

**Civile Ord. Sez. 1 Num. 16012 Anno 2019**

**Presidente: GIANCOLA MARIA CRISTINA**

**Relatore: DE MARZO GIUSEPPE**

**Data pubblicazione: 14/06/2019**

sul ricorso 9776/2014 proposto da:

Regione Puglia, in persona del Presidente della Giunta regionale pro tempore, elettivamente domiciliata in Roma, via Cosseria, n. 2, presso lo studio dell'avvocato Alfredo Placidi, rappresentata e difesa dall'avvocato Luigi Volpe, giusta procura a margine del ricorso;

-ricorrente-

contro

Salvatore Matarrese s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in Roma, via Reno, n. 30, presso lo studio dell'avvocato Mauro Ciani, che lo rappresenta e difende,



Corte di Cassazione - copia non ufficiale

ord.  
2265  
2018

giusta procura speciale per Notaio Dr. Francesco Amendolare di Bari del 16/11/2018 rep. n.65618;

-controricorrente e ricorrente incidentale condizionato-  
contro

Regione Puglia, in persona del Presidente della Giunta regionale pro tempore, elettivamente domiciliata in Roma, via Cosseria, n. 2, presso lo studio dell'avvocato Placidi Alfredo, rappresentata e difesa dall'avvocato Luigi Volpe, giusta procura a margine del ricorso;

-controricorrente-  
avverso la sentenza n. 5410/2013 della CORTE D'APPELLO di ROMA, del 10/10/2013;

udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 13/12/2018 dal cons. Giuseppe De Marzo

### **FATTI DI CAUSA**

**1.** Con sentenza depositata il 10 ottobre 2013 la Corte d'appello di Roma ha rigettato l'impugnazione principale proposta dalla Regione Puglia nei confronti della Salvatore Matarrese s.p.a., nella qualità di capogruppo e mandataria di una associazione temporanea di imprese, e quella incidentale proposta da quest'ultima, in relazione al lodo arbitrale reso tra le stesse parti in data 3 luglio 2006.

**2.** Per quanto ancora rileva, la Corte territoriale ha osservato: a) che la eccepita nullità della clausola arbitrale, in quanto inserita in un contratto di concessione di opere e lavori pubblici in data anteriore alla entrata in vigore dell'art. 6 della l. 21 luglio 2000, n. 205 (primo motivo), era da ritenersi inammissibile, dal momento che era fondata sull'invocata rivalutazione delle prove, al fine di pervenire ad una qualificazione del negozio diversa da quella prospettata dagli arbitri (contratto di appalto); che inammissibili erano pure le censure svolte nel secondo motivo, in quanto presupponevano una rivalutazione

delle risultanze istruttorie alla stregua delle quali gli arbitri avevano ritenuto che la committente avesse rinunciato ad eccepire la decadenza della appaltatrice dalla facoltà di iscrivere riserve; c) che il terzo, il quinto, il sesto, il settimo e il nono motivo erano inammissibili in quanto si risolvevano in una richiesta di rivalutazione delle prove acquisite; d) che il quarto motivo andava disatteso, in quanto gli arbitri non avevano operato alcuna sostituzione delle regole di diritto con l'equità, ma avevano legittimamente fatto ricorso alla valutazione equitativa del danno, ai sensi degli artt. 1226 e 2056 cod. civ.; e) che l'ottavo motivo era inammissibile, in quanto non contrastava il presupposto della decorrenza di rivalutazione e interessi, consistente nella qualificazione dell'obbligazione della committente in termini di debito di valore; f) che il decimo motivo era inammissibile, in quanto relativo alla interpretazione della portata interruttiva degli atti antecedenti alla presentazione della domanda di arbitrato; g) che, infine, inammissibili erano le censure svolte nell'undicesimo motivo, in quanto attenevano alla valutazione del collegio con riguardo alla soccombenza.

La Corte d'appello ha ritenuto del pari inammissibile l'impugnazione incidentale, con la quale era stata criticata l'operata riduzione equitativa del danno, dal momento che era fondata su critiche che postulavano una completa rivisitazione del materiale istruttorio.

