

Civile Ord. Sez. 1 Num. 38327 Anno 2021

Presidente: CAMPANILE PIETRO

Relatore: CARADONNA LUNELLA

Data pubblicazione: 03/12/2021



ORDINANZA

sul ricorso n. 25713/2016 proposto da:

Quadrilatero Marche-Umbria s.p.a., nella persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa, come da procura in calce al ricorso per cassazione, dagli Avv.ti Sergio Fidanzia, Angelo Gigliola e Prof. Andrea Panzarola, elettivamente domiciliati presso lo studio dei primi due in Roma, via Giovanni Antonelli, n. 4 (Amministrativisti Europei Associati).

- ricorrente -

contro

Val di Chienti s.c.p.a., nelle persone dei legali rappresentanti *pro tempore*, elettivamente domiciliata in Roma, via dei Scipioni, n. 288, nello studio dell'Avv. Benedetto G. Carbone, dal quale sono

A handwritten mark or signature, possibly a stylized 'B' or similar character, located at the bottom right of the page.

rappresentati e difesi, unitamente al Prof. Avv. Giorgio Costantino, come da procura a margine del controricorso.

- controricorrente -

avverso la sentenza della Corte di appello di ROMA n. 5149/2016, pubblicata il 2 settembre 2016;
udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 29/09/2021 dal consigliere Lunella Caradonna;

RILEVATO CHE

1. Con la sentenza impugnata, la Corte d'appello di Roma ha rigettato l'impugnazione proposta dalla società Quadrilatero Marche-Umbria s.p.a. avverso il lodo arbitrale del 3 novembre 2011, con cui era stata condannata a pagare a Val di Chienti s.c.p.a. la somma di euro 68.739.735,14, oltre accessori, a titolo di indennizzo, in base alla clausola di cui all'art. 2, lett. B), del capitolato speciale di affidamento relativo al contratto d'appalto stipulato il 20 aprile 2006.

2. La Corte territoriale ha rigettato il primo motivo di impugnazione, con il quale era stato dedotta l'omessa pronuncia sulla nullità della clausola contenuta nell'art. 2, lett. B) del capitolato speciale, sotto lo specifico profilo della mancata indicazione della copertura finanziaria, affermando che, in realtà, la società Quadrilatero, aveva sollevato detto profilo di invalidità solo in sede di impugnazione del lodo, mentre nella prima memoria dinanzi il collegio arbitrale era stata sollevata la questione della nullità della clausola per contrasto con l'art. 133, secondo comma, del decreto legislativo n. 163/2006 sul divieto di compenso revisionale.

3. I giudici di secondo grado hanno, inoltre, affermato:

-l'infondatezza del secondo motivo di impugnazione del lodo arbitrale, con il quale si lamentava la violazione dei canoni ermeneutici in materia contrattuale posti dalla disciplina codicistica, perchè, pur tenuto conto



della data del contratto (20 aprile 2006) contenente la clausola compromissoria, successiva all'entrata in vigore del decreto legislativo n. 40/2006, e della data di costituzione del collegio arbitrale (21 luglio 2010), non trovava comunque applicazione la previsione dell'art. 241, comma 15 *bis*, con conseguente impugnabilità del lodo per ragioni di diritto attinenti al merito, perchè la clausola arbitrale era antecedente all'entrata in vigore del decreto legislativo n. 53/2010 (che aveva inserito il comma 15 *bis* nell'art. 241 del decreto legislativo n. 163/2006);

-l'infondatezza del terzo motivo di impugnazione, avendo la società Quadrilatero dedotto un difetto di coerenza motivazionale e non anche la radicale assenza di motivazione;

-l'inammissibilità del quarto motivo di impugnazione, venendo in rilievo la violazione di regole di diritto sostanziale in relazione al profilo di impugnazione relativo alla mancata detrazione del capitale sociale dall'importo dei lavori, ai fini della determinazione dell'indennizzo previsto dall'art. 2 del contratto e in relazione alla pretesa erronea applicazione dei principi sull'onere della prova, perchè le regole che presiedevano alla distribuzione dell'onere della prova attenevano al diritto sostanziale e, in ogni caso, potendo la Corte di appello procedere ad una nuova valutazione e ricostruzione dei fatti, difforme da quella operata dagli arbitri, unicamente nella fase rescissoria, che tuttavia si apriva soltanto nel caso di prospettazione e accoglimento, nella fase rescindente, dei vizi contemplati nell'art. 829 cod. proc. civ..

