

Civile Ord. Sez. 1 Num. 19823 Anno 2020

Presidente: CAMPANILE PIETRO

Relatore: SCOTTI UMBERTO LUIGI CESARE GIUSEPPE

Data pubblicazione: 22/09/2020

sul ricorso 3027/2015 proposto da:

Crea Gestioni s.r.l., società risultante dalla scissione da Crea s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, elettivamente domiciliata in Roma V.le Bruno Buozzi 51 presso lo studio dell'avvocato Marcello Cardì e rappresentata e difesa dall'avvocato Carlo Calvieri, in forza di procura speciale a margine del ricorso,

-ricorrente -

contro

UnipolSai s.p.a.- Divisione Navale Navale Assicurazioni s.p.a. succeduta a Navale Assicurazioni s.p.a. in persona del legale rappresentante *pro tempore*, elettivamente domiciliato in Roma Via Emanuele Gianturco 6 presso lo studio dell'avvocato Filippo Sciuto che lo rappresenta e difende unitamente all'avvocato Carlo Scofone in forza di procura speciale a margine del contricorso

-controricorrente -

ORD
558
2020

nonchè contro

Cadf s.p.a. – Ciclo Integrato Acquedotto e Depurazione Fognatura, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, elettivamente domiciliato in Roma Via Costantino Morin 1 presso lo studio dell'avvocato Massimiliano Scaringella e rappresentato e difeso dall'avvocato Carmela Cappello, in forza di procura speciale in calce al controricorso,

-controricorrente

avverso la sentenza n. 1420/2014 della CORTE D'APPELLO di BOLOGNA, depositata il 05/06/2014;

udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 28/01/2020 dal Consigliere UMBERTO LUIGI CESARE GIUSEPPE SCOTTI

FATTI DI CAUSA

1. Con atto di citazione notificato il 23/11/2000 La Nazionale Assicurazioni, poi incorporata nella Navale Assicurazioni s.p.a., convenne in giudizio dinanzi al Tribunale di Ferrara il Consorzio Acque Delta Ferrarese, poi divenuto CADF-Ciclo Integrato Acquedotto e Depurazione Fognature (di seguito: CADF), per opporsi al decreto ingiuntivo emesso da quel Tribunale, che le aveva ingiunto di pagare a favore del Consorzio la somma di £ 411.875.000, oltre accessori e spese, in forza di polizza fideiussoria (polizza cauzioni appalti pubblici) del 1/1/1997; tale polizza era stata emessa nell'interesse della Società Costruzioni Riordino Esercizi Acquedotti s.p.a. (di seguito: CREA) a favore del Consorzio CADF e a garanzia degli obblighi e oneri assunti in dipendenza di contratto di appalto stipulato appunto fra il Consorzio e CREA il 25/3/1997, relativo alla gestione degli impianti di depurazione e dei sollevamenti fognari dei Comuni aderenti al CADF.

La Navale negò la natura autonoma della garanzia prestata, perché svincolata e indipendente dalle vicende del rapporto garantito, e sostenne l'illegittimità dell'escussione in difetto di

prova da parte del CADF dell'asserito inadempimento di CREA; formulò inoltre l'*exceptio doli generalis*, assumendo l'abusiva escussione; propose infine domanda di regresso verso CREA, di cui chiese previamente chiese la chiamata in causa.

Si costituirono in giudizio sia il CADF, insistendo nella propria pretesa formulata in sede monitoria, sia la terza chiamata CREA, che sostenne la pretestuosità dell'escussione della garanzia da parte del CADSF ed eccepì in via preliminare il difetto di giurisdizione del giudice ordinario, stante la devoluzione agli arbitri ex art.18 del contratto di appalto di ogni controversia fra CREA e CADF ad esso inerente. In subordine, CREA chiese in via riconvenzionale la condanna del CADF al pagamento in suo favore dei corrispettivi di appalto non versati per £ 1.534.309,084.

Il Tribunale di Ferrara con sentenza del 24/10/2006 rigettò l'opposizione al decreto ingiuntivo di Navale Assicurazioni, condannandola al pagamento delle somme portate dal decreto, oltre accessori; accolse la domanda di regresso di Navale verso CREA; dichiarò inammissibili le domande e le eccezioni riconvenzionali di CREA verso CADF per difetto di giurisdizione del giudice ordinario in dipendenza della clausola compromissoria contenuta nel contratto di appalto; condannò Navale e CREA a rimborsare al 50% ciascuno le spese processuali di CADF.

