

Civile Sent. Sez. 1 Num. 24550 Anno 2016

Presidente: SALVAGO SALVATORE

Relatore: DI VIRGILIO ROSA MARIA

Data pubblicazione: 01/12/2016

SENTENZA

PU

sul ricorso 11593-2011 proposto da:

COMUNE DI RUFINA, in persona del Sindaco pro tempore,
elettivamente domiciliato in ROMA, LARGO DEI LOMBARDI
4, presso l'avvocato ALESSANDRO TURCO, rappresentato
e difeso dall'avvocato GAETANO VICICONTE, giusta
procura a margine del ricorso;

- ricorrente -

2016

1533

contro

IMECO S.P.A. (c.f. 01299490639), in persona del
legale rappresentante pro tempore, elettivamente
domiciliata in ROMA, VIA CARDUCCI 10, presso la sede

della S.P.A. IMECO, rappresentata e difesa dall'avvocato GAETANO RUGGIERO, giusta procura a margine del controricorso;

- controricorrente -

avverso la sentenza n. 336/2010 della CORTE D'APPELLO di FIRENZE, depositata il 08/03/2010;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 29/09/2016 dal Consigliere Dott. ROSA MARIA DI VIRGILIO;

udito, per il ricorrente, l'Avvocato PULITI FABIO, con delega, che si riporta al ricorso e chiede l'accoglimento;

udito, per la controricorrente, l'Avvocato FEGATELLI FRANCESCA, con delega, che si riporta al controricorso e chiede il rigetto;

udito il P.M., in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. ALBERTO CELESTE che ha concluso per il rigetto del ricorso.

Svolgimento del processo

Approvato con deliberazione 164 del 25/8/98 il progetto, con deliberazione n.184 del 13/10/1998 della G.M. del Comune di Rufina venivano aggiudicati in via definitiva, a seguito di asta pubblica, alla Ditta Imeco s.p.a. i lavori di "realizzazione dei collettori fognari di convogliamento e trasporto delle acque reflue degli abitati di Scopeti, Rufina e Montebonello all'impianto di depurazione di Aschieto".

Nel corso dei lavori, l'impresa iscriveva alcune riserve; i lavori venivano ultimati il 22/1/2004 e collaudati il 24/5/2005, con verbale sottoscritto con riserva dall'impresa.

Le riserve non trovavano componimento nella procedura di cui all'art.31 bis della l.109/94.

Con atto d'accesso ad arbitrato pervenuto al Comune il 4/12/2003, col successivo atto di integrazione dei quesiti del 9/4/05, e con la memoria da ultimo depositata, Imeco formulava 12 quesiti, con i quali chiedeva la liquidazione a proprio favore delle somme indicate nelle riserve nn.3, 6, 7, 8, 9, 10, 11 e 12, oltre interessi e rivalutazione.

Costituito il collegio arbitrale il 4/5/06, sviluppatosi il giudizio arbitrale con concessione di termini per le memorie e le repliche, nonché per il deposito di documenti, prorogato dalle parti il termine per il deposito della

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

pronuncia, con lodo deciso all'unanimità nelle date del 13/12/07 e 13/6/07, sottoscritto nelle date del 28 e 29 giugno 2007, venivano parzialmente accolte le richieste dell'Impresa, nei limiti indicati, in relazione alle riserve nn.6, 7, 9 e 12, rendendosi le relative statuizione di condanna, venivano compensate per 2/5 le spese del giudizio, condannato il comune al pagamento della residua frazione come liquidata e poste le spese di funzionamento del collegio arbitrale per 2/5 a carico dell'attrice e per 3/5 a carico del convenuto, salvo il vincolo di solidarietà tra le parti.

Il lodo, su richiesta della Imeco, veniva reso esecutivo il 14/2/08 e notificato il 23/2/08 al Comune.

Proponeva impugnazione avanti alla Corte d'appello di Firenze il Comune; si costituiva la Imeco, contestando la fondatezza dei motivi *ex adverso* avanzati.