4. La società Quadrilatero Marche-Umbria s.p.a. ha proposto ricorso per cassazione affidato a due motivi.

5. La società Val di Chienti s.c.p.a. ha resistito con controricorso.

6. Entrambe le parti hanno depositato memoria.



CONSIDERATO CHE

1. Con il primo motivo si lamenta, in relazione all'art. 360, comma primo, n. 4, cod. proc. civ., la violazione e falsa applicazione degli artt. 829, comma terzo, cod. proc. civ.; 241, comma 15 *bis* del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163; 5 del decreto legislativo 20 marzo 2010, n. 53; 4, comma 7, ultimo periodo, decreto-legge 25 marzo 2010, n. 40, convertito in legge 22 maggio 2010, n. 73; 24 e 27 del decreto legislativo 2 febbraio 2006, n. 40; 101, comma 2, Cost., avendo la Corte di appello errato, laddove aveva dichiarato inammissibili i motivi dell'impugnazione per nullità del lodo arbitrale sul rilievo che essi concernevano regole di diritto relative al merito della controversia, essendo i motivi di impugnazione del tutto ammissibili, consentendo le norme richiamate l'impugnazione del lodo per violazione delle regole di diritto sostanziale quando la legge lo prevedeva espressamente, come nel caso in esame era previsto dall'art. 241, comma 15 *bis* del decreto legislativo n. 163/2006.

1.1 Il motivo è infondato.

1.2 La Corte di appello di Roma, dopo avere correttamente ritenuto che, nel caso in esame, trovava applicazione l'art. 829 novellato cod. proc. civ., poiché la clausola compromissoria era stata stipulata in data 20 aprile 2006, pertanto dopo l'entrata in vigore del decreto legislativo n. 40 del 2006, avvenuta in data 2 marzo 2006, ha ritenuto infondato il secondo motivo di impugnazione del lodo, con il quale si lamentava la violazione dei canoni ermeneutici in materia contrattuale posti dalla disciplina codicistica, perchè, pur tenuto conto della data del contratto (20 aprile 2006) contenente la clausola compromissoria, successiva all'entrata in vigore del decreto legislativo n. 40/2006, e della data di costituzione del collegio arbitrale (21 luglio 2010), non trovava comunque applicazione la previsione dell'art. 241, comma 15 *bis*, con conseguente impugnabilità del lodo per ragioni di diritto attinenti al merito, perchè la clausola arbitrale era antecedente all'entrata in vigore

A small, handwritten mark or signature in the right margin of the page, consisting of a stylized, cursive-like scribble.



del decreto legislativo n 53/2010 (che aveva inserito il comma 15 *bis* nell'art. 241 del decreto legislativo n. 163/2006).

In particolare, i giudici di secondo grado, richiamando la sentenza delle Sezioni Unite di questa Corte 9 maggio 2016, n. 9285 e la sentenza sempre di questa Corte 19 aprile 2012, n. 6148, hanno trasposto i principi affermati con riguardo al nuovo testo dell'art. 829 cod. pro. civ. all'art. 4, settimo comma, del decreto legge n. 40 del 2010 (*rectius*: art. 241, comma 15 *bis* del decreto legislativo n. 163 del 2006), dando così un'interpretazione costituzionalmente orientata della norma indicata, nel rispetto del principio secondo cui la legge non dispone che per l'avvenire e che le leggi che regolano il contenuto e gli effetti di un contratto non possono che valere con riguardo ai contratti stipulati successivamente agli esiti, non potendo detti effetti essere modificati da una legge successiva (salvo che non si tratti di contratti di durata o che non abbiano ancora trovato esecuzione).

1.3 Deve premettersi che l'art. 241, all'art. 15 *bis*, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, ha stabilito che: *«Il lodo è impugnabile, oltre che per motivi di nullità, anche per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia. L'impugnazione è proposta nel termine di novanta giorni dalla notificazione del lodo e non è più proponibile dopo il decorso di centottanta giorni dalla data del deposito del lodo presso la Camera arbitrale»*.

Questo comma è stato inserito dall'art. 5 del decreto legislativo 20 marzo 2010, n. 53, e il regime normativo così delineato è stato poi richiamato dall'art. 4, settimo comma, del decreto legge 25 marzo 2010 n. 40, convertito con modificazioni dalla legge 22 maggio 2010, n. 73, con una regola di diritto intertemporale.

