

**Civile Ord. Sez. 3 Num. 7759 Anno 2020**

**Presidente: AMENDOLA ADELAIDE**

**Relatore: CIGNA MARIO**

**Data pubblicazione: 08/04/2020**

**ORDINANZA**

sul ricorso 17252-2018 proposto da:

SILINI MASSIMO, elettivamente domiciliato in ROMA,  
VIA LUIGI LUCIANI 1, presso lo studio dell'avvocato  
DANIELE MANCA BITTI, che lo rappresenta e difende  
unitamente all'avvocato ANDREA MINA;

**- ricorrente -**

**contro**

AZIENDA SOCIO SANITARIA TERRITORIALE DEGLI SPEDALI  
CIVILI DI BRESCIA , in persona del Direttore Generale  
legale rappresentante, domiciliata ex lege in ROMA,  
presso la CANCELLERIA DELLA CORTE DI CASSAZIONE,  
rappresentata e difesa dall'avvocato ENZO LINO  
BARILA';

2020

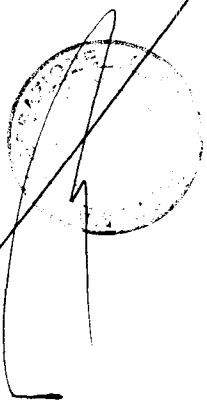
127



- controricorrente -

avverso la sentenza n. 1670/2017 della CORTE  
D'APPELLO di BRESCIA, depositata il 04/12/2017;

udita la relazione della causa svolta nella camera di  
consiglio del 23/01/2020 dal Consigliere Dott. MARIO  
CIGNA;



Corte di Cassazione - copia non ufficiale

## FATTI DI CAUSA

Con ricorso 3-3-2016 l'Azienda Socio Sanitaria Territoriale degli Spedali Civili di Brescia adì il Tribunale di Brescia, sezione specializzata per le controversie agrarie, per sentir condannare Massimo Silini, tra l'altro, al pagamento di una penale pattuita per il ritardato rilascio di un bene immobile.

A sostegno della domanda evidenziò: che in data 13-5-2008 era scaduto il contratto di affitto agrario stipulato tra gli Spedali Civili e le Aziende agricole Silini; che con accordo transattivo -ex art. 45 L. 203/82- del 23-5-2012 la parte proprietaria e Silini Giuseppe Innocente, Silini Giuseppe, Silini Giulio e Silini Massimo avevano convenuto che l'intero compendio immobiliare (cascina, abitazioni e pertinenze) fosse rilasciato entro il 30-6-2013, con una penale di euro 500,00 per ogni giorno di ritardo sino all'effettiva riconsegna integrale; che i terreni erano stati tutti riconsegnati in data 20-1-2012 mentre i fabbricati erano stati tutti consegnati in data 1°-7-2013, ad eccezione della casa colonica, occupata da Massimo Silini e dal suo nucleo familiare.

Si costituì Massimo Silini ed eccepì preliminarmente l'incompetenza dell'adito Tribunale, atteso che, come previsto dall'art. 14 del contratto richiamato nell'accordo, in ipotesi di controversia la decisione sulla stessa doveva essere deferita ad un collegio arbitrale; nel merito, tra l'altro, chiese, ai sensi dell'art. 384 cpc, la riduzione della penale, ritenuta non proporzionata in quanto determinata tenendo presente l'intero compendio (fondo di circa 152 più bresciani, un corpo cascinale ed una stalla con impianti zootecnici) mentre la parte ancora occupata era costituita solo da una piccola e modesta abitazione di circa mq 90.

Nel corso del giudizio, in data 21-2-2017, fu riconsegnato anche detta abitazione.

