

Civile Ord. Sez. 1 Num. 2067 Anno 2022

Presidente: VALITUTTI ANTONIO

Relatore: SCALIA LAURA

Data pubblicazione: 25/01/2022



sul ricorso 10349/2018 proposto da:

TODINI COSTRUZIONI GENERALI S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., HCE Costruzioni S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., elettivamente domiciliate in Roma, P.zza San Bernardo, 101 presso lo studio dell'Avvocato Arturo Cancrini che le rappresenta e difende, anche disgiuntamente, con gli Avvocati Gregorio Iannotta ed Enrico Iannotta per procure speciali in calce al ricorso

-ricorrenti-

Contro

Altarea SCA (già Altarea SA), società di capitali di diritto francese, in persona del legale rappresentante p.t., Altarea Italia S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., elettivamente domiciliate in

ORD
2757
2021

Arbitrato in Italia

cutcc

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

Roma, Via Flaminia, 318 presso lo studio dell'Avvocato Fabrizio Fioravanti che le rappresenta e difende con l'Avvocato Francesco Ruffino per procura speciale in calce al controricorso



-controricorrenti -

avverso la sentenza n. 332/2018 della Corte di appello di Roma, depositata il 17/01/2018;

udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 04/06/2021 dal Cons. Laura Scalia.

FATTI DI CAUSA

1. La società Altarea SCA, Altarea Italia e Todini Costruzioni – per presentare congiuntamente un’offerta per la partecipazione, nei termini e modi indicati nel bando di gara, alla gara internazionale ad evidenza pubblica indetta dal Comune di Roma per l’affidamento del contratto di concessione avente ad oggetto la riqualificazione dell’area degli “Ex Mercati Generali” – avevano concluso un accordo tra imprese in data 8 gennaio 2004, diretto, altresì, a costituire in caso di aggiudicazione un’Associazione Temporanea di Imprese per realizzare e gestire le opere date in appalto e sottoscrivere la convenzione con l’ente.

Con determinazione dirigenziale n. 226 del 13 dicembre 2004 veniva disposta l’aggiudicazione provvisoria in favore delle imprese del Gruppo Mills la cui offerta era pervenuta alla stazione appaltante insieme a quella della costituenda ATI tra le imprese Todini, Altarea Sca e Altarea Italia S.r.l. che aveva impugnato davanti al Tar del Lazio l’atto di aggiudicazione provvisoria in un giudizio in cui il gruppo aggiudicatario proponeva ricorso incidentale.

-
·

Nel corso del giudizio, la Società Todini con atto notificato il 21 settembre 2005 formalizzava la propria rinuncia al ricorso, ed ai motivi aggiunti formulati in relazione all'atto di aggiudicazione definitiva, dopo aver comunicato alle altre imprese Altarea tale volontà con raccomandata A.R. dell'1 agosto 2005.

Le parti convenute dopo la formalizzazione della rinuncia eccepivano l'improcedibilità per carenza di interesse del ricorso che il Tar del Lazio con sentenza n. 1427 del 2006 respingeva comunque nel merito, disattesa l'eccezione di improcedibilità.

Il Consiglio di Stato – dinanzi al quale le società in ATI impugnavano la sentenza del Tar e le controinteressate proponevano appello incidentale sul capo della sentenza che aveva disatteso l'eccezione di improcedibilità – con sentenza n. 6404 del 9 dicembre 2006, accoglieva l'eccezione di sopravvenuta carenza di interesse in seguito alla rinuncia della Todini Costruzioni e dichiarava l'improcedibilità del ricorso poiché la rinuncia aveva determinato l'acquiescenza ai provvedimenti impugnati, precludendo la possibilità di costituire il raggruppamento originario, nella immodificabilità soggettiva dei partecipanti ad una procedura di gara.

2. Sull'indicato *ante* fatto di lite, le società Altarea SCA e Altarea Italia S.r.l. – facendo valere l'inadempimento della Todini Costruzioni agli obblighi assunti con la scrittura dell'8 gennaio 2004 e, segnatamente, all'obbligo di cooperare per tutta la durata del rapporto contrattuale al fine di garantire al raggruppamento la concreta possibilità giuridica di ottenere l'affidamento della concessione ed al dovere di buona fede nell'esecuzione del contratto – attivavano la procedura arbitrale per ottenere il risarcimento dei danni.



La Todini resisteva eccependo l'estraneità delle domande proposte da controparte dall'ambito applicativo della clausola compromissoria.