**3.** Avverso tale sentenza la Regione Puglia ha proposto ricorso per cassazione affidato a undici motivi. La Salvatore Matarrese s.p.a. ha resistito con controricorso e ha proposto ricorso incidentale condizionato affidato a due motivi, al quale la Regione ha resistito con controricorso. La ricorrente ha depositato memoria, ai sensi dell'art. 380-*bis*.1 cod. proc. civ.

### **RAGIONI DELLA DECISIONE**

**1.** Con il primo motivo si lamenta, ai sensi dell'art. 360, primo comma, n. 1, 3 e 5 cod. proc. civ., violazione di legge, con riguardo all'art. 829, comma primo, n. 1 e 4, cod. proc. civ. e all'art. 5 della l. 6 dicembre 1971, n. 1034, rilevando: a) che arbitrariamente si era ritenuto di sostituire alla espressa qualificazione del contratto come concessione di costruzione e gestione, quella di appalto; b) che, in ogni caso, erano incompatibili con la natura di appalto, l'organicità del progetto, l'eventualità dell'affidamento anche ad enti pubblici, l'affidamento anche della gestione delle opere, l'attribuzione al concessionario, come "propri" compiti, della attività di progettazione ed esecuzione, dell'attività di espletamento delle pratiche espropriative, delle indagini di funzionalità sulle reti idriche d'esercizio, della redazione di perizie suppletive e di varianti, della successiva conduzione delle reti e degli impianti; c) che la scelta della direzione dei lavori era demandata al concessionario; d) che al concessionario erano devoluti tutti i rapporti e gli adempimenti relativi a nulla osta, autorizzazioni e pareri urbanistici; e) che era previsto un importo della concessione ed erano disciplinati i controlli del concedente sul concessionario.

La doglianza è infondata.

È certamente esatto che, in materia di concessioni di costruzione e gestione di opere pubbliche e in riferimento alla compromettibilità in arbitri delle relative controversie, ove la concessione sia anteriore, come nella specie, all'entrata in vigore della legge 21 luglio 2000, n. 205, è esclusa la possibilità di ricorrere all'arbitrato, con conseguente nullità della clausola compromissoria, sussistendo la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, atteso che l'equiparazione, ai fini della giurisdizione, delle concessioni di opere pubbliche agli appalti, operata dall'art. 31 *bis* della legge 11 febbraio 1994, n. 109,

non concerne le concessioni di costruzione e gestione, dalle quali deriva un rapporto non assimilabile all'appalto per la natura di attività autonoma della gestione, che presuppone la costruzione dell'opera e nel quale il concessionario trova il compenso per la propria attività anche nella successiva gestione (e sul significato di siffatta puntualizzazione si veda *infra*). Né, in senso contrario, assume rilievo il disposto dell'art. 6 della citata legge n. 205 del 2000, che non pone una norma sulla giurisdizione, ma riguarda una questione di merito, relativa alla validità ed efficacia del compromesso e della clausola compromissoria (attribuendo la facoltà di ricorrere all'arbitrato anche per le materie devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, quando la controversia riguardi diritti soggettivi), e non può avere, in mancanza di una espressa previsione di retroattività, effetti sananti della originaria invalidità della clausola stipulata, la cui valutazione resta ancorata alle norme vigenti al momento del perfezionamento dell'atto (Cass., Sez. Un., 20 settembre 2013, n. 21585).

Cionondimeno, le critiche della ricorrente, laddove investono la qualificazione del contratto, non possono essere accolte, per le ragioni che seguono.

La ricorrente, come s'è visto, osserva, innanzi tutto, che la sostanza del regolamento contrattuale non potrebbe prevalere sulla forma, ossia sulla esplicita e reiterata qualificazione operata dalle parti in termini di concessione.

Tale affermazione, nella sua assolutezza, non è condivisibile e non corrisponde ai criteri che devono guidare l'interpretazione del contratto, ossia la prima fase della complessa attività di qualificazione di quest'ultimo.