Sebbene nel contesto di una specifica ipotesi di revoca di finanziamenti statali (segnatamente relativa al finanziamento statale previsto per l'opera «Sistema di trasporto rapido di massa a guida vincolata per la città di Parma», fatta salva la quota necessaria a taluni adempimenti),



è stato con norma generale precisato che *«la disciplina introdotta dagli articoli 4 e 5 del decreto legislativo 20 marzo 2010, n. 53, non si applica per i collegi arbitrali già costituiti alla data di entrata in vigore del predetto decreto legislativo e il comma 6 dell'articolo 15 del citato decreto legislativo è abrogato»* (cfr. Cass., 22 marzo 2021, n. 7980).

1.4 Ora, nella concreta fattispecie è certo che il collegio arbitrale non era stato costituito al momento dell'entrata in vigore del decreto legislativo n. 53 del 2010 (27 aprile 2010); il collegio arbitrale, per come assunto anche dai giudici di secondo grado si è costituito il 21 luglio 2010 (cfr. pag. 3 della sentenza impugnata).

1.5 Ciò posto, le Sezioni Unite di questa Corte, con le sentenze sopra richiamate e anche successivamente (cfr. Cass., 17 luglio 2017, n. 17339; Cass., 5 giugno 2018, n. 14352), riconoscendo l'inequivocabile portata della «pur controversa» norma transitoria (art. 27, comma 4, del decreto legislativo n. 40 del 2006), interrogandosi su quale fosse la «legge» la cui espressa previsione potesse rendere ammissibile il lodo arbitrale anche per la violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia ha affermato che: la legge doveva essere diversa dallo stesso art. 829, comma 3, cod. proc. civ.; doveva trattarsi di una legge che disciplinasse la convenzione di arbitrato; doveva essere una legge vigente al momento in cui la convenzione di arbitrato veniva stipulata, perchè era solo la legge vigente in quel momento che poteva ascrivere al silenzio delle parti un significato normativamente predeterminato (così nel caso nel esame, dove l'art. 19 del contratto stipulato tra le parti il 20 aprile 2006 prevedeva: *«tutte le controversie derivanti dall'esecuzione delle opere sono devolute ad un arbitrato rituale, secondo le previsioni del Capitolato Speciale di Affidamento»*). La Corte, inoltre, pur sostenendo che era ben possibile che una legge sopravvenuta privasse di effetti una determinata convenzione contrattuale, ammessa nel momento in cui questa era stata stipulata, ha statuito che *«non è possibile che una norma sopravvenuta ascriva*



al silenzio delle parti un significato convenzionale che le vincoli per il futuro in termini diversi da quelli definiti dalla legge vigente al momento della conclusione del contratto», con ciò richiamando la ratio della stessa disciplina transitoria che distingueva tra norme disciplinanti le «convenzioni» e norme disciplinanti il «giudizio di arbitrato» e precisando che la natura processuale dell'attività degli arbitri non escludeva che fosse pur sempre la convenzione di arbitrato a determinare i limiti di impugnabilità dei lodi e che la presenza di una disciplina transitoria privava di rilevanza esclusiva il riferimento alla natura processuale degli atti per risolvere le questioni di diritto intertemporale.

1.6 Si tratta di principi che, come affermato dalla Corte territoriale, trovano puntuale applicazione anche nella fattispecie in esame, dato che l'art. 4, comma 7, del decreto legge del decreto legge 25 marzo 2010 n. 40, convertito con modificazioni dalla legge 22 maggio 2010, n. 73, fa espresso riferimento, ai fini dell'applicazione dell'art. 241, comma 15 *bis*, del decreto legislativo n. 163 del 2006, al mero dato temporale della «*data di costituzione del collegio arbitrale*», così come l'art. 27 del decreto legislativo n. 40 del 2006 richiama, ai fini dell'applicazione o meno dell'art. 829 cod. proc. civ. novellato, alla «*data di inizio del procedimento arbitrale*».

Nella sostanza, l'applicabilità o meno della nuova normativa, con specifico riferimento alla impugnabilità o meno per violazione delle regole di diritto inerenti al merito, pure in presenza di convenzioni arbitrali stipulate nello stesso contesto temporale, verrebbe a dipendere, in violazione dell'art. 3 della Costituzione, dal fatto del tutto arbitrario e accidentale del «momento di insorgenza della lite», ovvero «della data di costituzione del collegio arbitrale».

