

Civile Ord. Sez. 1 Num. 3033 Anno 2020

Presidente: CAMPANILE PIETRO

Relatore: SCOTTI UMBERTO LUIGI CESARE GIUSEPPE

Data pubblicazione: 10/02/2020

sul ricorso 20376/2015 proposto da:

Comune Montopoli in Val d'Arno, in persona del Sindaco *pro tempore*, elettivamente domiciliato in Roma, Via Panama 77, presso lo studio dell'avvocato Gianluca Barneschi e rappresentato e difeso dall'avvocato Luigi Bimbi in forza di procura speciale a margine del ricorso

-ricorrente -

contro

Cerbaie s.p.a. in persona del legale rappresentante *pro tempore*, elettivamente domiciliata in Roma Lung.re Arnaldo da Brescia 9 presso lo studio dell'avvocato Massimo Mannocchi che lo rappresenta e difende unitamente all'avvocato Leandro Barsotti in forza di procura speciale in calce al controricorso

-controricorrente -

avverso la sentenza n. 782/2015 del TRIBUNALE di PISA, depositata il 06/07/2015;

ORD
5133
2019

udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 12/12/2019 dal Consigliere UMBERTO LUIGI CESARE GIUSEPPE SCOTTI

lette le conclusioni del P.M. in persona del Sostituto Procuratore Generale IGNAZIO PATRONE, che ha chiesto accogliersi il ricorso per quanto di ragione

FATTI DI CAUSA

1. Con atto di citazione notificato il 26/6/2007 la s.p.a. Cerbaie ha convenuto in giudizio il Comune di Montopoli in Val d'Arno dinanzi al Tribunale di Pisa, in composizione collegiale ai sensi dell'art.2 del d.lgs. n.5 del 2003, proponendo opposizione al decreto ingiuntivo n.428 del 2007, emesso su richiesta del Comune relativamente all'importo di € 721.152,89 risultante dal rendiconto di gestione del 2005, eccependo in via pregiudiziale il difetto di giurisdizione in favore del Giudice amministrativo e comunque chiedendone la revoca.

La società attrice nel merito ha esposto che il Comune con convenzione del 12/2/1996 le aveva concesso l'uso degli impianti idrici di sua proprietà, previa adesione con delibera n.141 del 7/12/1995 all'Azienda Speciale Cerbaie per la gestione dei propri servi idrici (acquedotto, fognatura e depurazione), approvandone atto costitutivo e statuto; che in data 8/6/1999 il Consorzio all'Azienda Speciale Cerbaie era stato trasformato in Cerbaie s.p.a.; che nel 2001 era stato valutato di definire ogni pendenza con un protocollo di intesa che riguardava alcuni Comuni; che a tal fine era stata costituita la Acque s.p.a. a cui era stato concesso con decorrenza 1/1/2002 l'affitto di ramo di azienda e la gestione del ciclo idrico; che il servizio di erogazione idrica era un servizio pubblico, gestito da Enti territoriali e sorretto da capitali pubblici; che l'art.3 della Convenzione del 12/2/1996 prevedeva da parte della Azienda Speciale Cerbaie il riconoscimento al Comune di un corrispettivo annuo pari a £ 210.000.000 per la concessione in uso

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

degli impianti idrici realizzati dal Comune con mezzi propri nonché di una somma annua pari alla differenza tra il totale degli interessi passivi per l'ammortamento dei mutui assunti dall'Ente alla data del 31/12/1995 e quanto corrisposto dallo Stato per contributi agli investimenti; che dal 2002 non erano più esigibili gli oneri assunti in precedenza con l'ingresso di Acque e tantomeno le somme pretese in sede monitoria; che con la risoluzione anticipata della Convenzione il credito non era più esigibile e comunque da esso doveva essere scomputato il valore delle nuove attrezzature installate da Cerbaie.

Si è costituito in giudizio il Comune di Montopoli, contestando gli assunti avversari, lamentando di aver ricevuto solo la somma di € 130.147,14 *una tantum*, nonostante che la Azienda Consortile, prima, e la Cerbaie s.p.a., poi, non avessero mai contestato le poste iscritte in bilancio consuntivo.

Il Tribunale con ordinanza emessa il 3/3/2009 ha disposto la conversione del rito in ordinario di cognizione, non ravvisando i presupposti per ritenere la controversia di carattere societario.

La causa è stata riassunta dinanzi alla Sezione distaccata di Pontedera del Tribunale di Pisa, poi soppressa, e istruita mediante consulenza tecnica d'ufficio.