2. Avverso la predetta sentenza di primo grado propose appello in via principale CREA, a cui resistette l'appellato CADF, mentre Navale propose appello in via incidentale, dando però atto in sede di conclusioni di aver ricevuto da CREA il rimborso di quanto corrisposto a CADF in forza della sentenza di primo grado.

La Corte di appello di Bologna con sentenza del 5/6/2014 respinse il gravame principale, condannando l'appellante alla rifusione delle spese del grado in favore di entrambe le altre parti.

3. Avverso la predetta sentenza del 5/6/2014, non notificata, con atto notificato il 17/1/2015 ha proposto ricorso per cassazione CREA, svolgendo tre motivi.

Ha proposto controricorso il CADF, chiedendo la dichiarazione di inammissibilità o il rigetto dell'avversaria impugnazione.

Ha proposto controricorso anche UnipolSAI Assicurazioni s.p.a, Divisione Navale, società succeduta per fusione mediante incorporazione a Navale Assicurazioni, rimettendosi per quanto concernente i primi due motivi e chiedendo il rigetto del terzo.

La ricorrente ha depositato memoria.

RAGIONI DELLA DECISIONE

1. Con il primo motivo di ricorso, proposto ex art.360,n.4, cod.proc.civ., la ricorrente denuncia violazione del principio dispositivo e vizio di ultrapetizione della sentenza impugnata con riferimento al suo capo 3, nonché violazione o falsa applicazione di legge in relazione agli artt.112,167,180,183,184 cod.proc.civ., *ratione temporis* vigenti, e cioè nella formulazione anteriore alla riforma apportata dalla legge n.40 del 2006, nonché erronea ricognizione ed applicazione del regime giuridico processuale dell'eccezione di clausola compromissoria o di arbitrato, quale eccezione in senso proprio o stretto.

1.1. La sentenza della Corte di appello aveva confermato quella di primo grado, che aveva dichiarato il difetto di giurisdizione del giudice ordinario, stante la devoluzione ad arbitri delle controversie scaturenti dal contratto di appalto fra CREA e CADF, quanto alla domanda riconvenzionale avanzata da CREA.

Tale statuizione era illegittima poiché CADF non aveva avanzato tempestivamente con la comparsa di risposta tempestivamente depositata alcuna eccezione in tal senso, con il conseguente vizio di ultrapetizione.

Pur riconoscendo che CADF non aveva formulato l'eccezione di clausola compromissoria e che CREA l'aveva proposta al solo fine di paralizzare la domanda di escussione della polizza da parte di CADF, la Corte di appello aveva rigettato il motivo di appello sul punto, assumendo che l'efficacia della clausola arbitrale «*era comunque divenuta oggettivamente parte del thema decidendum sottoposto alla cognizione del giudice per essere stata eccepita in via preliminare dalla stessa impresa appaltatrice*». Secondo la Corte di appello, il Tribunale non poteva non tener conto di ciò e non poteva escludersi che lo stesso CADF si fosse indotto a ritenere non necessario sollevare nuovamente l'eccezione.

In tal modo la Corte felsinea aveva ignorato il rapporto di subordinazione istituito tra l'eccezione preliminare di compromesso, diretta ad opporsi alla domanda principale di escussione della polizza e la domanda riconvenzionale diretta a ottenere il pagamento dei corrispettivi di appalto.

L'eccezione in senso proprio e stretto è strumento processuale proprio del convenuto, o dell'attore avverso la domanda riconvenzionale, e solo a lui compete l'esercizio della specifica posizione giuridica potestativa, che esige la manifestazione espressa di volontà della parte interessata.

La Corte di appello aveva così confuso il concetto di questione oggetto di giudizio e l'allegazione di un fatto con la proposizione di una eccezione in senso stretto, non rilevabile d'ufficio.

Che l'eccezione di compromesso sia eccezione in senso stretto è attualmente previsto dall'art.819 *ter* cod.proc.civ. che aveva peraltro cristallizzato il principio giurisprudenziale acquisito anche prima della riforma del 2006.

1.2. Il motivo è fondato e va accolto.

L'eccezione di arbitrato è eccezione in senso proprio.

Attualmente dispone in tal senso l'art.819 *ter* cod.proc.civ., così sostituito dall'art. 22, d.lgs. 2/22006, n. 40, a far data dal 2/3/2006 e applicabile ai sensi dell'art. 27, comma 4, d.lgs. n. 40,



cit., ai procedimenti arbitrali, nei quali la domanda di arbitrato è stata proposta successivamente alla data di entrata in vigore del decreto.

