



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

La Corte di Appello di Corte D'Appello di Potenza, Sezione PRIMA , riunita in Camera di Consiglio e composta dai signori Magistrati:

- dr. Rocco Pavese, Presidente
- dr. Cataldo Collazzo, Consigliere est.;
- dr. Michele Videtta, Consigliere;

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nel giudizio in grado di appello iscritto al n. 455/2012 Ruolo Generale, avente ad oggetto “Impugnazione di lodo arbitrale” e vertente tra:

CO.PRO.LA – Consorzio tra Cooperative di Produzione e Lavoro in Liquidazione Coatta Amministrativa

in persona del commissario liquidatore

rappresentata e difesa dagli avv. Antonello Bruno e Sergio Greco ed elettivamente domiciliata in Potenza alla via N. Sole n. 11 presso lo studio dell'avv. Michele Romano

**ATTORE IN RIASSUNZIONE - APPELLATO
CONTRO**

COMUNE di MATERA

in persona del Sindaco pro tempore

rappresentato e difeso dall'avv. Vito Agresti ed elettivamente domiciliato in Potenza alla via Ciccotti n. 10 presso lo studio dell'avv. Pierluigi Lapolla

CONVENUTO IN RIASSUNZIONE - APPELLANTE

Conclusioni delle parti: come da rispettivi atti

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

1. A seguito della sentenza della Suprema Corte di Cassazione n. 30042/11, depositata il 29 dicembre 2011, con la quale è stata cassata la



sentenza n. 165/2004 di questa Corte di Appello (depositata il 16 luglio 2004), la CO.PRO.LA (Consorzio tra Cooperative di Produzione e Lavoro in Liquidazione Coatta Amministrativa, di seguito *Consorzio*) ha riassunto il giudizio ex art. 392 c.p.c. dinanzi a questa medesima Corte.

La Suprema Corte di Cassazione ha fissato il seguente principio di diritto: «Il compromesso del quale sia parte un'amministrazione pubblica non postula indefettibilmente che la volontà negoziale sia espressa in un unico documento».

Ha pertanto cassato la sentenza impugnata, dichiarando assorbiti gli altri motivi.

2. La vicenda in esame trae origine dal contratto del 16 settembre 1994, con il quale il Comune di Matera affidava al Consorzio COPROLA la realizzazione di tre parcheggi interrati nei Rioni Sassi di Matera: Sant'Agostino, via Casalnuovo e San Rocco.

Il parcheggio di Sant'Agostino era sospeso a seguito di ritrovamenti archeologici all'interno dell'area; quello di San Rocco per problemi relativi agli scavi da eseguire in sfregio di un fabbricato posto al confine dell'area di sedime.

Il Consorzio notificava all'Amministrazione, in data 12.3.1999, domanda di arbitrato con contestuale nomina di arbitro, richiedendo la condanna del Comune di Matera al risarcimento dei danni, di cui alle dieci riserve iscritte nei documenti contabili al momento della ripresa dei lavori.

3. Con il lodo del 26 luglio 2000, deliberato a maggioranza, il Collegio ha così deciso:

a) ha rigettato l'eccezione d'incompetenza degli arbitri sollevata dal Comune di Matera;

b) ha rigettato l'eccezione d'improcedibilità del giudizio arbitrale per la nullità della costituzione del Consorzio;

c) ha rigettato l'eccezione sul difetto di legittimazione attiva del Consorzio;



d) ha rigettato le domande di cui ai quesiti n. 3 e 7, proposte dal Consorzio e dirette a conseguire il risarcimento dei danni per il mancato utile sui corrispettivi dei lavori non eseguiti nei parcheggi di S. Agostino e S. Rocco;

e) ha rigettato le domande di cui ai quesiti n. 4 e 9 proposte dal Consorzio e dirette a conseguire il ristoro degli oneri di progettazione per i suddetti parcheggi;

f) ha rigettato la domanda di cui al quesito n. 8 proposta dal Consorzio per conseguire il ristoro degli oneri di consulenza geotecnica per il parcheggio di S. Rocco;

