 marzo 2016 e decisa all'esito della scadenza dei termini di cui agli artt. 352 e 190 c. p. c.,

tra

**COMUNE di SANTA CRISTINA d'ASPROMONTE**, in persona del Sindaco e e legale rappresentante *p. t.*, c. f. e P. IVA: 82000830800, rappresentato e difeso, in forza di deliberazione G. C. n. 40 del 22 maggio 2014, dall'avv. Leonardo Iamundo (con pec indicata), elettivamente domiciliato in Reggio Calabria, via Nazionale III tratto n. 36 (studio avv. A. Falcone e Associati),

**IMPUGNANTE**

e

**CODELO s. r. l.**, corrente in Santa Cristina d'Aspromonte, P. I.: 01285230808, quale impresa capogruppo dell'ATIM con la BERTIM Edilizia e Costruzioni s. n. c. di Bertuca Pietro e Timpano Michele snc, rappresentata e difesa, per procura in atti, dall'avv. Massimiliano Pantano (con pec indicata), elettivamente domiciliata presso lo studio del predetto in Messina, via La Farina n. 278,

**CONVENUTA**

\*\*\*\*\*

Oggetto: Impugnazione per nullità del lodo arbitrale collegiale pronunciato a maggioranza il 20 maggio 2014, depositato presso la Camera Arbitrale per i contratti pubblici il 5 giugno 2014, nella controversia insorta tra le due parti indicate in epigrafe in materia di pagamento somme in appalto pubblico .

**CONCLUSIONI DELLE PARTI**

All'udienza del 10 marzo 2016 erano presenti i procuratori delle parti, i quali hanno insistito nelle conclusioni già formulate in atti ed hanno chiesto che la causa fosse decisa.



## SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con atto notificato il 30 settembre 2014 il COMUNE di SANTA CRISTINA d'ASPRMONTE ha impugnato per nullità il lodo n. 47/14 Reg. Lodi, emesso dal Collegio arbitrale composto dagli avv.ti Alberto Panuccio – Presidente –, Andrea Lo Castro e Fulvio Gambadoro – arbitri -, depositato nella Segreteria della Camera Arbitrale per i Contratti Pubblici in data 5 giugno 2014, non notificato, con il quale, previo riconoscimento della competenza del Collegio medesimo a decidere la controversia, in parziale accoglimento dei quesiti formulati dalla CODELO s. r. l., è stato condannato il Comune medesimo a corrispondere alla suddetta società la somma totale di Euro 351.635,67 in relazione a talune “riserve” dalla stessa esplicate in relazione ai danni subiti in conseguenza dell'anomalo andamento dell'appalto affidatole dal Comune con contratto del 16 novembre 2007, riguardante i lavori di consolidamento e risanamento dell'area in località Vallone Modia – Rione San Lorenzo, oltre interessi moratori e rivalutazione monetaria ed interessi legali, rigettando le altre domande e ponendo a carico del Comune le spese giudiziali in ragione dei  $\frac{3}{4}$  e, nella stessa proporzione, le spese di c. t. u. (il restante  $\frac{1}{4}$  a carico della CODELO s. r. l.). L'impugnante ha chiesto, per i motivi che si illustreranno *infra*, che, previa sospensione dell'efficacia del lodo, ne fosse dichiarata la nullità con ogni consequenziale provvedimento e con condanna della controparte alle spese e competenze del giudizio arbitrale e del presente giudizio.

Instaurato il contraddittorio, con comparsa dell'11 gennaio 2015 si è costituita la CODELO s. r. l., resistendo alla impugnazione mediante contestazione di tutti gli assunti di controparte e chiedendone il rigetto integrale poiché infondata in fatto ed in diritto, così come della richiesta di sospensiva.

Alla prima udienza del 16 marzo 2015 la parte convenuta ha dichiarato a verbale che non intendeva dare esecuzione al lodo nelle more dello svolgimento del presente giudizio.

L'udienza era quindi aggiornata al 10 marzo 2016 per la precisazione delle conclusioni.