Il primo comma, terzo e quarto periodo dell'articolo dispongono che l'eccezione di incompetenza del giudice in ragione della convenzione di arbitrato deve essere proposta, a pena di decadenza, nella comparsa di risposta e che la mancata proposizione dell'eccezione esclude la competenza arbitrale limitatamente alla controversia decisa in quel giudizio.

Tuttavia, anche nel regime previgente, applicabile alla fattispecie *ratione temporis*, la giurisprudenza di questa Corte non dubitava della natura di eccezione in senso proprio o stretto, riservata alla parte dell'eccezione di compromesso arbitrale.

Secondo questa Corte, infatti, in tema di arbitrato, configurandosi la devoluzione della controversia agli arbitri 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, la relativa eccezione dà luogo ad una questione di merito, riguardante l'interpretazione e la validità del compromesso o della clausola compromissoria, e costituisce un'eccezione propria e in senso stretto, in quanto avente ad oggetto la prospettazione di un fatto impeditivo dell'esercizio della giurisdizione statale, con la conseguenza che dev'essere proposta dalle parti nei tempi e nei modi propri delle eccezioni di merito (Sez. 1, n. 12684 del 30/05/2007, Rv. 596871 - 01; Sez. 3, n. 15474 del 14/07/2011, Rv. 618559 - 01; Sez. 6 - 2, n. 26635 del 12/12/2011, Rv. 620166 - 01); ed ancora la questione circa la devoluzione della controversia ad arbitri, conseguente all'eccezione di compromesso, pone un problema non di competenza ma di merito per ogni tipo di arbitrato, sia rituale che irrituale ed è innegabile che trattasi di eccezione in senso stretto, riservata esclusivamente alla parte e soggetta alle

preclusioni e alle decadenze proprie del rito (Sez. L, n. 4542 del 01/03/2006, Rv. 589783 - 01).

La soluzione non divergeva neppure per l'arbitrato irrituale o arbitrato libero, poiché questa Corte ha osservato che l'eccezione di arbitrato irrituale, che non è vincolata ai limiti dell'eccezione d'incompetenza, ma può essere fatta valere in ogni momento del giudizio, dev'essere proposta sempre secondo le regole proprie delle eccezioni di natura sostanziale. Pertanto non è rilevabile d'ufficio, ma dalla parte interessata, la quale, vertendosi in materia di diritti disponibili, può rinunciare ad essa, anche tacitamente ponendo in essere comportamenti incompatibili con la volontà di avvalersi del compromesso (Sez. 3, n. 10086 del 12/10/1998, Rv. 519629 - 01).

1.3. Né si può dubitare del fatto che la ricorrente CREA avesse proposto la propria eccezione in via principale e con riferimento alla domanda principale proposta dal ricorrente in via monitoria CADF verso l'assicuratore Navale, attore opponente, che l'aveva chiamata in causa quale terzo interessato.

In altri termini, CREA aveva sostenuto che il Tribunale di Ferrara non poteva occuparsi della richiesta di escussione della garanzia formulata da CADF verso Navale a causa della clausola compromissoria contenuta nel contratto di appalto CREA/CADF.

Tale assunto risulta confermato dalla stessa sentenza impugnata, che in effetti fonda l'affermazione della «giurisdizione» arbitrale sulla domanda riconvenzionale di CREA su ben altra ragione.

1.4. In effetti, la ricorrente aveva inteso in principalità negare la competenza del giudice ordinario sulla domanda di escussione della garanzia, e solo in subordine aveva chiesto di esaminare la propria domanda riconvenzionale volta ad ottenere da CADF il pagamento dei corrispettivi d'appalto ritenuti dovuti.

Una volta disattesa l'eccezione preliminare, che riguardava la domanda di CADF verso Navale, rispetto alla quale CREA nutriva un

evidente interesse a sostenere le ragioni di Navale, del tutto coerentemente, invero, alla ravvisata natura autonoma e a prima richiesta della garanzia prestata dalla compagnia assicurativa, rispetto alla quale non poteva evidentemente operare il contratto fra CADF e CREA, diveniva attuale la domanda subordinata, rispetto alla quale CADF, pacificamente, non aveva sollevato alcuna eccezione, tantomeno tempestivamente nei termini prefissi dalla legge processuale a pena di decadenza per le eccezioni processuali e di merito non rilevabili d'ufficio.

1.5. Le due osservazioni della Corte felsinea, puntualmente stigmatizzate dalla ricorrente, non sono corrette.

Non lo è la prima, secondo la quale l'efficacia della clausola arbitrale *«era comunque divenuta oggettivamente parte del thema decidendum sottoposto alla cognizione del giudice per essere stata eccepita in via preliminare dalla stessa impresa appaltatrice»*.