La Corte d'appello, con sentenza del 22/12/2009-8/3/2010, ha dichiarato l'inammissibilità ex art.829, 2° comma c.p.c., nel testo anteriore al d.lgs.40/2006, dell'impugnazione del lodo e condannato il Comune alle spese del giudizio.

Nello specifico, la Corte del merito ha rilevato che con il richiamo di cui all'art.3 della convenzione stipulata tra le parti il 16/4/1999, "il capitolato speciale d'appalto" veniva a costituire parte integrante della convenzione

h

stessa; che l'art.829 c.p.c., nel testo applicabile, anteriore alla riforma di cui al d.lgs.40/2006, ammette l'impugnazione per la violazione di regole di diritto, ad esclusione dell'autorizzazione delle parti agli arbitri a decidere secondo equità e della espressa previsione di non impugnabilità del lodo; che l'art.32 del capitolato speciale d'appalto, parte integrante della convenzione tra le parti, prevede al punto a), terzo periodo, che "...Il giudizio del collegio arbitrale è inappellabile"; che deve ritenersi la rilevabilità d'ufficio dell'inammissibilità dell'impugnazione per la specifica statuizione pattizia. Ricorre avverso detta pronuncia il Comune di Rufina, con ricorso affidato a dodici motivi.

Si difende con controricorso la Imeco.

Motivi della decisione

1.1.- Col primo motivo, il Comune denuncia i vizi ex art.360 nn.3 e 5 c.p.c.; deduce che gli Arbitri hanno individuato la clausola compromissoria applicabile nell'art.19 del contratto d'appalto del 16/4/1999, ritenendone la validità, mentre la Corte d'appello, in contrasto con quanto stabilito dagli Arbitri e senza fornire alcuna ragione sulla erroneità della individuazione da parte di questi, ha individuato la clausola arbitrale rilevante nel disposto contenuto nel capitolato speciale, con ciò violando la preclusione sostanziale, o quanto meno

h

processuale, intervenuta sul punto, atteso che nessuna delle parti aveva sottoposto detta questione al Giudice dell'impugnazione.

1.2.- Col secondo, si duole della violazione e falsa applicazione dell'art.112 c.p.c. per la violazione del principio *ne procedat iudex ex officio*; sostiene che la questione dell'accertamento del contenuto della clausola è attinente al merito e che nessuna delle parti ha sollevato in sede di impugnazione.

1.3.- Col terzo, della violazione dell'art.24 Cost., della violazione e falsa applicazione dell'art.101 c.p.c., atteso che la questione non era stata mai sollevata né prospettata dalla Corte d'appello.

1.4.- Col quarto, il Comune denuncia la violazione e/o falsa applicazione degli artt.1362 e ss. c.c. in relazione ai principi in tema di interpretazione dei contratti nonché il vizio di motivazione sul punto decisivo del concreto contenuto della clausola.

Il ricorrente si duole del fatto che la Corte del merito, ravvisato un profilo di contrasto tra quanto disposto dal capitolato speciale e quanto previsto nel contratto d'appalto, ha optato del tutto arbitrariamente per la previsione della non impugnabilità contenuta nel capitolato speciale, omettendo di applicato i principi di cui agli artt.1362 e ss. c.c., non ha ricercato la volontà delle

4

parti, che doveva ritenersi nel senso della prevalenza del contratto sul capitolato, avente carattere tecnico, né ha applicato i principi specificamente riguardanti l'attività amministrativa di certezza dei rapporti e del buon andamento, né ha considerato il comportamento successivo delle parti.

1.5.- Con tutti gli altri motivi, il Comune ripropone le questioni di merito fatte valere nel giudizio avanti alla Corte del merito.

Col quinto, ripropone l'eccezione di carenza di legittimazione dell'appaltatrice per la avvenuta cessione dei crediti; col sesto, si duole della violazione dell'art.112 c.p.c. per l'omessa pronuncia di nullità del lodo per violazione degli artt. 1362 e ss. con riferimento agli artt.16 e 17 del capitolato speciale e per vizio di motivazione; col settimo, della violazione dell'art.112 c.p.c. per l'omessa pronuncia di nullità del lodo per la violazione degli artt. 11 e 54 del r.d. 350/1895 e per vizio di motivazione; con l'ottavo, della violazione dell'art.112 c.p.c. per l'omessa pronuncia di nullità del lodo per la violazione degli artt. 1362 e ss. c.c. con riferimento all'art.10 del capitolato generale di appalto approvato con d.p.r. 1063/1962 e del vizio di motivazione; con il nono, della omessa pronuncia di nullità del lodo per violazione e falsa applicazione degli artt.

