



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

La Corte di Appello di Bologna
Prima Sezione Civile

riunita in Camera di Consiglio nelle persone dei Magistrati:

dott. Fausto Casari	Presidente
dott. Francesco Parisoli	Consigliere rel.
dott. Riccardo Di Pasquale	Consigliere

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nelle cause civili riunite iscritte al n. 1394 del Ruolo
Generale dell'anno 2009 , promossa da

IMPRESA BALDASSINI TOGNOZZI PONTELLO S.P.A. COSTRUZIONI

GENERALI con il patrocinio dell'avv. ANTONIO PAPI ROSSI e
dell'avv. FRANCESCO BRAGAGNI

- attrice -

contro

REGIONE EMILIA ROMAGNA, in persona del Presidente *pro*
tempore, con il patrocinio dell'avv. Franco Mastragostino e
dell'avv. Giuseppe Caia

- convenuta -

IN PUNTO A: Impugnazione di lodi nazionali (art. 828 c.p.c.)
Assegnata a decisione all'udienza collegiale del 16 giugno
2015, sulle seguenti



CONCLUSIONI

come da verbale dell'udienza di precisazione delle conclusioni da intendersi qui trascritto

RAGIONI IN FATTO E DIRITTO DELLA DECISIONE

Lo svolgimento dei fatti, incontrovertibili, dai quali ha tratto origine la presente controversia è puntualmente descritto nei due lodi oggetto di impugnazione ed è contenuto negli atti di parte.

Per quanto rileva in questo giudizio, la Regione Emilia Romagna (nel prosieguo, RER) affidò all'associazione temporanea di impresa guidata da Baldassini Tognozzi Pontello s.p.a. (nel prosieguo, BTP) - all'esito della procedura pubblica di individuazione del contraente - l'appalto per la costruzione nel c.d. Fiera District di Bologna, di un edificio ad uso uffici regionali, per complessivi 19.100 mq. di superficie, disposti su 22 piani fuori terra e due piani interrati ad uso servizi, vani impianti ed autorimessa per ulteriori 24.700 mq di superficie lorda.

L'appalto venne concluso con contratto rep. 2571 in data 8 maggio 2000 con il quale le parti stabilivano in euro 33.566.986,01 il prezzo per l'esecuzione dell'opera al netto del ribasso offerto in sede di gara e veniva fissato il termine per la consegna (1450 giorni "naturali, successivi e continui decorrenti dalla data del verbale di consegna dei



lavori").

L'art. 19 richiamava espressamente quanto stabilito dall'art. B19 dell'allegato capitolato speciale di appalto il cui testo era il seguente: *"Tutte le controversie derivanti dall'esecuzione del contratto possono essere deferite ad arbitri, comprese quelle conseguenti al mancato raggiungimento dell'accordo bonario di cui sopra. In caso di competenza arbitrale si fa riferimento a quanto disposto dall'art. 32 della L. 109/94 e successive modificazioni ed integrazioni. Foro competente: Bologna"*.

Il verbale di consegna lavori era redatto il 22 maggio 2000 ed il termine per la loro ultimazione era previsto per l'11 maggio 2004, poi ridotto, con successiva integrazione contrattuale del 28 giugno 2001, all'11 aprile 2004.

Una volta iniziati i lavori, ed al fine di pervenire ad una composizione bonaria del contenzioso che era sorto nel frattempo, le parti pervenivano alla conclusione di un atto di transazione, in data 18 giugno 2003, con il quale definivano le 14 riserve avanzate dall'appaltatore, risolvevano alcun contrasto di ordine tecnico insorti durante la esecuzione e stabilivano nuovi termini intermedi e finali di compimento delle opere, fissando al 3 luglio 2006 la data di consegna dell'opera.

