

Civile Sent. Sez. 1 Num. 2984 Anno 2016

Presidente: SALVAGO SALVATORE

Relatore: DI VIRGILIO ROSA MARIA

Data pubblicazione: 16/02/2016

SENTENZA

... sul ricorso 3089-2014 proposto da:

COMUNE DI ANCONA (c.f. 00351040423), in persona del Sindaco pro tempore, elettivamente domiciliato in ROMA, VIALE GIULIO CESARE 71, presso l'avvocato ALOISIA BONSIGNORE, rappresentato e difeso dall'avvocato FRANCO BOLDRINI, giusta procura in calce al ricorso;

2015

1858

- *ricorrente* -

contro

ICS GRANDI LAVORI S.P.A., già ing. CLAUDIO SALINI
GRANDI LAVORI S.P.A., in persona del legale

rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIALE AMERICA 11, presso l'avvocato ANDREA MUSENGA, che la rappresenta e difende unitamente all'avvocato DAVIDE ANGELUCCI, giusta procura a margine del controricorso;

- **controricorrente** -

avverso la sentenza n. 3465/2013 della CORTE D'APPELLO di ROMA, depositata il 13/06/2013;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 12/11/2015 dal Consigliere Dott. ROSA MARIA DI VIRGILIO;

udito, per il ricorrente, l'Avvocato BOLDRINI che si riporta al ricorso ed alla memoria;

udito, per la controricorrente, l'Avvocato MUSENGA che si riporta agli atti difensivi;

udito il P.M., in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. SERGIO DEL CORE che ha concluso per la trasmissione atti al Primo Presidente per le Sezioni Unite, in subordine accoglimento dei motivi da tre a cinque, assorbiti gli altri.

Svolgimento del processo

Con lodo deliberato a maggioranza il 15/7/2009, il Collegio arbitrale costituito presso la Camera Arbitrale per i contratti pubblici respingeva la domanda di risoluzione del contratto per inadempimento del Comune (non sussisteva infatti la sorpresa geologica determinata dalla scoperta di una cavità antropica né erano imputabili al Comune gli smottamenti superficiali del terreno posto a monte del cantiere, dovuti a sovrabbondanti precipitazioni meteoriche), riteneva peraltro il contratto risolto per mutuo consenso e che all'Impresa era dovuto un equo compenso per i maggiori costi sopportati durante l'esecuzione dei lavori.

Condannava pertanto il Comune di Ancona al pagamento alla Ing. Claudio Salini Grandi Lavori s.p.a. della somma di euro 3.574.798,65, comprensiva di interessi e rivalutazione, oltre interessi dalla data di deposito del lodo, ponendo a carico del Comune le spese del giudizio arbitrale e per i 2/3 le spese della Ing. Claudio Salini.

Il Comune impugnava per nullità il lodo, con atto notificato il 15/12/2009; si costituiva la società, deducendo l'inammissibilità dei motivi fatti valere dall'attrice in impugnazione ed avanzava impugnazione incidentale.

La Corte d'appello di Roma, con sentenza del 27/5-13/6/2013, ha respinto l'appello principale, assorbito

l'incidentale, e condannato l'appellante alle spese, distratte a favore dei difensori.

Nello specifico, la Corte del merito ha in primis ritenuto applicabili le modifiche apportate dal d.lgs.40/2006 ai procedimenti arbitrali introdotti dopo la data di entrata in vigore del d.lgs. cit. a norma dell'art.27, 4° comma, ancorchè nascenti da clausole arbitrali stipulate anteriormente, disattendendo l'orientamento espresso nella pronuncia del S.C. 6148/2012; ha quindi riunito le censure del Comune in quattro gruppi, intesi a far valere: a) la nullità del lodo per ultrapetizione in relazione alla domanda di risoluzione consensuale, anche in violazione del principio del contraddittorio; b) la nullità del lodo per la violazione di regole di diritto riguardanti il merito della controversia; c) la nullità del lodo per la mancata sottoscrizione della convenzione d'arbitrato ex art.1341 c.c.;d) la nullità del lodo per contraddittorietà e mancanza di motivazione sull'eccezione di inammissibilità avanzata dal Comune, della domanda proposta dall'impresa con la prima memoria.

