

Civile Ord. Sez. 1 Num. 704 Anno 2023

Presidente: CAMPANILE PIETRO

Relatore: REGGIANI ELEONORA

Data pubblicazione: 12/01/2023



ORDINANZA

sul ricorso R.G. n. 9522/2017

promosso da

ANAS, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, elettivamente domiciliata in Roma, via del Portoghesi 12, presso l'Avvocatura generale dello Stato, che la rappresenta e difende *ope legis*;

ricorrente

contro

Impresa s.p.a. in amministrazione straordinaria, in persona del Commissario straordinario *pro tempore*, in proprio e quale procuratrice speciale della Progetti e Costruzioni s.p.a. in liquidazione (mandataria dell'ATI costituita da quest'ultima con Impresa s.p.a. e Cogni Maurizio s.a.s.), elettivamente domiciliata in Roma, piazza Vescovio 21, presso lo studio dell'avv. Tommaso Manferoce, che la rappresenta e difende unitamente all'avv. Andrea Calzolaio in virtù di procura speciale a margine del controricorso contenente ricorso incidentale;

controricorrente e ricorrente incidentale

nei confronti di

ANAS, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, elettivamente domiciliata in Roma, via del Portoghesi 12, presso l'Avvocatura generale dello Stato, che la rappresenta e difende *ope legis*;

controricorrente al ricorso incidentale

avverso la sentenza della Corte di appello di Roma n. 100/2017, pubblicata il 09/01/2017;

udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 24/06/2022 dalla dott.ssa ELEONORA REGGIANI;

letti gli atti del procedimento in epigrafe;

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con sentenza n. 100/2017, pubblicata il 09/01/2017, la Corte di appello di Roma dichiarava inammissibile l'impugnazione proposta da ANAS contro il lodo n. 145/2009, sottoscritto in Roma il 29/10/2009, depositato presso la Camera arbitrale per i contratti pubblici il 09/11/2009, con condanna dell'ANAS alla rifusione delle spese di lite sostenuta da Impresa s.p.a. in amministrazione straordinaria (di seguito, IMPRESA), in proprio e in qualità di procuratrice speciale della Progetti e Costruzioni s.p.a. (mandataria dell'ATI costituita da quest'ultima con Impresa s.p.a. e Cogni Maurizio s.a.s.).

Il lodo, previo rigetto dell'eccezione di Anas sul difetto di competenza arbitrale, aveva ritenuto l'Amministrazione statale debitrice di ingenti somme a vario titolo, in relazione al contratto di appalto del 25/01/1991, avente ad oggetto l'esecuzione di lavori di ammodernamento di un tratto stradale della SS 45 di "Val Trebbia".

In particolare, per quanto d'interesse, la Corte di merito, dopo aver precisato che, nella specie, si applicava *ratione temporis* il testo previgente dell'art. 829 c.p.c., respingeva il primo motivo di impugnazione, con il quale l'ANAS aveva dedotto l'intervenuta

declinatoria della competenza degli arbitri, eccepita anche nel corso del procedimento arbitrale.

Secondo l'ANAS, gli arbitri non avevano potere di decidere la controversia, a fronte della formulata eccezione, perché l'art. 21 del Capitolato speciale d'appalto, allegato al contratto del 27/05/1991, faceva espresso rinvio al d.P.R. n. 1063 del 1962, che prevedeva, appunto, la possibilità di declinare la competenza arbitrale.

La Corte di appello, facendo propri gli argomenti dell'IMPRESA, rilevava che - in base a quanto previsto dall'art. 47, comma 2, d.P.R. n. 1063 del 1962 (in virtù del quale la convenuta nel giudizio arbitrale ha facoltà di escludere la competenza arbitrale entro 30 giorni dalla notifica della domanda di arbitrato) - l'ANAS era decaduta dalla facoltà di contestare la competenza arbitrale. Dalla lettura del lodo si evinceva, infatti che l'IMPRESA aveva notificato la domanda di arbitrato il 29/02/2008 e che l'ANAS aveva declinato la competenza arbitrale con atto notificato soltanto il 13/06/2008, ovvero dopo il prescritto termine di 30 giorni.

