

**Civile Ord. Sez. 2 Num. 11839 Anno 2020**

**Presidente: MANNA FELICE**

**Relatore: SAN GIORGIO MARIA ROSARIA**

**Data pubblicazione: 18/06/2020**

**ORDINANZA**

sul ricorso 19519-2015 proposto da:

INGROSS RICCIONE SRL IN LIQUIDAZIONE, elettivamente domiciliato in ROMA, VIA FAA' DI BRUNO 79, presso lo studio dell'avvocato LAPO LEONI, rappresentato e difeso dall'avvocato ATHOS VALORI;

**- ricorrente -**

**contro**

PENSALFINI ROBERTO & C SNC, elettivamente domiciliato in ROMA, VIA DEGLI SCIPIONI 268/A, presso lo studio dell'avvocato GIANLUCA CAPOROSSO, rappresentato e difeso dall'avvocato MAURIZIO DELLA COSTANZA;

**- controricorrente -**

2019

1236

91

avverso la sentenza n. 1750/2014 della CORTE D'APPELLO di BOLOGNA, depositata il 18/07/2014;

udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 14/05/2019 dal Consigliere MARIA ROSARIA SAN GIORGIO.

## FATTI DI CAUSA

1.-La s.r.l. Ingross Riccione, con atto di citazione notificato in data 27 ottobre 1994, convenne in giudizio la s.n.c. Pensalfini Roberto & C., esponendo di aver concluso con la stessa una serie di contratti di appalto per la costruzione di alcuni capannoni, e che, dopo la posa delle relative lastre di copertura, si erano manifestate notevoli infiltrazioni di acqua piovana. Chiese, pertanto, la condanna della società convenuta alla sostituzione delle coperture fallate oltre al risarcimento dei danni.

L'adito Tribunale di Rimini, per quanto ancora rileva nella presente sede, accolse la domanda con sentenza che fu impugnata dalla soccombente, in base, tra l'altro, al rilievo della improponibilità della domanda attorea, attesa la presenza nei contratti in questione di una clausola compromissoria per arbitrato irrituale.

La società appellata dedusse che la eccezione era tardiva siccome proposta per la prima volta nel giudizio di appello ed era, pertanto, da considerare implicitamente rinunciata.

2.-La Corte di merito accolse il gravame, rilevando che al processo si applicava, *ratione temporis*, l'art. 345, secondo comma, cod.proc.civ. nella formulazione anteriore alle modifiche apportate dalla legge n. 353 del 1990, che consentiva alle parti di proporre nel giudizio di appello nuove eccezioni e di produrre nuove prove. Pertanto, l'eccezione sollevata dalla s.n.c. Pensalfini Roberto & C., fondata sulla non contestata presenza nei contratti della cui esecuzione si tratta di una clausola compromissoria, andava accolta.

Quanto alle eccezioni relative all'applicabilità alla fattispecie dell'art. 819 *ter* cod.proc.civ. ed alla asserita concorrente ricorribilità all'arbitrato ovvero alla giurisdizione ordinaria, introdotte dall'appellata solo nella comparsa conclusionale e nella memoria di replica, il giudice di secondo grado osservò che si trattava di eccezioni non tempestivamente sollevate.

3.-Per la cassazione di tale sentenza ricorre la Ingross Riccione s.r.l. sulla base di due motivi. Resiste con controricorso la Pensalfini Roberto s.n.c. Nell'imminenza della data fissata per l'adunanza camerale la ricorrente ha depositato memoria.