A tale udienza, espletato detto incumbente, la causa è stata assunta in decisione, con assegnazione alle parti dei termini di rito per il deposito di comparse conclusionali e memorie di replica.

## MOTIVI DELLA DECISIONE

Il Comune di Santa Cristina d'Aspromonte, ripercorsa nell'atto di impugnazione l'intera vicenda ed illustrato il contenuto della decisione arbitrale, nonché riproponendo la questione di competenza già formulata durante la fase arbitrale, ha eccepito la nullità del lodo ai sensi dell'art. 829, comma 1, nn. 1 e 4, c. p. c. in rapporto agli artt. 807, 808 e 817 c. p. c., all'art. 241 D. Lgs. n. 163/2006 ed all'art. 34 D. M. n. 145/2000, per inesistenza della convenzione



arbitrale, evidenziando che la facoltà prevista dalla legge (in particolare dall'art. 241 D. Lgs. n. 163/2006) di deferire ad arbitri la controversia derivante dalla esecuzione del contratto necessita comunque della predisposizione ed accettazione di una clausola compromissoria inserita nel contratto o negli atti di gara ovvero della stipulazione di un compromesso (mancanti nella specie).

Ha poi eccepito la nullità del lodo per violazione e falsa applicazione dell'art. 1341, comma 2, c. c. e per violazione delle regole di ermeneutica contrattuale in relazione all'art. 43 del capitolato speciale di appalto, evidenziando che in detto articolo le parti avevano espressamente stabilito di deferire al Tribunale di Palmi ogni controversia che sarebbe insorta e ribadendo che, in forza del rinvio al Capitolato Speciale anzidetto fatto nell'art. 7 del contratto di appalto, per il tramite della *relatio perfecta*, detta disposizione aveva efficacia vincolante per entrambe le parti, senza necessità di specifica approvazione per iscritto.

Ha addebitato ancora al Collegio arbitrale, al n. 3 dei motivi di impugnazione, di essere incorso in nullità per avere ritenuto che la semplice indicazione dell'arbitro effettuata dalla Difesa del Comune andasse interpretata come comportamento concludente di adesione alla scelta arbitrale, laddove invece, come già rilevato in quella sede, l'Ente, sin dal primo atto di resistenza avverso la domanda di arbitrato, aveva rappresentato la impossibilità di dare corso alla procedura arbitrale in assenza di clausola compromissoria e/o di compromesso e, tuttavia, pur di non incorrere in decadenze di sorta, aveva comunicato il nominativo del proprio arbitro con espressa richiesta, comunque, di volere il Collegio dichiarare preliminarmente la propria incompetenza.

Ha eccepito poi la nullità del lodo ai sensi del n. 9 dell'art. 829 c. p. c. per inosservanza del principio del contraddittorio, per essere stato consentito alla impresa appaltatrice, nel corso dell'arbitrato, di produrre *de plano* nuovi documenti che sono stati utilizzati dal C. t. u. per le sue valutazioni e dal Collegio per la decisione, senza assegnare al Comune un termine per introdurre eventuale prova contraria, né assumendo una decisione in merito alla dedotta inammissibilità della produzione documentale.

Ha addebitato al Collegio arbitrale poi di essere incorso in nullità per violazione degli artt. 61 e 191 c. p. c. avendo devoluto al C. t. u. la cognizione di questioni giuridiche, sulla cui soluzione ha basato poi la propria decisione.

Altra nullità avrebbe riguardato il lodo (n. 6 dei motivi di appello) per avere disatteso le regole che disciplinano la tempestiva iscrizione delle riserve, avendo il Collegio ritenuto che l'impresa non fosse incorsa in alcuna decadenza nella iscrizione delle riserve sulla scorta di quanto evidenziato dal C. t. u., pur se il relativo quesito, di natura giuridica, non avrebbe potuto essere devoluto alla cognizione del Consulente tecnico e malgrado comunque costui



non avesse concluso effettivamente per la tempestività di tutte le riserve, ma unicamente per quelle apposte per “detrazione delle quantità provvisoriamente registrate” [riportate al punto e) del registro di contabilità].