g) ha rigettato l'eccezione o la domanda riconvenzionale proposta dal Comune di Matera, diretta a conseguire la declaratoria di estinzione dell'obbligazione assunta con il contratto di appalto, relativamente ai lavori di realizzazione del parcheggio S. Agostino, per sopravvenuta impossibilità della prestazione;

h) ha accolto le domande di cui ai quesiti n. 1 e 5, proposte dal Consorzio per il risarcimento dei danni derivati dalle illegittime sospensioni dei lavori, condannando l'Ente al pagamento in favore del Consorzio della somma di L. 1.229.701.992 per il parcheggio di S. Agostino e di L. 714.488.201 per il parcheggio di S. Rocco, oltre accessori;

i) ha accolto le domande di cui ai quesiti n. 2 e 6, proposte dal Consorzio per il risarcimento dei danni per sottoproduzione aziendale, condannando l'Ente al pagamento in favore del Consorzio della somma di L. 160.124.422 per il parcheggio di S. Agostino e di L. 268.7168.025 per il parcheggio di S. Rocco, oltre accessori;

l) ha accolto la domanda di cui al quesito n. 10 proposta dal Consorzio per il risarcimento del danno derivato dal prolungato vincolo delle cauzioni, condannando l'Ente al pagamento in favore del Consorzio della somma di L. 24.367.427 con la sola maggiorazione degli interessi legale;

m) ha condannato il Comune di Matera al pagamento dei due terzi delle spese di giudizio e posto le spese di arbitrato nella stessa misura a carico dell'Ente.



4. Avverso il lodo, il Comune di Matera aveva proposto impugnazione con atto notificato il 23 novembre 2000, allegando sedici motivi di nullità.

Con la sentenza n. 164/2004, poi cassata, questa Corte aveva accolto il terzo motivo di impugnazione, con il quale l'Ente aveva dedotto la nullità del compromesso asseritamente perfezionatosi per scambio epistolare, stante la carenza di forma scritta da rendere in unico contesto.

5. All'udienza del 27 ottobre 2020 la causa è stata trattenuta in decisione, previa rinuncia delle parti ai termini di legge ex art. 190 c.p.c. per il deposito delle comparse conclusionali e delle memorie di replica.

MOTIVI DELLA DECISIONE

6. Nello scrutinio dei motivi di impugnazione proposti dal Comune di Matera, si seguirà l'ordine imposto dalle conclusioni rassegnate dalla sua difesa.

L'Ente ha chiesto:

a) di dichiarare l'inammissibilità del giudizio o la sua infondatezza, *stante il passaggio in giudicato del capo di sentenza di primo grado in ordine alla necessità della forma pubblica amministrativa dell'atto necessario a modificare, anche con riferimento all'espressa esclusione della competenza arbitrale, il contratto di appalto rogato in tale forma;*

b) di dichiarare la nullità del lodo, in accoglimento delle eccezioni pregiudiziali proposte con i motivi da 1 a 6;

c) di dichiarare la nullità del lodo in accoglimento del motivo di cui al punto 7, per il difetto di legittimazione attiva del Consorzio;

d) di dichiarare la nullità del lodo in accoglimento del motivo di cui al punto 13, per la decadenza del Consorzio *dal diritto di far valere qualsiasi riserva;*

e) di dichiarare la nullità del lodo o delle parti del lodo ritenute nulle, in accoglimento dei motivi da 8 a 16, *pronunciandosi, in sede rescissoria, e previo eventuale espletamento di nuova istruzione probatoria, per rigettare le richieste tutte dell'appaltatore;*



f) in via subordinata, di *limitare il quantum delle richieste nei limiti delle responsabilità accertate ed in esito alla prova del danno effettivamente subito, previa dichiarazione di decadenza quam minime per le riserve n. 2 e n. 6,*

7. Con i primi tre motivi (da pag. 37 a pag. 49 della comparsa di costituzione), il Comune di Matera impugna il lodo per nullità per i seguenti motivi:

a) inesistenza di clausola compromissoria o di compromesso, incompetenza assoluta del Collegio, totale assenza di decidere la controversia (con riferimento all'art. 829 c. 1 n. 1 c.p.c.);

b) inesistenza di compromesso, incompetenza assoluta del Collegio, totale assenza di decidere la controversia (con riferimento all'art. 829 c. 1 n. 2 c.p.c.);

c) inesistenza di compromesso, incompetenza assoluta del Collegio, totale assenza di decidere la controversia (senza riferimento a nessuno dei motivi indicati dall'art. 829 c.p.c.).