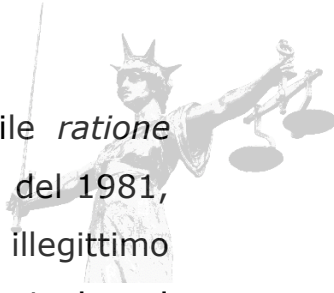
Avverso detta sentenza, l'ANAS ha proposto ricorso per cassazione, affidato ad un solo motivo.

L'intimata si è difesa con controricorso, formulando anche un motivo di ricorso incidentale.

Entrambe le parti hanno depositato memoria ex art. 380 *bis*.1 c.p.c.

RAGIONI DELLA DECISIONE

1. Con il motivo di ricorso principale è dedotta la violazione e la falsa applicazione dell'art. 47, comma 2, d.P.R. del 16 luglio 1962 n. 1063, dell'art. 16 l. n. 741 del 1981 e dell'art. 829 c.p.c., in relazione all'art. 360, comma 1, n. 3), c.p.c., d.P.R. n. 327 del 2001, per avere la Corte di appello ritenuto che l'ANAS avrebbe dovuto esercitare la facoltà di declinare la competenza arbitrale nel termine di 30 giorni dalla notifica della domanda di arbitrato,

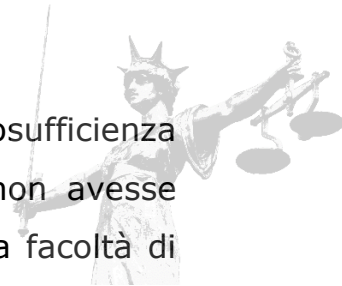


mentre la previsione di termine non era più applicabile *ratione temporis*, perché era stato sostituito dall'art. 16 l. n. 741 del 1981, il quale, poi, era stato dichiarato costituzionalmente illegittimo (Corte cost., sentenza n. 152 del 09/05/1996), nella parte in cui non stabiliva che la competenza arbitrale potesse essere derogata anche con atto unilaterale di ciascuno dei contraenti.

Secondo parte ricorrente, la menzionata sentenza della Corte costituzionale costituisce una pronuncia additiva di garanzia, che integra la norma censurata con una ulteriore previsione, implicita nell'ordinamento, necessaria al fine di rimuovere un'altrimenti inevitabile lesione dei sovraordinati principi costituzionali di cui agli artt. 24 e 102 Cost., che consente di declinare unilateralmente alla competenza arbitrale senza alcun termine di decadenza, come pure si evince dal considerando in diritto n. 5 (ove si afferma che l'arbitrato può ritenersi non obbligatorio quando, anche dopo l'aggiudicazione dell'appalto e fino alla nomina degli arbitri per la decisione della controversia, sia consentita la facoltà, all'una o all'altra parte del rapporto, di scegliere ancora la competenza ordinaria). È attribuito rilievo anche al fatto che la norma non è stata dichiarata illegittima nei suoi effetti abrogativi e sostitutivi della precedente lettera dell'art. 47 d.P.R. n. 1063 del 1962, ma solo in quanto, nel suo nuovo portato normativo, non prevede anche la facoltà di declinatoria unilaterale.

2. Nel costituirsi, IMPRESA ha preliminarmente eccepito l'inammissibilità del ricorso sotto due profili.

In primo luogo, ha affermato che, ai sensi dell'art. 360 *bis* c.p.c., la Corte d'appello aveva deciso la questione oggetto di ricorso principale in modo conforme alla giurisprudenza di legittimità maturata sul punto, mentre la censura non aveva offerto elementi che potessero giustificare un mutamento dell'orientamento.

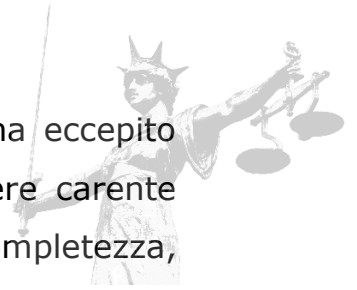


In secondo luogo, ha prospettato un difetto di autosufficienza dello stesso motivo di ricorso, ritenendo che l'ANAS non avesse indicato gli atti e i documenti dai quali desumere che la facoltà di declinatoria della competenza arbitrale fosse stata esercitata nel termine da lei indicato, specificando data e sede di deposito.

La stessa parte ha, comunque, illustrato anche le ragioni di infondatezza del motivo, richiamando i precedenti di legittimità che hanno ritenuto ripristinato, per effetto della decisione della Corte costituzionale, il previgente art. 47 d.P.R. n. 1063 del 1962.