## **RAGIONI DELLA DECISIONE**

1.-Con il primo motivo di ricorso si deduce *<violazione art. 360 n. 5 per omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti>*. La Corte di merito avrebbe fondato la propria decisione sulla clausola, invocata dall'appellante s.n.c. Pensalfini Roberto & C., di cui all'art. 10 dei contratti oggetto della controversia (prodotti dall'appellante con la comparsa di costituzione nel giudizio di primo grado), la quale testualmente recita: *<Per qualsiasi controversia inerente all'interpretazione o all'applicazione del presente contratto che non fosse risolta pacificamente fra le parti, sarà deferita ad un collegio di arbitri, composto da tre membri, nominati uno dal committente, uno dall'impresa ed il terzo dal Presidente del Tribunale di Rimini. L'arbitrato è da ritenersi irrituale e dovrà essere emesso entro sessanta giorni dall'accettazione dell'incarico>*. Il giudice di secondo grado avrebbe, tuttavia, del tutto obliterato la clausola di cui al successivo art. 11, la quale prevede che *<Per ogni controversia non bonariamente risolta, rimane esclusivamente competente il Tribunale di Rimini>*. Osserva la ricorrente che, nel conflitto tra le due clausole, dovrebbe essere preferita quella che attribuisce la competenza a conoscere delle controversie in ordine al contratto *de quo* al Tribunale, in conformità a quella che è la regola generale. E proprio questa ragione fonderebbe la previsione della eventualità della rinuncia all'arbitrato. Peraltro, prevedendo il contratto la doppia possibilità di ricorso ad un collegio di arbitri ovvero al giudice ordinario, dovrebbe spettare al primo contraente che agisce optare per l'uno o per l'altro dei rimedi. Invero – sottolinea il ricorrente – è lo stesso legislatore a stabilire, agli artt. 1363 e 1367 c.c., in tema di ermeneusi delle clausole contrattuali, che esse si interpretano le une per mezzo delle altre, attribuendo a ciascuna il senso che risulta dal complesso dell'atto, e che, in virtù del principio di conservazione del contratto, nel dubbio, il contratto o le singole clausole devono interpretarsi nel senso in cui possono avere qualche effetto, anziché in quello secondo cui non ne avrebbero alcuno. Nella specie, la compresenza nel contratto in questione delle due clausole richiamate avrebbe il solo senso di consentire la scelta tra

l'arbitrato e la giurisdizione ordinaria, in quanto solo la possibilità di ricorrere alternativamente all'uno od all'altra consentirebbe a ciascuna delle due clausole di conservare la propria efficacia. Era, dunque, facoltà della Ingresso Riccione agire secondo l'una o l'altra.

2. – La doglianza non può trovare ingresso nel presente giudizio di legittimità. L'art. 360, primo comma, n. 5, cod. proc. civ., riformulato dall'art. 54 del d.l. 22 giugno 2012, n. 83, conv. in legge 7 agosto 2012, n. 134, introduce nell'ordinamento un vizio specifico denunciabile per cassazione, relativo all'omesso esame di un fatto storico, principale o secondario, la cui esistenza risulti dal testo della sentenza o dagli atti processuali, che abbia costituito oggetto di discussione tra le parti e abbia carattere decisivo (vale a dire che, se esaminato, avrebbe determinato un esito diverso della controversia). Ne consegue che, nel rigoroso rispetto delle previsioni degli artt. 366, primo comma, n. 6, e 369, secondo comma, n. 4, cod. proc. civ., il ricorrente deve indicare il "fatto storico", il cui esame sia stato omesso, il "dato", testuale o extratestuale, da cui esso risulti esistente, il "come" e il "quando" tale fatto sia stato oggetto di discussione processuale tra le parti e la sua "decisività", fermo restando che l'omesso esame di elementi istruttori non integra, di per sé, il vizio di omesso esame di un fatto decisivo qualora il fatto storico, rilevante in causa, sia stato comunque preso in considerazione dal giudice, ancorché la sentenza non abbia dato conto di tutte le risultanze probatorie (v., per tutte, Cass., SS.UU., sent. n. 8053 del 2014).

Nella specie, la ricorrente deduce quale fatto storico decisivo il cui esame sarebbe stato omesso la clausola contenuta nell'art. 11 dei contratti per cui è causa senza specificare quale sia il segmento processuale in cui il *fatto* asseritamente omesso sarebbe stato oggetto di discussione processuale tra le parti, e, soprattutto, senza avvedersi che, in realtà, la sua denuncia non riguarda la pretermissione di un *fatto* vero e proprio, ma piuttosto la interpretazione che dei contratti in esame è stata effettuata dal giudice di secondo grado quanto ai profili attinenti alla presenza negli stessi della clausola compromissoria.