Nonostante tale accordo, e a seguito di ulteriori contrasti emersi nel prosieguo dell'opera, in data 11



ottobre 2004 BTP notificava alla committente un atto di diffida con contestuale domanda di arbitrato. In particolare, contestava lo sviluppo dei lavori, come regolato dal programma lavori allegato al PSC del contratto, formulando diverse proposte dirette a rettificare i tempi di definizione delle diverse voci contrattuali e, in difetto di adesione da parte di RER entro il termine assegnatole di 30 giorni, formulava la domanda di arbitrato, ai sensi dell'art. B 19 del capitolato speciale di appalto, nominando il proprio arbitro, per ottenere la declaratoria di nullità del contratto e dei successivi atti negoziali, "*in ragione di termini di esecuzione impossibili ivi contenuti*", o in subordine la pronuncia di annullamento per dolo o errore ai sensi degli art. 1427 e segg. c.c. con la condanna dell'ente appaltante, "*in applicazione dell'art. 1338 c.c.*", al risarcimento dei danni in favore dell'ATI appaltatrice pari ad euro 17.647.902,63 e al pagamento dei costi del procedimento arbitrale e delle spese legali.

In data 7 gennaio 2005 la RER notificava alla controparte *atto di significazione e nomina di arbitro* con il quale, pur nominando il proprio arbitro, eccepiva in via preliminare l'assenza di una clausola compromissoria e la conseguente inammissibilità della domanda *ex adverso* proposta.

In particolare, la convenuta sosteneva che l'art. B19 sopra menzionato non conteneva una vera e propria



pattuizione contrattuale, ma una mera previsione di contenuto programmatico, volta a legittimare una futura adesione delle parti a compromessi o clausole compromissorie; eccepiva, pertanto, la mancanza di un accordo volto a demandare al giudizio arbitrale la risoluzione della controversia; concludeva precisando che non intendeva in alcun modo aderire ad una competenza arbitrale in quanto riteneva che la cognizione della lite spettasse alla competente autorità giudiziaria.

Nel merito, RER affermava la legittimità degli accordi già raggiunti e, in via riconvenzionale, chiedeva accertarsi il grave inadempimento di BTP al contratto stipulato e chiedeva dichiararsi la risoluzione del contratto stesso, con la condanna dell'appaltatrice al risarcimento dei danni da liquidarsi nella somma di euro 40.129.743.

In data 6 aprile 2005, in Roma, si aveva la costituzione del collegio arbitrale con la nomina del terzo arbitro, quale presidente del collegio, e l'accettazione dell'incarico da parte della terna arbitrale; con successiva ordinanza, il collegio così costituito fissava la data del 21 giugno 2005 per la comparizione personale delle parti e l'espletamento del tentativo di conciliazione.

Per quanto qui rileva, va detto che il 21 giugno 2005 davanti al collegio arbitrale comparivano i difensori delle parti ed il Direttore Generale Risorse Generali e



Finanziarie della RER, dott. Luciano Pasquini, titolare della delega conferitagli dal Presidente della Regione con il potere di *"conciliare e di concedere proroghe di eventuali termini e quant'altro spetti alla parte e non ai legali difensori"*.

Nella medesima udienza era redatto verbale con cui *"ai sensi dell'art. 32 della L. n. 109/1994 così come modificato dall'art. 5, comma 16 sexies del D.L. n. 35/2005 convertito in . n. 80 del 145.2005, le parti accettano la designazione del Presidente del Collegio e manifestano la chiara volontà di sottoporre la risoluzione integrale della controversia alla decisione del Collegio ut supra costituito, ai sensi del codice di procedura civile"*.

Seguiva nell'ordine:

- lo scambio di ripetute memorie difensive *inter partes*, tutte autorizzate, nelle quali, tra l'altro, RER ribadiva la eccezione di inammissibilità dell'arbitrato per carenza di accordo compromissorio;

- la notifica, ad iniziativa dell'appaltatrice, di una seconda domanda di arbitrato avente ad oggetto le 21 riserve iscritte negli atti contabili, riunita a quella pendente;

- l'espletamento di CTU da parte del prof. ing. Franco Angiotti, il cui elaborato era depositato il 6 febbraio 2007;

a tal punto RER, presa visione del deposito della



consulenza, tramite dichiarazione del 16 febbraio 2007, sottoscritta dal Presidente in carica e dal Direttore Generale Pasquini, esprimeva *"rinuncia all'eccezione di incompetenza arbitrale aderendo pienamente all'arbitrato in essere anche n via di ratifica e conferma delle attività finora svolte dal Collegio Arbitrale"*.