Ha escluso le censure del primo gruppo, per avere ambedue le parti manifestato la volontà di sciogliersi dal contratto sia pure per ragioni diverse, da cui la correttezza della pronuncia arbitrale di risoluzione per mutuo consenso, atteso il fatto oggettivo estintivo dei diritti nascenti dal contratto, rilevabile d'ufficio senza

alcuna lesione del diritto al contraddittorio, stante la tempestiva deduzione dei quesiti e la concessione di svariati termini per memorie e repliche utilizzati dall'appellante;

ha ritenuto che tutte le censure sub b) riguardavano la violazione di regole di diritto relative al merito della controversia (in particolare, la decadenza per la mancata iscrizione delle riserve), né attenevano alla violazione di principi generali dell'ordinamento, di norme imperative, di principi costituzionali ed immanenti dell'ordinamento, deducibili ex art. 829, 3° comma nella formulazione vigente; ha respinto le censure sub c), rilevando che la forma pubblica amministrativa con cui era stata rogata la concessione non richiede la specifica approvazione per iscritto anche in presenza di clausole predisposte unilateralmente, e comunque si trattava di eccezione sollevabile solo dalla controparte, avendo l'Amministrazione predisposto il contratto;

ha respinto le censure sub d), rilevando che gli Arbitri avevano motivato adeguatamente in relazione ai quesiti ed avevano ritenuto implicitamente superata l'eccezione di novità della domanda alla luce della dichiarata risoluzione consensuale.

Ricorre avverso detta pronuncia il Comune, con ricorso affidato a dieci motivi.

Si difende con controricorso la ICS Grandi Lavori s.p.a.,
già Ing.Claudio Salini Grandi Lavori s.p.a.

Ambedue le parti hanno depositato le memorie ex art.378
c.p.c.

Motivi della decisione

1.1.- Col primo mezzo, il Comune si duole della violazione
e falsa applicazione dell'art. 27 n.4 del d.lgs. 40/2006,
avanzando in subordine, ove ritenuta corretta
l'interpretazione adottata dalla Corte del merito,
questione di costituzionalità, per la violazione degli
artt. 3 e 24 Cost.

1.2.- Col secondo, si duole dell'omesso esame di un fatto
decisivo oggetto di discussione tra le parti, in relazione
all'art.360 n.5, nel testo vigente, come introdotto dal
d.l. 83/2012, convertito con modificazioni nella l.
134/2012, e n.4 c.p.c., sostenendo la nullità della
sentenza per la radicale assenza di motivazione sulle
allegazioni del Comune in relazione alla rilevanza
dell'espresso richiamo nella clausola arbitrale alle
disposizioni di cui agli artt.150 del d.p.r. 21/12/1994 e
34 del Capitolato, da cui la volontà delle parti per il
richiamo alla disciplina normativa prevedente espressamente
l'impugnabilità del lodo per violazione di legge.

2.1.- I primi due motivi, strettamente collegati, vanno
valutati unitariamente e l'accoglimento del secondo assorbe
l'esame del primo.

La questione posta dal Comune di Ancona verte sull'interpretazione della norma transitoria di cui all'art. 27, 4° comma, d.lgs. 40/2006, e, specificamente, sull'applicazione dell'art.829, 3° comma, c.p.c. novellato, nel caso, come quello di specie, della proposizione della domanda di arbitrato successivamente all'entrata in vigore del d.lgs. 40/2006, in relazione a convenzione arbitrale antecedente a detta entrata in vigore.

L'art.27, "Disciplina transitoria", del d.lgs. 40/2006, al 4° comma così dispone: "Le disposizioni degli articoli 21, 22, 23, 24 e 25 si applicano ai procedimenti arbitrali, nei quali la domanda di arbitrato è stata proposta successivamente alla data di entrata in vigore del presente decreto."; con l'art.24 è stato sostituito anche il capo V, Impugnazioni, e quindi, specificamente, l'art.829 c.p.c., che, anteriormente alla riforma, disponeva al 2° comma che: "L'impugnazione per nullità è altresì ammessa se gli arbitri nel giudicare non hanno osservato le regole di diritto, salvo che le parti li avessero autorizzati a decidere secondo equità o avessero dichiarato il lodo non impugnabile", mentre nel testo riformato, il 3° comma, nella parte che qui interessa, dispone che: " L'impugnazione per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia è ammessa se espressamente disposta dalle parti o dalla legge..."

Sulla questione, questa Corte si è espressa, con la sentenza 6148/2012, nel senso di ritenere le convenzioni anteriori al 2/3/2006 regolate dalla legge previgente, da cui l'impugnabilità per violazione di regole di diritto dei relativi lodi, anche se emessi a seguito di procedimento arbitrale instaurato dopo l'entrata in vigore della riforma.

Sostanzialmente, detta pronuncia ha argomentato la conclusione raggiunta, valorizzando il principio generale discendente dall'applicazione dell'art.11 delle preleggi, secondo cui le condizioni di efficacia e gli effetti di un atto negoziale sono disciplinati dalla legge in vigore al momento in cui sono adottati, salva, in materia contrattuale, una nuova disposizione di legge che determini la sopravvenuta nullità o inefficacia della clausola in oggetto.