Con sentenza 1131/2017 del 10/11-4-2017 l'adito Tribunale, rigettò la sollevata eccezione di incompetenza, ridusse la penale ad equità (determinandola in euro 100,00 al giorno per 1695 gg di ritardo), e condannò quindi Massimo Silini al pagamento della complessiva somma di euro

3

169.500,00; in particolare il Tribunale ritenne, innanzitutto, il menzionato accordo transattivo di carattere novativo rispetto al contratto di affitto agrario, con conseguente inapplicabilità nella presente controversia della clausola compromissoria per arbitrato irrituale contenuta nel detto contratto; nel merito, poi, considerò eccessiva la penale per come determinata nell'accordo (euro 500,00 per ogni giorno di ritardo nella riconsegna), atteso che nella specie la mancata restituzione non riguardava l'intero compendio immobiliare ma solo un appartamento di circa mq 90, e determinò quindi detta penale in euro 100,00 al giorno.

Con sentenza 1670/2017 del 4-12-2017 la Corte d'Appello di Brescia, sezione specializzata per le controversie agrarie, in parziale accoglimento del gravame proposto da Massimo Silini ed in parziale riforma dell'impugnata sentenza, ha determinato in complessivi euro 42.375,00 l'importo della penale.

In particolare la Corte, in primo luogo, a prescindere dalla natura novativa o meno dell'accordo transattivo, ha ritenuto nulla la clausola compromissoria in questione; al riguardo, in adesione ai principi di cui a Cass. S.U. 8987/2009 (pur concernendo quest'ultima una vicenda relativa a contratti di appalto), ha ribadito che la posizione della P.A., anche quando la stessa opera su un piano paritetico a quello dei privati, non è comunque equiparabile a quella dei privati; la P.A., infatti, è sempre portatrice di un interesse pubblico, al quale deve ispirarsi, sicchè le è preclusa la possibilità di avvalersi, nelle controversie con privati, dell'arbitrato c.d. irrituale (o libero), atteso che in tal modo il componimento della vertenza verrebbe ad essere affidato a soggetti (gli arbitri irrituali) individuati (pur nell'ambito di una legittima logica negoziale) in assenza di qualsiasi procedimento legalmente determinato, e quindi senza adeguate garanzie di trasparenza e pubblicità, con conseguente attribuzione di poteri dispositivi a soggetti estranei alla P.A.

La Corte, inoltre, ha ritenuto insufficiente la riduzione della penale operata dal Tribunale (dalla somma di euro 500,00 al giorno pattuita a quella di euro 100,00 al giorno) ed ha ridotto ulteriormente la stessa ad euro 25,00 al giorno (pari ad euro 750,00 al mese); al riguardo ha evidenziato: che la parte

produttiva del compendio era stato era stata regolarmente restituita nei tempi previsti, e quindi era stato già soddisfatto l'interesse effettivo dell'Azienda Ospedaliera; che l'immobile era collocato in zona rurale; che l'avvenuta indizione di un nuovo bando per un nuovo conduttore dimostrava che di fatto non vi era alcun collegamento con l'occupazione della porzione immobiliare da parte del Silini; che per la locazione dell'immobile occupato era ipotizzabile un canone non superiore ad euro 350,00-400,00 al mese.

Avverso detta sentenza Massimo Silini propone ricorso per Cassazione, affidato a sei motivi.

L'Azienda Socio Sanitaria Territoriale degli Spedali Civili di Brescia resiste con controricorso.

#### RAGIONI DELLA DECISIONE

Con il primo motivo il ricorrente, denunciando -ex art. 360 n. 3 cpc- violazione degli artt. 11, 1321 e 1322 cc, 97 e 103 Cost., 1, comma 1 bis, L. 241/90, 808 ter e 824 bis cpc, si duole che la Corte territoriale, considerando non transigibili attraverso l'istituto dell'arbitrato irrituale tutte le controversie in cui è parte la P.A. (a prescindere dalla rilevanza del pubblico potere), abbia ritenuto nulla la clausola compromissoria in questione; al riguardo sostiene che la P.A. nella specie aveva agito "iure privatorum" in modo non distinguibile da un soggetto di diritto privato, senza esercitare pertanto i poteri ad essa attribuiti dalla legge per il perseguimento dell'interesse pubblico; di conseguenza, in applicazione delle regole di diritto comune, le parti, nell'ambito dell'autonomia contrattuale, potevano liberamente determinare il contenuto del contratto, e quindi demandare ad arbitri la decisione di eventuali insorgenti controversie.