Con successiva memoria 16 aprile 2007, era però BTP ad eccepire la mancanza della competenza arbitrale, rilevando l'assenza di una clausola compromissoria e di un compromesso preesistenti alla costituzione del Collegio.

Su tale questione, dunque, il Collegio arbitrale si pronunciava in data 20 maggio 2008 con un lodo non definitivo con il quale affermava la competenza arbitrale a decidere sulle domande e sui quesiti ad esso proposti dalla parti e disponeva in ordine al proseguimento del giudizio, prorogando il termine per il deposito del lodo definitivo (che era pronunciato il 17 marzo 2009).

Gli arbitri, a maggioranza (con il dissenso dell'arbitro nominato da BTP), ritenevano che la eccezione *de qua* relativo alla mancanza della loro *potestas iudicandi* fosse rilevabile d'ufficio, rimanendo di conseguenza irrilevanti le questioni concernenti i limiti soggettivi e temporali della eccezione medesima ovvero la sua rinunciabilità ad opera delle parti.

In particolare, secondo la terna arbitrale, non poteva



trovare applicazione la nuova disciplina contenuta nell'art. 817 c.p.c. e nell'art. 829, 1° comma, n. 1, c.p.c., nella loro vigente formulazione, i quali, invece, nel testo applicabile *ratione temporis* non contemplavano l'onere della parte di proporre agli arbitri la questione della nullità della clausola compromissoria o della competenza degli arbitri per poi farla valere nel giudizio di impugnazione; e, dunque, anche secondo il costante orientamento della giurisprudenza di legittimità, tali questioni potevano anche essere rilevate d'ufficio.

Gli arbitri rilevavano anche che le parti, nelle loro difese, sembravano concordi nel ritenere che l'art. B 19 cit., espressamente richiamato nel contratto di appalto, non contenesse alcun clausola compromissoria e condividevano tale conclusione, osservando che l'enunciato contenuto nella clausola si limitava a contemplare la possibilità di un deferimento in arbitri di una insorgenda controversia, disponendo, per la eventualità negativa, quale foro competente davanti all'autorità giudiziaria quello di Bologna.

Esclusa l'esistenza della clausola compromissoria, gli arbitri si chiedevano se potesse comunque individuarsi una valida e successiva formazione di un patto compromissorio *inter partes* che costituisse la fonte del loro potere decisorio e davano risposta affermativa alla domanda



ritenendo che la manifestazione del consenso bilaterale alla definizione della lite tramite gli arbitri dovesse ravvisarsi nella notificazione della domanda di arbitrato ad opera di BTP, da valere quale proposta di compromesso, e nella espressa adesione, per parte RER, a tale proposta risultante dalla dichiarazione resa a verbale 21 giugno 2005 dal direttore generali Pasquini, all'uopo delegato dal Presidente della Regione, a sua volta accettata dal legale rappresentante della società appaltatrice con la sottoscrizione del verbale; aggiungevano che, in ogni caso, la volontà negoziale di aderire all'arbitrato da parte della RER era stata espressa ulteriormente con la dichiarazione di accettazione di arbitrato del 16 febbraio 2007, notificata alla controparte il 20 febbraio 2007, mentre rimaneva irrilevante la proposizione della eccezione di incompetenza da parte di BTP alla data del 16 aprile 2007 perché in quel momento il negozio compromissorio si era già perfezionato.

Secondo gli arbitri, poi, non poteva negarsi la sussistenza in capo al dott. Pasquini del potere di manifestare il consenso della Regione alla definizione in sede arbitrale della controversia in atto, atteso che la delega a lui conferita dal legale rappresentante della RER riguardava anche altre attività estranee alla conciliazione e che, in ogni caso, l'attribuzione del potere di conciliazione in sede arbitrale implicava necessariamente il



riconoscimento della sussistenza della volontà di compromettere in arbitri la controversia da conciliare.