Detta pronuncia ha altresì ritenuto che la diversa interpretazione presterebbe il fianco a rilievi di carattere costituzionale, e nello specifico, alla violazione dei principi di cui agli artt.3 e 24 Cost.

A detta sentenza ha prestato motivata adesione la successiva pronuncia 12379/2014, ed il principio è stato ribadito in successive pronunce non massimate.

In contrario avviso, per l'applicazione immediata, invero già ritenuta nella sentenza 2400/2012, si è espressa la sezione sesta-I, con l'ordinanza 21205/2013, nel senso di

ritenere che "il novellato art. 829 cod. proc. civ., si applica, come indicato nel D.Lgs. n. 40 del 2006, art. 27, comma 4, ai procedimenti arbitrali nei quali la domanda di arbitrato (nella specie introdotta il 12/2/2007) è stata proposta successivamente alla data di entrata in vigore del decreto, a nulla rilevando, secondo il chiarissimo disposto della norma transitoria, il riferimento temporale relativo alla clausola compromissoria".

L'interpretazione della norma transitoria, pertanto, allo stato non può ritenersi consolidata in un senso o nell'altro, ma è ben possibile risolvere la questione di specie, prima ancora della decisione delle Sezioni unite, a seguito dell'ordinanza di rimessione ex art. 374 c.p.c., resa nel procedimento di cui al n.rg.23351/2012.

Ed infatti, col secondo motivo, il ricorrente Comune ha fatto valere anche il vizio processuale(oltre che quello ex art.360 n.5 c.p.c.)ex art.360 n 4 c.p.c.

Detto vizio deve ritenersi sussistente, attesa la violazione del principio della corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato, ex art.112 c.p.c., per non essersi la Corte capitolina in alcun modo pronunciata in relazione alla deduzione della difesa del Comune, intesa a far valere il richiamo tacito o espresso delle parti alla normativa anteriore al 2/3/2006 e quindi all'impugnabilità per violazione di regole di diritto.

Il Comune aveva infatti prospettato sia una sorta di rinvio "automatico" delle parti a detta impugnabilità con la sottoscrizione del contratto d'appalto, ove è contenuta la clausola compromissoria, nel maggio 2003, nella vigenza dell'art.829 c.p.c. ante riforma, sia il rinvio espresso, attesa la formulazione della clausola compromissoria, riportata nel ricorso nella parte che qui rileva, nei seguenti termini:

"Eventuali controversie,... saranno demandate al giudizio del collegio arbitrale costituito presso la Camera Arbitrale per i lavori pubblici secondo quanto previsto dall'art.150 del D.p.r. 21 dicembre 1994 e dall'art. 34 del Capitolato." L'art. 34 del d.m. 145/2000, al 3° comma, stabilisce la risoluzione delle controversie ad opera di "un collegio arbitrale costituito presso la Camera arbitrale per i lavori pubblici secondo le modalità previste dal regolamento. Il giudizio arbitrale si svolge secondo le regole di procedura contenute nel decreto del Ministro dei lavori pubblici di concerto con il Ministro della giustizia previsto dall'articolo 32 della legge."

Il d.m. 2 dicembre 2000, n.398, Regolamento recante le norme di procedura del giudizio arbitrale, ai sensi dell'articolo 32 della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e successive modificazioni, all'art.12, stabiliva che, per quanto non disciplinato dallo stesso decreto "si applicano le norme contenute nel titolo VIII del libro IV del codice

di procedura civile", tra le quali vi è l'art.829 c.p.c. nella formulazione in allora vigente, il cui 2° comma disponeva (per quanto qui interessa) "L'impugnazione per nullità è altresì ammessa se gli arbitri nel giudicare non hanno osservato le regole di diritto...".

Sulle due prospettazioni del Comune, come sopra riportate, la Corte del merito ha omesso ogni statuizione, così incorrendo nel vizio processuale denunciato, e rimanendo assorbito l'esame dell'ulteriore vizio ex art.360 n.5 c.p.c. parimenti denunciato.

1.2bis. Ma l'omissione si è risolta altresì in una palese violazione (anche) del nuovo testo della disposizione (oggi inserita nel 3° comma dell'art.829 c.p.c., come modificata dal d.lgs. 40 del 2006), completamente travisata dalla sentenza impugnata perché interpretata come se la nuova norma avesse comunque ed in ogni caso precluso "l'impugnazione per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia": invece mantenuta e perciò pur dopo la riforma ammissibile "se espressamente disposta dalle parti o dalla legge".

