

Civile Ord. Sez. 1 Num. 11079 Anno 2022

Presidente: CAMPANILE PIETRO

Relatore: SCALIA LAURA

Data pubblicazione: 05/04/2022



REPUBBLICA ITALIANA



**LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE**  
**PRIMA SEZIONE CIVILE**

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati

Oggetto

PIETRO CAMPANILE

Presidente

MARINA MELONI

Consigliere

ANTONIO PIETRO LAMORGESE

Consigliere

LAURA SCALIA

Consigliere Rel.

LUCA SOLAINI

Consigliere

Arbitrato. Lodo.  
Competenza  
arbitrale.  
Previsione  
pattizia.  
Composizione  
collegio.  
Violazione.  
Nullità.  
Irregolarità.  
Disponibilità.  
Effetti

CC 18/02/2022

Cron.

R.G.N.n.

24391/2016

ha pronunciato la seguente

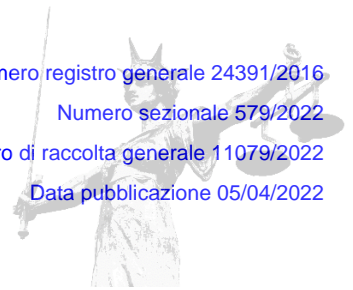
**ORDINANZA**

sul ricorso n. 24391/2016 proposto da:

SITAF S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t.,  
elettivamente domiciliata in Roma, Via Guido d'Arezzo, 18 presso  
lo studio dell'Avvocato Fabrizio Magrì che la rappresenta e difende  
con gli Avvocati Sergio Scotti Camuzzi e Domenico Prato per  
procura speciale in calce al ricorso

-ricorrente principale e controricorrente a ricorso incidentale-





Contro

IMPRESA COSTRUZIONI CAV. ROZZI & C. S.P.A., in liquidazione ed in concordato preventivo, con sede in Folignano (AP), in persona del liquidatore, in proprio e quale capogruppo e mandataria dell'ASSOCIAZIONE TEMPORANEA D'IMPRESE costituita con RIZZANI DE ECCHER S.P.A., con sede in Pozzuolo del Friuli (UD), con GARBOLI S.P.A. (già Garboli - CON.I.COS S.p.A.), con sede in Parma, con CO.GE.FA. S.p.A. (già IMPRE.GE.CO. S.r.l.), con sede in Torino e con IMPRESA S.p.A. (già RUSCALLA Geom. Delio S.p.A.), elettivamente domiciliata in Roma, Via Paolo Emilio, 32 presso lo studio dell'Avvocato Marco Feroci che la rappresenta e difende, con l'Avvocato Stefano Vinti, per procura speciale a margine del controricorso con ricorso incidentale

-controricorrente-ricorrente incidentale-

Nonché

ONDULATO PICENO S.r.l., REAL FINANCE DI BORGIONI MAURIZIO & C. S.A.S.

-intimati-

avverso la sentenza n. 4131/2016 della Corte d'Appello di Roma, pubblicata il 28/06/2016;

udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 18/02/2022 dal Cons. Laura Scalia.

## FATTI DI CAUSA

1. *Ante fatto di lite.*



1.1. Sitaf S.p.A., concessionaria dell'Anas, all'epoca Azienda autonoma statale, deputata alla costruzione ed esercizio dell'autostrada A22 (Traforo del Frejus e viabilità di adduzione), con contratto di appalto stipulato in data 22 settembre 1989, affidava all'impresa Cav. Costantino Rozzi, in proprio e quale mandataria dell'Ati costituita con altre quattro, la realizzazione del lotto denominato "Nodo di Borgone", inserito nel tratto Susa (aeroporto)-Rivoli dell'Autostrada Torino Bardonecchia".

I lavori venivano ultimati e consegnati e l'appaltatrice, ad integrazione di quanto corrisposto dalla committenza, provvedeva a formulare riserve nel conto finale e nel certificato di collaudo, con richiesta di riconoscimento di somme a titolo di compenso per "prezzo chiuso" ex art. 33 legge n. 41 del 1986.

1.2. La mandataria dell'Ati, con atto notificato in data 13 maggio 2005, promuoveva nei confronti di Sitaf giudizio arbitrale, come disciplinato dall'art. 9 del contratto concluso tra le parti, che stabiliva che eventuali controversie sarebbero state definite nei termini di cui all'art. 59 del Capitolato Speciale d'appalto con deferimento al giudizio arbitrale, ai sensi e nei modi previsti dal Capo VI del Capitolato Generale per l'Appalto dei Lavori Pubblici.

La committente, con atto di resistenza dell'1 giugno 2006, eccepiva l'inammissibilità della domanda d'arbitrato proposta dall'Ati attrice sia quanto alle modalità di nomina del presidente del costituendo collegio sia, in assoluto, sostenendo l'incompetenza di qualsivoglia collegio arbitrale, in favore della non derogata competenza dell'autorità giudiziaria ordinaria, nel merito chiedendo il rigetto delle avverse domande, per maturata decadenza, per intempestività, delle riserve e della domanda di compenso per "prezzo chiuso", in via subordinata e riconvenzionale, insistendo poi per la restituzione di quanto corrisposto all'appaltatrice a tale titolo.