Come anticipato, gli arbitri, disposto il prosieguo della procedura, pronunciavano il lodo definitivo con il quale rigettavano le diverse domande avanzate da BTP, riconoscendo alla società un credito verso l'ente appaltante, in accoglimento delle riserve n. 15 e 21, di euro 240.488,83, e in accoglimento della domanda riconvenzionale di RER, dichiaravano risolto il contratto per fatto imputabile all'appaltatore e condannavano quest'ultimo al risarcimento dei danni in favore della controparte, liquidandoli nella somma di euro 1.000.000 oltre interessi e rivalutazione monetaria; ponevano le spese dell'arbitrato per due terzi a carico di BTP e per un terzo a carico di RER e ripartivano nello stesso modo anche le *"le spese e gli onorari di difesa"*.

Entrambi i lodi sono stati impugnati da BTP la quale ha chiesto in via principale di dichiarare la nullità del lodo non definitivo 20 maggio 2008 e del lodo definitivo 17 marzo 2009 in quanto pronunciati dagli arbitri in totale assenza di *potestas iudicandi*, stante la inesistenza di una clausola compromissoria e di un compromesso

Muovendo dal presupposto che la convenzione arbitrale deve preesistere alla costituzione del collegio arbitrale BTP ha sostenuto che, nella specie, tale convenzione era del



tutto inesistente, come riconosciuto dallo stesso collegio arbitrale, il quale ha escluso che l'art. B 19 potesse integrare una clausola compromissoria, e che, pertanto, quando il collegio si è costituito mancava una fonte convenzionale che potesse giustificare l'esercizio della *potestas iudicandi*; ha anche dedotto che la successiva dichiarazione di rinuncia alla eccezione di incompetenza del Collegio arbitrale formulata da RER in data 17 febbraio 2007 e di conferma e ratifica delle attività svolte dal Collegio medesimo non era idonea a dotare l'organo arbitrale di una competenza che non possedeva in radice, non essendo ammissibile nel nostro ordinamento la ratifica di un atto nullo o, come nella specie, inesistente.

La convenuta RER, oltre a contrastare l'impugnazione avversaria, ha impugnato in via incidentale il lodo non definitivo, criticando la decisione degli arbitri in ordine alla rilevabilità d'ufficio della questione relativa alla loro competenza (o, meglio, alla esistenza della clausola compromissoria).

Ha sostenuto che l'incompetenza arbitrale non era un profilo rilevabile d'ufficio, ma solo su eccezione di parte e ha aggiunto che entrambe le parti avevano rinunciato alla eccezione: BTP fino dal momento della introduzione del giudizio, con la scelta stessa di promuovere il procedimento arbitrale, ed essa RER con la esplicita dichiarazione di



rinuncia del febbraio 2007.

Si osserva, al riguardo, che il Collegio arbitrale è pervenuto alla decisione di ritenere la questione rilevabile d'ufficio, muovendo dal raffronto tra il testo degli artt. 829 n. 1 e 817 c.p.c. applicabile al caso concreto e quello modificato dal D. Lgs. n. 40 del 2006.

Gli arbitri hanno ricordato che nel testo oggi vigente l'art. 817 c.p.c. prevede, al 3° comma, che la parte che non eccepisce nella prima difesa successiva all'accettazione degli arbitri la loro incompetenza per inesistenza, invalidità o inefficacia della convenzione di arbitrato non può per questo motivo impugnare il lodo, salvo il caso di controversia non arbitrabile, mentre l'art. 829 n. 1 c.p.c. ammette la impugnazione, per nullità, del lodo se la convenzione di arbitrato è invalida, fermo quanto disposto dall'art. 817 3° comma c.p.c.; hanno rilevato che, nella formulazione precedente, l'art. 829 n. 1 ammetteva la impugnazione per nullità del lodo se il compromesso è nullo e l'art. 817 prescriveva unicamente che la parte che non abbia eccepito nel corso del procedimento arbitrale che le conclusioni delle altre parti esorbitano dai limiti del compromesso o della clausola compromissoria non può, per questo motivo, impugnare la nullità del lodo.

Gli arbitri ne hanno tratto la conclusione, avvalorato da un costante orientamento giurisprudenziale, che, non



contemplando le norme applicabili al caso concreto alcun limite alla eccezione di nullità o inesistenza della clausola compromissoria e di carenza di *potestas iudicandi* da parte dell'organo arbitrale, tale questione poteva essere rilevata anche d'ufficio.