Il Collegio arbitrale, dichiarata la propria competenza a decidere con lodo non definitivo, con cui disponeva altresì per l'istruttoria della domanda, con il successivo lodo definitivo, accertato l'inadempimento agli obblighi assunti con le altre imprese con la scrittura dell'8 gennaio 2004, ha condannato Todini Costruzioni al risarcimento del danno da "perdita di chances" sofferto da Altarea Sca e Altarea Italia S.r.l., liquidato in via equitativa in euro 10 milioni, attualizzato alla pronuncia, da corrispondersi, rispettivamente, in favore della prima nella misura di euro 6.975.000,00 e in favore della seconda nella misura di euro 3.125.000,00.

Todini Costruzioni Generali S.p.A. ha impugnato ex art. 829 cod. proc. civ., per ottenerne l'annullamento, il lodo non definitivo e quello definitivo, rispettivamente sottoscritti dal Collegio arbitrale in Roma in data 23 novembre 2009 ed in data 20 ottobre 2011, dinanzi alla Corte di appello di Roma che con la sentenza in epigrafe indicata ha rigettato l'impugnazione compensando le spese.

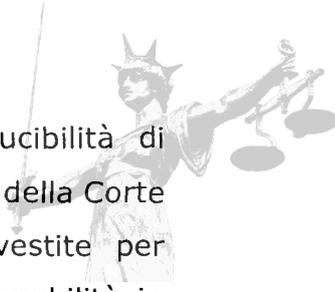
3. La Corte di appello ritenuta, nel silenzio delle parti, l'ammissibilità dell'impugnazione per violazione delle regole di diritto sul merito della controversia, in applicazione dei principi affermati dalle Sezioni Unite di questa Corte con le sentenze nn. 9284 e 9285 del 2016, nonostante la procedura arbitrale fosse stata introdotta successivamente alla riforma dell'art. 829, terzo comma, cod. proc. civ., come novellato dall'art. 24 del d.lgs. n. 40 del 2006, ne ha poi apprezzato la deducibilità nel giudizio in quanto specificamente dedotti e formalizzati in ragione della natura rescindente del giudizio.



3.1. La Corte territoriale ha quindi ritenuto infondato il motivo di impugnazione con cui la Todini ha fatto valere l'invalidità della clausola arbitrale e l'eccesso di potere in cui sarebbero incorsi gli arbitri nel ritenere la propria competenza, per non avere costoro valutato che la mancata aggiudicazione della commessa avrebbe risolto in via automatica il contratto tra le imprese per avveramento di condizione risolutiva e, con lo stesso, la clausola compromissoria.

3.2. La natura autonoma della clausola arbitrale rispetto al contratto cui accedeva deponeva per i giudici della Corte di appello in tal senso; né era invocabile il vizio di contraddittorietà di cui all'art. 829, primo comma, nn. 11 e 12 cod. proc. civ. per non avere gli arbitri individuato l'inefficacia della clausola compromissoria per avveramento della condizione risolutiva integrata dalla mancata aggiudicazione dei lavori, non ravvisando la Corte di appello in tanto una ipotesi di contrasto tra le diverse componenti del dispositivo o tra motivazione e dispositivo, là dove poi la contraddittorietà tra parti di motivazione avrebbe assunto rilievo solo ove avesse determinato l'impossibilità di ricostruire l'iter logico della decisione.

3.3. Esclusa ancora l'ipotesi, pure denunciata, dell'omessa pronuncia, per l'ampia motivazione spiegata dagli arbitri sulla propria *potestas iudicandi* e nell'interpretazione fornita dell'estremo della "mancata aggiudicazione", intesa come definitiva ed inoppugnabile in favore del terzo concorrente, la Corte di appello ha ritenuto l'insussistenza di una nullità per *error in iudicando* in quanto non dedotta dall'impugnante e la non coltivabilità della violazione delle norme di interpretazione negoziale (art. 1362 e ss. cod. civ.), *sub specie* dell'art. 829, primo comma, n. 4 cod. proc. civ., come invece avvenuto.