Con il secondo motivo il ricorrente, denuncia -ex art. 360 n. 4 cpc- nullità della sentenza o del procedimento per avere la Corte d'Appello di Brescia, "con vizio procedurale motivazionale (diverso dall'omesso esame di un fatto decisivo)", ritenuto nulla la clausola compromissoria contenuta nell'art. 14 del contratto di affitto in questione, e conseguentemente, rigettato l'eccezione di incompetenza

5

del G.O. per compromissione in arbitri della controversia insorta tra le parti; vizio rilevante (oltre che con riferimento al disposto di cui agli artt. 11, 1321 e 1322 cc, 97 e 103 Cost., 1, comma 1 bis, L. 241/90, 808 ter e 824 bis cpc) anche con riferimento all'art. 112 cpc ed all'art. 132 cpc; in particolare si duole che la Corte territoriale non abbia spiegato in modo logico ed esaustivo le ragioni per le quali, pur dovendosi applicare al rapporto contrattuale in questione le regole del diritto comune, abbia poi ritenuto nulla la clausola compromissoria in questione.

Con il terzo motivo il ricorrente, denunciando -ex art. 360 n. 3 cpc- violazione degli artt.1230 e 1965 cc, 808 ter e 824 bis cpc, si duole che la Corte territoriale, sull'erroneo presupposto della nullità della clausola compromissoria, abbia ritenuto superfluo affrontare il tema della natura novativa o meno dell'accordo transattivo, omettendo ogni decisione sul punto, quando invece avrebbe dovuto dapprima ritenere operante la clausola compromissoria di cui all'art. 14 del contratto di affitto, e poi accertare l'effetto non novativo della transazione, attesa l'insussistenza nella stessa di "animus novandi" e di "aliquid novi".

Con il quarto motivo il ricorrente, denuncia -ex art. 360 n. 4 cpc- nullità della sentenza o del procedimento per avere la Corte d'Appello di Brescia, "con vizio procedurale motivazionale (diverso dall'omesso esame di un fatto decisivo)", sull'erroneo presupposto della nullità della clausola compromissoria, omesso ogni decisione in ordine alla natura novativa o meno dell'accordo transattivo; vizio rilevante, oltre che con riferimento agli artt.1230 e 1965 cc, 808 ter e 824 bis cpc, anche con riferimento all'art. 112 cpc ed all'art. 132 cpc.

Con il quinto motivo il ricorrente, denunciando -ex art. 360 n. 3 cpc- violazione dell'art. 384 cpc, si duole, in primo luogo, che la Corte territoriale abbia ridotto la penale senza alcuna logica di equità e di buon senso, non considerando l'interesse del creditore all'adempimento della prestazione, con riguardo all'effettiva incidenza dell'adempimento sull'equilibrio delle prestazioni e della concreta situazione contrattuale; si duole, inoltre, che la Corte abbia determinato il complessivo importo della penale erroneamente calcolando i

giorni di ritardo nella restituzione dell'immobile in questione; detti gg, infatti, erano 1332 (dal 30-6-2013 al 21-2-2017) e non 1695, come calcolato dal Tribunale e poi dalla Corte d'appello nonostante che sul punto fosse stato proposto specifico motivo di gravame).

Con il sesto motivo il ricorrente, denuncia -ex art. 360 n. 4 cpc- nullità della sentenza o del procedimento per avere la Corte d'Appello di Brescia, "con vizio procedurale motivazionale (diverso dall'omesso esame di un fatto decisivo)", determinato l'importo della penale omettendo di esplicitare le ragioni di fatto e di diritto alla base di detta determinazione ed erroneamente determinando i giorni di ritardo nella restituzione dell'immobile, senza dare conto della valutazione compiuta in ordine all'interesse degli Spedali Civili all'adempimento della prestazione ed all'effettiva incidenza dell'inadempimento del Silini sull'equilibrio delle prestazioni; vizio rilevante (oltre che con riferimento all'art. 1384 cc) anche con riferimento agli artt. 112 e 132 cpc.