7.1 Con il primo motivo si impugna la statuizione del lodo con il quale è stata rigettata l'incompetenza del Collegio a decidere la controversia, eccezione fondata sulla circostanza che nel contratto era stata espressamente esclusa la competenza arbitrale di cui all'art. 16 della L. 10.12.1981 n. 741.

Ad avviso di parte impugnante, il Collegio ha rigettato l'eccezione assumendo che *la controversia in esame deve pacificamente ritenersi attribuita per legge alla competenza arbitrale.*

L'appellante sostiene, viceversa, che a seguito delle pronunce della Corte Costituzionale sul punto, non sussiste nessun obbligo ma la mera possibilità di deferire ad arbitri la definizione di controversie che sorgano in esecuzione di un contratto di appalto.

Il motivo rimane assorbito dalla pronuncia della Suprema Corte, la quale ha affermato che «il compromesso del quale sia parte



un'amministrazione pubblica non postula indefettibilmente che la volontà negoziale sia espressa in un unico documento».

È evidente che presupposto logico di tale conclusione è che, nel caso di specie, la volontà di deferire la controversia al giudizio arbitrale non sia conseguenza di un obbligo imposto dalla legge, ma della volontà delle parti espressa successivamente alla conclusione del contratto di appalto.

La sentenza della Corte di Appello di Potenza poi cassata, difatti, aveva affermato che il compromesso tra una pubblica amministrazione e un privato non solo debba rivestire la forma scritta, ma che debba essere contenuto in un unico documento.

All'evidenza essa individuava la fonte del potere di decisione degli arbitri non nella legge, ma nella volontà delle parti.

La Corte di Appello aveva difatti affermato che «l'attenta lettura della decisione arbitrale consente di stabilire che quel collegio ha ritenuto di rinvenire la fonte della propria "competenza" non già nell'ordito normativo di settore bensì nella volontà delle parti trasfusa nel patto commissorio»; ha inoltre aggiunto che «né per la verità il predetto Collegio Arbitrale ha inteso riconoscere nella fattispecie dell'art. 32 della legge 109/94 un'ipotesi di arbitrato obbligatorio».

In tal modo rimane pertanto assorbita anche la tesi, proposta dalla difesa dell'Ente e secondo la quale, stante la comune intenzione delle parti già manifestata nel contratto di appalto, *l'amministrazione non poteva di certo ritenersi onerata di procedere a declinatoria della competenza arbitrale ex art. 47 D.P.R. 1063/1962.*

7.2 Con il secondo motivo, l'appellante assume la nullità del lodo, giacché il Collegio ha *qualificato la domanda di arbitrato "quale proposta di compromesso" cui sarebbe seguita accettazione dell'Amministrazione "ricollegata inscindibilmente all'atto introduttivo"*, in tal modo individuando la fonte del potere degli arbitri.

Sostiene viceversa l'appellante che *quello notificato dal Coprola era un semplice atto di accesso all'arbitrato.*

Il motivo è inammissibile per le stesse ragioni indicate in precedenza.



La sentenza della Corte di Appello di Potenza, poi cassata, implica necessariamente, per giungere alle conclusioni, l'implicito riconoscimento che quella del Consorzio fosse stata una vera e propria domanda di arbitrato.

7.3 Con il terzo motivo, l'appellante ripropone la seguente questione: *il contratto di compromesso, andando a modificare il contratto di appalto in precedenza stipulato dalle parti, avrebbe dovuto assumere la stessa forma di quest'ultimo.*

Sostiene l'appellante che, con la sentenza di questa Corte di Appello poi cassata, si evidenziava che *non appare affatto peregrina l'osservazione difensiva dell'impugnante Comune secondo cui la modifica dell'ordito del contratto di appalto non potrebbe realizzarsi attraverso un ordinario procedimento privatistico, quale lo scambio di documenti.*

Continua l'impugnante: *tale capo della decisione della Corte di Appello non è stato impugnato pur non avendo nulla a che vedere con la tematica affrontata dalla Cassazione, con la sentenza sopra richiamata.*

Alla luce di tanto, *ha trovato accoglimento una eccezione attinente alla forma (pubblica amministrativa) che nel caso di specie doveva avere la modifica alla clausola del contratto di appalto che aveva espressamente escluso la competenza arbitrale.*

Parte impugnante conclude sul punto affermando che su tale eccezione si sarebbe formato il giudicato, non avendola l'altra parte espressamente impugnata. In subordine, essa la ripropone affinché sia affermata l'inesistenza del compromesso e la derivata incompetenza assoluta del Collegio arbitrale.