Al riguardo questa Corte ha ripetutamente specificato che alle parti non è richiesta né l'utilizzazione di alcuna forma solenne, né tanto meno la ripetizione testuale nella clausola compromissoria (o nel compromesso) della formula legislativa: potendo conseguire il medesimo risultato con il richiamo di disposizioni legislative, regolamentari, di

capitolati, e perfino pattizie che prevedano l'impugnazione del lodo anche per errores in iudicando: perciò pure in tali casi espressamente invocata da entrambe le parti in forza della c.d. "relatio perfecta" con queste, ed avente il valore di clausola concordata dai contraenti per essi (nonché per il giudice) vincolante ai sensi dell'art.1372 c. c.

Pertanto nella fattispecie, _____ proprio l'asserito intendimento della Corte territoriale di attenersi attraverso il menzionato art.27 al nuovo regime di impugnazione dei lodi introdotto dall'art.24 d.lgs. 40/2006, imponeva l'applicazione dei principi ripetutamente enunciati da questa Corte ed invece, del tutto ignorati dalla sentenza secondo cui: I) l'atto esterno al negozio - nella specie costituito dall'art.32 della legge 109 e dalla normativa dallo stesso richiamata, quale il futuro d.p.r. 554/1999- viene fatto proprio dagli stipulanti attraverso il meccanismo della "relatio perfecta", e messo su un piano di parità rispetto al contratto di appalto direttamente compilato e sottoscritto, equivalendo il rinvio al menzionato art.32 alla materiale trascrizione del suo contenuto nel contratto di cui è venuto a formare parte integrante; e non ad un collegamento alle fonti normative eventualmente richiamate al momento della sua formazione o dalle quali ne è stato tratto il contenuto (Cass. 16544/2015;4176 _____ e

14789/2007;3768/2006;6394/2000;sez.un.5289/1998);

II) formatasi la volontà contrattuale secondo la disciplina dettata nella recepita normativa vigente nel momento in cui il contratto è stato concluso, l'intero rapporto è retto e deve svolgersi secondo quella disciplina; e le successive vicende di dette norme possono spiegare influenza sul rapporto solo se e quando le parti manifestino la volontà di tenerne conto a modificazione dei pregressi accordi. Ed in mancanza siccome la fonte della disciplina contrattuale va individuata non in esse, ma nella convenzione richiamata (esattamente in ragione dell'effetto vincolante che, attraverso la pattuizione liberamente intervenuta tra i contraenti, questi ultimi hanno attribuito al loro contenuto), l'intero rapporto è retto e deve svolgersi secondo la suddetta disciplina senza che le eventuali modificazioni delle norme legislative in questione possano alterarne il regime (Cass.7197/2011;17083/2008;12416/2004; 8420/2000).

Sicchè spetterà al giudice di rinvio procedere alla disamina omessa dalla sentenza impugnata, attenendosi ai principi esposti.

1.3.- Col terzo motivo, il Comune si duole della nullità della sentenza per l'omessa ed apparente motivazione in relazione alla pronuncia di scioglimento del contratto per mutuo consenso, ex art.360 n.4 c.p.c., e per la violazione

del principio del contraddittorio e del diritto di difesa, ex art.829, 1° comma, n.9, 112 c.p.c., 360 n.3 c.p.c.

1.4.- Col quarto mezzo, il ricorrente si duole dell'omesso esame del motivo di impugnazione fatto valere ex art. 829,1° comma n.12, c.p.c., col quale la parte aveva contestato l'efficacia dell'asserito mutuo consenso per vizio di forma, da cui la violazione dell'art.112 c.p.c.

1.5.- Col quinto motivo, il Comune censura la pronuncia impugnata per la violazione e falsa applicazione dell'art.1372 c.c., nonché dell'art.112 c.p.c., per ultrapetizione, avendo la Corte capitolina ritenuto che le contrapposte domande di risoluzione del contratto d'appalto implicassero la manifestazione della comune volontà delle parti di sciogliersi dal contratto, determinando lo scioglimento per mutuo dissenso.

2.2.- I tre motivi di ricorso, in quanto strettamente collegati, vanno esaminati congiuntamente e sono tutti fondati, per le ragioni di seguito esposte.

Il Comune, sostanzialmente, fa valere il vizio processuale sotto i due profili dell'ultrapetizione ed omessa pronuncia, e della violazione del diritto del contraddittorio e di difesa da parte della Corte d'appello, che, pur riconoscendo che l'accertamento della risoluzione del contratto per mutuo consenso non era stato richiesto da nessuna delle parti, ha ritenuto corretto il rilievo d'ufficio degli Arbitri di detta risoluzione, per avere

entrambe le parti manifestato la volontà di sciogliersi dal vincolo contrattuale, sia pure per ragioni diverse, in quanto "fatto estintivo dei diritti nascenti dal contratto ed accertabile dal giudice anche d'ufficio se rilevante ai fini del decidere", senza neppure valutare la contestazione del Comune per vizio di forma dell'asserito mutuo consenso.