3.4. E' stata apprezzata, nel resto: l'errata deducibilità di questioni di competenza e di merito sottoposte all'esame della Corte territoriale in quanto erroneamente fatte valere e vestite per richiamo ad *errores in procedendo* e la loro non censurabilità in siffatti termini (così per la carenza assoluta di motivazione relativa ad evidenze integranti, invece, errori di giudizio sulla competenza arbitrale e la definizione dell'oggetto della clausola compromissoria); la non deducibilità della violazione delle norme dettate per il giudizio ordinario in punto di ammissione delle prove, risultando il giudizio arbitrale sorretto sul punto dal rispetto di principi di ordine pubblico quale quello del contraddittorio; l'insussistenza, nei limiti delle ammesse censure, della fattispecie, altrimenti scrutinabile, della mancanza di motivazione (in punto di inadempimento ritenuto e dell'apprezzamento delle conclusioni cui era pervenuto il nominato c.t.u. il cui *modus operandi* -per acquisizioni di produzioni documentali in corso di indagine- è stato vagliato con riguardo al principio del contraddittorio).

4. Ricorre per la cassazione dell'indicata sentenza Todini Costruzioni Generali S.p.A. con cinque motivi illustrati da memoria cui resistono con controricorso, cui si accompagna memoria ex art. 380-bis, primo comma, cod. proc. civ., Altarea SCA e Altarea Italia S.r.l.

RAGIONI DELLA DECISIONE

1. Con il primo motivo la ricorrente fa valere la violazione o falsa applicazione dell'art. 27, comma 4, e 24 del d.lgs. n. 40 del 2006, e dell'art. 829, terzo comma, cod. proc. civ. nella formulazione



attualmente vigente, in relazione all'art. 360, primo comma, n. 3 cod. proc. civ.

La domanda di arbitrato era stata proposta con atto notificato l'11 giugno 2008 e quindi in epoca successiva all'entrata in vigore dal 2 marzo 2006 del d.lgs. n. 40 del 2006.

La Corte di appello diversamente opinando a fronte del chiaro quadro normativo (così per l'art. 27 cit. là dove prevede che le disposizioni novellate del Capo V del titolo VIII del c.p.c. si applicano ai procedimenti arbitrali in cui la domanda è stata proposta successivamente all'entrata in vigore del decreto) e in ragione di una giurisprudenza di legittimità "*pertinente ma, comunque, non condivisibile*" (p. 13 ricorso), aveva ritenuto inapplicabile la disposizione di cui all'art. 829 cod. proc. civ. novellato con arbitraria modifica della normativa transitoria.

2. Con il secondo motivo la ricorrente deduce violazione e falsa applicazione degli artt. 808-*bis* e 808-*quater* cod. proc. civ. e dell'art. 1362 e ss. cod. proc. civ., in relazione all'art. 360, primo comma, n. 3 cod. proc. civ. ed all'art. 15 dell'accordo dell'8 gennaio 2004.

La condotta illecita contestata dalle società Altarea alla Todini non era riconducibile alla fase della procedura di gara oggetto dell'accordo tra imprese contenente la clausola arbitrale.

I danni rivendicati traevano infatti origine dalla rinuncia effettuata da Todini al giudizio amministrativo con cui le imprese avevano impugnato l'aggiudicazione della gara in favore della ATI The Mills.

Il limite dell'accordo era integrato dalla partecipazione alla "gara mancata" rispetto alla quale le pretese delle parti potevano essere azionate davanti al giudice ordinario; il Collegio arbitrale non aveva tenuto conto di dette evidenze ed aveva forzato il contenuto della



clausola compromissoria (art. 15) e della competenza arbitrale, ritenendo in essa comprese anche le controversie extracontrattuali quale era quella di specie in difetto di espressa e contraria volontà sul punto delle parti. La previsione nell'art. 15 di un foro convenzionale per tutti i casi non riconducibili alla clausola compromissoria non avrebbe avuto altro significato se non quello di escludere la devoluzione, in via estensiva, agli arbitri di ogni controversia a titolo contrattuale ed extracontrattuale insorta tra le parti dell'accordo.

3. Con il terzo motivo la ricorrente fa valere la carenza di giurisdizione del giudice arbitrale in relazione alla domanda risarcitoria avanzata da Altarea nei confronti di Todini rispetto al giudice amministrativo in relazione all'art. 360, primo comma, n. 1 cod. proc. civ.

La Corte di appello avrebbe dovuto rilevare l'inammissibilità della domanda risarcitoria di Altarea che, qualificarsi come responsabilità aggravata ai sensi dell'art. 96 cod. proc. civ. e dell'art. 26 c.p.a., avrebbe dovuto essere proposta all'interno del giudizio amministrativo nel corso del quale si era verificata la condotta causativa di danno.

4. Con il quarto motivo la ricorrente deduce la violazione o falsa applicazione dell'art. 112 cod. proc. civ. e dell'art. 1367 cod. civ., in relazione all'art. 360, primo comma, n. 3 cod. proc. civ.