Il fraintendimento è evidente, sia per la pretermissione del rapporto logico di subordinazione istituito tra l'eccezione preliminare di compromesso, diretta ad opporsi alla domanda principale di escussione della polizza e la domanda riconvenzionale diretta a ottenere il pagamento dei corrispettivi di appalto; sia perché l'eccezione in senso proprio e stretto è strumento processuale proprio del convenuto, o dell'attore avverso la domanda riconvenzionale, e solo a lui compete l'esercizio della specifica posizione giuridica potestativa, che esige una manifestazione espressa di volontà della parte interessata; sia infine e soprattutto per l'indebita sovrapposizione tra il concetto di questione ed allegazione oggetto di giudizio alla proposizione di una eccezione in senso stretto, non rilevabile d'ufficio.

1.5. Non ~~lo~~ era corretta neppure la seconda osservazione, metagiuridica e speculativamente perplessa, con cui la Corte di appello ha osservato che non poteva escludersi che lo stesso CADF si fosse indotto a ritenere non necessario sollevare nuovamente l'eccezione (opinione questa erronea ed obiettivamente irrilevante).

1.6. Inoltre l'eccezione era stata proposta con riferimento ad un distinto rapporto giuridico, quello inerente alla domanda di escussione della garanzia, sicché non potrebbe dubitarsi della incoerenza e della contraddittorietà della scelta processuale di CREA che intendeva sottrarre alla competenza del giudice ordinario la cognizione dell'escussione della garanzia, ma, una volta disattesa l'eccezione, non intendeva avvalersi della clausola compromissoria per la sua domanda riconvenzionale.

In difetto di tempestiva eccezione del CADF, la decisione dei Giudici bolognesi ha indebitamente surrogato la parte interessata, ossia il Consorzio, dall'onere a suo carico.

Il caso è completamente opposto a quello in cui il convenuto, ~~che~~, dopo aver proposto eccezione di arbitrato, non si limiti a formulare semplici difese ed a sollevare eccezioni in senso proprio, ma proponga una domanda riconvenzionale, per cui secondo una parte della giurisprudenza egli porrebbe in essere una condotta processuale che, risolvendosi in una richiesta al giudice ordinario di emettere una statuizione relativa al rapporto processuale dedotto in giudizio, denota la sua volontà di rinuncia all'eccezione di compromesso (Sez. 2, n. 12736 del 30/05/2007, Rv. 597268 - 01); per vero tale soluzione appare smentita dalla giurisprudenza più recente di questa Corte secondo cui anche in quell'ipotesi, nel caso di contestuale proposizione dell'eccezione di compromesso e di domanda riconvenzionale, la prima non può considerarsi rinunciata in ragione della formulazione della seconda, 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 domanda riconvenzionale (Sez.1, 30/07/2018, n. 20139; Sez.1, 30/05/2007, n. 12684).

In quest'ipotesi si discute se la proposizione della domanda riconvenzionale al giudice ordinario comporti rinuncia implicita all'eccezione principale di compromesso, mentre nella specie la



Corte di appello ha ravvisato una rinuncia implicita alla giurisdizione ordinaria per aver eccepito in via principale, oltretutto con riferimento ad altro rapporto, la competenza arbitrale.

2. Con il secondo motivo di ricorso, proposto ex art.360, n.4, cod.proc.civ., la ricorrente denuncia violazione o falsa applicazione di legge in relazione agli artt.324,329, 342,345 cod.proc.civ. nonché 806 cod.proc.civ. e 1421 cod.civ. con riferimento al capo IV A della decisione impugnata e cioè al mancato rilievo o accoglimento della questione di nullità della clausola compromissoria di deferimento della controversia ad un arbitrato di tipo irrituale, con correlata violazione degli artt.24 e 111 Cost.

2.1. La clausola compromissoria contenuta nel contratto era da ritenersi nulla perché prevedeva un arbitrato irrituale, non ammissibile e non vincolante per una pubblica amministrazione, quale era il Consorzio CAF, in quanto indebitamente derogatorio alla regola dell'indisponibilità dei diritti della pubblica amministrazione.

La questione era rilevabile d'ufficio quale questione preliminare e pregiudiziale alla statuizione in tema di deroga alla giurisdizione del giudice ordinario e non poteva essere coperta dal giudicato interno perché non vi era stata alcun rilievo o decisione del Giudice di primo grado sul punto.

Né si poteva configurare un giudicato implicito sul presupposto processuale, visto che la decisione del Tribunale non era stata sul merito e l'impugnazione proposta da CREA mirava proprio a riaffermare i presupposti di una decisione nel merito della controversia, negati dal primo Giudice.