1183 e 1362 c.c. con riferimento alle pattuizioni contrattuali circa il termine di consegna dei lavori e in relazione alla penale per la ritardata ultimazione ex art.16 del capitolato speciale; col decimo, dell'accoglimento parziale della riserva n.7 per la violazione dell'art.112 c.p.c., per violazione e falsa applicazione dell'art.26 della l.109/94 e degli artt. 1223 e 1225 c.c.; con l'undicesimo e dodicesimo, in ordine alle riserve 9 e 12 rispettivamente, per la violazione dell'art.112 c.p.c., per l'omessa pronuncia sulla nullità del lodo per violazione e falsa applicazione degli artt.11 e 54 r.d. 350/1895, nonché omessa pronuncia sulla nullità del lodo per la violazione degli artt.1362 e ss c.c. con riferimento all'art.16 del capitolato generale di appalto, per la violazione degli artt.1362 e ss c.c. con riferimento all'art.25 del capitolato speciale e per la violazione dell'art.1227 c.c.

2.1.- I primi tre motivi, in quanto strettamente collegati, vanno valutati unitariamente e sono da ritenersi infondati. La deduzione di fondo del Comune, sottesa ai tre motivi, è che, avendo gli Arbitri individuato la clausola compromissoria applicabile nell'art.19 del contratto d'appalto del 16/4/1999, ritenendone la validità, si sarebbe formata sul punto una preclusione sostanziale o

h

quanto meno processuale, non avendo le parti impugnato il lodo sotto tale profilo.

Detta tesi non è sostenibile, atteso^{che} spettava alla Corte d'appello esaminare la questione della impugnabilità del lodo, in quanto inerente l'ammissibilità dell'impugnazione. Come affermato, tra le altre, nella pronuncia 6394/2000, "L'art. 829 c.p.c. ammette la impugnabilità del lodo, nonostante qualunque rinuncia, per i motivi indicati al primo comma, attinenti alla nullità del compromesso e ad errores in procedendo. Il secondo comma dell'art. 829 ammette l'impugnazione del lodo "se gli arbitri nel giudicare non hanno osservato le regole di diritto", salvo che le parti li abbiano autorizzati a decidere secondo equità, o abbiano dichiarato il lodo non impugnabile. Pertanto, secondo l'espresso dettato legislativo, la previsione nel compromesso o nella clausola compromissoria della non impugnabilità del lodo, rende inammissibile la sua impugnazione per violazione di norme di diritto sostanziale, e tale inammissibilità, attenendo ai limiti all'impugnazione del lodo stabiliti dal codice di rito, in quanto conformativa del contenuto dell'impugnazione proponibile avverso i lodi arbitrali, va rilevata anche di ufficio. Ne consegue che - come questa Corte ha già avuto modo di affermare - in caso di impugnazione per nullità del lodo arbitrale, il giudice deve esaminare anche di ufficio

4

il contenuto della clausola compromissoria, per stabilire se essa preveda la non impugnabilità della decisione degli arbitri e precluda quindi di dedurre l'inosservanza di regole di diritto sostanziale come motivo di impugnazione (Cass. 15 aprile 1999, n. 3725; 2 luglio 1988, n. 4404)".