Contro tali argomentazioni, peraltro del tutto condivisibili, RER non ha saputo svolgere alcuna critica specifica, ma si è limitata ad affermare che la questione della competenza del collegio arbitrale avrebbe potuto formare oggetto di eccezione di parte, senza spiegarne le ragioni e senza individuare il dato normativo sul quale ha fondato tale affermazione.

Ciò posto, deve accogliersi, invece, l'impugnazione proposta da BTP.

Va esclusa, in primo luogo, la esistenza nel caso concreto di una clausola compromissoria.

La RER, costituitasi nel presente giudizio, ha sostenuto che l'art. B 19 del capitolato speciale integrava una vera e propria clausola compromissoria, ma non ha chiarito su quali argomenti è fondata tale affermazione; né può essere di ausilio la difesa svolta dall'Ente in sede arbitrale, dove, come rammentato, la stessa RER aveva espressamente contestato l'esistenza della competenza arbitrale sul presupposto della mancanza di una valida clausola compromissoria.



In ogni caso, rammentato che l'articolo in esame espressamente prevedeva che *"tutte le controversie derivanti dall'esecuzione del contratto possono essere deferite ad arbitri, comprese quelle conseguenti al mancato raggiungimento dell'accordo bonario di cui sopra. In caso di competenza arbitrale si fa riferimento a quanto disposto dall'art. 32 della L. 109/94 e successive modificazioni ed integrazioni. Foro competente: Bologna"*, deve riconoscersi che esso era privo di sua immediata cogenza, poiché non esprimeva la volontà dei contraenti di far risolvere al giudice privato ogni controversia sorta in dipendenza del rapporto contrattuale, ma era dotata di un contenuto meramente programmatico, volto a rendere lecito un futuro accordo tra le parti per deferire ad arbitri la risoluzione di una controversia.

Pare alla Corte significativa, sul piano ermeneutico, la previsione di una mera facoltà delle parti e non anche di un obbligo di compromettere in arbitri eventuali future controversie, confermata dalla natura meramente eventuale - *"in caso di competenza arbitrale"* - del rinvio al procedimento previsto dall'art. 32 della legge 109 del 1994; ed è altrettanto significativo che la disposizione del capitolato speciale si fosse limitata a riprodurre fedelmente il testo del 1° comma dell'art. 32 ora citato (*"Tutte le controversie derivanti dall'esecuzione del*



contratto ... possono essere deferite ad arbitri"), a significare che il capitolato speciale rimetteva alla stipulazione di uno specifico accordo tra le parti il deferimento ad arbitri di una lite che fosse insorta tra loro, così come il disposto di legge facoltizzava le parti ad inserire nei singoli accordi contrattuali una clausola compromissoria.

Detto questo, deve anche condividersi l'assunto della parte impugnante secondo cui il compromesso o la clausola compromissoria, ossia l'accordo tra le parti per deferire la controversia al giudice privato, doveva precedere l'avvio del procedimento e la costituzione del collegio arbitrale.

E' arduo, invero, concepire l'avvio di un giudizio senza che vi sia già un atto che ne disciplina, sia pure nei rudimenti, le regole di svolgimento e, prima ancora, chi e in che numero deve decidere la lite.

In tal senso, l'art. 809 cpv. c.p.c., nel testo applicabile al caso concreto (e, peraltro, non modificato dalla novella del 2006), dispone che la convenzione di arbitrato deve contenere la nomina degli arbitri oppure stabilire il numero di essi ed il modo di nominarli; del pari, l'art. 810 c.p.c., sia nella vecchia formulazione (applicabile *ratione temporis*) che nella nuova, postula che sia la convenzione d'arbitrato a prevedere le modalità per la nomina degli arbitri e rimette al Presidente del



Tribunale la nomina del terzo arbitro, se non è diversamente previsto dalla convenzione, salvo che quest'ultima non sia "manifestamente inesistente".

Più in generale, poi, la necessità che l'accordo tra le parti per derogare alla giurisdizione statale in caso di controversia preceda il giudizio arbitrale è implicita nel requisito stesso della forma scritta richiesta *ad substantiam*, nel senso che l'accordo non può formarsi *de facto*, con l'avvio del procedimento e la scelta degli arbitri ad iniziativa dei litiganti (cfr. Cass. 7535/05, menzionata anche da BTP, in motivazione).