3. Con l'unico motivo di ricorso incidentale, IMPRESA ha, poi, censurato la decisione impugnata, deducendo la falsa applicazione dell'art. 47 d.P.R. n. 1063 del 1962, nel testo risultante dall'intervento della Corte costituzionale sopra richiamata, in relazione all'art. 360, comma 1, n. 3), c.p.c., per non avere la Corte d'appello considerato che, essendo l'ANAS soggetto pubblico diverso dallo Stato, la disciplina dell'arbitrato di cui al d.P.R. n. 1063 del 1962 non si applicava per legge, ma trovava origine nella convenzione intercorsa tra le parti, che aveva rinvio al menzionato d.P.R., così come vigente al tempo della stipula. Pertanto, essendo l'appalto stipulato il 27/05/1991, doveva ritenersi richiamato l'art. 47 d.P.R. n. 1063 del 1962, come modificato dall'art. 16 della l. n. 741 del 1981, nel testo vigente prima dell'intervento della Corte costituzionale, in forza del quale era esclusa ogni possibilità di deroga alla competenza arbitrale.

La stessa IMPRESA ha poi dedotto che la declinatoria della competenza arbitrale dell'ANAS doveva ritenersi inefficace, perché, dopo la sua notifica, aveva tenuto comportamenti contrastanti con la volontà ivi manifestata, procedendo alla nomina dell'arbitro di fiducia dopo che era stato avviato il procedimento ex art. 810 c.p.c. e difendendosi nel procedimento arbitrale senza eccepire l'incompetenza del collegio.



4. Nel controricorso al ricorso incidentale, l'ANAS ha eccepito l'inammissibilità dell'impugnazione avversaria, per essere carente dei requisiti di autosufficienza, chiarezza, unicità e completezza, chiedendone comunque il rigetto nel merito.

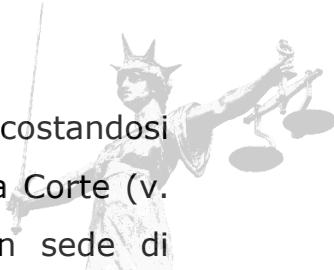
5. È infondata l'eccezione d'inammissibilità del ricorso principale per difetto di autosufficienza, riferito all'allegazione del momento in cui la ricorrente principale ha esercitato la facoltà di deroga alla competenza arbitrale, tenuto conto che dalla lettura del ricorso, nel suo complesso, emerge reiterata indicazione del compimento di tale attività e delle modalità con cui essa è stata manifestata (p. 2, 6 e 12 del ricorso principale per cassazione).

6. È, invece, fondata l'eccezione di inammissibilità del ricorso per violazione dell'art. 360 *bis* c.p.c.

6.1. Com'è noto, in tema di ricorso per cassazione per violazione o falsa applicazione di norme di diritto (sostanziali o processuali), il principio di specificità dei motivi, di cui all'art. 366, comma 1, n. 4), c.p.c., deve essere letto in correlazione al disposto dell'art. 360 *bis*, n. 1), c.p.c., essendo dunque inammissibile, per difetto di specificità, il motivo di ricorso che, nel denunciare la violazione di norme di diritto, ometta di raffrontare la *ratio decidendi* della sentenza impugnata con la giurisprudenza della S.C. e, ove la prima risulti conforme alla seconda, ometta di fornire argomenti per mutare orientamento (Cass., Sez. 6-2, Ordinanza n. 5001 del 02/03/2018).

In tale ottica, non può pertanto ritenersi sufficiente la mera dichiarazione, espressa nel motivo, di porsi in contrasto con la giurisprudenza di legittimità, laddove non vengano individuate le decisioni e gli argomenti sui quali l'orientamento contestato si fonda (Cass., Sez. 6-5, Ordinanza n. 28070 del 05/11/2018).