Secondo la giurisprudenza di questa Corte, infatti, il procedimento di qualificazione giuridica consta di due fasi, delle quali la prima - consistente nella ricerca e nella individuazione della comune volontà dei contraenti - è un tipico accertamento di fatto riservato al giudice di merito, sindacabile in sede di legittimità solo per vizi di motivazione in relazione ai canoni di ermeneutica contrattuale di cui agli artt. 1362 e ss. cod. civ., mentre la seconda - concernente l'inquadramento della comune volontà nello schema legale corrispondente - risolvendosi nell'applicazione di norme giuridiche - può formare oggetto di verifica e riscontro in sede di legittimità sia per quanto attiene alla descrizione del modello tipico della fattispecie legale, sia per quanto riguarda la rilevanza qualificante degli elementi di fatto così come accertati, sia infine con riferimento alla individuazione delle implicazioni effettuali conseguenti alla sussistenza della fattispecie concreta nel paradigma normativo (v., ad es., Cass. 5 dicembre 2017, n. 29111).

La ricorrente, in secondo luogo, deduce che le previsioni della convenzione depongono per la natura concessoria del rapporto, alla luce dei parametri sopra indicati.

Tuttavia, i profili evidenziati sono del tutto equivoci, ossia non dimostrano affatto l'erroneità delle conclusioni della Corte territoriale. Come chiarito da Cass., Sez. Un. 20 aprile 2017, n. 9965, sia pure con riguardo alla materia dei servizi, ma con affermazioni di carattere generale, il tratto caratterizzante della concessione non è il dato materiale della gestione (quale si accompagna alla costruzione), ma il trasferimento dell'alea della gestione, ossia della attribuzione al concessionario del rischio operativo legato alla gestione delle opere, rischio, che pertanto, si colloca al di fuori della remunerazione rappresentata dal prezzo dell'appalto.

Tale profilo, tuttavia, non emerge in alcun modo dalla pur diffusa trattazione del ricorso.

Ne discende che, come s'è detto, non emerge alcuna violazione dei criteri legali di qualificazione del contratto intercorso tra le parti.

**2.** Con il secondo motivo, si lamenta ai sensi dell'art. 360, primo comma, n. 3 e 5 cod. proc. civ., violazione di legge, con riguardo all'art. 829, comma primo, n. 5, 7, 9, comma secondo, cod. proc. civ.; all'art. 3, quarto comma, d.m. 2 dicembre 2000, n. 398; all'art. 180, secondo comma, cod. proc. civ.; agli artt. 54 e 109 r.d. 23 maggio 1895, n. 350, rilevando: a) che gli arbitri, nel ritenere che la Regione avesse rinunciato ad eccepire la decadenza del concessionario, avevano omesso di considerare la relazione del responsabile unico del procedimento del 6 giugno 2005, nella quale era stata dedotta l'intempestività dell'iscrizione delle riserve, e avevano valorizzato una mera comunicazione priva di qualunque valore ufficiale; b) che erroneamente era stata ritenuta tempestiva la riserva n. 14; c) che, del pari, intempestive risultavano essere le riserve n. 1, 2, 4, 8, pur respinte nel merito dal collegio arbitrale; d) che l'accoglimento delle riserve n. 6, 7 e 9 era nullo per la tardività delle stesse; e) che la pretesa della controparte avrebbe dovuto essere posta a fondamento della domanda nello stesso atto introduttivo del giudizio.

Va premesso che, in tema di impugnazione del lodo arbitrale, il difetto di motivazione, quale vizio riconducibile all'art. 829, n. 5 cod. proc. civ., in relazione all'art. 823, n. 3 stesso codice, è ravvisabile soltanto nell'ipotesi in cui la motivazione del lodo manchi del tutto ovvero sia a tal punto carente da non consentire l'individuazione della *ratio* della decisione adottata o, in altre parole, da denotare un *iter* argomentativo assolutamente inaccettabile sul piano dialettico, sì da



risolversi in una non-motivazione (v., ad es., Cass. 18 maggio 2018, n. 12321).