Altri motivi di nullità del lodo sono stati formulati sotto diversi profili, e segnatamente:

- motivo n. 7: ai sensi del terzo comma dell'art. 829 c. p. c. per violazione della regola dell'onere della prova, in quanto, contrariamente all'ordinario riparto del dovere relativo, il Collegio ha ritenuto che spettasse al Comune fornire la prova della non tempestività della iscrizione delle riserve, mentre invece spetta di norma a colui che vuol fare valere un diritto il cui esercizio è soggetto a decadenza fornire la prova di non essere incorso in alcuna decadenza nel caso in cui venga formulata la relativa eccezione (come nella specie il Comune aveva eccepito la non tempestività delle iscrizioni delle riserve);
- motivo n. 8: contraddittorietà della decisione *ex art.* 829, n. 11, c. p. c., per avere ritenuto tempestiva la riserva A), pur avendo l'impresa fornito elementi chiari onde desumere che la stessa avrebbe dovuto essere registrata quanto meno al momento della redazione del III SAL (e non certamente al momento del V SAL);
- motivo n. 9: violazione delle regole di ermeneutica contrattuale di cui all'art. 1362 e segg. c. c., in relazione agli artt. 49 e 51 del Capitolato Speciale di Appalto, per avere riconosciuto alla impresa appaltatrice un maggiore importo per lavori che costituivano invece parte ordinaria della prestazione, disattendendo così i rilievi esplicitati a riguardo dalla difesa del Comune;
- motivo n. 10: violazione delle regole dell'onere della prova, per avere proceduto alla liquidazione equitativa in mancanza dei presupposti per tale tipo di liquidazione, non avendo parte attrice, su cui gravava il relativo onere, fornito la prova dell'*an* e del *quantum* oggetto di pretesa;
- motivo n. 11: violazione dell'onere della prova, con particolare riferimento alle maggiori lavorazioni di cui alla “riserva C”, che indebitamente sono state ritenute riconosciute nei primi quattro SAL dall'Amministrazione Comunale;
- motivo n. 12: violazione dell'onere della prova ed altre violazioni di merito con riguardo alla riserva D” (concernente il pagamento di una somma di circa Euro 112.300.000 per mancato utile, spese generali e fermo macchine), per avere disatteso il Collegio arbitrale la eccezione di tardività di iscrizione della riserva e, nel merito, per la mancanza assoluta di prova dei fatti costitutivi della pretesa di maggiore corrispettivo, che andava fornita dalla impresa attrice e che invece il Collegio ha liquidato in via equitativa;
- motivo n. 13: violazione della regola dell'onere della prova con riguardo alla “riserva E” (concernente la decisione del Direttore dei Lavori e del RUP di detrarre, in occasione del V



- SAL, le quantità provvisoriamente iscritte nel registro di contabilità relativamente alla voce “formazione del rilevato”), per avere il Collegio arbitrale disatteso l'osservazione dell'Ente Comunale secondo cui la detrazione aveva riguardato talune partite che erano state iscritte in contabilità provvisoriamente e per errore relativamente a delle prestazioni non effettivamente eseguite, pur se l'impresa non aveva fornito la prova di quanto preteso;
- motivo n. 14: violazione della regola dell'onere della prova con riferimento alla riserva F) (concernente il riconoscimento di maggiori costi per la realizzazione di uno scavo a mano relativamente al tratto terminale di una condotta, per via del dislivello esistente), per avere il Collegio arbitrale disatteso la eccezione di tardività di iscrizione della riserva e, nel merito, per non avere tenuto conto della arbitraria variazione effettuata dalla impresa appaltatrice, di propria iniziativa e senza i relativi ordini di servizio, disobbedendo agli obblighi di correttezza e buona fede che gravano sull'appaltatore;
  - motivo n.15: nullità del lodo *ex art. 829, comma 3, c. p. c.* in relazione agli artt. 1224 e 1664, comma 2, c. c., per avere il Collegio arbitrale indebitamente riconosciuto natura risarcitoria al maggiore compenso liquidato all'appaltatore per le asserite difficoltà nella esecuzione dell'opera, liquidando così interessi e rivalutazione sulla somma riconosciuta alla CODELO s. r. l., in violazione della regola di diritto secondo la quale in tema di appalto di opere pubbliche l'indennizzo di cui all'art. 1664, comma 2, c. c. costituisce debito di valuta e non di valore.

