

Civile Sent. Sez. 1 Num. 81 Anno 2017

Presidente: SALVAGO SALVATORE

Relatore: CAMPANILE PIETRO

Data pubblicazione: 04/01/2017

S E N T E N Z A

sul ricorso proposto da:

S.R.L. COSTRUZIONI CINQUEGRANA

elettivamente domiciliata in Roma, via Polonia, n. 7, nello studio dell'avv. Claudio Petrucci, che la rappresenta e difende giusta procura speciale su documento materialmente congiunto al ricorso.

ricorrente

contro

COMUNE DI SAN GIORGIO A CREMANO

elettivamente domiciliato in Roma, via Umberto Boccioni, n. 4,



1140
2016

nello studio dell'avv. Antonino Smioldo; rappresentato e difeso dall'avv. Paolo Pollice, giusta procura speciale in calce al controricorso.

controricorrente

avverso la sentenza della Corte di appello di Napoli, n. 2300, depositata in data 21 giugno 2012;

sentita la relazione svolta all'udienza pubblica dell'8 giugno 2016 dal consigliere dott. Pietro Campanile;

sentito per la ricorrente l'avv. Petrucci;

sentito per il controricorrente l'avv. Pollice;

Udite le richieste del Procuratore Generale, in persona del sostituto dott.ssa Immacolata Zeno, la quale ha concluso per l'inammissibilità del ricorso, e, in subordine, per il rigetto.

Svolgimento del processo

1 - Con la sentenza indicata in epigrafe la Corte di appello di Napoli, accogliendo l'impugnazione proposta dal Comune di San Giorgio a Cremano nei confronti della S.r.l. Costruzioni Cinquegrana, ha dichiarato la nullità del lodo emesso dal Collegio arbitrale nominato per dirimere una controversia insorta tra dette parti in relazione all'esecuzione di un contratto di appalto stipulato in data 22 dicembre 2003 ed avente ad oggetto la realizzazione, da parte della società, di una piazza mercatale e di un parco urbano.

1.1. In particolare, è stata rilevata la carenza in capo agli arbitri della *potestas iudicandi*, con conseguente impossibilità di passare



alla fase rescissoria, in conseguenza dell'assenza di una valida clausola compromissoria. In proposito si è osservato che, avendo gli arbitri fondato la propria potestà sull'art. 44 del capitolato speciale di appalto, che prevedeva che eventuali contestazioni fra le parti sarebbero state risolte "secondo quanto disposto dall'art. 31 bis e 32 della legge n. 109/1994 e successive modifiche e integrazioni", la tesi del Comune, secondo cui avrebbe dovuto prevalere l'esplicita esclusione dell'arbitrato contenuta nel bando di gara, è stata considerata meritevole di adesione.

1.2. La Corte territoriale, premesso che il bando di gara, oltre a costituire la *lex specialis* del procedimento di scelta del contraente, ha anche lo scopo di individuare l'oggetto e le condizioni del contratto, e, quindi, in forza dell'art. 34, primo comma, del D.M. 19 aprile 2000 n. 145, può anche contenere la clausola compromissoria, ha affermato che nel caso in cui detto bando contenga l'espressa esclusione dell'arbitrato, detta statuizione avrebbe, come verificatosi nella specie, anche in considerazione della contestuale approvazione, in data 20 maggio 2003, sia del bando sia del capitolato speciale, di sterilizzare il regolamento contrattuale da eventuali previsioni contrarie che dovessero desumersi dal richiamo *per relationem* di disposizioni legislative o regolamentari.

1.3. Si è aggiunto che la successiva cooperazione del Comune alla formazione del collegio arbitrale non poteva assumere decisiva valenza interpretativa ai sensi dell'art. 1362, comma 2, cod. civ.,



escludendosi, per altro, che la delibera di nomina dell'arbitro potesse assumere efficacia costitutiva di compromesso.

1.4. Per la cassazione di tale decisione la società propone ricorso, affidato a due motivi, cui il Comune resiste con controricorso.

Le parti hanno depositato memorie ai sensi dell'art. 378 cod. proc. civ.; la ricorrente ha svolto osservazioni scritte sulle conclusioni del pubblico ministero.