La tesi è fondata.

Nella sentenza di questa Corte, poi cassata, era opportunamente evidenziato che le parti «divisarono di perimetrare la devoluzione delle future, possibili, controversie nascenti dall'esecuzione del contratto all'esclusiva *cognitio* del Giudice Ordinario, escludendo qualsivoglia investitura arbitrale».



E difatti, nel contratto di appalto del 16 settembre 1994, le parti concordarono che «per ogni controversia derivante dal presente atto si determina quale foro competente quello di Matera» (art. 11 del contratto, doc. 1 del fascicolo per il collegio arbitrale del Consorzio), con ciò rimanendo implicitamente esclusa la possibilità di deferire la controversia agli arbitri.

La stessa Corte osservava, poi, che se non è in dubbio che «la libera volontà di deferire il giudizio ad arbitri può anche essere manifestata successivamente all'instaurazione del rapporto contrattuale, occorre verificare in qual modo le parti possano validamente modifica l'intercorsa regimentazione pattizia dei moduli procedurali di definizione delle possibili insorgende controversie».

La conclusione sul punto era dunque che «se quel contratto (in relazione al quale il sopravvenuto impianto normativo, che “consente” il deferimento ad arbitri, non comporta inefficacia sopravvenuta della clausola che “esclude” l'arbitrato) soggiace a rigore di forma scritta, ad identico vincolo dovrà sottostare la pattuizione modificativa del primo».

Con la stessa sentenza, poi cassata, era stato incidentalmente affermato (a pag. 38) quanto affermato dalla parte impugnante, e testualmente sopra riportato (nella parte in corsivo).

Non solo, ma si era anche affermato che «sicché una volta soppresso il T.U. 383/34 (perché il “contratto di compromesso del quale si discute vede quale soggetto contraente il Comune di Matera”) e stabilito che la “forma” negoziale non può e di norma deve essere soggetta ad apposita predeterminazione (come recita l'art. 56, comma 1 lett. b della legge 142/90 e l'art. 192, comma 1 lett. b del D. Lgs. n. 267/00, T.U. quest'ultimo intervenuto, comunque, successivamente ai fatti di causa), deve ritenersi che solo in presenza di apposta ed espressa determinazione che autorizzi la conclusione del contratto “per corrispondenza” o attraverso lo scambio di rilievi documentali integratisi, il principio dell'unicità del documento consacrante il contratto possa ritenersi validamente derogato».



Orbene, non si può certamente ritenere che tale statuizione possa essere passata in autorità di cosa giudicata, essendo contenuta in una sentenza cassata.

Occorre però considerare che, avendo la parte impugnante riproposto la questione in questa sede, essa deve essere di nuovo affrontata.

E la conclusione non muta.

In primo luogo, non è possibile affermare che il principio di diritto stabilito dalla Suprema Corte, con riferimento al caso in esame, vincoli nelle conclusioni.

Tale principio, difatti, riguarda esclusivamente la questione della volontà negoziale espressa su un compromesso del quale sia parte un'amministrazione pubblica; tale volontà, afferma la Suprema Corte, non deve essere necessariamente espressa in un unico documento.

La diversa questione all'esame riguarda invece la forma che debba rivestire la modificazione di un contratto, nel quale sia stata espressamente "esclusa" la possibilità di deferire le controversie agli arbitri, e se essa soggiaccia al rigore di forma pubblica amministrativa.