A) Tanto premesso, appare dirimente una prima osservazione sulla inconfigurabilità in radice, nel caso concreto, di una comune domanda in tali sensi.

Nel giudizio arbitrale, la Ing. Claudio Salini Grandi Lavori s.p.a. chiedeva che venisse resa pronuncia di risoluzione del contratto per fatto e colpa del Comune di Ancona, con la conseguente condanna al pagamento di 1/10 dell'importo contrattuale da eseguirsi, nonché delle somme indicate nei quesiti da 3 a 29; il Comune insisteva per il rigetto di tutte le richieste avversarie; nella memoria difensiva depositata l'11/2/2008, la società, nella denegata ipotesi di rigetto della domanda di risoluzione, chiedeva che venisse accertata l'illegittimità del provvedimento di risoluzione in danno, adottato dal Comune, e, disapplicato detto atto, venisse pronunciata la risoluzione del contratto per grave inadempimento dell'ente appaltante.

Il Comune eccepiva la novità, tra le altre, di detta domanda, deducendo che in ogni caso gli Arbitri non si sarebbero dovuti occupare della rescissione ex art. 119 del

d.p.r. 554/99, ora art. 136 Codice degli appalti. Nessuna richiesta formulava di risoluzione del contratto per inadempimento della controparte o per altri titoli.

Gli Arbitri non si sono pronunciati sull'ammissibilità della domanda della società formulata nella memoria, hanno respinto le domande di risoluzione, ma hanno ritenuto di concludere per la risoluzione per mutuo dissenso, sull'asserito presupposto che entrambe le parti avevano manifestato la volontà di sciogliersi dal contratto.

La Corte d'appello, pronunciandosi sull'impugnazione del Comune basata sul punto, sull'ultrapetizione e sulla introduzione d'ufficio di elementi di fatto mai dedotti senza dare alle parti la possibilità di interloquire, ha assunto l'esistenza della volontà di entrambe di sciogliersi dal vincolo, e ha ritenuto la rilevabilità d'ufficio del detto "fatto oggettivo estintivo" del contratto.

Così statuendo, ha introdotto un fatto, ovvero il **mutuo dissenso** delle parti, che non ha mai fatto parte del giudizio arbitrale; e che non poteva farvi parte in mancanza del suo presupposto principale costituito dal "consenso" di entrambi i contraenti (art.1372 c.c.) una volta che in base allo svolgimento della vicenda processuale riferito dalla stessa sentenza impugnata, il Comune non aveva mai proposto alcuna domanda di risoluzione per qualsivoglia ragione. E che seppure

4

un'istanza in tali termini fosse stata avanzata dall'ente in un qualsiasi atto processuale, la stessa avrebbe dovuto essere considerata tamquam non esset ai fini del supposto mutuo consenso, richiedendo lo stesso la medesima forma stabilita per la conclusione del contratto (così tra le ultime la pronuncia 8234/2009), e quindi la forma scritta ad substantiam, richiesta anche quando la P.A. agisca iure privatorum, salve le eccezioni espressamente previste per legge, sulla base del disposto di cui agli artt.16 e 17 del r.d. 2440/1923(in tal senso, tra le ultime, le pronunce 11930/2006 e 1702/2006).

Del resto anche sotto tale profilo il lodo era stato specificamente, ma inutilmente censurato dal comune, dato che la Corte di appello ancora una volta ha omesso del tutto di prendere in considerazione il relativo motivo.

B) Non è d'altra parte consentito confondere la manifestazione processuale "della volontà di sciogliersi dal vincolo contrattuale" ipotizzata da entrambi i giudici di merito in capo al comune (pag.8 sent.), con il procedimento di rescissione/risoluzione del contratto per grave adempimento, grave irregolarità e grave ritardo, svolto dall'amministrazione in danno dell'appaltatore, ai sensi dell'art.119 d.p.r. 554 del 1999 (che ha sostituito analogo istituto previsto dall'art.340 legge 2248 del 1865 All.F); anzitutto perché nel caso concreto la notizia di detto procedimento non è stata

h

introdotta nel giudizio arbitrale dal comune (che si è limitato a confermarla nel ricorso a questa Corte), ma solo dalla Ing. Claudio Salini.

E quindi, e soprattutto, perché lo stesso, costituendo come è noto, espressione della potestà dell'amministrazione, di caducare attraverso uno strumento autoritativo e pubblicistico (Cass.1642/1998) il contratto quando l'appaltatore si renda colpevole di grave inadempimento (in passato di frode o di grave negligenza o di contravvenzione agli obblighi ed alle condizioni stipulate cfr. Cass. 8534/2000), si conclude con un provvedimento amministrativo di autotutela decisoria che -pur incidendo sul rapporto di diritto privato-, in tale ambito esaurisce i suoi effetti (Cass.sez.un. 27170/2006;19787/2003): senza influire sui mezzi giurisdizionali di tutela attribuiti alle parti del contratto dagli art.1453 e segg. c. c., né condizionarne la conseguente condotta processuale.