Motivi della decisione

2. Preliminarmente deve darsi atto del deposito, in data 24 ottobre 2010, di un atto con il quale il legale rappresentante della società ricorrente, oltre all'avv. Petrucci, già designato, ha nominato, come propri difensori, gli avv.ti Massimiliano Cesare e Carmen Rossi. Tale atto, la cui sottoscrizione è autenticata dall'avv. Petrucci, non presenta - e pertanto si considera *tamquam non esset* - i requisiti richiesti dall'art. dell'art. 83, terzo comma, cod. proc. civ., nel senso che, per i giudizi instaurati, come nella specie, anteriormente alla novella di cui alla legge 18 giugno 2009, n. 69, la procura deve essere rilasciata con atto pubblico o con scrittura privata autenticata, nel quale debbono essere indicati gli elementi essenziali del giudizio, quali l'indicazione delle parti e della sentenza impugnata (Cass., 9 febbraio 2015, n. 2460).

3. Con il primo motivo si sostiene che la Corte territoriale avrebbe erroneamente privilegiato, quanto all'insussistenza della clausola compromissoria, il bando di gara, senza considerare la valenza del capitolato speciale, richiamato dall'art. 13 del contratto.



3.1. La seconda censura attiene alla motivazione resa dalla corte territoriale, per non aver rilevato che le previsioni del capitolato speciale e del contratto erano dotate di concretezza ed attualità.

4 – Il ricorso è infondato.

5 – Non mette conto di approfondire la questione dei rapporti fra bando di gara e capitolato speciale, in quanto, imponendosi di ricercare e indicare la "ragione più liquida" (Cass. Sez. un., 18 novembre 2015, n. 23542; Cass., Sez. un., 8 maggio 2014, n. 9936), deve richiamarsi il principio, affermato dalla prevalente dottrina, secondo cui, nel caso in cui si discuta della corretta interpretazione di norme di diritto, il controllo del giudice di legittimità investe direttamente anche la decisione e non è limitato solo alla plausibilità della giustificazione, sicché, come desumibile dall'art. 384, quarto comma, cod. proc. civ., il giudizio di diritto può risultare incensurabile anche se mal giustificato, perché la decisione erroneamente motivata in diritto non è soggetta a cassazione, ma solo a correzione quando il dispositivo sia conforme al diritto (Cass., 24 giugno 2015, n. 13086).

6 – Deve premettersi che, in linea generale, la previsione della devoluzione agli arbitri delle controversie scaturenti dall'interpretazione o dall'esecuzione di un contratto deve avvenire, ai sensi dell'art. 808 cod. proc. civ., tramite una clausola compromissoria redatta in forma scritta "*ad substantiam*", la quale identifichi con esattezza le future controversie aventi origine dal contratto principale: Tale requisito di forma è soddisfatto - con ri-

guardo alle clausole compromissorie "per relationem", ovvero quelle previste in un diverso negozio o documento cui il contratto faccia riferimento - allorché il rinvio, contenuto nel contratto, preveda un richiamo espresso e specifico della clausola compromissoria e non, invece, allorché il rinvio sia generico, richiamandosi semplicemente il documento o il formulario che contenga la clausola stessa, in quanto soltanto il richiamo espresso assicura la piena consapevolezza delle parti in ordine alla deroga alla giurisdizione (Cass., Sez. un., 19 maggio 2009, n. 11529).

6.1 - In tale quadro si è precisato che qualora in un contratto d'appalto stipulato a seguito di gara d'appalto per licitazione privata indetta da un Comune, le parti abbiano fatto espresso richiamo, quale parte integrante del contratto, alle norme del capitolato per le opere pubbliche approvato con D.P.R. 16 luglio 1962, n. 1063, fra le quali sono comprese quelle relative alla competenza arbitrale per la definizione delle controversie, non v'è necessità di una separata clausola compromissoria, posto che la volontà dei contraenti trova già la sua espressione "per relationem perfectam" nel richiamo pattizio. In tal caso la fonte della competenza arbitrale va individuata non nella legge, bensì in una convenzione compromissoria (Cass., 24 giugno 2008, n. 17083).

6.2 - In altri termini, la natura pattizia della previsione dell'arbitrato può desumersi attraverso il richiamo al capitolato generale, che prevede, per l'appunto, anche la risoluzione delle eventuali controversie concernenti l'interpretazione e l'esecuzione del con-



tratto di appalto mediante arbitrato. Prescindendo dai problemi che nel tempo tale rinvio ha posto circa il rapporto fra la volontà delle parti e l'evoluzione della normativa richiamata, deve rilevarsi, per quanto in questa sede maggiormente rileva, che occorre pur sempre un univoco ed espresso richiamo alla previsione dell'arbitrato.