L'eccezione di nullità era rilevabile d'ufficio e così sottratta al regime di cui all'art.345 cod.proc.civ.

2.2. Il motivo resta assorbito per effetto dell'accoglimento del primo motivo.

3. Con il terzo motivo di ricorso, proposto ex art.360, n.3, cod.proc.civ., la ricorrente denuncia violazione o falsa applicazione di legge in relazione agli artt.91 e 92 cod.proc.civ. relativo al capo con cui CREA era stata condannata a rifondere le spese del giudizio di appello a Navale Assicurazioni.

3.1. Questa infatti che era stata chiamata in giudizio per esigenza di riforma di un capo che la vedeva contrapposta a CREA (qual era il capo 2 sulla domanda di regresso) ma solo nel rispetto del litisconsorzio processuale in tema di cause inscindibili ex art.331 cod.proc.civ.

L'impugnazione di CREA era infatti diretta contro il capo relativo al rigetto dell'opposizione di Navale verso CADF, da essa sostenuto *ad adiuvandum* e in via autonoma, che ne aveva interesse quale presupposto dei suoi obblighi di regresso,

Navale non era controparte di CREA, che non aveva mai contestato i presupposti interni dell'azione di regresso ma solo il presupposto esterno rappresentato dall'effettiva sussistenza del diritto all'escussione della polizza da parte di CADF.

3.2. Il motivo è fondato e va accolto.

L'impugnazione di CREA era diretta avverso il capo di decisione che aveva disposto il rigetto dell'opposizione dispiegata da Navale per resistere all'escussione della polizza, su cui la chiamata in causa CREA aveva sostenuto *ad adiuvandum* e nell'interesse proprio, le ragioni dell'opponente.

Il motivo di appello era chiarissimo nella sua direzione avverso la statuizione della sentenza impugnata che, rigettando l'opposizione di La Nationale, aveva confermato il decreto opposto e condannato l'opponente al pagamento e solo di conseguenza aveva accolto la domanda di regresso di La Nationale nei confronti di CREA; sempre solo consequenzialmente veniva chiesto l'annullamento del decreto opposto stante l'insussistenza infondatezza e inesigibilità dei diritti relativi alla polizza fideiussoria escussa.

Crea non ha mai posto in discussione il diritto di La Nazionale-Navale al regresso se e in quanto fosse stata costretta a pagare a CADF: come ben precisa la ricorrente, CREA non aveva mai contestato i «presupposti interni» dell'azione di regresso ma solo il «presupposto esterno» rappresentato dall'effettiva sussistenza del diritto all'escussione della polizza da parte di CADF.

Navale non aveva neppure interesse a contrastare la domanda svolta in appello da CREA che chiedeva l'accoglimento delle sue originarie domande e metteva in discussione il suo diritto al regresso solo se ed in quanto ne fosse caduto il presupposto fondante, ossia il diritto di CADF all'escussione.

Non era quindi configurabile una soccombenza capace di giustificare *inter partes* la disposta condanna al pagamento delle spese processuali.

3.3. Non persuadono gli argomenti spesi dalla controricorrente Navale per contrastare la pretesa di CREA, che non tengono conto della natura meramente consequenziale, esplicitamente dichiarata, della richiesta di CREA di caducazione della condanna di regresso e fanno leva sull'istanza di sospensione dell'efficacia esecutiva della sentenza di primo grado che non poteva che riguardare la statuizione di condanna alla rivalsa verso Navale; infatti, al proposito, la appellante aveva chiesto la sospensione dell'efficacia esecutiva della sentenza impugnata, quindi anche nella parte, espressamente impugnata che concerneva Navale; inoltre è la stessa controricorrente a riferire di aver dato atto solo con la costituzione in appello del proprio avvenuto pagamento a CADF, sicché con la formulazione dell'istanza CREA doveva ritenere ragionevolmente di mirare al blocco a cascata di tutti i pagamenti e non solo di quello da parte sua a Navale.

3.4. La sentenza impugnata deve pertanto essere cassata anche per questa ragione.

4. L'accoglimento del primo e del terzo motivo, assorbito il secondo, determina la correlativa cassazione della sentenza impugnata e il rinvio alla Corte di appello di Bologna in diversa composizione, anche per le spese del giudizio di legittimità.

P.Q.M.

La Corte

accoglie il primo e il terzo motivo di ricorso, assorbito il secondo, cassa la sentenza impugnata in relazione ai motivi accolti e rinvia alla Corte di appello di Bologna, in diversa composizione, anche per le spese del giudizio di legittimità.

