



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

La Corte di Appello di Lecce – Sezione 1[^] **civile** – composta dai Signori:

- | | |
|-------------------------------|--------------------|
| 1) Dott. Riccardo Mele | - Presidente |
| 2) Dott. Patrizia Evangelista | - Consigliere |
| 3) Dott. Consiglia Invitto | - Consigliere rel. |

ha pronunciato la seguente

S E N T E N Z A

nella causa civile in grado di appello iscritta al N. **635** del Ruolo Generale delle cause dell'anno **2017** promossa da

COSEDIL S.r.l. in persona del l.r. (P.I. 0072282043) rappresentato e difeso dall'avv. N. Zurlo, giusta mandato in atti;

APPELLANTE

CONTRO

COMUNE DI OSTUNI in persona del Sindaco p.t. rappresentata e difesa dall' avv. Tanzarella

APPELLATO/APPELLANTE INCIDENTALE

CONCLUSIONI



Le parti hanno concluso come da verbale di precisazione delle conclusioni del 12 giugno 2019 in atti

MOTIVAZIONE

La presente sentenza viene redatta ai sensi dell'art. 132 cpc come novellato dalla l. 69/2009, omettendo la concisa esposizione dello svolgimento del processo.

La Cosedil S.r.l. agiva innanzi al tribunale di Brindisi per far accertare che il Comune di Ostuni era ancora suo debitore della somma di € 102.733,35, quale importo complessivamente richiesto nelle riserve, apposte ad un contratto di appalto pubblico, stipulato in data 30.6.1998, e relativo a lavori di riqualificazione della Villa Comunale, i cui lavori erano stati affidati con verbale di consegna del 20.5.1998 e – dopo un lungo iter giudiziario svoltosi anche innanzi al TAR-ultimati (giusta varianti e proroghe lavori intervenuti nelle more) solo in data 20.2.2000 (con collaudo del 2.3.2002) per l'importo complessivo di £. 317.841.301. Chiedeva quindi Cosedil S.r.l. la condanna del Comune al pagamento di dette somme, analiticamente indicate in atti.

Si costituiva in giudizio il Comune che – eccepita l'incompetenza del Giudice adito per la presenza di una clausola compromissoria di cui all'art. 38 delle CSA– chiedeva il rigetto della domanda nel merito, perché le riserve erano intempestive e tardivamente approvate e perché la pretesa era assolutamente infondata. In via riconvenzionale chiedeva poi la condanna della società al pagamento della penale, derivante dal ritardo nella conclusione dell'opera appaltata.

L'adito Tribunale, espletata una c.t.u., a definizione del giudizio di merito, con sentenza n. 1172/2016 emessa in data 22.6.2016, disattesa l'eccezione preliminare di incompetenza dell'AGO per la presenza di clausola compromissoria in ragione della intervenuta declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 47 del dpr 1063/1962 (sent. C. Cost del 9.5.1996 n. 152), e disattesa altresì la eccezione di tardività delle riserve, accoglieva solo in parte la domanda principale, nei limiti dell'importo complessivo di € 14.765,87 perché riconosceva, sulla scorta degli esiti della ctu svolta nel corso del giudizio di primo grado e della documentazione prodotta in atti, fondata la pretesa a detto minore importo.

Il tribunale accoglieva poi la domanda riconvenzionale del Comune, determinando in € 18.195,78 la somma dovuta a titolo di penale per il ritardo, sicché – compensati i rispettivi crediti – condannava Cosedil S.r.l. al pagamento in favore del Comune della differenza, pari ad € 3.429,91.

Le spese processuali incluse quelle di c.t.u. erano integralmente compensate fra le parti.