1.7 Sicchè, nel caso in esame, i giudici di merito correttamente hanno affermato che nella specie non può trovare applicazione l'art. 241, comma 15 *bis*, del decreto legislativo n. 163 del 2006, con conseguente



inammissibilità dei motivi di impugnazione relativi alla violazione di regole di diritto attinenti al merito.

1.8 Non ignora il Collegio recenti arresti riguardanti l'applicabilità del richiamato art. 241, comma 15 *bis* del decreto legislativo n. 163 del 2006 nei termini indicati dalla norma transitoria (Cass., 28 febbraio 2018, n. 4719; Cass., 17 dicembre 2020, n. 28871): trattasi, tuttavia di questioni attinenti al rito, quali la composizione del collegio arbitrale e il termine per impugnare. Come già affermato dalle Sezioni unite di questa Corte con le pronunce sopra richiamate, l'impugnabilità per violazione di regole di diritto trova il suo fondamento nella convenzione di arbitrato ed assume, quindi, aspetti di natura sostanziale che la sottraggono all'applicazione del principio «*tempus regit actum*».

2. Con il secondo motivo si lamenta, in relazione all'art. 360, primo comma, n. 4, cod. proc. civ., la violazione e falsa applicazione degli artt. 829, comma primo, n. 12 e 112 cod. proc. civ., nonché dei principi in tema di *emendatio* e *mutatio libelli* e dei principi che sovrintendono, in rapporto all'art. 1421 cod. civ., alla distinzione fra pretese autodeterminate ed eterodeterminate, avendo la Corte di appello errato nel dichiarare inammissibile, perchè implicante un fatto nuovo bisognoso di diversa indagine, il primo motivo di impugnazione, relativo all'addebito mosso al Collegio arbitrale di avere omesso di pronunciare sulla eccezione di nullità della clausola del capitolato contrastante con le norme imperative che impongono l'affidamento dei contratti in presenza id una copertura finanziaria.

2.1 Il motivo è fondato.

2.2 In proposito, va rilevato che la giurisprudenza inizialmente escludeva la possibilità di modificare gli elementi oggettivi della domanda, ritenendo che ciò integrasse una *mutatio libelli* inammissibile (Cass., 28 febbraio 2019, n. 5968; Cass., 12 dicembre 2018, n. 32146); con la sentenza delle Sezioni unite di questa Corte, 15 giugno 2015, n. 12310, tale orientamento è stato superato ed è stata



ammessa anche la modifica del *petitum e/o* della *causa petendi* della domanda originariamente formulata, purché rimanga immutata la situazione sostanziale dedotta in giudizio e non sia determinata alcuna compromissione delle potenzialità difensive della controparte o l'allungamento dei tempi del processo.

Il criterio per distinguere le domande precisate consentite da quelle nuove non consentite è dato dalla relazione con la quale queste si pongono rispetto alla domanda originariamente formulata; le domande che si limitano a precisare si pongono essenzialmente in un rapporto di alternatività rispetto alla domanda originaria, sostituendosi ad essa; al contrario, le domande nuove sono domande ulteriori e aggiuntive che comportano un ampliamento del *thema decidendum* (cfr. Cass., Sez. U., 13 settembre 2018, n. 22404; Cass., 30 settembre 2020, n. 20898).

2.3 Questa Corte ha, inoltre, statuito che il giudice innanzi al quale sia stata proposta domanda di nullità contrattuale deve rilevare di ufficio l'esistenza di una causa di quest'ultima diversa da quella allegata dall'istante, essendo quella domanda pertinente ad un diritto autodeterminato, sicché è individuata indipendentemente dallo specifico vizio dedotto in giudizio (Cass., 26 luglio 2016, n. 15408; Cass., 17 ottobre 2019, n. 26495).

Le Sezioni Unite di questa Corte, con la sentenza 12 dicembre 2014, n. 26242, hanno affermato che non sussiste la possibilità di decadere dalla eccezione per aver prospettato nuovi profili di nullità relativi alla stessa clausola contrattuale e il giudice davanti al quale sia stata dedotta (o eccepita) una nullità contrattuale deve rilevare d'ufficio l'esistenza di cause di nullità diverse da quelle prospettate dalla parte perché l'accertamento della nullità afferisce a un diritto autodeterminato e ciò comporta che un eventuale profilo diverso di nullità, indipendentemente dalla sua specifica deduzione, deve poter essere comunque esaminato.