La Corte di appello aveva rigettato il secondo, terzo, quarto e sesto motivo di appello ritenendo che la Todini dovesse formulare questi ultimi come denuncia di violazione di norme di diritto.

In tal modo la Corte di merito aveva errato non applicando il principio per il quale il motivo di appello deve essere valutato avuto riguardo alla sostanza della censura senza tradursi in una rigorosa e

formalistica enunciazione delle ragioni dedotte a sostegno dell'appello.

La stessa Corte di appello aveva riconosciuto tanto nella parte in cui aveva statuito la non necessità che l'impugnazione contenga l'indicazione specifica delle norme violate essendo necessario che tanto risulti dal complesso del ricorso.

All'interno delle proposte censure le norme violate erano state chiaramente indicate.

In ogni caso era mancante il danno ed il nesso eziologico perché nella dedotta fattispecie l'unico pregiudizio astrattamente possibile non poteva coincidere con la perdita del processo, ma con la possibilità di conservare le possibilità di vittoria o comunque l'esito più favorevole e tanto là dove il Tar aveva rigettato il ricorso nel merito, prescindendo dalla rinuncia effettuata dalla Todini.

Il danno sarebbe stato configurabile solo in ipotesi di ragionevole certezza che in presenza di condotta alternativa dovuta dalla Todini, i ricorrenti avrebbero vinto il ricorso davanti al Tar, là dove invece l'intervenuto rigetto nel merito della domanda aveva escluso non solo la ragionevole certezza, ma anche la ragionevole probabilità di vittoria.

La perdita di *chances* ritenuta non avrebbe potuto prescindere dal rilievo che il pregiudizio non è integrato dalla perdita del processo, ma della possibilità di vittoria o di esito più favorevole, escluso dalla decisione di rigetto nel merito.

5. Con il quinto motivo di ricorso la ricorrente impugna il capo sulle spese; la riforma della sentenza impugnata avrebbe inciso sulla disciplina delle spese di lite sia nel giudizio di impugnazione del lodo che per la fase arbitrale.

6. Il primo motivo è inammissibile e comunque infondato.



Quanto al primo profilo, vero è che la critica mossa all'impugnata sentenza si muove lungo il crinale del cd. "non motivo" definito da una censura che non facendosi carico delle ragioni addotte dal giudice avverso la cui decisione si proponga ricorso per cassazione sortisce l'effetto di riproporre in sede di legittimità tesi già coltivate nel merito e motivatamente disattese per una mera contrapposizione della propria valutazione al giudizio espresso dalla sentenza impugnata che si risolve, in sostanza, nella proposizione di un "non motivo", come tale inammissibile ex art. 366, comma 1, n. 4, c.p.c. (Cass. 24/09/2018, n. 22478; Cass. 31/08/2015, n. 17330).

Il motivo è comunque infondato per ragioni compendiate nelle sentenze cdd. gemelle adottate a Sezioni Unite da questa Corte ai nn. 9284 e 9285 del 2016 per le quali, in tema di arbitrato, l'art. 829, comma 3, c.p.c., come riformulato dall'art. 24 del d.lgs. n. 40 del 2006, si applica, ai sensi della disposizione transitoria di cui all'art. 27 del d.lgs. n. 40 cit., a tutti i giudizi arbitrali promossi dopo l'entrata in vigore della novella, ma, per stabilire se sia ammissibile l'impugnazione per violazione delle regole di diritto sul merito della controversia, la legge - cui l'art. 829, comma 3, c.p.c., rinvia - va identificata in quella vigente al momento della stipulazione della convenzione di arbitrato, sicché, in caso di convenzione cd. di diritto comune stipulata anteriormente all'entrata in vigore della nuova disciplina, nel silenzio delle parti deve intendersi ammissibile l'impugnazione del lodo, così disponendo l'art. 829, comma 2, c.p.c., nel testo previgente, salvo che le parti stesse avessero autorizzato gli arbitri a giudicare secondo equità o avessero dichiarato il lodo non impugnabile.

Principio convalidato nella sua portata di diritto vivente dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 13 del 2018 che



interrogandosi sulla legittimità costituzionale dell'art. 829, terzo comma, c.p.c., in combinato con l'art. 27 del d.lgs. n. 40 del 2006, l'ha ritenuta, nell'apprezzata natura sostanziale della regola così individuata, espressiva della garanzia dell'autonomia negoziale delle parti.