A ben vedere, manca, del paradigma censorio di cui all'art. 360, primo comma, n. 5, c.p.c., anche lo stesso *omesso esame*, se solo si considera che, nella motivazione della sentenza impugnata, la Corte felsinea richiama espressamente le questioni della *<eventuale applicabilità alla fattispecie dell'art. 819-ter c.p.c., inserito dalla l. 25/1994 o dell'ipotetica concorrente ricorribilità all'arbitrato e alla giurisdizione ordinaria che la srl Ingross Riccione ha introdotto nella comparsa conclusionale e nella memoria di replica>*, escludendo di doverle affrontare in quanto *<eccezioni non tempestivamente sollevate entro l'udienza di precisazione delle conclusioni, e che non sono, quindi, entrate a far parte del tema devoluto alla cognizione di questa Corte (cfr. Cass. civ. sent. 5673/2003)>*. Nè su tale punto della decisione impugnata risulta alcuna contestazione.

3. - La seconda censura ha ad oggetto la *<violazione ed errata applicazione delle norme di diritto di cui agli artt. 806 e segg., 38, 184 e 345 c.p.c. (testo vigente nel 1992)>*. Avrebbe errato la Corte territoriale nel non ritenere tacitamente rinunciata da parte dell'appellante s.n.c. Pensalfini Roberto & C. la eccezione relativa alla improponibilità della domanda per effetto della presenza nel contratto in questione di una clausola compromissoria. Ciò in quanto, in base alla giurisprudenza formatasi in ordine al plesso normativo applicabile *ratione temporis* (artt. 38, 184 e 345, nel testo vigente nel 1992) c.p.c., l'eccezione di arbitrato, in quanto assimilabile a quella per territorio, poteva essere fatta valere solo nella comparsa di risposta, o, in generale, nel primo atto difensivo del giudizio di primo grado. In difetto di tempestiva eccezione, non era consentito al giudice di declinare la propria competenza in favore degli arbitri.

4.- La doglianza è immeritevole di accoglimento.

E' sufficiente, a smentirne il fondamento, richiamare l'orientamento della giurisprudenza di legittimità alla stregua del quale l'eccezione di compromesso non pone un problema di competenza ma di merito per ogni tipo di arbitrato, atteso che sia l'arbitrato rituale che quello irrituale costituiscono espressione della stessa autonomia negoziale, essendo liberi gli interessati di sottoporre la loro controversia su diritti ad uno o più privati, anziché ai giudici dello Stato, e

differenziandosi tra di loro solo in ordine alla previsione dell'eventualità dell'omologazione del lodo, parametrata sulle regole di controllo di una sentenza civile. Ne consegue che, tale eccezione, che nel nuovo rito è soggetta alla regola della sua proposizione non oltre la chiusura dell'udienza di trattazione di cui all'art. 183 cod. proc. civ., nel vecchio, con riferimento ai processi pendenti alla data del 30 aprile 1995 (come quello odierno), poteva essere dedotta per la prima volta anche in appello, ai sensi dell'art. 345 cod. proc. civ., nel testo anteriore alla novella di cui alla legge n. 353 del 1990, senza che rilevasse - in alcun modo - la natura rituale o irrituale del patto compromissorio (v. Cass., sent. n. 19865 del 2003).

5.- Conclusivamente, il ricorso deve essere rigettato, e la ricorrente condannata al pagamento delle spese processuali, quantificate come in dispositivo. Ai sensi dell'art. 13, comma 1-*quater*, del d.P.R. n. 115 del 2002, inserito dall'art. 1, comma 17, della legge n. 228 del 2012, si dà atto che sussistono i presupposti per il versamento, da parte della ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato, pari a quello previsto per il ricorso, a norma del comma 1-*bis* del medesimo art. 13, se dovuto.

#### **P.Q.M.**

La Corte rigetta il ricorso e condanna la ricorrente al pagamento delle spese del giudizio, che liquida in complessivi euro 4100,00 per compensi, oltre alle spese forfettarie nella misura del 15 per cento, agli esborsi liquidati in euro 200,00, ed agli accessori di legge. Ai sensi dell'art. 13, comma 1-*quater*, del d.P.R. n. 115 del 2002, inserito dall'art. 1, comma 17, della legge n. 228 del 2012, dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte della ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello previsto per il ricorso, a norma del comma 1-*bis* del medesimo art. 13, se dovuto.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio della Seconda Sezione civile,