Queste essendo – in sintesi - le doglianze dell'impugnante, occorre anzitutto disattendere la eccezione di inammissibilità e/o improcedibilità della impugnazione sollevata da parte convenuta sul presupposto della mancata esecutività del lodo *ex art. 825 c. p. c.*, avuto riguardo alla espressa formulazione del comma secondo dell'art. 827 c. p. c. (novellato dalla legge n. 25/1994) secondo cui “*i mezzi di impugnazione possono essere proposti indipendentemente dal deposito del lodo*”.

Ciò posto, è fondata l'eccezione di nullità del lodo ai sensi dell'art. 829, comma 1, n. 1 per inesistenza della convenzione arbitrale, di cui al primo motivo dell'atto di impugnazione.

E' pacifico tra le parti il dato di fatto della mancata pattuizione per iscritto di qualsivoglia clausola compromissoria nel contratto di appalto tra loro stipulato.

Il Collegio arbitrale, in ordine alla questione già sollevata in quella sede dalla Difesa del Comune (che aveva rilevato la inesistenza della clausola compromissoria), ha argomentato nel senso che l'art. 241 del D. Lgs. n. 163/2006 (*Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE*, d'ora in avanti *c. c. p.*) ha previsto una forma di arbitrato sempre esperibile “*ope legis*” nelle controversie in esso



espressamente indicate, tale che la esclusione della competenza arbitrale debba espressamente risultare da una pattuizione contrattuale derogatrice della norma medesima.

Ha dunque ritenuto che nel caso di specie, non essendo stata prevista una clausola contrattuale di specifica esclusione della competenza arbitrale, né potendo ricavarsi detta esclusione dalla disposizione dell'art. 43, comma 2, del Capitolato speciale di appalto (secondo cui “*tutte le controversie, comprese quelle conseguenti al mancato raggiungimento dell'accordo bonario di cui al primo comma, saranno deferite alla cognizione della competente Autorità giudiziaria ordinaria. Il Foro competente è quello di Palmi (RC)*”) - che nemmeno risulta sottoscritta dall'ATI appaltatrice, né recante la doppia sottoscrizione *ex art. 1341, comma 2, c. c. -*, fosse pienamente legittima la competenza arbitrale in virtù del disposto dell'art. 241 citato.

Il convincimento del Collegio arbitrale muove da un presupposto non affatto condivisibile in punto di diritto.

L'art. 241, comma 1, c. c. p. - indubbiamente applicabile *ratione temporis* alla fattispecie che ci occupa, in quanto il contratto di appalto è stato concluso nel novembre 2007, in pieno vigore della norma - stabilisce che “*le controversie su diritti soggettivi, derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi, forniture, concorsi di progettazione e di idee, comprese quelle conseguenti al mancato raggiungimento dell'accordo bonario previsto dall'articolo 240, possono essere deferite ad arbitri*”: la locuzione “possono” non è altrimenti interpretabile sul piano logico-giuridico, oltre che su quello letterale-grammaticale, se non nel senso di ricondurre l'arbitrato alla volontà delle parti, in linea con quanto previsto in via generale dall'art. 806 c. p. c..

Detta norma si apre invero con due affermazioni: al comma 1 sancisce che la devoluzione ad arbitri delle controversie è del tutto facoltativa per le parti (*le controversie ... possono essere deferite*) e, al comma 2, prevede che ai giudizi arbitrali si applicano di norma le disposizioni del codice di procedura civile, salve le deroghe espressamente indicate.