6.2. Nel caso di specie, parte ricorrente ha prospettato la questione interpretativa dell'art. 47 d.P.R. n. 1063 del 1962, così come sostituito dall'art. 16 l. n. 741 del 1981, a seguito della



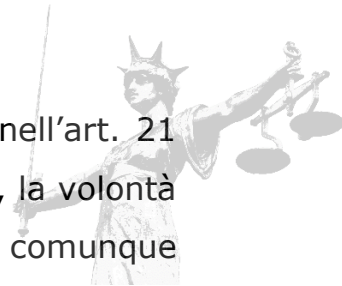
sentenza della Corte costituzionale n. 156 del 1996, discostandosi dalle soluzioni adottate da numerose pronunce di questa Corte (v. Cass., Sez. U, Sentenza n. 5200 del 25/05/1998, in sede di regolamento di giurisdizione, riqualificato come regolamento di competenza; nello stesso senso, Cass., Sez. 1, Sentenza n. 11048 del 10/11/1997; Cass. Sez. 1, Sentenza n. 6243 del 23/06/1998; Cass., Sez. 1, Sentenza n. 6956 del 26/05/2000; Cass., Sez. 1, Sentenza n. 1494 del 02/02/2001; Cass., Sez. 1, Sentenza n. 10922 del 08/08/2001; per alcuni casi particolari, v. Cass., Sez. 3, Sentenza n. 22834 del 29/09/2017; Cass., Sez. 1, Sentenza n. 1166 del 17/01/2013; Cass., Sez. U, Sentenza n. 10873 del 30/04/2008; Cass., Sez. 1, Sentenza n. 10850 del 10/07/2003; Cass., Sez. 1, Sentenza n. 5240 del 21/04/2000), che hanno affermato la reviviscenza del vecchio testo dell'art. 47 d.P.R. n. 1063 e 1962 a seguito della menzionata pronuncia della Corte costituzionale, senza neppure farne menzione.

Tale mancanza determina, dunque, l'inammissibilità del motivo.

7. Tale motivo è comunque infondato, sia pure nei termini che vengono di seguito evidenziati.

7.1. È incontestato tra le parti che, nella specie, l'art. 21 del Capitolato speciale dell'appalto, allegato al contratto stipulato il 27/05/1991, preveda il deferimento al giudizio arbitrale di tutte le controversie tra l'Amministrazione appaltante e l'impresa che non si siano potute definire in via amministrativa ai sensi e nei modi previsti dal Capo VI del capitolato generale per l'appalto delle opere che si eseguono per conto del Ministero dei lavori pubblici.

7.2. Si deve, prima di tutto, tenere presente che, alla data dell'appalto, in virtù dell'art. 32, comma 2, l. n. 59 del 1961, ai fini della per la gestione dei lavori di competenza dell'ANAS, si applicavano le norme in vigore per l'Amministrazione dei lavori pubblici, tra cui, dunque, il d.P.R. n. 1063 del 1962.



Il rinvio alla disciplina di tale d.P.R. cit., contenuto nell'art. 21 del Capitolato speciale d'appalto non esprimeva, dunque, la volontà dei contraenti, ma recepiva una previsione normativa comunque applicabile.

Non si è trattato, in sintesi, di una fattispecie in cui l'obbligatorietà dell'arbitrato è stata concordata con clausola compromissoria, perché non è la volontà dei contraenti a escludere la facoltà di rivolgersi al giudice statale, ma la legge stessa.

7.3. Tra le norme in questa sede rilevanti del d.P.R. n. 1063 del 1962 devono senza dubbio richiamarsi gli artt. 43, 46 e 47.

In particolare, l'art. 43 d.P.R. cit. nel testo originario ha previsto quanto segue:

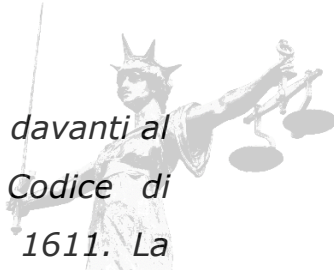
«Salvo il disposto del successivo art. 47, tutte le controversie tra l'Amministrazione e l'appaltatore, così durante l'esecuzione come al termine del contratto, quale che sia la loro natura tecnica, amministrativa o giuridica, che non si sono potute definire in via amministrativa a norma del precedente art. 42, sono deferite, giusta gli articoli 806 e seguenti del Codice di procedura civile e 349 della legge sui lavori pubblici 20 marzo 1865, n. 2248, allegato F), al giudizio di cinque arbitri.»

Il successivo art. 46 ha così stabilito:

«L'istanza per l'arbitrato deve essere notificata a mezzo di ufficiale giudiziario, nel termine di sessanta giorni da quello in cui fu notificato il provvedimento dell'Amministrazione che ha risolto la controversia in sede amministrativa ai sensi del precedente art. 42. La notificazione deve essere fatta presso l'ufficio della Avvocatura generale dello Stato, ai sensi e per gli effetti dell'art. 11 del testo unico 30 ottobre 1933, n. 1611, modificato dalla legge 25 marzo 1958, n. 260.»