Con atto di citazione del 17 maggio 2017 Cosedil s.r.l. proponeva ritualmente appello avverso tale decisione, per quanto di interesse, deducendone la erroneità sotto molteplici profili ed invocando, quindi una riforma della sentenza in senso a sé più favorevole, per ottenere la condanna del Comune al pagamento integrale dell'importo richiesto in citazione, ed il rigetto della domanda riconvenzionale del Comune, deducendo come motivi di gravame

- a) L'errore in cui sarebbe incorso il tribunale, nell'omettere di acquisire la documentazione analiticamente indicata dal c.t.u.;
- b) Il malgoverno delle prove da parte del primo giudice, non avendo l'amministrazione comunale contestato il contenuto delle riserve;
- c) L'errore in cui sarebbe incorso il Tribunale nel ritenere che la fondatezza della domanda riconvenzionale non fosse stata contestata in giudizio dalla società.

Resisteva alla impugnazione il Comune di Ostuni, che, nel chiedere il rigetto del gravame perché infondato, spiegava anche appello incidentale avverso il rigetto da parte del tribunale a) della eccezione di incompetenza della Autorità Giudiziaria Ordinaria, per la presenza dell'art. 38 del Capitolato Speciale di Appalto che imponeva, in difetto – come nella specie – di accordo bonario, la definizione delle controversie relative all'appalto in scrutinio con il ricorso all'arbitrato, ai sensi del titolo VIII del libro IV del codice di procedura civile; b) della eccezione di intempestività delle riserve.

Va preliminarmente ed in via assorbente esaminata, con precedenza rispetto a tutte le altre questioni prospettate, la questione pregiudiziale sollevata nell'appello incidentale e relativa alla incompetenza dell'AGO a decidere nella presente controversia per l'esistenza di una clausola compromissoria, che radicherebbe ai fini della decisione la competenza di un Collegio Arbitrale, secondo quanto previsto nell'art. 38 del CSA parte integrante del contratto di appalto sottoscritto fra le parti, in quanto ha ad oggetto la prospettazione di un fatto impeditivo dell'esercizio della giurisdizione statale.

Assume il Comune appellante che erroneamente il tribunale aveva, alla luce della sentenza della Corte Costituzionale n. 152/96, - declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 47 del dpr 1063/1962 che prevedeva la definizione obbligatoria mediante arbitrato delle controversie in materia di appalti pubblici, e quindi di ogni ipotesi di arbitrato obbligatorio - disatteso questa eccezione, posto che tale pronuncia del giudice delle leggi si riferiva esclusivamente agli appalti, cui è applicabile *ex lege* la disciplina dichiarata incostituzionale, soggetti all'arbitrato obbligatorio. Nella specie l'arbitrato trova invece applicazione in forza di una norma contrattuale – volontaria e pattizia – valida fra le parti, non incisa dalla declaratoria di incostituzionalità.

L'assunto è fondato e meritevole di accoglimento.

Afferma in generale la Suprema Corte, anche di recente (v. Cassazione civile sez. I, 12/12/2016, n.25410) che “*in tema di arbitrato relativo ad appalto di opere pubbliche, qualora le parti abbiano fatto riferimento ad una norma legislativa (nella specie, l'art. 47 del capitolato*



generale delle opere pubbliche di cui al d.P.R. n. 1063 del 1962, in tema di arbitrato), il contenuto della stessa viene recepito nella dichiarazione negoziale formandone elemento integrante, sicché l'estensione ed i limiti del contratto vanno individuati esclusivamente con riferimento al contenuto della disposizione richiamata al momento della stipula. Ne segue che, formatasi la volontà contrattuale secondo la disciplina dettata nell'art. 47 del capitolato generale vigente nel momento in cui il contratto è stato concluso, l'intero rapporto è retto e deve svolgersi secondo quella disciplina e le eventuali modificazioni sopravvenute di tale capitolato, così come gli interventi abrogativi della Corte costituzionale, non possono alterare il regime pattizio dei contratti in corso: ciò vale sia per le previsioni di carattere sostanziale sia per le previsioni di carattere processuale, come quelle concernenti la competenza del collegio arbitrale”.