La interpretazione sistematica di tali disposizioni, che ribadiscono la assoluta volontarietà dell'arbitrato, porta evidentemente a ritenere che, per potere devolvere una controversia alla cognizione degli arbitri in materia di appalti pubblici, occorre sempre l'esistenza di un compromesso oppure di una clausola compromissoria contenuta nel contratto, non essendo bastevole a tal fine il mero richiamo fatto nel contratto alla disposizione di legge (come era in uso nel passato, in epoca anteriore al decreto legislativo n. 163/2006), perché quest'ultima sancisce solo una facoltà delle parti, esercitabile per il tramite di una pattuizione volontaria sottoforma di compromesso ovvero di clausola compromissoria inserita nel contratto scritto.

Sotto tale profilo le argomentazioni contenute sul punto nel lodo arbitrale non possono che



essere disattese, poiché in contrasto con la univoca interpretazione logico-giuridica consentita dalla esegesi della norma in questione.

D'altra parte, la riconduzione del procedimento arbitrale sotto la quasi totalità delle norme del codice di procedura civile (di cui al comma 2 del citato articolo 241) dimostra come sia caduto nel nulla l'originario tentativo del legislatore di prevedere un regime speciale per gli arbitrati in materia di lavori pubblici (diretta scaturigine dell'iniziale intento di individuare più in generale nell'arbitrato un mezzo privilegiato di risoluzione delle liti, su cui – come è noto – è intervenuta la Corte Costituzionale con sentenza n. 152/1996, dichiarando l'illegittimità costituzionale delle norme di legge prevedenti forme di arbitrato obbligatorie e/o necessarie).

Appare utile rammentare come, ad esaltare la volontarietà dell'arbitrato, sia intervenuta la novella di cui al Decreto Legislativo n. 53/2010 – applicabile nella specie in quanto il Collegio arbitrale si è insediato dopo la sua entrata in vigore – che, nel riformulare la disposizione dell'art. 241 c. c. p. sulla scia della necessità che la scelta tra competenza arbitrale e giudice togato fosse effettivamente libera fino al momento della costituzione del collegio arbitrale, ha previsto che l'aggiudicatario dell'appalto non è costretto ad accettare la convenzione di arbitrato indicata nel bando, avviso o invito, potendola riconsiderare. E' stato in particolare introdotto il comma 1-bis all'art. 241 c. c. p., secondo cui *“la stazione appaltante indica nel bando o nell'avviso con cui indice la gara ovvero, per le procedure senza bando, nell'invito, se il contratto conterrà, o ameno, la clausola compromissoria”* e *“l'aggiudicatario può riconsiderare la clausola compromissoria, che in tal caso non è inserita nel contratto, comunicandolo alla stazione appaltante entro venti giorni dalla conoscenza dell'aggiudicazione. E' vietato in ogni caso il compromesso”*.

Il legislatore, così statuendo, ha di fatto ridotto l'arbitrabilità delle controversie, vietando, relativamente ai contratti pubblici, il compromesso (art. 807 c. p. c.) una volta insorta la contesa, **essendo conseguentemente deferibili ad arbitri solo le controversie relative a contratti già contenenti la clausola compromissoria.**

E' in questa prospettiva che va inquadrata la fattispecie in esame: secondo la diversa impostazione del Collegio arbitrale la competenza arbitrale sarebbe, *in subiecta materia*, stabilita direttamente dalla legge all'art. 241 del D. lgs. n. 163/2003, spettando semmai alle parti del contratto prevederne la esclusione, in mancanza della quale il deferimento della controversia agli arbitri si pone come fatto automatico.

Questa tesi contrasta evidentemente con l'impianto normativo che, in materia di pubblici appalti, è stato improntato in generale al principio della libertà di scelta dei contraenti tra la competenza arbitrale ed il giudice togato sino al momento della costituzione del collegio arbitrale, tanto da giungere a riconoscere all'aggiudicatario il potere di riconsiderare addirittura la



convenzione di arbitrato indicata nel bando, nell'invito o nell'avviso di gara, entro venti giorni dalla aggiudicazione (comma 1 bis dell'art. 241 citato, come introdotto dalla novella del 2010, applicabile qui *ratione temporis*).