Le Sezioni Unite, con la sentenza da ultimo richiamata, hanno precisato che la nullità deve essere sempre oggetto di rilevazione ed indicazione da parte del giudice, con riguardo a tutte le azioni di impugnativa negoziale, sicché può dirsi espunta dal nostro ordinamento ogni ipotesi di limitazione posta alla rilevabilità officiosa della nullità; è stato quindi superato l'orientamento restrittivo che faceva divieto al giudice di rilevare d'ufficio un profilo di nullità diversa da quella originariamente prospettata dalla parte con la domanda introduttiva; hanno osservato le Sezioni Unite che la sentenza dichiarativa della nullità di un contratto, per un motivo diverso da quello allegato dalla parte, corrisponde pur sempre alla domanda originariamente proposta, sia per *causa petendi* (l'inidoneità del contratto a produrre effetti a causa della sua nullità), sia per *petitum* (la declaratoria di invalidità e di conseguente inefficacia ab origine dell'atto); al giudice cui sia stata proposta la corrispondente istanza dovrebbe pertanto essere riconosciuto il potere-dovere di accertare tutte le possibili ragioni di nullità, non soltanto quella indicata dall'attore; la soluzione opposta condurrebbe, sul piano processuale, a conseguenze assai problematiche, in quanto l'eventuale giudicato di rigetto della domanda di nullità comporterebbe la formazione del giudicato sulla validità del contratto, con conseguente preclusione di ulteriori azioni di nullità di quel rapporto negoziale sulla base di diversi profili; l'unico limite del rilievo officioso della nullità, che si salda con la garanzia del contraddittorio, consiste nell'obbligo per il giudice di instaurare il contraddittorio sull'esistenza di una causa di nullità diversa da quella prospettata, che abbia carattere portante ed assorbente e che emerga dai fatti allegati e provati o comunque dagli atti di causa.

Con successiva pronuncia delle Sezioni Unite, 22 marzo 2017, n. 7294, è stato, poi, affermato che il potere di rilievo officioso della nullità del contratto spetta anche al giudice investito del gravame relativo ad una controversia sul riconoscimento di pretesa che suppone la validità ed

efficacia del rapporto contrattuale oggetto di allegazione - e che sia stata decisa dal giudice di primo grado senza che questi abbia prospettato ed esaminato, né le parti abbiano discusso, di tali validità ed efficacia - trattandosi di questione afferente ai fatti costitutivi della domanda ed integrante, perciò, un'eccezione in senso lato, rilevabile d'ufficio anche in appello, ex art. 345 cod. proc. civ..

2.4 Nel caso che qui rileva, dove si pone la questione di una nullità negoziale diversa da quella prospettata dalla parte nell'atto introduttivo, ma chiaramente desumibile dalla prospettazione dei fatti da parte della società ricorrente, la Corte di appello non ha fatto corretta applicazione dei principi esposti, avendo ritenuto questione nuova e come tale inammissibile, la deduzione della nullità dell'art. 2, lett. B), del Capitolato Speciale d'Affidamento, per la mancata indicazione della copertura finanziaria della relativa spesa, introdotta con i motivi di impugnazione del lodo arbitrale dinanzi la Corte di appello, e della quale non risultava essere stato investito il Collegio arbitrale e ciò tenuto conto che già nei precedenti atti il ricorrente aveva eccepito la nullità della clausola in questione e della concreta pronuncia richiesta al Collegio arbitrale (declaratoria di nullità della clausola contrattuale) nella quale si identificava il *petitum* e che non mutava in ragione della diversa causa di nullità rilevata davanti la Corte di appello; il giudice di appello, dunque, doveva esaminare l'ulteriore profilo di nullità della clausola contrattuale in esame dedotto dalla società ricorrente ed afferente alla mancanza della copertura finanziaria.

3. Per le ragioni di cui sopra, va rigettato il primo motivo di ricorso e va accolto il secondo motivo; la sentenza impugnata va cassata, in relazione al motivo accolto, e la causa va rinviata alla Corte di appello di Roma, in diversa composizione, anche per la determinazione delle spese del giudizio di legittimità.



P.Q.M.

La Corte rigetta il primo motivo di ricorso e accoglie il secondo; cassa la sentenza impugnata, in relazione al motivo accolto, e rinvia alla Corte di appello di Roma, in diversa composizione, cui demanda di provvedere anche sulle spese del giudizio di legittimità.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 29 settembre 2021.

Arbitrato in Italia