Infine, l'art. 47, ha previsto:

«In deroga alle disposizioni degli articoli 43 e seguenti, la parte attrice ha facoltà di escludere la competenza arbitrale, proponendo,



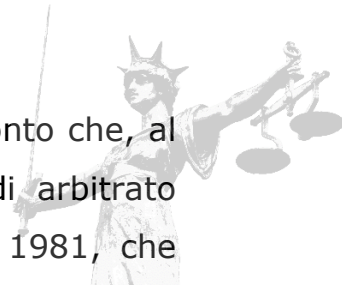
entro il termine di cui all'articolo precedente, la domanda davanti al giudice competente a norma delle disposizioni del Codice di procedura civile e del testo unico 30 ottobre 1933, n. 1611. La parte convenuta nel giudizio arbitrale a sensi dell'articolo precedente, ha facoltà, a sua volta, di escludere la competenza arbitrale. A questo fine, entro trenta giorni dalla notifica della domanda di arbitrato, deve notificare la sua determinazione all'altra parte, la quale, ove intenda proseguire il giudizio, deve proporre domanda al giudice competente a norma del comma precedente. Nei casi di deroga alla competenza arbitrale, la decisione prevista dall'ultimo comma dell'art. 44 spetta al giudice competente.»

L'art. 16 della l. n. 741 del 1981 (ulteriori norme per l'accelerazione delle procedure per l'esecuzione di opere pubbliche) ha sostituito il disposto dell'art. 47 d.P.R. n. 1063 del 1962, con le seguenti previsioni:

«In deroga alle disposizioni degli articoli 43 e seguenti la competenza arbitrale può essere esclusa solo con apposita clausola inserita nel bando o invito di gara, oppure nel contratto in caso di trattativa privata. Quando sia esclusa la competenza arbitrale, la domanda è proposta, entro il termine di cui all'articolo precedente, davanti al giudice competente a norma delle disposizioni del codice di procedura civile e del testo unico 30 ottobre 1933, n. 1611, e successive modifiche.»

È, poi, intervenuta la sentenza della Corte costituzionale n. 152 del 1996 (Corte cost., sentenza n. 152 del 09/05/1996), che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 16 l. n. 741 del 1981, che ha sostituito l'art. 47 d.P.R. n. 1063 del 1962, nella parte in cui non stabilisce che la competenza arbitrale può essere derogata anche con atto unilaterale di ciascuno dei contraenti.

Sono, poi, intervenute ulteriori disposizioni normative, che in questa sede non assumono rilievo.



7.4. Ai fini della decisione si deve, invece, tenere conto che, al momento in cui IMPRESA ha notificato la domanda di arbitrato (29/02/2008), era stata già adottata la l. n. 741 del 1981, che aveva modificato il richiamato art. 47 d.P.R. n. 1063 del 1962, ma era anche intervenuta la pronuncia della Corte costituzionale appena ricordata, la quale, dunque, spiegava i suoi effetti sul rapporto in corso.

La materia del contendere si incentra tutta sulla precisa individuazione di tali effetti e in particolare sulla configurabilità di una reviviscenza della disciplina previgente alle modifiche apportate dall'art. 16 l. n. 741 del 1981, dichiarato costituzionalmente illegittimo.

7.5. Senza dubbio, in conseguenza della sentenza della Corte costituzionale, è tornata ad essere consentita la declinatoria della competenza arbitrale anche per volontà di una sola delle parti legate dal contratto di appalto.

Il giudice delle leggi ha, infatti, rilevato il contrasto dell'art. 16 l. n. 741 del 1981 con gli artt. 24 e 102 Cost., in quanto, prevedendo che la competenza arbitrale potesse essere derogata esclusivamente per effetto di una clausola inserita nel bando o nell'invito di gara oppure contenuta nel contratto (in caso di trattativa privata), finiva col rendere obbligatorio l'arbitrato per il contraente diverso dalla P.A., in spregio al principio secondo cui solo a fronte della concorde e specifica volontà delle parti (liberamente formatasi) possono essere consentite deroghe alla giurisdizione statale.