Né occorre che il Giudice del merito provocasse il contraddittorio sul profilo della impugnabilità del lodo, perché, come si è detto, si trattava di questione di diritto rilevabile d'ufficio, e come affermato tra le ultime nella pronuncia 2984/2016, la sentenza che decida su di una questione di puro diritto, rilevata d'ufficio, senza procedere alla sua segnalazione alle parti onde consentire su di essa l'apertura della discussione (cd. terza via), non è nulla in quanto, da tale omissione può solo derivare un vizio di "error in iudicando", ovvero di "error in iudicando de iure procedendi", la cui denuncia in sede di legittimità consente la cassazione della sentenza solo se tale errore sia in concreto consumato; qualora, invece, si tratti di questioni di fatto, ovvero miste di fatto e di diritto, la parte soccombente può dolersi della decisione sostenendo che la violazione del dovere di indicazione ha vulnerato la facoltà di chiedere prove o, in ipotesi, di ottenere una eventuale rimessione in termini, sicché, ove si tratti di sentenza di primo grado appellabile, può proporsi specifico motivo di appello solo al fine di

rimuovere alcune preclusioni (specie in materia di contro-eccezione o di prove non indispensabili), senza necessità di ottenere la rimessione in primo grado, salva la prova, in casi ben specifici e determinati, che sia stato realmente ed irrimediabilmente vulnerato lo stesso valore del contraddittorio.

2.4.- Il quarto mezzo è fondato.

Come si è già detto nell'espositiva del motivo, la Corte del merito si è limitata a recepire il senso letterale dell'art.32 del capitolato speciale, costituente parte integrante del contratto d'appalto, nella parte in cui, al punto a) terzo periodo, recita: "...Il giudizio del collegio arbitrale è inappellabile".

Così facendo, la Corte del merito è incorsa sia nel vizio di violazione di legge che nel vizio di motivazione.

Ed infatti, la Corte d'appello, a cui spettava accertare d'ufficio l'impugnabilità o meno del lodo per violazione delle regole di diritto ex art. 829, 2° comma c.p.c. *ratione temporis* applicabile, avrebbe dovuto avere in *primis* riguardo alla clausola compromissoria contenuta nel contratto d'appalto, seguito ad un procedimento ad evidenza pubblica, e non certamente limitarsi alla mera recezione dell'inciso del capitolato d'appalto, avulso tra l'altro dal resto della disposizione, tanto più considerato che di norma il capitolato speciale svolge la funzione tecnica di

integrare e personalizzare il contratto e non certamente quella di contrapporsi e contraddire il regime delle controversie fissato nel contratto e reso noto al pubblico. Al più, il ravvisato profilo di contrasto avrebbe dovuto comportare la risoluzione del rapporto tra le due disposizioni contrattuali, sempre che l'art 32 del capitolato speciale avesse inteso regolare le medesime controversie indicate dalla clausola contrattuale e non già quelle insorte in corso d'opera con la D.L. di cui all'art.31 bis della l.109, e che sono tendenzialmente questioni che trovano più appropriata collocazione nei capitolati; e nel caso di accertato, reale contrasto tra le due disposizioni, il Giudice del merito avrebbe dovuto accertare l'effettiva intenzione delle parti ex art.1362 c.c., anche seguendo la regola ermeneutica di cui al 2° comma della norma cit., e quindi valutare il comportamento delle parti, sia nella fase arbitrale(le parti si erano rivolte agli Arbitri valendosi della clausola compromissoria contrattuale, e quindi nella prospettiva dell'impugnabilità del lodo), che nella fase dell'impugnazione, ove neppure la Imeco aveva mai messo in dubbio il profilo dell'impugnabilità.

In ogni caso, la Corte del merito avrebbe dovuto condurre una adeguata indagine interpretativa, che ha del tutto

h

omesso, e spiegare adeguatamente le ragioni della interpretazione a cui è pervenuta.

2.2.- Restano assorbiti gli ulteriori motivi.

3.1.- Conclusivamente, respinti i primi tre motivi di ricorso, va accolto il quarto motivo, assorbiti gli altri; va cassata quindi la sentenza impugnata in relazione al motivo accolto, con rinvio alla Corte d'appello di Firenze in diversa composizione, che si atterrà ai principi sopra esposti, ed alla quale spetterà anche decidere sulle spese del presente giudizio.

P.Q.M.

La Corte respinge i primi tre motivi del ricorso, accoglie il quarto motivo, assorbiti gli altri; cassa la sentenza impugnata in relazione al motivo accolto e rinvia alla Corte d'appello di Firenze in diversa composizione, anche per le spese del presente giudizio.

Così deciso in Roma, in data 29 settembre 2016 f