Ciò posto, la doglianza, per come formulata, è inammissibile per la assoluta genericità di formulazione, nel senso che, nonostante la diffusa trattazione, critica la conclusione della rinuncia a proporre l'eccezione di decadenza dell'appaltatore dal diritto di formulare le riserve (eccezione in senso stretto, nella disponibilità esclusiva della stazione appaltante: v., ad es., Cass. 10 gennaio 2017, n. 281), senza individuare alcun criterio ermeneutico che sarebbe stato violato dagli arbitri, prima, e dalla Corte territoriale, dopo, nel momento in cui ha fornito la criticata lettura degli atti posti in essere nella fase di risoluzione amministrativa della controversia.

Del tutto generico è, infine, il tema della inammissibile modificazione della domanda della controparte, non accompagnato da alcuna specificazione che consenta di intendere il fondamento della doglianza. Le superiori considerazioni rendono del tutto superfluo affrontare le questioni sollevate rispetto alla tempestività o non delle riserve iscritte.

3. Con il terzo motivo, si lamenta ai sensi dell'art. 360, primo comma, n. 3 e 5 cod. proc. civ., violazione di legge, con riguardo all'art. 829, comma primo, n. 5, 7, 9, comma secondo, cod. proc. civ.; all'art. 823, n. 3, cod. proc. civ.; all'art. 1226 cod. civ., per avere la Corte d'appello considerato una richiesta di rivalutazione delle prove la doglianza che investiva il mancato espletamento di una consulenza tecnica d'ufficio e la scelta di far ricorso alla valutazione equitativa di cui all'art. 1226 cod. civ.

La censura è inammissibile, dal momento che la valutazione avente ad oggetto il presupposto per far luogo a consulenza tecnica d'ufficio presuppone una verifica delle concrete risultanze istruttorie e della



loro idoneità a poter costituire la base di una utile verifica di carattere tecnico che investe l'apparato motivazionale del lodo.

Esattamente, pertanto, la sentenza impugnata ha sottolineato i limiti – sopra ricordati – in cui è consentito il controllo del percorso argomentativo della decisione degli arbitri.

4. Con il quarto motivo, si lamenta ai sensi dell'art. 360, primo comma, n. 3 e 5 cod. proc. civ., violazione di legge, con riguardo all'art. 829, comma primo, n. 4, 5, 7, 9, comma secondo, cod. proc. civ.; agli artt. 115 e 116 cod. proc. civ., per l'eccesso di potere arbitrale, ravvisato nell'utilizzo dell'equità da parte di arbitri chiamati a decidere secondo le regole del codice di rito.

La censura è inammissibile, perché, una volta chiarito che l'utilizzo della valutazione equitativa consentita dagli artt. 1226 e 2056 cod. non si identifica con la decisione secondo equità, ma con la valorizzazione di tecniche consentite proprio dal codice civile, ossia dalla normativa vigente, si apprezza immediatamente che essa mira, in realtà, proprio ad ottenere quel sindacato sulla congruità della motivazione del lodo preclusa, salvi i casi – limite, sopra ricordati.

5. Con il quinto motivo, si lamenta ai sensi dell'art. 360, primo comma, n. 3 e 5 cod. proc. civ., violazione di legge, con riguardo all'art. 829, comma primo, n. 4, 5, 7, 9, comma secondo, cod. proc. civ.; all'art. 823, n. 3, cod. proc. civ. e all'art. 1026 cod. civ., per avere la Corte territoriale disatteso le censure di nullità n. 5, 6 e 7, totalmente trascurando di considerare atti e documenti acquisiti al giudizio arbitrale

6. Con il sesto motivo, si lamenta ai sensi dell'art. 360, primo comma, n. 3 e 5 cod. proc. civ., violazione di legge, con riguardo all'art. 829, comma primo, n. 4, 5, e 9, comma secondo, cod. proc.

civ., sempre in relazione alla reiezione delle stesse censure n. 5, 6 e 7, sotto il profilo della quantificazione delle conseguenze economiche. 7. Con il settimo, si lamenta ai sensi dell'art. 360, primo comma, n. 3 e 5 cod. proc. civ., violazione di legge, con riguardo all'art. 829, comma primo, n. 4, 5, e 9, comma secondo, cod. proc. civ., sempre con riferimento allo stesso oggetto dei due precedenti motivi, sotto il profilo della individuazione delle voci riconosciute all'appaltatrice.