In tal senso, per altro, si è sempre espressa la giurisprudenza di questa Corte, nel richiedere che i contraenti di un appalto di opere pubbliche non tenuti all'applicazione delle norme del capitolato del 1962, debbono operare "un richiamo esplicito, e non meramente formale" a detta disciplina (Cass., 4 febbraio 2011, n. 2749, in motivazione).

In precedenza si era affermato che, in mancanza di una disposizione che sottoponga che sottoponga i contratti stipulati dagli enti pubblici diversi dallo Stato alla disciplina del predetto capitolato, ove le parti abbiano richiamato il capitolato stesso per disciplinare il rapporto contrattuale, come avviene nel caso in cui abbiano testualmente pattuito che esso costituisca parte integrante del contratto, le norme del capitolato, ivi comprese quelle che prevedono il deferimento delle controversie nascenti dal contratto ad un collegio arbitrale, assumono la stessa natura e portata negoziale dell'atto che le richiama, perdendo qualsiasi collegamento con la fonte normativa di provenienza, e conservando efficacia indipendentemente dalle successive modifiche della stessa (Cass., 6 novembre 2006, n. 23670).



6.3 - Nel caso di specie, la volontà di devolvere ad arbitri le controversie relative al contratto in esame non risulta espressa in maniera esplicita ed evidente, in quanto l'art. 44 del capitolato speciale di appalto, secondo cui *"Qualora sorgessero contestazioni fra l'Amministrazione Comunale e l'appaltatore si procederà alla risoluzione delle stesse secondo quanto disposto dagli artt. 31 bis e 32 della legge 109/94 e succ. mod. e integrazioni"*, nel richiamare una disciplina che prevede il ricorso all'arbitrato come mera possibilità (art. 32 : *"Tutte le controversie .. possono essere deferite ad arbitri"*) non esprime in maniera univoca la volontà di derogare alla giurisdizione ordinaria, tanto più che, come sottolineato dalla corte territoriale, tale possibilità era espressamente esclusa dal bando di gara approvato contestualmente al capitolato speciale di appalto, con la medesima deliberazione n. 227 del 20 maggio 2003.

Non si pone, quindi, il problema del superamento di una sorta di antinomia fra bando di gara e capitolato speciale, in quanto la stessa formulazione dell'art. 44 del secondo induce a ritenere che il mero richiamo alla disciplina normativa degli artt. 31 bis e 32 della l. n. 109 del 1994 - che, come già evidenziato, prevede la mera possibilità del ricorso al giudizio arbitrale - non sia sufficiente per l'affermazione di una determinazione pattizia, mediante un rinvio formulato in maniera univoca, di una clausola compromissoria.



7 - Non possono poi condividersi i riferimenti al comportamento delle parti come criterio interpretativo, in quanto l'iniziale intenzione del Comune di partecipare al giudizio arbitrale (poi contraddetta dalla valida contestazione della "potestas iudicandi" del collegio, non può tener luogo, anche in considerazione della natura sussidiaria di tale canone ermeneutico, dell'assenza della clausola compromissoria, che per altro prevede specifici requisiti formali.

6 - Tanto premesso, deve rilevarsi che correttamente la Corte di appello ha escluso la possibilità di procedere, in sede rescissoria, all'esame del merito.

Tale evenienza, invero, è preclusa nell'ipotesi di inesistenza del lodo arbitrale, che si verifica quando, per essere inesistente il compromesso o la clausola compromissoria, o per essere la materia del contendere estranea a quelle suscettibili di formare oggetto di arbitrato, viene a mancare in radice la *potestas decidendi* degli arbitri, la cui pronuncia, perciò, costituisce una vera e propria usurpazione di potere (Cass., n. 2812 del 2014; Cass., n. 11688/2007; nn. 2598 e 4207/2006; n. 19994/ 2004).

7 - Le spese relative al presente giudizio di legittimità, liquidate come in dispositivo, seguono la soccombenza.

P. Q. M.

La Corte rigetta il ricorso, e condanna la ricorrente al pagamento delle spese processuali, liquidate in euro 7.200,00, di cui euro 200,00 per esborsi, oltre accessori di legge.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio della prima sezione