Il Tribunale di Pisa con sentenza in data 6/7/2015 ha dichiarato la nullità del decreto opposto, ritenendo che la causa dovesse essere decisa dagli arbitri e ha condannato il Comune di Montopoli alla rifusione delle spese di lite.

Secondo il Tribunale, la controversia non atteneva ad atti e provvedimenti amministrativi implicanti l'esercizio di poteri autoritativi, e la causa, perciò appartenente alla giurisdizione ordinaria, doveva considerarsi devoluta agli arbitri in forza della clausola compromissoria contenuta nel contratto di affitto di azienda del 20/12/2001 tra Cerbaie s.p.a. e Comune di Montopoli; il Tribunale ha aggiunto che la clausola compromissoria, che sarebbe

stata nulla nel rito societario, aveva invece fondato validamente l'eccezione preliminare di merito nel giudizio ordinario.

3. Avverso la predetta sentenza del 6/7/2015, notificata il 10/7/2015, ha proposto ricorso per regolamento di competenza ex art.42 cod.proc.civ. il Comune di Montopoli, con atto notificato l'11/8/2015, svolgendo quattro motivi.

Con atto notificato il 29/9/2015 ha proposto controricorso la s.p.a. Cerbaie chiedendo il rigetto dell'avversaria impugnazione.

Il Procuratore generale ha chiesto accogliersi il ricorso per quanto di ragione.

Il Comune ricorrente ha depositato memoria.

RAGIONI DELLA DECISIONE

1. Con il primo motivo di ricorso, proposto ex art.360, n.3, cod.proc.civ., il Comune ricorrente denuncia violazione o falsa applicazione di legge in relazione agli artt.1372 cod.civ. e 819 *ter* cod.proc.civ., nonché agli artt.132, n.4, 156 e 112 cod.proc.civ. e vizio di extrapetizione.

1.1. Il ricorrente sostiene che il Tribunale aveva errato nel porre a base della sua pronuncia la clausola compromissoria contenuta nel contratto di affitto di azienda del 20/12/2001 che era stato stipulato fra la Cerbaie s.p.a. e la Acque s.p.a. e non già con il Comune di Montopoli in Val d'Arno.

Con la stessa pronuncia il Tribunale era incorso anche nel vizio di extrapetizione e di violazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, poiché la Cerbaie aveva eccepito, peraltro tardivamente e solo in comparsa conclusionale, la competenza arbitrale con riferimento alla diversa clausola contenuta nell'art.27 del suo Statuto sociale.

1.2. La censura è evidentemente fondata.



Il Tribunale ha posto a base della sua decisione una clausola compromissoria contenuta nel contratto di affitto di ramo di azienda del 20/12/2001, che era stato stipulato fra la s.p.a. Cerbaie e Acque e non riguardava pertanto il Comune di Montopoli in Val d'Arno, per il quel era *res inter alios acta*, a tacer del fatto, altrettanto pacifico, che la società Cerbaie non aveva mai formulato alcuna eccezione fondata su tale contratto, con il conseguente vizio di extrapetizione.

1.3. L'unica linea difensiva frapposta dalla controricorrente postula un errore materiale e sostiene che il Tribunale avrebbe inteso riferirsi non già, come ha fatto, al «contratto di affitto di ramo di azienda in data 20/12/2001», ma allo «Statuto di Cerbaie s.p.a.», osservando che, una volta effettuata tale trasposizione, il ragionamento logico e giuridico e il percorso motivazionale diverrebbe assolutamente ineccepibile.

L'assunto non può essere condiviso: l'errore materiale implica un difetto di corrispondenza tra l'ideazione del giudice e la sua materiale rappresentazione grafica, rilevabile *ictu oculi* dal testo del provvedimento, senza che si renda necessaria una inammissibile attività di specificazione o di interpretazione della sentenza (Sez.3,14/02/2019, n. 4319; Sez.6, 15/01/2019, n. 668; Sez.1 12/02/2016, n. 2815; Sez. un., 03/11/2009, n. 23198).

Nella fattispecie non vi è alcun valido elemento, tantomeno testuale, diverso dalla palese erroneità in fatto e in diritto di quanto affermato in sentenza, per ritenere che il Tribunale di Pisa intendesse riferirsi allo Statuto della Cerbaie e non già a quel contratto specificamente individuato con data e oggetto del quale ha fatto inequivoca menzione: il vizio di corrispondenza fra volontà del giudice e sua manifestazione esterna non può essere desunto solamente dall'erroneità e dalla inconferenza di quanto affermato.