L'accordo contenente la clausola compromissoria è precedente all'entrata in vigore del d.lgs. n. 40 del 2006 e correttamente la Corte di appello di Roma ha ritenuto la scrutinabilità del merito nel giudizio di annullamento dinanzi alla stessa introdotto.

7. Il secondo motivo è inammissibile perché non si confronta con la *ratio decidendi* dell'impugnata sentenza che, di indole processuale, resta definita dalla contestazione operata dalla Corte di appello alla parte di avere erroneamente attaccato il lodo facendo valere una nullità ex art. 829 n. 4 cod. proc. civ. là dove l'unico vizio azionabile è quello del difetto assoluto di motivazione oltre che quello di violazione e falsa applicazione delle regole ermeneutiche (Cass. 22/09/2000, n. 12550; Cass. 07/12/2007, n. 25623).

La questione relativa agli artt. 808-*bis* e 808-*quater* c.p.c. è inoltre nuova e si espone, come tale, ad una ulteriore ragione di inammissibilità.

8. Il terzo motivo è inammissibile per sua novità.

La questione sulla natura dell'azione e la sua riconduzione a misura-sanzione interna al processo nei termini di cui all'art. 96 c.p.c., con conseguente competenza funzionale a pronunciare sulla stessa del giudice del medesimo processo, non risulta dedotta nella precedente fase né è allegata, per denuncia di omessa pronuncia sul punto, la sua tempestiva deduzione in tal senso.

9. Quarto motivo è inammissibile per sua contraddittorietà rispetto al primo con cui la ricorrente, facendo valere l'applicabilità

della novellata disposizione sull'arbitrato, sostanzialmente deduce, e proprio, la non sottoponibilità nel giudizio di impugnazione per nullità del lodo arbitrale di questioni di merito e tanto là dove, invece, con il quarto motivo denuncia la mancata valutazione nel merito delle proposte sue censure.

Il quarto motivo è ancora inammissibile perché in sede di ricorso per cassazione avverso la sentenza che abbia deciso sull'impugnazione per nullità del lodo arbitrale, la Corte di Cassazione non può apprezzare direttamente il lodo arbitrale, ma solo la decisione impugnata nei limiti dei motivi di ricorso relativi alla violazione di legge e, ove ancora ammessi, alla congruità della motivazione della sentenza resa sul gravame, non potendo peraltro sostituire il suo giudizio a quello espresso dalla Corte di merito sulla correttezza della ricostruzione dei fatti e della valutazione degli elementi istruttori operata dagli arbitri (Cass. 07/02/2018, n. 2985).

A fronte e di contro a siffatto principio, la censura richiede sostanzialmente una pronuncia di merito sostitutiva di quella impugnata che è inammissibile, come tale, nel giudizio di legittimità.

10. Il quinto motivo sulle spese manca dei caratteri stessi del motivo ed è carente di autonomia, restando subordinato all'accoglimento dei precedenti e quindi ad un diverso esito della lite.

11. Il ricorso è in via conclusiva infondato e le ricorrenti vanno condannate al pagamento delle spese di lite liquidate secondo soccombenza come da dispositivo.

Ai sensi dell'articolo 13, comma 1-*quater*, d.P.R. n. 115 del 2002, inserito dall'articolo 1, comma 17, legge n. 228 del 2012, dà atto della sussistenza dei presupposti processuali per il versamento, da parte delle ricorrenti, dell'ulteriore importo a titolo di contributo

unificato pari a quello, ove dovuto, per il ricorso a norma del comma 1-*bis* dello stesso art. 13.



P.Q.M.

Rigetta il ricorso e condanna TODINI COSTRUZIONI GENERALI S.p.A. e HCE Costruzioni S.p.A. a rifondere ad Altarea SCA (già Altarea SA), società di capitali di diritto francese, e Altarea Italia S.r.l. le spese di lite che liquida, per ciascuna, in euro 10.200,00, di cui euro 200,00 per esborsi, oltre spese generali al 15% forfettario sul compenso ed accessori di legge.

Ai sensi dell'articolo 13, comma 1-*quater*, d.P.R. n. 115 del 2002, inserito dall'articolo 1, comma 17, legge n. 228 del 2012, dà atto della sussistenza dei presupposti processuali per il versamento, da parte delle ricorrenti, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello, ove dovuto, per il ricorso a norma del comma 1-*bis* dello stesso art. 13.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio della Prima

Arbitrato in Italia