Va poi considerato che il capitolato generale per le opere pubbliche, approvato con d.P.R. n. 1063 del 1962, ha valore normativo e vincolante e si applica in modo diretto solo per gli appalti stipulati dallo Stato, mentre, per quelli conclusi dagli altri enti pubblici, come nella specie, dotati di distinta personalità giuridica e di propria autonomia, le sue previsioni costituiscono clausole negoziali, comprensive anche di quella compromissoria per la soluzione delle controversie tramite arbitrato, che assumono efficacia obbligatoria solo se e nei limiti in cui siano richiamate dalle parti per regolare il singolo rapporto contrattuale.

A tal fine, tuttavia, è necessario che la volontà di recepire il contenuto dell'intero capitolato risulti espressa in maniera esplicita ed univoca (v. Cassazione civile sez. I, 19/01/2016, n.812). Nella specie, il contratto di appalto sottoscritto in data 30.6.2009 (prodotto in atti) prevede all'art. 12 un rinvio *“per tutto quanto non previsto nel presente contratto al capitolato speciale di appalto”* e detto capitolato speciale - pure prodotto in atti dal Comune - allegato al progetto esecutivo, prevede all'art. 38 la clausola concernente il compromesso arbitrale perché ivi dispone appunto che *“ove non si proceda all'accordo bonario e vengano confermate le riserve, la definizione delle controversie è attribuita ad un arbitrato”* secondo le norme del codice di rito.

Tale clausola contrattuale è sicuramente valida. In primo luogo, perché la volontà di devolvere ad arbitri le relative controversie è espressa dall'art. 38 CSA in maniera esplicita ed univoca, idonea ad assicurare la piena consapevolezza delle parti in ordine alla deroga alla giurisdizione (Cassazione civile sez. VI, 31/10/2018, n.27764; Cassazione civile sez. I, 04/01/2017, n.81).

Inoltre, perché l'applicazione della clausola arbitrale, non discende dalla norma disposizione di cui al D.P.R. n. 1063, oggetto della declaratoria di incostituzionalità, ma è stato il frutto della volontà contrattuale delle parti, le quali hanno volontariamente richiamato, nell'accordo negoziale, il portato della disposizione di cui all'art. 47 di quel testo di legge, così rendendo quella regola insensibile alle successive vicende legislative o alla sua stessa verifica di costituzionalità.

Nel caso in scrutinio quindi deve trovare applicazione il principio già stabilito dalla Suprema Corte (Cass. Sez. 1, Sentenza n. 17083 del 2008), secondo cui: *“ la fonte della competenza*



arbitrale va individuata non nella legge, bensì in una convenzione compromissoria concretamente intercorsa fra le parti, da cui deriva anche la forza vincolante della convenzione stessa. Ne segue che, formata la volontà contrattuale secondo la disciplina dettata nel capitolato generale vigente nel momento in cui il contratto è stato concluso, l'intero rapporto è retto e deve svolgersi secondo quella disciplina e le eventuali modificazioni sopravvenute di tale capitolato, così come gli interventi abrogativi della Corte costituzionale, non possono alterare il regime pattizio dei contratti in corso: ciò vale sia per le previsioni di carattere sostanziale sia per le previsioni di carattere processuale, come quelle concernenti la competenza del collegio arbitrale".

Il principio è che una volta recepito il contenuto della norma pure incostituzionale nella dichiarazione negoziale, formandone elemento integrante, la fonte della competenza arbitrale va individuata non nella legge, bensì in una convenzione compromissoria concretamente intercorsa fra le parti, da cui deriva anche la forza vincolante della convenzione stessa.