2. Il secondo, il terzo e il quarto motivo sono connessi e possono quindi essere esaminati congiuntamente.

2.1. Con il secondo motivo di ricorso, proposto ex art.360, n.3, cod.proc.civ., il ricorrente denuncia violazione o falsa applicazione di legge in relazione agli artt.38 e 819 *ter* cod.proc.civ., degli artt.99 e 101 cod.proc.civ., 2907 cod.civ. e 112 cod.proc.civ., nonché 132, n.4, e 156, comma 2, cod.proc.civ.

In particolare, secondo il ricorrente, la sentenza era viziata anche dal fatto che l'eccezione di incompetenza in ragione dell'esistenza di una convenzione di arbitrato deve essere sollevata con la comparsa di risposta, ossia con il primo atto difensivo e certo la mera produzione documentale relativa al fatto fondante l'eccezione non poteva equivalere alla deduzione di quel fatto e alla proposizione della pertinente eccezione.

Diversamente ragionando, il Giudice aveva finito con il sollevare d'ufficio una eccezione che competeva esclusivamente alla parte interessata.

2.2. Con il terzo motivo di ricorso, proposto ex art.360, n.3, cod.proc.civ., il ricorrente denuncia violazione o falsa applicazione di legge in relazione agli artt.132, n.4, e 156, comma 2, cod.proc.civ. e all'art.34 del d.lgs. 5/2003 e dell'art.819 *ter* cod.proc.civ.

In sede di ricorso per decreto ingiuntivo il Comune di Montopoli aveva argomentato in ordine alla clausola compromissoria contenuta nell'art.27 dello statuto di Cerbaie s.p.a. rilevandone la nullità ai sensi dell'art.34, comma 2, d.lgs. 5/2003 in ragione del criterio previsto per la nomina degli arbitri.

Cerbaie s.p.a. con la memoria di cui all'art.6 del d.lgs.5/2003 aveva argomentato circa la validità della clausola compromissoria e aveva invocato la possibilità di eccipirne l'operatività in qualsiasi stato del giudizio.

Con la memoria di controreplica ex art.7, comma 2, d.lgs.5/2003 il Comune aveva replicato, deducendo tardività e infondatezza dell'avversaria eccezione.

L'oscura argomentazione della sentenza impugnata secondo cui la natura ordinaria - e non societaria - del giudizio faceva

riacquistare alla clausola compromissoria piena efficacia, quand'anche riferibile a quella dell'art.27 dello Statuto Cerbaie e non a quella dell'art.23 del contratto di affitto non teneva conto della radicale nullità della clausola.

2.3. Con il quarto motivo di ricorso, proposto ex art.360, n.3, cod.proc.civ., il ricorrente denuncia violazione o falsa applicazione di legge in relazione agli artt. 38 e 819 *ter* cod.proc.civ. osservando che il Tribunale non aveva tenuto conto dell'assenza di qualsiasi possibilità di sanatoria della tardiva proposizione dell'eccezione proposta per la prima volta con la memoria ex art.6 d.lgs.5/2003 e non riproposta dinanzi al giudice monocratico in sede di riassunzione del giudizio.

2.4. Ai fini della caducazione del provvedimento impugnato i motivi restano assorbiti per effetto dell'accoglimento del primo motivo.

In ogni caso, ai fini della regolazione della competenza, come correttamente rilevato dal Procuratore generale, non può certamente essere condivisa l'affermazione, invero espressa in modo piuttosto oscuro, del Tribunale secondo cui *«la tempestiva produzione del contratto (n.d.r.: contenente la clausola compromissoria) integra documentazione già ab origine e mutua comunque tuttora un utile scrutinio a favore della Cerbaie s.p.a.»*, che parrebbe rivolta a equiparare, del tutto erroneamente, la produzione di un documento contenente una clausola compromissoria alla proposizione di una eccezione di incompetenza.

La proposizione dell'eccezione deve essere esplicita e inequivoca ed essere contenuta in un atto processuale e non può essere desunta da una mera produzione documentale, se non per il tramite di una inammissibile supplenza vicaria da parte del giudice, che si risolve in una vera e propria ingerenza.

2.5. Per altro verso l'eccezione di incompetenza del giudice ordinario in favore degli arbitri non è stata proposta da Cerbaie con l'atto di citazione in opposizione a decreto ingiuntivo, ma solo con la

memoria di replica, depositata nell'ambito del procedimento, inizialmente introdotto con il cosiddetto «rito societario», ex art.6 del d.lgs.5/2003.