Di talchè la giurisprudenza di questa Corte è fermissima da decenni nell'affermare che detto provvedimento non preclude all'appaltatore di contestarne la legittimità davanti al G.O. sia per ragioni sostanziali che procedurali al fine di ottenere il risarcimento dei danni subiti (Cass. n. 1642/1998; sez.un. n. 1224/1976); nonché ad entrambe le parti (e quindi anche alla P.A. committente) di chiedere, previa disapplicazione in via incidentale del provvedimento, la risoluzione del contratto per

inadempimento della controparte ex art. 1453 e segg. c.c.
(ovvero per altra causa: cfr. Cass. n. 1217/2000).

Ma nel caso quest'ultima richiesta, formulata dalla sola impresa, è stata respinta tanto dagli Arbitri, quanto dalla Corte di Appello, che hanno escluso (con statuizione ormai passata in giudicato) il prospettato inadempimento dell'amministrazione: perciò esauendo l'obbligo posto dall'art.112 c.p.c. "di pronunciare su tutta la domanda" risolutoria effettivamente introdotta nel giudizio ed esponendo al vizio di ultrapetizione le ulteriori statuizioni rese sulla vicenda "oltre i limiti della domanda". Il quale vizio nel caso ha comportato la conseguenza ulteriore e del tutto abnorme che, malgrado il confermato rigetto della domanda di risoluzione dell'impresa avesse reso definitivo il provvedimento amministrativo di rescissione/risoluzione adottato dal comune -in tal modo concludendo la vicenda contrattuale in via amministrativa- detto atto di autotutela è stato di fatto revocato e sostituito "dalla statuizione di risoluzione per mutuo dissenso" (pag.8 sent.) in violazione del noto divieto di annullamento o di revoca del provvedimento amministrativo imposto al giudice ordinario dall'art.4 legge abol. cont. Amm. (Cass.sez.un. 5841/1984; 12247;976;1531/1972).

C) Il Collegio deve aggiungere per completezza che il vizio di ultrapetizione è comunque ravvisabile ex se, per essere

la Corte d'appello incorsa nell'ulteriore errore di ritenere che, risultando il fatto del mutuo dissenso (pur in mancanza, come s'è detto della manifestazione di una delle parti in tal senso), si potesse rilevare d'ufficio la risoluzione per tale ragione.

Ed infatti, come ritenuto dalle Sezioni unite nella pronuncia 329/1983, e ribadito nella sentenza resa a sezione semplice, 4493/2014, il giudice, adito con contrapposte domande di risoluzione per inadempimento del medesimo contratto, può accogliere l'una e rigettare l'altra, ma non anche respingere entrambe e dichiarare l'intervenuta risoluzione consensuale del rapporto, implicando ciò una violazione del principio della corrispondenza fra il chiesto ed il pronunciato, mediante una regolamentazione del rapporto stesso difforme da quella perseguita dalle parti.

D) Infine, con la statuizione impugnata la Corte del merito ha violato anche il diritto del contraddittorio e di difesa.

Ed infatti, come affermato nella pronuncia delle Sezioni unite, 20935/2009, nel caso in cui il giudice esamini d'ufficio una questione di puro diritto, senza procedere alla sua segnalazione alle parti onde consentire su di essa l'apertura della discussione (c.d. terza via), non sussiste la nullità della sentenza, in quanto (indiscussa la violazione deontologica da parte del giudicante) da tale

omissione non deriva la consumazione di altro vizio processuale diverso dall'"error iuris in iudicando" ovvero dall'"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 di quel dovere di indicazione ha vulnerato la facoltà di chiedere prove o, in ipotesi, di ottenere una eventuale rimessione in termini, con la conseguenza che, ove si tratti di sentenza di primo grado appellabile, potrà proporsi specifico motivo di appello solo al fine di rimuovere alcune preclusioni (specie in materia di controeccezione o di prove non indispensabili), senza necessità di giungere alla più radicale soluzione della 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.

E nel caso, la decisione è stata adottata introducendo il fatto non versato in atti dalle parti, ovvero il mutuo dissenso, in presenza per di più della specificazione da parte del Comune di Ancona delle difese che la parte avrebbe potuto adottare, ove indicata dagli Arbitri la questione. Per cui, essendo il lodo comunque viziato per la non corrispondenza tra chiesto e giudicato - per avere

h

accolto una domanda di accertamento della risoluzione del contratto per mutuo dissenso ex art.1372 c. c. in luogo della pronuncia costitutiva della risoluzione per inadempimento del comune richiesta dall'impresa- la sentenza impugnata era tenuta a rilevare che la pronuncia su tale domanda diversa aveva comportato la palese violazione del principio del contraddittorio di cui all'art.829,1° comma n.9 c.p.c. denunciata nell'atto di impugnazione, sotto entrambi i profili dedotti dal comune (Cass.2599/2006; 16993/2007;11864/2015).