Non ignora questo Collegio l'orientamento giurisprudenziale, ormai consolidato, per il quale il requisito della forma scritta "*ad substantiam*" per la validità del compromesso può realizzarsi anche con lo scambio di missive contenenti la proposta e l'accettazione, non potendo la richiesta di costituzione di un collegio arbitrale e la relativa accettazione essere diversamente interpretate che come concorde volontà di compromettere la lite in arbitri.

Ed è sulla base di tale insegnamento che il lodo qui impugnato ha ravvisato la esistenza di un valido compromesso nello scambio tra la domanda di arbitrato ad opera di BTP, da valere quale proposta di compromesso, e nella espressa adesione, per parte RER, a tale proposta risultante dalla



dichiarazione resa a verbale 21 giugno 2005 dal direttore generali Pasquini, all'uopo delegato dal Presidente della Regione, a sua volta accettata dal legale rappresentante della società appaltatrice con la sottoscrizione del verbale.

Il collegio arbitrale, peraltro, ha ommesso di considerare non solo la carenza di specifico potere in capo al delegato dal Presidente di RER di concludere una convenzione di arbitrato (dal momento che la delega riguardava l'esercizio di facoltà spettanti alla parte nel giudizio mentre la convenzione anzidetta aveva ed ha natura stragiudiziale), ma anche, e soprattutto, il fatto che il preteso compromesso si sarebbe perfezionato dopo la costituzione del collegio arbitrale e dopo l'inizio del procedimento, da individuarsi non già nella costituzione del collegio giudicante, ma, prima ancora, nella notificazione *"della domanda di accesso agli arbitri"*, in quanto idonea a costituire un rapporto processuale (Cass. n. 8532 del 2003), con la conseguenza che l'asserito accordo non era idoneo a sanare un procedimento viziato da una originaria e totale carenza di potere dei tre arbitri

Né, a maggior ragione, un effetto sanante avrebbe potuto avere la successiva dichiarazione di RER di voler rinunciare alla eccezione di incompetenza per aderire all'arbitrato e di voler ratificare le attività svolte fino ad allora dagli



arbitri, trattandosi di atto intervenuto quando ormai il procedimento si stava avviando verso la fase conclusiva, dopo l'espletamento dell'istruttoria.

Ne consegue una nullità radicale dell'intero procedimento dal quale deriva la nullità di entrambi i lodi qui impugnati.

Non sussiste poi la necessità di dare ingresso alla fase rescissoria, giacchè *"in caso di radicale inidoneità del negozio compromissorio a produrre i suoi effetti, il giudice dell'impugnazione, ravvisata la carenza di detta potestà decisoria, si limita a dichiarare la nullità del lodo e si astiene dal passare alla fase rescissoria del giudizio, senza alcun pregiudizio per le parti, che restano libere di riproporre le loro domande nella sede che ritengano più opportuna"* (Cass. 8206 del 2004).

Nel regolare le spese del presente giudizio e del procedimento arbitrale, non si può non trascurare la condotta difensiva assunta da entrambe le parti in termini specularmente opposti, dapprima sostenendo una tesi per poi abbandonarla e far propria quella, di contenuto diametralmente opposto, dell'altra parte, in dipendenza degli esiti dell'istruttoria.

Sussistono, perciò, gravi ragioni per disporre la integrale compensazione tra le parti delle spese legali e per porre a loro carico, in via solidale, le spese del



procedimento arbitrale, così come già liquidate.

P.Q.M.

La Corte, definitivamente pronunciando, ogni contraria e diversa istanza disattesa,

dichiara la nullità di entrambi i lodi oggetto di impugnazione e dispone la integrale compensazione, tra le parti, delle spese di lite.

Pone a carico di entrambe le parti, Regione Emilia Romagna e Baldassini Tognozzi Pontello s.p.a., in via solidale, le spese del procedimento arbitrale.

Così deciso nella Camera di consiglio della Prima Sezione Civile, il 27 ottobre 2015

Il Presidente
Fausto Casari

L'est.
Francesco Parisoli