E' da escludere dunque che la disposizione citata, nella parte in cui prevede che le controversie in essa indicate (tra cui quelle conseguenti, come nella specie, al mancato raggiungimento dell'accordo bonario) "*possono essere deferite ad arbitri*", voglia significare – come invece ha affermato il Collegio arbitrale - che tali controversie, in mancanza di una clausola contrattuale che ne escluda la competenza arbitrale, siano devolute *ex lege* alla cognizione degli arbitri, poiché ciò equivarrebbe ad una forma di arbitrato imposto dalla legge (*id est* obbligatorio) che non è più ammissibile nel nostro ordinamento da tempo, stando alla pronuncia della Corte Costituzionale n. 221 del 2005, con la quale è stato statuito che deve ritenersi incostituzionale una legge che imponga l'arbitrato come strumento di risoluzione di una controversia, in quanto contrario ai principi della Carta Costituzionale *attinenti proprio alla libertà di scelta dello strumento dell'arbitrato*.

Rgionando nel solco del consolidato principio di volontarietà dell'arbitrato consegue che quando, come è pacifico nel caso che ci occupa, non esista una clausola compromissoria espressamente prevista in contratto, l'esercizio della funzione arbitrale dà luogo ad una vera e propria usurpazione di potere da parte degli arbitri che hanno esercitato in maniera abusiva la *potestas decidendi* normalmente riservata alla magistratura ordinaria (così tra le tante *Cass. Civ. nn. 21215/2014; 22083/2009; 19994/2004; 1729/2001; 5942/1981, 2896/1976*), con conseguente configurabilità del vizio di cui all'art. 829, primo comma, n. 1, cod. proc. civ., secondo cui il lodo è nullo non solo nell'ipotesi di sua inesistenza o di specifici vizi genetici del negozio compromissorio, ma anche nel caso in cui si riveli insussistente la potestà decisoria arbitrale (e tale vizio è rilevabile anche d'ufficio dal giudice dell'impugnazione, a cui compete il potere di accertare la volontà delle parti di deferire ad arbitri la risoluzione di talune controversie attraverso l'interpretazione delle espressioni in cui si coagula il consenso negoziale).

Agevolmente nel caso in esame la volontà delle parti è interpretabile nel senso univoco della scelta della giurisdizione ordinaria, anzitutto – ed in maniera tranciante - per la mancata previsione di una clausola compromissoria; in secondo luogo per la espressa previsione, nell'art. 43, comma 2, del capitolato speciale di appalto (richiamato dall'art. 7 del contratto di appalto sottoscritto da entrambe le parti), della devoluzione di *tutte* le controversie, *comprese quelle conseguenti al mancato raggiungimento dell'accordo bonario*, alla cognizione dell'A. G. O., e segnatamente al *Tribunale di Palmi*.

Non è accettabile a riguardo l'argomento contenuto nel lodo impugnato, secondo cui il



capitolato speciale non sarebbe vincolante per le parti non risultando sottoscritto dall'ATI (appaltatrice), essendo documentale il rinvio ad esso effettuato nell'art. 7 del contratto di appalto, nel quale le parti espressamente dichiarano che detto capitolato forma parte "integrante e sostanziale" del contratto medesimo, seppure non materialmente allegato, e che esse danno "per conosciuto e accettato nella totalità".

Nè può ammettersi la tesi che in ogni caso sarebbe stata necessaria la doppia sottoscrizione ex art. 1341, comma 2, c. c..