I primi quattro motivi, da esaminare congiuntamente in quanto tra loro connessi, sono infondati.

Come già affermato da questa S.C. "benché la P.A., nel suo operare negoziale, si trovi su un piano paritetico a quello dei privati, ciò non significa che vi sia una piena ed assoluta equiparazione della sua posizione a quella del privato, poiché l'Amministrazione è comunque portatrice di un interesse pubblico cui il suo agire deve in ogni caso ispirarsi; ne consegue che alla stessa è preclusa la possibilità di avvalersi, nella risoluzione delle controversie derivanti da contratti di appalto conclusi con privati, dello strumento del c.d. arbitrato irrituale o libero, poiché in tal modo il componimento della vertenza verrebbe ad essere affidato a soggetti (gli arbitri irrituali) individuati, nell'ambito di una pur legittima logica negoziale, in difetto di qualsiasi procedimento legalmente determinato e, perciò, senza adeguate garanzie di trasparenza e pubblicità della scelta" (cass. S.U. 898772009; conf. Cass. 28533/2018).

Correttamente, pertanto, la Corte territoriale, a prescindere dalla natura novativa o meno dell'accordo transattivo (e quindi in base al condivisibile criterio c.d. della "ragione più liquida"), in applicazione del riportato principio e



per le ragioni su precisate, ha ritenuto comunque preclusa alla P.A. la possibilità di avvalersi dell'arbitrato c.d. irrituale, con conseguente invalidità della relativa clausola.

Nella specie è pacifico tra le parti, e comunque desumibile dal tenore letterale della clausola compromissoria (espressamente riportata in ricorso), che l'arbitrato in questione sia libero (arbitrato c.d. irrituale).

Come noto, l'arbitrato è irrituale quando agli arbitri è stata affidata la soluzione della controversia unicamente su base negoziale, mediante una composizione amichevole riconducibile alla volontà delle parti stesse, le quali si sono impegnate a considerare la decisione arbitrale come espressione della loro volontà; l'arbitrato rituale, invece, poggia anch'esso su un'originaria manifestazione di volontà negoziale delle parti, ed ha perciò anch'esso natura privata, ma è destinato a svolgersi con l'osservanza del regime formale del procedimento arbitrale, e comporta che si pervenga ad un lodo suscettibile di essere reso esecutivo e di produrre gli effetti previsti dal codice di rito.

Come precisato da questa S.C. a sezioni unite nella citata sentenza, siffatta natura negoziale della risoluzione demandata agli arbitri irrituali comporta che costoro operino in sostituzione delle parti del contratto, e perciò possano definire la vertenza con la ricerca di un nuovo assetto d'interessi da essi medesimi individuato, che dette parti si sono preventivamente impegnate a fare proprio; detto meccanismo negoziale appare, tuttavia, scarsamente compatibile con i principi che regolano l'agire della pubblica amministrazione, in forza dei quali non è consentito delegare a terzi estranei la formazione della volontà negoziale della pubblica amministrazione medesima; al riguardo detta sentenza ha precisato che "non v'è alcun dubbio che la pubblica amministrazione, quando instaura con un privato rapporti di natura negoziale che non implicano l'adozione di atti autoritativi, è in linea di massima anch'essa soggetta alle norme di diritto privato. Tuttavia, il fatto che la pubblica amministrazione, nel suo operare negoziale, si trovi su un piano paritetico a quello dei privati, se per un verso esclude che essa possa avvalersi di un qualsiasi potere di supremazia sull'altro contraente, per altro verso non