Come affermato difatti da Corte dei Conti, Sez. Contr. Sent. n. 65 del 26.4.1993, *è illegittima la modifica di una clausola di un contratto stipulato in forma pubblica amministrativa effettuata attraverso un ordinario procedimento privatistico, quale lo scambio di lettere firmate per accettazione.*

Nel caso di specie le parti avevano espressamente escluso, con il contratto d'appalto, la possibilità di definire le eventuali controversie mediante il ricorso all'arbitrato.

Con la proposta di compromesso, quindi, non solo il Consorzio si avvaleva della facoltà di definire la controversia mediante la forma alternativa privata, ma sostanzialmente chiedeva una modifica di una clausola del contratto di appalto (quella che fissava la competenza dell'Autorità Giudiziaria Ordinaria).



Tale modifica, per quanto affermato, non poteva essere realizzata attraverso le forme dell'ordinario procedimento privatistico, come avvenuto nel caso di specie (ovvero attraverso lo scambio di lettere firmate per proposta ad accettazione), ma avrebbe richiesto la stessa forma pubblica amministrativa impiegata per la conclusione del contratto.

Non pare superfluo osservare, sul punto, che la giurisprudenza di legittimità afferma che *i contratti conclusi dalla P.A., richiedendo la forma scritta "ad substantiam", devono essere consacrati in un unico documento, salvo che la legge ne autorizzi espressamente la conclusione a distanza, a mezzo di corrispondenza, come nell'ipotesi eccezionale, prevista dall'art. 17 del r.d. n. 2240 del 1923, di contratti conclusi con ditte commerciali, sicché, nel caso di appalto di opere pubbliche, per il quale sono necessari accordi specifici e complessi, va escluso - ove si eccettui la limitatissima ipotesi di modificazione della base contrattuale propria dell'appalto in variante, per cui è sufficiente il rispetto delle condizioni previste dall'art. 342 della l. n. 2248, all. F del 1865, ossia l'ordine del direttore dei lavori e l'approvazione dell'ente pubblico - che il consenso possa formarsi tramite scritti successivi atteggiatisi come proposta ed accettazione fra assenti, atteso che, per opere con rilevanti corrispettivi e spese a carico delle casse pubbliche, occorre avere certezza dell'esatta consistenza ed articolazione dei lavori, nonché delle risorse stanziare per il loro pagamento, con forme e tempi precisamente stabiliti (cfr. Cass. Sez. 1, Sentenza n. 25798 del 22/12/2015).*

In altra occasione è stato affermato che *i contratti conclusi dalla P.A., richiedendo la forma scritta "ad substantiam" (quindi con esclusione di qualsivoglia manifestazione di volontà implicita o desumibile da comportamenti meramente attuativi), devono essere consacrati in un unico documento - nel quale siano indicate le clausole disciplinanti il rapporto e la volontà della Amministrazione sia manifestata dall'organo rappresentativo dell'ente - salvo che la legge non autorizzi espressamente la conclusione a distanza, a mezzo di corrispondenza, come nell'ipotesi eccezionale, prevista dall'art. 17 del r.d. n. 2240 del 1923, di contratti conclusi con ditte commerciali; tra tali contratti non rientra quello di appalto di opere pubbliche, per il quale, attesa anche la necessità di accordi specifici e complessi, deve escludersi che il consenso possa*



formarsi sulla base di scritti successivi atteggiandosi come proposta e accettazione fra assenti (cfr. Cass. Sez. 1, Sentenza n. 7297 del 26/03/2009).

Orbene, se il principio secondo il quale, per il contratto di appalto di opere pubbliche, il consenso non possa formarsi sulla base di scritti successivi atteggiandosi come proposta ed accettazione fra assenti, si applica al momento di conclusione del contratto, lo stesso deve valere per le modifiche successive che le parti intendano apportare ad un contratto già concluso.

Consegue a tanto l'inesistenza del lodo per inesistenza del compromesso, giacché non concluso nelle forme richieste.

L'accoglimento di tale motivo è assorbente rispetto a tutti gli altri.