Com'è noto, le sentenze additive (al pari di quelle sostitutive) presuppongono l'esistenza di un'unica soluzione idonea a rendere la norma incostituzionale compatibile con la Carta fondamentale. Si danno, tuttavia, ipotesi in cui l'accertamento dell'incostituzionalità si scontra con la necessità di rispettare la discrezionalità del legislatore ordinario nell'individuazione di una tra le possibili

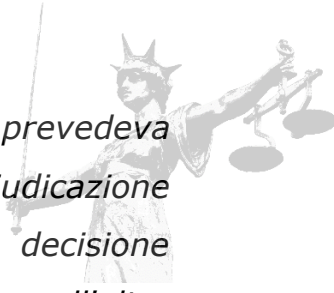
soluzioni idonee a rendere la norma compatibile con la Costituzione.

In tali ipotesi la Corte, a partire dalla seconda metà degli anni ottanta, dichiarata l'illegittimità costituzionale della disposizione oggetto del giudizio «*nella parte in cui non*», indica il principio generale cui rifarsi nel riempire di contenuti la lacuna riscontrata.

In tal modo, la Corte instaura un dialogo, non solo con il legislatore, chiamato a colmare il difetto di normazione, ma anche con i giudici, sui quali ricade, nelle more dell'intervento legislativo, il compito di dar seguito, nella concretezza dei rapporti giuridici, al principio enunciato nella decisione di illegittimità costituzionale.

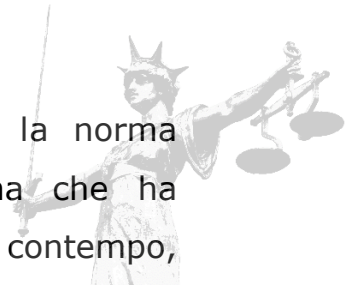
Nel caso di specie, la Corte ha consapevolmente lasciato in mano all'interprete e al legislatore il completamento della disciplina applicabile, perché, dopo aver previsto la necessità di consentire la deroga alla competenza arbitrale anche per atto unilaterale, non ha specificato in che modo tale attività possa essere compiuta, richiamando le scelte già fatte e da fare dal legislatore.

Si legge infatti quanto segue: «... *In effetti, va in primo luogo osservato che il silenzio serbato dalla pubblica amministrazione riguardo alla deroga alla competenza arbitrale - pur a fronte di un rinvio ricognitivo al Capitolato generale presente nel bando di gara - o l'inserimento di una clausola compromissoria nella proposta di appalto a trattativa privata, attribuiscono, di fatto, alla sola pubblica amministrazione la scelta in favore della competenza arbitrale, che la controparte, se vuole partecipare alla gara, è tenuta ad accettare. In altri termini, esigendosi l'accordo delle parti per derogare alla competenza arbitrale, si rimette pur sempre alla volontà della sola parte che non voglia tale accordo derogatorio, l'effetto di rendere l'arbitrato concretamente obbligatorio per l'altro soggetto che non l'aveva voluto. Sarebbe infatti sufficiente la mancata intesa sulla deroga della competenza arbitrale per vanificare l'apparente facoltatività bilaterale dell'opzione. L'arbitrato*



può invece ritenersi non obbligatorio quando - come prevedeva l'originaria formulazione dell'art. 47 - anche dopo l'aggiudicazione dell'appalto e fino alla nomina degli arbitri per la decisione sull'insorta controversia, sia consentita la facoltà, all'una o all'altra parte del rapporto, di scegliere ancora la competenza ordinaria. Risulta pertanto evidente il contrasto della norma impugnata con gli invocati parametri costituzionali in quanto questa, con il prevedere che la competenza arbitrale può essere derogata solo con una clausola inserita nel bando o invito di gara oppure nel contratto nel caso di trattativa privata, finisce con il rendere obbligatorio l'arbitrato, in spregio al principio, più volte ribadito, secondo cui solo a fronte della concorde e specifica volontà delle parti (liberamente formatasi) sono consentite deroghe alla regola della statualità della giurisdizione. Lo stesso legislatore, d'altronde, ha dimostrato recentemente di cercare giuste soluzioni al problema perché, nel regolare ex novo la materia degli appalti pubblici (con la legge 11 febbraio 1994, n. 109), aveva previsto (all'art. 32) che la competenza sulle controversie fosse attribuita al giudice ordinario, con esplicito divieto di deferire la controversia agli arbitri; successivamente, con il decreto-legge 3 aprile 1995, n. 101, convertito in legge con l'art. 1, comma 1, della legge 2 giugno 1995, n. 216, la competenza arbitrale è stata nuovamente introdotta, però con il richiamo della disciplina contenuta al riguardo nel codice di procedura civile. La legislazione potrebbe ancora evolversi tenendo conto, oltre che del coordinamento con la legislazione comunitaria, del principio essenziale della effettiva libera volontà di ciascuna parte sulla scelta della competenza nei casi in cui il contratto sia predisposto dalla pubblica amministrazione.»