E' pacifico infatti nella giurisprudenza della S. C. in materia che, qualora – come nella specie - le parti, nello stipulare un contratto d'appalto di opere pubbliche abbiano fatto espresso riferimento, per determinarne la portata ed il limiti, ad una specifica convenzione e comunque alla disciplina compiutamente fissata in un distinto documento, sulla premessa della conoscenza di tale documento ed al fine dell'integrazione del rapporto negoziale nella parte in cui difetti di una diversa regolamentazione, detto richiamo assegna alle previsioni di quella disciplina, per il tramite di "relatio perfecta", il valore di clausole concordate e, quindi, le sottrae all'esigenza della specifica approvazione per iscritto di cui all'art. 1341 cod. civ., mentre non rileva in proposito l'eventuale unilateralità della predisposizione del suddetto documento, la quale resta superata dalla circostanza che entrambi i contraenti si siano accordati per farne proprio il contenuto (tra le tante in tal senso da ultimo *Cass. Civ. nn. 16444/2015; 4176/2007; 19130/2006*).

Nè può condividersi l'ulteriore assunto del Collegio arbitrale secondo il quale, pur avendo il Comune sempre eccepito la incompetenza arbitrale nei propri atti, ha comunque poi proceduto alla nomina del proprio arbitro ed ha altresì partecipato a quella del terzo arbitro, avendo in tal modo manifestato il proprio intendimento favorevole alla costituzione del Collegio arbitrale cui devolvere la decisione della controversia.

Al di là infatti della generale irrilevanza di ogni comportamento concludente rispetto ad un atto che richiede la forma scritta per la sua giuridica esistenza ed efficacia (qual'è la clausola compromissoria), è utile richiamare il principio affermato dalla giurisprudenza di legittimità secondo il quale *"in ipotesi di clausola compromissoria inesistente ... il successivo comportamento delle parti (che, come nella specie, abbiano avviato e concluso il procedimento portante all'insediamento degli arbitri) non vale a sanare il vizio di carenza di potere degli arbitri, senza che, in contrario, possa essere invocato il disposto dell'art. 829 comma primo n. 4 cod. proc. civ. in relazione all'art.817 cod. proc. civ., atteso che tale disposizione si riferisce al superamento, da parte degli arbitri, dei limiti loro imposti dal compromesso e non alla diversa ipotesi di originaria e totale carenza di potere e atteso inoltre che, in subiecta materia, deve escludersi ogni possibilità di interpretazione analogica,*



*ponendosi la competenza arbitrale come derogatoria alla competenza del giudice naturale"*

(così *Cass. Civ. n. 12175/2000*).

Va accolto perciò il primo motivo di nullità del lodo arbitrale addotto dal Comune di Santa Cristina d'Aspromonte nell'atto di impugnazione, per inesistenza della convenzione di arbitrato, che assorbe in sé ogni altra questione sollevata dall'impugnante, con conseguente declaratoria di nullità della decisione arbitrale per carenza di *potestas iudicandi* in capo al Collegio decidente.

La presente statuizione non costituisce una pronuncia resa sulla competenza, trattandosi invece di una decisione riguardante questione di merito (così tra le tante da ultimo *Cass. Civ. n. 21878/2011*); al presente giudizio rescindente non può far seguito la fase rescissoria, essendo pacifico che nel giudizio di impugnazione per nullità di un lodo arbitrale, la competenza a conoscere del merito, dopo l'esaurimento della fase rescindente, presuppone un lodo emesso da arbitri effettivamente investiti di "potestas iudicandi", mentre nel caso – come quello di specie - di vizio derivante dalla mancanza del compromesso o della clausola compromissoria, non trova applicazione il principio generale di conversione dei motivi di nullità in motivi di impugnazione, da far valere nei modi e nei tempi previsti dall'art. 828 cod. proc. civ., con la conseguente preclusione del potere della corte d'appello di passare al giudizio rescissorio (così *ex multis Cass. Civ. nn. 11788/2007; 2598/2006*).