Ora , è pur vero, come argomenta la controricorrente, che nel rito societario, le eccezioni relative alla competenza per territorio sono proponibili sino alla seconda memoria difensiva depositata ex art. 7, comma 1, del d.lgs. 17/1/2003, n. 5, in quanto, ai sensi dell'art. 4 dello stesso decreto, le eccezioni non rilevabili d'ufficio non rientrano tra le attività che la parte deve compiere tassativamente con la comparsa di risposta, né viene richiamato ed è applicabile a tale rito l'art. 38 cod. proc. civ. nella formulazione vigente *ratione temporis* (Sez. 6 - 1, n. 9028 del 18/04/2014, Rv. 631158 - 01;nello stesso senso, quanto all'eccezione di prescrizione, Sez. U - , n. 1641 del 23/01/2017,Rv. 642008 - 02; Sez. 1, 06/05/2016, n. 9135).

Tale regola generale non vale però per l'eccezione di incompetenza per essere la controversia compromessa in arbitri, alla luce del disposto dell'art.819 *ter* cod.proc.civ. (introdotto dall'art. 22, d.lgs. 2/2/2006, n. 40, a far data dal 2/3/2006), in tema di «Rapporti tra arbitri e autorità giudiziaria», che al comma primo, terzo periodo, stabilisce che l'eccezione di incompetenza del giudice in ragione della convenzione di arbitrato deve essere proposta, a pena di decadenza, nella comparsa di risposta, aggiungendo poi che la mancata proposizione dell'eccezione esclude la competenza arbitrale limitatamente alla controversia decisa in quel giudizio.

Si tratta di *lex posterior* introdotta nel 2006 dopo l'approvazione del rito societario del 2003 e di *lex specialis* che riguarda una specifica eccezione di incompetenza che prevale quindi, a doppio titolo, sul regime processuale delle eccezioni disciplinato dal rito societario.

2.6. Non vi può esser poi dubbio che l'eccezione riservata alla prima risposta difensiva nel caso di procedimento di opposizione a decreto ingiuntivo, caratterizzato, come è noto, dall'inversione dei ruoli formali delle parti del processo rispetto alla loro veste

sostanziale, scaturente dalla sua introduzione con lo strumento dell'opposizione al decreto emesso *inaudita altera parte* all'esito della fase monitoria, debba essere proposta con l'atto di citazione in opposizione con cui il convenuto sostanziale e mero attore formale esprime la sua prima difesa.

2.7. E' inoltre il caso di ricordare che la giurisprudenza ormai del tutto consolidata di questa Corte, respingendo la teoria cosiddetta del «doppio binario», ritiene che la clausola compromissoria contenuta nello statuto societario che, non adeguandosi alla prescrizione dell'art. 34 del d.lgs. n. 5 del 2003, non preveda che la nomina degli arbitri debba essere effettuata da un soggetto estraneo alla società sia nulla, non essendo ammissibile la sua conversione da clausola per arbitrato endosocietario in clausola per arbitrato di diritto comune, atteso che l'art. 34 commina la nullità per garantire il principio di ordine pubblico dell'imparzialità della decisione. (Sez. 1, n. 25610 del 12/10/2018, Rv. 650591 - 01); la clausola compromissoria contenuta nello statuto di una società, è affetta, sin dalla data di entrata in vigore del d.lgs. n. 5 del 2003, da nullità sopravvenuta rilevabile d'ufficio, se non adeguata al dettato dell'art. 34, comma 2 del predetto decreto legislativo, con la conseguenza che tale clausola non produce effetti e la controversia può essere introdotta solo davanti al giudice ordinario (Sez. 6 - 1, n. 23485 del 09/10/2017, Rv. 646763 - 01; Sez. 6 - 1, n. 21422 del 24/10/2016, Rv. 642061 - 02; Sez. 1, n. 15841 del 28/07/2015, Rv. 636117 - 01; Sez. 1, n. 3665 del 17/02/2014, Rv. 630038 - 01; Sez. 6 - 1, n. 17287 del 10/10/2012, Rv. 623736 - 01).

3. Per i motivi esposti, il ricorso deve essere accolto, con la cassazione della sentenza impugnata e la dichiarazione della competenza del Tribunale di Pisa, dinanzi al quale dovrà essere riassunta la causa *ex art.50 cod.proc.civ.*

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

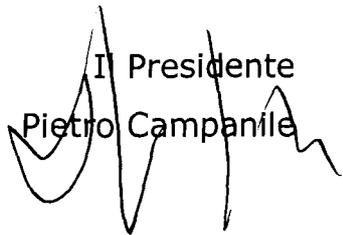
P.Q.M.

La Corte

accoglie il ricorso, cassa la sentenza impugnata e dichiara la competenza del Tribunale di Pisa, dinanzi al quale dovrà essere riassunta la causa nei termini di legge.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio della Prima Sezione civile il 12 dicembre 2019

Il Presidente
Pietro Campanile



Corte di Cassazione - copia non ufficiale