In tale quadro, si muove l'attività interpretativa del giudice, nel ricostruire il sistema a seguito dell'intervento della Corte costituzionale, che, nella specie, in assenza di un intervento del



legislatore non può non tenere conto del fatto che la norma dichiarata costituzionalmente illegittima è una norma che ha abrogato una precedente disposizione normativa e, nel contempo, ha introdotto una nuova disciplina, sostituendosi a quella abrogata.

Numerosi sono i precedenti di questa Corte, che hanno affermato la reviviscenza del previgente art. 47 d.P.R. n. 1063 del 1962 a seguito della menzionata sentenza della Corte costituzionale (v. Cass., Sez. U, Sentenza n. 5200 del 25/05/1998, in sede di regolamento di giurisdizione, riqualficato come regolamento di competenza; nello stesso senso, Cass., Sez. 1, Sentenza n. 11048 del 10/11/1997; Cass. Sez. 1, Sentenza n. 6243 del 23/06/1998; Cass., Sez. 1, Sentenza n. 6956 del 26/05/2000; Cass., Sez. 1, Sentenza n. 1494 del 02/02/2001; Cass., Sez. 1, Sentenza n. 10922 del 08/08/2001; per alcuni casi particolari, v. Cass., Sez. 3, Sentenza n. 22834 del 29/09/2017; Cass., Sez. 1, Sentenza n. 1166 del 17/01/2013; Cass., Sez. U, Sentenza n. 10873 del 30/04/2008; Cass., Sez. 1, Sentenza n. 10850 del 10/07/2003; Cass., Sez. 1, Sentenza n. 5240 del 21/04/2000).

Tale orientamento è condiviso da questo Collegio.

Non può scindersi, infatti, il disposto dell'art. 16 l. cit., distinguendo la parte che ha abrogato la vecchia disposizione da quella che ha introdotto la nuova disciplina, nella parte in cui è ritenuta costituzionalmente illegittima.

La disposizione in questione è una sola e si è sostituita alla norma previgente ma, ormai, senza effetto, perché è stata dichiarata incostituzionale.

La sostituzione, dunque, non opera più e la nuova disposizione, oltre a non avere più effetti in termini di disciplina, non può più sostituirsi alla disciplina previgente, nella parte in cui ha consentito solo all'accordo delle parti di derogare alla competenza arbitrale, perché la Corte costituzionale ha dichiarato incostituzionale la

disposizione proprio per la parte in cui non è consentito, come prevedeva il testo previgente della norma, la deroga con atto unilaterale.

Né può ritenersi, come pure sostenuto dalla ricorrente, che, nell'effettuale tale operazione interpretativa si debba tenere conto del fatto che la Corte costituzionale ha espressamente escluso la reviviscenza della disposizione previgente, risultando, invece il contrario, tenuto conto che, come sopra riportato, il previgente art. 47 d.P.R. cit. è richiamato come esempio di arbitrato non obbligatorio conforme alla Costituzione.

In sintesi, per effetto della pronuncia delle Corte costituzionale, deve ritenersi che, come già previsto nella disciplina previgente, la parte attrice ha facoltà di agire, anziché davanti agli arbitri, davanti al giudice ordinario nel termine indicato dall'art. 46 d.P.R. cit. e la parte convenuta può chiedere, entro trenta giorni dalla notifica della domanda di arbitrato, che la controversia venga decisa dall'autorità giurisdizionale.