significa che vi sia una piena ed assoluta equiparazione della sua posizione a quella di un privato. Resta, comunque, l'ineliminabile differenza che discende dalla portata e dalla natura dell'interesse pubblico cui in ogni caso l'amministrazione deve ispirarsi e che, anche se incanalato nell'alveo di strumenti di tipo privatistico, è destinato a conformare il comportamento del contraente pubblico secondo regole e principi - particolarmente in tema di pubblicità e di trasparenza - che per il privato non hanno invece ragioni d'essere. Del modo in cui gestisce il proprio interesse il privato non è tenuto a dar conto ad alcuno, ma lo stesso non può dirsi per il contraente pubblico e per le modalità con cui si realizza il pubblico interesse cui egli è preposto, che non possono restare opache ma devono viceversa pur sempre rispondere a criteri suscettibili di essere ben percepiti e valutati. Se ciò è vero, non basta richiamarsi alla natura privatistica degli strumenti negoziali adoperati per superare ogni possibile ostacolo all'utilizzabilità dell'arbitrato irrituale nei contratti della pubblica amministrazione. Certamente non v'è alcuna incompatibilità di principio tra la natura pubblica del contraente e la possibilità di un componimento negoziale delle controversie nascenti dal contratto stipulato dalla pubblica amministrazione. Ma resta il fatto che tale componimento, se derivante da un arbitrato irrituale, verrebbe ad essere affidato a soggetti (gli arbitri irrituali, appunto) individuati all'interno della medesima logica negoziale, in difetto qualsiasi procedimento legalmente predeterminato e perciò senza adeguate garanzie di trasparenza e pubblicità della scelta. Quei medesimi soggetti sarebbero destinati poi ad operare secondo modalità parimenti non predefinite e non corredate delle suindicate garanzie di pubblicità e trasparenza. Nè, infine, può trascurarsi che il perseguimento dell'interesse pubblico - interesse che anche nel componimento arbitrale dovrebbe potersi realizzare e che non può mai andare esente da un regime di controlli ed eventuali conseguenti responsabilità - verrebbe invece affidato all'operato di soggetti sottratti ad ogni controllo, con l'effetto di rendere evanescente anche l'eventuale individuazione di qualsiasi conseguente responsabilità".

9



Siffatti principi, pur dettati in fattispecie relativa ad appalti pubblici, non possono che valere, per il carattere generale delle dette considerazioni, anche per altri tipi di contratti e per analoghe clausole compromissorie di natura irrituale contenute negli stessi, e sono perciò applicabili anche nella fattispecie in esame.

Del tutto inammissibile è, inoltre, il denunciato vizio motivazionale, non in linea con la nuova formulazione dell'art. 360 n. 5 cpc (come inteso da Cass. S.U. 8053 e 8054/2012); il motivo è comunque infondato sotto l'aspetto della denunciata carenza assoluta di motivazione, avendo la Corte territoriale (come appare evidente dalla su riportata sintesi della decisione ed al richiamo alla statuizioni delle sezioni unite) adeguatamente chiarito le ragioni del suo convincimento in ordine all'impossibilità della P.A. di servirsi dello strumento dell'arbitrato irrituale.

Il quinto e sesto motivo, da valutare anch'essi congiuntamente in quanto tra loro connessi, sono inammissibili in ordine alle doglianze concernenti l'ulteriore riduzione della penale operata dalla Corte territoriale, mentre sono fondati con riferimento al prospettato errore di calcolo nella effettiva determinazione dell'importo spettante in base alla detta penale.

Come già precisato da questa S.C. invero, "l'apprezzamento sulla eccessività dell'importo fissato con clausola penale dalle parti contraenti, per il caso di inadempimento o di ritardato adempimento, nonché sulla misura della riduzione equitativa dell'importo medesimo, rientra nel potere discrezionale del giudice di merito, il cui esercizio è incensurabile in sede di legittimità, se correttamente fondato, a norma dell'art. 1384 cod. civ., sulla valutazione dell'interesse del creditore all'adempimento con riguardo all'effettiva incidenza dello stesso sull'equilibrio delle prestazioni e sulla concreta situazione contrattuale, indipendentemente da una rigida ed esclusiva correlazione con l'entità' del danno subito" (cass. 6158/2007; conf. 17731/2015; conf. cass. 23750/2018).