Il primo motivo di appello incidentale dev'essere pertanto accolto, avendo il tribunale erroneamente disatteso la eccezione di arbitrato, sollevata dal Comune rifacendosi solo alla sentenza n. 152/1996 della Corte Costituzionale, ed omettendo di valutare la natura pattizia della clausola contrattuale in scrutinio, insensibile alla pronuncia di incostituzionalità sopravvenuta

Va quindi dichiarata la incompetenza dell'Ago in favore della competenza arbitrale, perché l'eccezione di compromesso ha carattere processuale ed integra una questione di competenza. In tal senso recentissima Cassazione civile sez. VI, 05/06/2019, n.15300 secondo cui *"l'eccezione di compromesso ha carattere processuale ed integra una questione di competenza che non ha natura inderogabile, così da giustificare il rilievo d'ufficio ex art. 38, comma 3, c.p.c., atteso che essa si fonda unicamente sulla volontà delle parti, le quali sono libere di scegliere se affidare o meno la controversia agli arbitri."* Con ciò superando l'orientamento (Cassazione civile sez. un., 25/10/2013, n.24153) che configurava invece nella specie una questione di giurisdizione. Ciò, alla luce del chiaro disposto dell'art. 819-ter c.p.c., nel testo introdotto dal D.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, art. 22, il quale qualifica l'attribuzione del potere di risoluzione della controversia agli arbitri come "competenza" rispetto all'ambito della giurisdizione dell'autorità giudiziaria, "in considerazione della natura giurisdizionale dell'arbitrato e della sua funzione sostitutiva della giurisdizione ordinaria, come desumibile dalla disciplina introdotta dalla L. n. 5 del 1994 e dalle modificazioni di cui al D.lgs. n. 40 del 2006".

Vedasi anche sul punto: Cassazione civile sez. VI, 21/01/2016, n.1101.

Consegue l'assorbimento di tutte le altre questioni, poste con i restanti motivi per appello principale ed incidentale, giacché - ormai definitivamente superato l'indirizzo posto da Cass. Sez. 2, Sentenza n. 12475 del 2004 - deve evidenziarsi che, la devoluzione della controversia agli arbitri si configura come 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, e la relativa eccezione prospetta un fatto che impedisce l'esercizio della giurisdizione statale anche rispetto a tutte le altre questioni prospettate.



Cosicché *“la contestuale proposizione di tale eccezione e della domanda riconvenzionale nella comparsa di risposta- come nella specie- non implica peraltro la necessità di subordinare espressamente la seconda al rigetto della prima, onde evitare che essa sia ritenuta rinunciata, in quanto l'esame della domanda riconvenzionale è ontologicamente condizionato al mancato accoglimento dell'eccezione di compromesso, essendo la fondatezza di quest'ultima incompatibile con l'esame della prima.”* (cfr. Cass. Sez. 1, Sentenza n. 12684 del 2007).

L'appello incidentale proposto va pertanto accolto con conseguente integrale riforma, nei termini di cui si è detto, della gravata sentenza.

Restano assorbite tutte le ulteriori censure.

Le spese del grado, in ragione della particolarità della questione, in relazione alla decisione assunta, possono essere compensate interamente fra le parti.

P. Q. M.

La Corte,

definitivamente pronunciando sull'appello proposto da Cosedil S.r.l. avverso la sentenza del Tribunale di Brindisi n. 1172/2016 in data 22.6.2016, in contraddittorio con Comune di Ostuni, nonché pronunciando sull'appello incidentale del Comune, così provvede:

1. Accoglie l'appello incidentale e per l'effetto, in riforma della appellata sentenza dichiara l'incompetenza dell'Ago in relazione alla presente controversia, per la esistenza di una valida clausola compromissoria;
2. Compensa le spese di lite di questo grado fra le parti.

Così deciso in Lecce, nella Camera di Consiglio del 17 ottobre 2019

Il Consigliere est.

Dr. Consiglia Invitto

Il Presidente

Dr. Riccardo Mele



Sentenza n. 1170/2019 pubbl. il 24/10/2019

RG n. 635/2017

Repert. n. 1401/2019 del 24/10/2019

Firmato Da: INVITTO CONSIGLIA Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 58be19aa8be63e8327a37058ed9b382e - Firmato Da: MELE RICCARDO Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 51b8c3248bb00868b23bf1318e9e64ed