7.6. In conclusione, il motivo di ricorso principale risulta comunque infondato, dovendosi dare applicazione al principio secondo cui *«in tema di appalto di opere pubbliche, l'obbligatoria devoluzione al giudizio arbitrale delle controversie insorte fra amministrazione appaltante e appaltatore, salva apposita clausola di esclusione inserita nel bando o nell'invito di gara oppure nel contratto (in caso di trattativa privata), secondo la testuale previsione dell'art. 16 l. n. 741 del 1981 - che ha sostituito l'art. 47 del capitolato generale approvato con d.P.R. n. 1063 del 1962 - è venuta meno a seguito della declaratoria di illegittimità costituzionale del predetto art. 16 l. cit., che ha comportato la reviviscenza dell'originario contenuto precettivo del menzionato articolo 47 d.P.R. cit., il quale, pur in presenza del principio di normale devoluzione agli arbitri delle controversie in materia di lavori pubblici, fissato dal precedente articolo 43 stesso d.P.R.,*

stabilisce una preferenza per il rimedio giurisdizionale, attribuendo alle parti la facoltà di agire davanti al giudice ordinario anziché davanti agli arbitri, e consentendo al convenuto nel caso di promozione del giudizio arbitrale di chiedere entro il termine di trenta giorni dalla domanda di arbitrato la decisione della controversia da parte del giudice ordinario.»

8. Come sopra evidenziato, il motivo di ricorso incidentale contiene due censure.

8.1. È infondata la censura con la quale è prospettata la fonte negoziale della convenzione di arbitrato, con conseguente applicazione della disciplina richiamata dalle parti, e contenuta nel novellato art. 47 d.P.R. n. 1063 del 1962, nel testo precedente all'intervento della Corte costituzionale.

Si deve, infatti, tenere presente che, alla data dell'appalto, in applicazione dell'art. 32, comma 2, l. n. 59 del 1961, alla gestione dei lavori di competenza dell'ANAS, si applicavano le norme in vigore per l'Amministrazione dei lavori pubblici, tra cui, il d.P.R. n. 1063 del 1962 (così Cass., Sez. 1, Sentenza n. 6921 del 07/05/2003).

Il rinvio a quest'ultima disciplina, nella specie contenuto nell'art. 21 del Capitolato speciale d'appalto, non esprime, dunque, una volontà negoziale delle parti, ma recepisce la normativa comunque applicabile.

Non si tratta, in sintesi, di una fattispecie in cui l'obbligatorietà dell'arbitrato è stata concordata dai contraenti, perché non stata la volontà delle parti ad escludere la facoltà di rivolgersi al giudice statale, ma la legge.

Ciò significa che alla convenzione, a prescindere dal richiamo, si applica la disciplina in tema di arbitrato vigente al momento dell'accorso, la quale può essere influenzata da pronunce dichiarative della illegittimità costituzionale delle relative norme, ove interessino rapporti non definiti.

8.2. La seconda censura, riferita alla tenuta di un comportamento nel corso del procedimento ex art. 810 c.p.c. e poi del giudizio arbitrale incompatibile con la conservazione della volontà di declinare la competenza del collegio degli arbitri, è inammissibile per due ordini di motivi.

In primo luogo, la parte ricorrente non ha specificamente illustrato di avere formulato questa stessa eccezione già nel corso del procedimento arbitrale e in quello davanti alla Corte di appello, avendo solo dedotto di avere eccepito davanti a quest'ultimo l'intervenuta rinuncia della controparte, senza fornire ulteriori e circostanziate indicazioni.

In secondo luogo, si tratta di valutazioni che attengono al merito della vertenza, non consentite in questa sede.

9. In conclusione, il motivo di ricorso principale deve essere dichiarato inammissibile e quello di ricorso incidentale deve essere respinto.

10. Le spese devono essere compensate tra le parti in ragione della reciproca soccombenza.

11. In applicazione dell'art. 13, comma 1 *quater*, d.P.R. n. 115 del 2002, si deve dare atto della sussistenza dei presupposti processuali per il versamento da parte della ricorrente e della resistente di un ulteriore importo a titolo di contributo unificato, pari a quello dovuto per l'impugnazione proposta, se dovuto.

P.Q.M.

La Corte

dichiara inammissibile il ricorso principale;

rigetta il ricorso incidentale;

compensa le spese di lite tra le parti;

dà atto che, ai sensi dell'art. 13, comma 1 *quater*, d.P.R. n. 115 del 2002, sussistono i presupposti processuali per il versamento da parte della ricorrente e della resistente di un ulteriore importo a

titolo di contributo unificato, pari a quello dovuto per
l'impugnazione proposta, se dovuto;

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio della Prima Sezione



Arbitrato in Italia

Corte di Cassazione - copia non ufficiale