La declaratoria di nullità del lodo comporta la caducazione anche del capo che ha statuito sulle spese di lite, posto che nel giudizio di impugnazione per nullità del lodo arbitrale trova applicazione il principio, desumibile dall'art. 336, primo comma, cod. proc. civ., secondo cui la riforma, anche parziale, della sentenza di primo grado ha effetto sulle parti dipendenti dalla parte riformata (cd. "effetto espansivo interno"); alla caducazione consegue perciò il poterdovere del giudice di appello di rinnovare totalmente, anche d'ufficio, il regolamento di tali spese, alla stregua dell'esito finale della causa (così da ultimo *Cass. Civ. n. 8919/2012*).

Tanto premesso, per il principio della totale soccombenza della CODELO s. r. l., va posta a carico della stessa, in persona del legale rappresentante *p. t.*, la rifusione delle spese di lite in favore del Comune di Santa Cristina d'Aspromonte, in persona del Sindaco *p. t.*, sia del giudizio svoltosi davanti agli arbitri, sia del presente grado del giudizio.

Quanto al primo, la liquidazione va fatta ai sensi dell'art. 10, comma 2, del D. M. n. 55/2014 (applicabile *ratione temporis*) secondo i parametri di cui alla tabella n. 2 (relativa ai compensi per i giudizi davanti al Tribunale).

Avuto riguardo allo scaglione relativo al valore del *disputatum* (cfr. *Cass. Civ. n. 12227/2015*;



n. 536/2011), nonché alla natura delle prestazioni ed agli altri parametri di legge, va liquidato, per la fase del giudizio arbitrale, l'importo di Euro 8.100,00 per onorario, oltre alle spese vive documentate in atti, rimborso forfettario spese generali nella misura del 15%, IVA e CPA come per legge.

Quanto al presente grado, le spese, secondo lo stesso scaglione, vanno liquidate nella misura complessiva di Euro 7.000,00 per onorario, di cui Euro 2.100,00 per la fase di studio, Euro 1.300,00 per la fase introduttiva ed Euro 3.600,00 per la fase decisionale (non ravvisandosi prestazioni riconducibili in concreto alla fase istruttoria e/o di trattazione), oltre alle spese vive documentate in atti, rimborso forfettario spese generali nella misura del 15%, IVA e CPA come per legge.

Per analoga ragione vanno poste per intero a carico della CODELO s. r. l., in persona del legale rappresentante *p. t.*, le spese ed i compensi del C. t. u., secondo l'importo già liquidato dal Collegio arbitrale, oltre IVA.

P. Q. M.

la **Corte di Appello di Reggio Calabria, sezione civile**, uditi i procuratori delle parti, disattese ogni contraria istanza, difesa ed eccezione, definitivamente pronunciando, così provvede:

- in accoglimento della impugnazione proposta nell'interesse del COMUNE di SANTA CRISTINA d'ASPRONTE, in persona del Sindaco *p. t.*, con atto notificato il 30 settembre 2014 avverso il lodo arbitrale collegiale n. 47/14 Reg. Lodi, pronunciato a maggioranza il 20 maggio 2014, depositato presso la Camera Arbitrale per i contratti pubblici il 5 giugno 2014, nei confronti della CODELO s. r. l., in persona del legale rappresentante *p. t.*, dichiara la nullità del lodo per inesistenza di convenzione arbitrale;
- pone a carico della CODELO s. r. l., in persona del legale rappresentante *p. t.*, le spese del giudizio arbitrale, liquidate in complessivi Euro 8.100,00 per onorario, e le spese del presente grado, liquidate in complessivi Euro 7.000,00 per onorario (come in parte motiva ripartiti), oltre – per entrambe le fasi – a spese vive documentate in atti, rimborso forfettario spese generali nella misura del 15%, IVA e CPA come per legge. Pone altresì a carico della CODELO s. r. l., in persona del legale rappresentante *p. t.*, le spese di c. t. u., nella misura liquidata dal Collegio arbitrale, oltre IVA.

Manda alla Cancelleria per gli adempimenti.

***Così deciso in Reggio Calabria, nella camera di consiglio, il 24 ottobre 2016***

***Il Consigliere estensore***

(dr.ssa Anna ADAMO)

***Il Presidente***

(dr.ssa Marina MOLETI)