1.6.- Identiche considerazioni vanno ripetute in merito all'attribuzione all'impresa dell'indennizzo e/o dell'equo compenso di cui all'art.1664,2° comma c.c., peraltro del tutto incompatibili con il provvedimento di rescissione/risoluzione del contratto per grave inadempimento dell'appaltatore di cui al citato art.119 d.p.r. 554 del 1999, che gli conferisce il solo diritto al pagamento "dei lavori eseguiti regolarmente" come attestati e stimati dalla D.L. (1° comma).

Col sesto mezzo, infatti, il Comune ha denunciato la nullità della sentenza, per l'omesso esame del nono e del decimo motivo di impugnazione del lodo, che pur respingendo le richieste dell'impresa di risarcimento del danno sia per l'illegittima sospensione disposta dalla stazione appaltante con atto del 9 febbraio 2004, ad essa causando ingenti danni (maggiori spese generali, mancati utili ed

h

inutilizzazione di uomini e mezzi, come elencati nella riserva n.1), sia per l'andamento anomalo dell'appalto (riserva n.2), d'ufficio e con vizio di extrapetizione, ha condannato la parte al pagamento dei menzionati indennizzi ex art. 1664, 2° comma c.c. per l'imprevedibile scoperta in corso d'opera di una cavità antropica nonché per le difficoltà di esecuzione dei lavori che si erano manifestate per imprevedibili ed intensi eventi metereologici.

1.7.- Col settimo mezzo, il Comune ha dedotto la violazione dell'art. 829, 1° comma n. 9 c.p.c., per avere ritenuto inammissibili i motivi nove e dieci dell'impugnazione, perché dipendenti da violazione di norme di legge; laddove gli stessi erano rivolti a denunciare nuovamente (ed anzitutto) "la violazione del principio del contraddittorio e dell'art.112 cod.proc.civ.", oltrecchè della tutela concessa dall'art.24 Costit. anche per non avere il Collegio arbitrale indicato alle parti la soluzione che riteneva possibile adottare di ufficio sulla base di elementi di fatto non considerati nel corso del giudizio.

2.3.- Ora, dall'esame dei due motivi da valutare congiuntamente in quanto strettamente collegati, risulta che il Comune aveva impugnato la condanna arbitrale al pagamento di indennità per i maggiori costi legati alla scoperta della c.d. cavità antropica e per i cc.dd. anomali ed imprevedibili eventi atmosferici, per essere state rese

le statuizioni in carenza di domanda dell'impresa, formulata invece con espresso riferimento alle menzionate riserve n.1 e 2; ed in violazione del principio del contraddittorio e di difesa, configurandosi per ciò stesso, il motivo di annullamento del lodo, ex art. 829,1° comma nn.7 e 9 c.p.c.

Il Comune ha trascritto nel ricorso l'ampio motivo di impugnazione, riguardante la pronuncia di condanna nel lodo all'equo compenso per i maggiori costi per la sospensione seguita al rinvenimento della cavità antropica, nonché per la sospensione causata dai dissesti idrogeologici: e perciò a corrispettivi di natura indennitaria aventi presupposti di fatto e causa petendi affatto diversi (Cass.380/2010; 4463/2001) dai comportamenti illegittimi addebitati all'amministrazione a sostegno di entrambe le pretese risarcitorie.

Pertanto il primo compito devoluto alla Corte di appello era quello di accertare e rilevare le violazioni (di natura processuale: Cass.8231/2000) dei principi della corrispondenza tra il chiesto (risarcimento del danno per l'illegittima sospensione nonché per l'andamento anomalo dell'appalto) e il pronunciato (equo compenso ed indennizzi per le situazioni imprevedibili di cui all'art.1664 cod. civ.) e della garanzia del contraddittorio che secondo le disposizioni dell'art.829,1° comma c.p.c., come interpretato dalla giurisprudenza di questa Corte, vanno