7.4 Non sono accoglibili le conclusioni della difesa della parte impugnante, che ha chiesto di dichiarare *l'inammissibilità del giudizio, stante il passaggio in giudicato del capo di sentenza di primo grado in ordine alla necessità della forma pubblica amministrativa dell'atto necessario a modificare, anche con riferimento all'espressa esclusione della competenza arbitrale, il contratto di appalto rogato in tale forma.*

Si afferma difatti che *il giudizio di rinvio conseguente alla cassazione della pronuncia di secondo grado per motivi di merito (giudizio di rinvio proprio) non costituisce la prosecuzione della pregressa fase di merito e non è destinato a confermare o riformare la sentenza di primo grado, ma integra una nuova ed autonoma fase che, pur soggetta, per ragioni di rito, alla disciplina riguardante il corrispondente procedimento di primo o secondo grado, ha natura rescissoria (nei limiti posti dalla pronuncia rescindente), ed è funzionale alla emanazione di una sentenza che, senza sostituirsi ad alcuna precedente pronuncia, riformandola o modificandola, statuisce direttamente sulle domande proposte dalle parti (come si desume dal disposto dell'art. 393 cod. proc. civ., a mente del quale all'ipotesi di mancata, tempestiva riassunzione del giudizio, non consegue il passaggio in giudicato della sentenza di primo grado, bensì la sua inefficacia)* (Cass. Sez. 1, Sentenza n. 1824 del 28/01/2005; Sez. 6 - 3, Ordinanza n. 10009 del 20/04/2017).



8. Dichiarata l'inesistenza del compromesso per i motivi sopra indicati, occorre osservare che la giurisprudenza di legittimità afferma che *in tema di arbitrato, soltanto nelle ipotesi di inesistenza del lodo arbitrale (per inesistenza del compromesso o della clausola compromissoria o per essere la materia affidata alla decisione degli arbitri estranea a quelle suscettibili di formare oggetto di compromesso), alla corte d'appello è precluso il passaggio alla fase rescissoria, mancando in radice la "potestas decidendi", e configurandosi quindi l'eventuale pronuncia arbitrale come una vera e propria usurpazione di potere. Al contrario, le eventuali difformità dai requisiti e dalle forme del giudizio arbitrale possono provocare solo la nullità del lodo, con la conseguenza che la corte d'appello è tenuta sempre a pronunciare nel merito, senza possibilità di distinguere tra le varie ipotesi che abbiano dato luogo alla rilevata censura* (cfr. Cass. Sez. 1, Sentenza n. 22083 del 16/10/2009).

Consegue a tanto la preclusione a trattare della fase rescissoria.

9. Quanto alle spese, a mente dell'art. 92 c.p.c. applicabile *ratione temporis*, esse rimangono interamente compensate fra le parti (e ciò sia per il primo che per il secondo processo dinanzi a questa Corte, sia per il giudizio dinanzi alla Corte di Cassazione) tenuto conto della complessità dei temi e l'assenza di consolidato indirizzo giurisprudenziale sugli stessi.

P.Q.M.

definitivamente pronunciando sull'impugnazione avverso il lodo arbitrale pronunciato fra le parti il 26 luglio 2000, proposto dal **COMUNE DI MATERA**, in persona del Sindaco pro tempore, contro il **CO.PRO.LA Consorzio tra Cooperative di produzione e lavoro**, in liquidazione coatta amministrativa ed in persona del liquidatore, nel giudizio di rinvio a seguito della sentenza n. 30042/11 della Corte di Cassazione depositata il 29.12.2011 con la quale la sentenza n. 165/2004 della Corte di Appello di Potenza pubblicata il 16.7.2004 è stata cassata e gli atti sono stati rimessi alla Corte territoriale per la celebrazione di un nuovo giudizio; riassunto il giudizio dal **CO.PRO.LA Consorzio tra Cooperative di produzione e**



lavoro con atto di citazione in riassunzione ex art. 392 c.p.c. depositato il 22.12.2012, nel contraddittorio delle parti, ogni altra istanza, difesa, eccezione e deduzione respinta, così provvede;

1) accoglie l'impugnazione e per l'effetto dichiara la nullità del lodo arbitrale reso tra le parti e depositato il 26 luglio 2000;

2) compensa integralmente fra le parti le spese dei due giudizi di impugnazione e del giudizio dinanzi alla Suprema Corte di Cassazione.

Così deciso nella Camera di Consiglio per via telematica del 4 dicembre 2020.

Il Consigliere est.

Dr. Cataldo C. Collazzo

Il Presidente

dr. Rocco Pavese