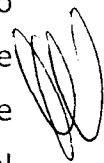
Nella specie la Corte, valutando (per come indicato nella sintesi della decisione riportata in parte espositiva) la specificità della fattispecie (mancato rilascio

solo di una modesta parte del compendio immobiliare oggetto della penale), ha proceduto ad una ulteriore riduzione della misura della penale proprio con riferimento, tra l'altro, alla valutazione dell'interesse del creditore all'adempimento ed all'effettiva incidenza dello stesso nella concreta situazione; siffatta valutazione, operata con corretto riferimento all'art. 384 cpc, rientra nel potere discrezionale del giudice del merito, ed è (come detto) insindacabile in questa sede.

Con riferimento, poi, al prospettato errore di calcolo, va ribadito che, nel caso (quale quello di specie) in cui un errore materiale venga denunciato con un ricorso per cassazione basato anche su altri motivi -che nulla abbiano a che fare con l'errore medesimo-, siffatto errore può essere vagliato dal giudice di legittimità in considerazione dei principi di economia processuale e di ragionevole durata del processo di cui all'art. 111, comma 2, Cost. senza che l'accoglimento del motivo e l'effettuazione della correzione materiale leda il diritto di difesa delle controparti, essendosi pienamente dispiegato il contraddittorio (conf. Cass. 29029/2018)

Nella fattispecie in esame sussiste un evidente errore di calcolo nel computo dei giorni di ritardato rilascio (errore, peraltro, riconosciuto dalla stessa parte resistente), atteso che, a fronte della data concordata per il rilascio (30-6-2013) e della data in cui è avvenuta la completa restituzione dell'immobile (21-2-2017), la Corte territoriale, pur partendo da dette pacifiche circostanze, ha indicato in giorni 1695 (anziché 1332) la durata del ritardato rilascio, erroneamente determinando di conseguenza in euro 42.375,00 (anziché in euro 33.300,00) la penale dovuta.

Il motivo, pertanto, sotto questo limitato aspetto, va qualificato come errore materiale e va accolto, disponendo nel merito la correzione nel senso che ove nella sentenza impugnata è scritto "determina in euro 42.375,00 l'importo della penale al pagamento della quale Silini Massimo è condannato a favore della Azienda Socio Sanitaria Territoriale degli Spedali Civili di Brescia", si deve invece intendere ""determina in euro 33.300,00 l'importo della penale al



pagamento della quale Silini Massimo è condannato a favore della Azienda Socio Sanitaria Territoriale degli Spedali Civili di Brescia.

In conclusione vanno accolti per quanto di ragione il quinto ed il sesto motivo di ricorso e dichiarati inammissibili gli altri; va cassata, in relazione ai motivi accolti, l'impugnata sentenza e, decidendo nel merito, va determinata in euro 33.300,00 l'importo della penale al pagamento della quale Silini Massimo è condannato a favore della Azienda Socio Sanitaria Territoriale degli Spedali Civili di Brescia.

Le spese del presente giudizio di legittimità, liquidate per l'intero come in dispositivo, vanno poste per 2/3 a carico del ricorrente, in ragione della sostanziale soccombenza; il restante 1/3 va dichiarato compensato tra le parti in considerazione dell'accoglimento del ricorso in relazione al residuale aspetto della correzione dell'errore materiale.

Rilevato che dagli atti il processo risulta esente, non si applica l'art. 13, comma 1 quater, del dpr 115/2002.

P. Q. M.

La Corte accoglie per quanto di ragione il quinto ed il sesto motivo di ricorso; dichiara inammissibili il primo, secondo, terzo e quarto; cassa, in relazione ai motivi accolti, l'impugnata sentenza, e, decidendo nel merito, determina in euro 33.300,00 l'importo della penale al pagamento della quale Silini Massimo è condannato a favore della Azienda Socio Sanitaria Territoriale degli Spedali Civili di Brescia; condanna il ricorrente al pagamento, in favore della resistente, di 2/3 delle spese del presente giudizio di legittimità, che si liquidano per l'intero in euro 3.000,00, oltre alle spese forfettarie nella misura del 15%, agli esborsi liquidati in euro 200,00 ed agli accessori di legge; dichiara il restante 1/3 compensato tra le parti; non si applica l'art. 13, comma 1 quater, del dpr 115/2002.