osservati anche nell' arbitrato rituale: per un verso, conferendo agli arbitri il potere-dovere di pronunciare solo su quesiti effettivamente proposti dalle parti (pur se in modo non formale) e ritualmente comunicati alla controparte nel corso del procedimento, così da consentire concretamente l' esercizio del diritto di difesa su tutta la materia oggetto del giudizio. E, d'altra parte, vincolandoli comunque al rispetto del principio del contraddittorio, di rango costituzionale nonché attinente all'ordine pubblico (Cass. 9583/2000;17099/2013;4808/2014), che non si esaurisce soltanto, come mostra di ritenere la Corte territoriale, nella concessione da parte del giudice "di svariati termini per la presentazione di memorie e repliche che risultano regolarmente utilizzati" dal comune (pag.8 sent.),ma impone ancor prima di garantire per tutto il corso del procedimento il mantenimento del dialettico svolgimento delle deduzioni e controdeduzioni delle parti nell'ambito delle domande e richieste dalle stesse proposte: perciò inibendo loro l'esame di quesiti e richieste tardivi,così come di qualunque altro fatto o deduzione destinati ad ampliare l'oggetto della controversia (Cass.18918/2004);e quindi a maggior ragione di introdurre, di ufficio, fatti esterni al giudizio,ragioni giuridiche o richieste ed a fortiori azioni, affatto diverse da quelle prospettate dalle parti ed oggetto effettivo del thema decidendum loro proposto,

h

nonché di pronunciare su di essi senza concedere alle stesse la possibilità di conoscerli compiutamente e di esercitare il diritto di difesa inderogabilmente garantito dagli art.816 ed 829 c. p. c. su qualsivoglia aspetto nuovo della vicenda processuale (Cass. 8038/2003; 3975/2004;19786/2014).

Si deve aggiungere che la sentenza di merito, nel provvedere a raggruppare sotto quattro gruppi le (esposte) censure del Comune, senza neanche riportarle nell'ambito del singolo gruppo, presta il fianco all'ulteriore rilievo di nullità per omesso esame:non potendosi considerare effettivamente valutato ognuno dei complessi motivi di impugnazione fatti valere dal ricorrente, una volta che la decisione ha raggruppato le doglianze senza specificare, a fronte di censure variegate, quali sono quelle considerate all'interno di ogni gruppo.

Inoltre, a ritenere incluse dette censure nel raggruppamento sub b), certamente non risultano comunque esaminate le censure di ultrapetizione e di violazione del principio del contraddittorio, che pur dovevano precedere in ordine logico ogni altra disamina.

La radicalità dei vizi riscontrati induce all'accoglimento dei due motivi, con mandato al giudice di rinvio di procedere all'analitica disamina,invece del tutto omessa, delle violazioni in oggetto come denunciate nell'atto di impugnazione.

1.8.- Con l'ottavo motivo, il Comune si duole della violazione dell'art.829, 1° comma n.5 c.p.c., per l'assoluta carenza di motivazione del lodo sul riconoscimento delle somme di cui alle riserve da 5 a 10, con violazione di norme di diritto e, soprattutto, per il rinvio ad un accertamento peritale del tutto immotivato.

1.9.- Col nono, denuncia il vizio di violazione dell'art.829, 1° comma n.5 c.p.c., in relazione al dodicesimo motivo d'impugnazione del lodo, basato sulla denuncia del vizio ex art.829 n. 5 c.p.c. e sulla violazione di legge.

1.10.- Col decimo, si duole della violazione e falsa applicazione degli artt.829 c.p.c., testo previgente, e 27, 4° comma, del d.lgs. 40/06, nonché dell'art.183 c.p.c., per avere la Corte del merito ritenuto inammissibili i motivi di impugnazione del lodo sul quesito 17 perché basati sulla violazione di norme di legge attinenti al merito.

2.5.- I motivi ottavo, nono e decimo devono ritenersi assorbiti nell'accoglimento dei motivi precedenti, o, per quanto riguarda la denuncia di errores in iudicando, dall'accoglimento dei primi due motivi.

3.1.- Conclusivamente, accolti i primi sette motivi del ricorso, assorbiti gli altri, cassata la sentenza impugnata, la causa va rimessa alla Corte d'appello di Roma in diversa composizione, che provvederà anche a statuire sulle spese del presente giudizio.

Visto il contenuto della pronuncia resa, si dà atto della non sussistenza dei presupposti per il versamento da parte del ricorrente dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato, a norma dell'art. 13, comma 1 bis, d.p.r. 115/2002.

P.Q.M.

La Corte accoglie i primi sette motivi del ricorso, assorbiti gli altri, cassa la sentenza impugnata, e rinvia la causa alla Corte d'appello di Roma in diversa composizione, anche per le spese del presente giudizio.

Ai sensi dell'art.13 comma 1 quater del d.p.r. 115 del 2002, dà atto della non sussistenza dei presupposti per il versamento da parte del ricorrente dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato, pari a quello dovuto per il ricorso principale, a norma del comma 1 bis, dello stesso articolo 13.

Così deciso in Roma, in data 12 novembre 2015

Il Presidente

Il Consigliere est.

R. M. D. Verdu

[Handwritten signature]