8. I motivi quinto, sesto e settimo possono essere trattati congiuntamente, in quanto concernono lo stesso punto della decisione, sotto diverse prospettive, ma sono caratterizzati da evidente inammissibilità, in quanto si traducono nella reiterazione di pure critiche di merito rispetto alle valutazioni del collegio arbitrale, esattamente apprezzate dalla sentenza impugnata come tese ad ottenere una inammissibile rivalutazione delle risultanze istruttorie.

9. Con l'ottavo motivo, si lamenta ai sensi dell'art. 360, primo comma, n. 3 e 5 cod. proc. civ., violazione di legge, con riguardo all'art. 829, comma primo, n. 4, 5, e 9, comma secondo, cod. proc. civ., per avere la Corte territoriale travisato il senso dell'ottavo motivo di impugnazione, con il quale non si era contestata la natura di debito di valore, ma la decorrenza degli interessi.

Anche in questo caso la censura è inammissibile, in quanto insiste nel prospettare il tema del momento della costituzione in mora, senza confrontarsi – e senza darne conto in ricorso – con le specifiche modalità di calcolo adoperate dal collegio arbitrale per determinare interessi (compensativi e non moratori) e rivalutazione di un debito di valore. Non casualmente varie sentenze citate dalla ricorrente riguardano proprio l'ipotesi in cui l'obbligazione del committente abbia natura di debito di valuta.

10. Con il nono motivo, si lamenta ai sensi dell'art. 360, primo comma, n. 3 e 5 cod. proc. civ., violazione di legge, con riguardo all'art. 829, comma primo, n. 4, 5 e 9, comma secondo, cod. proc. civ.; all'art. 348 l. 20 marzo 1865, n. 2248, all. F; all'art. 24 d.P.R. 16 luglio 1962, n. 1063, per avere la Corte omesso di considerare che con il nono motivo di impugnazione si era censurato il lodo per la totale obliterazione delle circostanze costituenti oggetto del giudizio, in relazione all'accoglimento delle riserve n. 6, 7, 9 e 14.

Anche in questo caso, la reiterazione della prospettazione difensiva svolta dinanzi alla Corte d'appello ne conferma il carattere di mera critica di merito, insuscettibile di essere apprezzata rispetto alle valutazioni espresse dal collegio arbitrale.

11. Con il decimo motivo, si lamenta ai sensi dell'art. 360, primo comma, n. 3 e 5 cod. proc. civ., violazione di legge, con riguardo all'art. 829, comma primo, n. 4 e 5, comma secondo, cod. proc. civ.; agli artt. 2935, 2943, 2947 cod. civ., per avere attribuito effetto interruttivo della prescrizione alla comunicazione del 16 settembre 2002.

La doglianza è inammissibile, in quanto non indica quale criterio legale di interpretazione sarebbe rimasto violato dalla lettura offerta dal collegio arbitrale rispetto alla indicata comunicazione, della quale neppure si indica il contenuto.

12. Con l'undicesimo motivo, si lamenta ai sensi dell'art. 360, primo comma, n. 3 e 5 cod. proc. civ., violazione di legge, con riguardo agli artt. 829, comma primo, n. 4, comma secondo, 91 cod. proc. civ., in relazione alla reiezione dei motivi di impugnazione concernenti la liquidazione delle spese del giudizio arbitrale.

Anche tale doglianza, che aspira a sindacare la valutazione sottostante la ripartizione delle spese nella misura di due terzi a

carico della Regione e di un terzo a carico dell'appaltatore, è inammissibile, perché non evidenzia alcuna violazione di legge, ma denuncia solo uno specifico apprezzamento delle circostanze fattuali.

13. Il rigetto del ricorso principale comporta l'assorbimento del ricorso incidentale condizionato. Le spese del giudizio di legittimità seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

### **PQM**

rigetta il ricorso principale; assorbito il ricorso incidentale. Condanna la ricorrente al pagamento, in favore della controricorrente, delle spese del giudizio di legittimità, che liquida in euro 6.000,00 per compensi, oltre alle spese forfettarie nella misura del 15 per cento, agli esborsi liquidati in euro 200,00.

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

Così deciso in Roma, il 13/12/2018

Il Presidente