1.3. In seguito ad intese raggiunte tra le parti, Sitaf rinunciava all'eccezione sulla nomina del terzo arbitro, provvedendo a



concorrere alla nomina del presidente, secondo la legge di modifica dell'arbitrato n. 80 del 2005, nel frattempo entrata in vigore.

1.4. Il collegio arbitrale deliberava in data 22 dicembre 2008 il lodo che veniva depositato presso la Camera Arbitrale dell'Autorità dei Lavori Pubblici il 29 dicembre 2008.

Gli arbitri ritenevano la propria competenza a conoscere della controversia nelle forme dell'arbitrato cd. amministrato, nella composizione a tre del collegio, di cui all'art. 32 della legge quadro n. 109 del 1994, e tanto nell'apprezzato carattere formale ed aperto del rinvio al Capitolato Generale dei Lavori Pubblici di cui al d.P.R. n. 1063 del 1962 contenuto nella clausola compromissoria che del primo avrebbe consentito l'applicabilità anche per le sue successive modifiche.

2. Con citazione notificata il 29 gennaio 2010, Sitaf ha promosso davanti la Corte d'Appello di Roma giudizio di impugnazione del lodo, ai sensi dell'art. 828 cod. proc. civ. – nella formulazione all'epoca vigente *ante* d.lgs. n. 40 del 2006, risultando la domanda arbitrale proposta prima della sua entrata in vigore (art. 27, comma 4, d.lgs. cit.) – denunciando la nullità del lodo, ex art. 829, primo comma, nn. 1, 2 e 4 cod. proc. civ., per l'assoluta incompetenza degli arbitri, con conseguente cognizione della controversia al giudice ordinario.

Il d.P.R. n. 1063 del 1962 e la successiva legge n. 109 del 1994, in quanto applicabili alle sole Amministrazioni dello Stato, non lo sarebbero state rispetto all'impugnante, che tale non era.

La fonte della competenza arbitrale doveva ritenersi pertanto di natura pattizia e, ancora, materiale e ricettizio il rinvio contenuto nella clausola compromissoria al d.P.R. n. 1063 del 1962 il cui testo, pertanto, insensibile alle modifiche della fonte normativa, non avrebbe consentito l'applicabilità alla fattispecie della disciplina dell'arbitrato cd. amministrato, di cui all'art. 32 della successiva legge n. 109 del 1994.



Le diverse conclusioni raggiunte dalla terna arbitrale, che della norma poziore aveva invece ritenuto l'applicazione, avrebbero violato la volontà contrattuale e, nella sopravvenuta abrogazione del d.P.R. n. 1063 cit. e della composizione del collegio "a cinque" ivi prevista, gli arbitri che avevano pronunciato il lodo sarebbero stati privi di ogni *potestas iudicandi*, ormai appartenente al solo giudice ordinario.

Nella nullità del lodo per difetto assoluto di competenza, la corte di merito avrebbe dovuto limitare la propria cognizione alla fase rescindente e non pronunciare in sede rescissoria.

In via subordinata, la concessionaria Sitaf impugnava per nullità il lodo anche nel merito.

L'Ati costituitasi in resistenza alle avverse pretese, ha insistito, in via incidentale, per una nuova quantificazione delle avanzate pretese.

2.1. La Corte d'Appello di Roma, ritenuta l'inammissibilità della eccezione pregiudiziale sulla competenza perché, in ogni caso, incapace di condurre all'affermazione di nullità del lodo, ha deciso nel merito sulle pretese avanzate dall'impresa.

2.2. Per i giudici romani anche ove si fosse ritenuta la natura pattizia della competenza arbitrale – esclusa l'applicabilità a Sitaf, quale soggetto tenuto all'arbitrato, del Capitolato Generale dei Lavori Pubblici e della successiva legge quadro n. 109 del 1994 –, definita dal rinvio materiale e recettizio, contenuto nella clausola compromissoria, al d.P.R. n. 1063 del 1962, essa non sarebbe venuta meno per effetto della abrogazione della norma in contratto richiamata, restando ferma, in ogni caso, la previsione negoziale di deferimento in arbitri delle controversie.

2.3. Le ulteriori questioni sulla composizione del collegio arbitrale e l'opzione in favore del giudice ordinario sono poi state ritenute inammissibili perché non prospettate agli arbitri, non



avendo Sitaf precisato l'atto con cui le avrebbe proposte in quel giudizio.

2.4. Nel resto la corte romana ha riconosciuto la fondatezza delle pretese sostanziali delle parti ed in parziale accoglimento delle impugnazioni, in via principale ed incidentale proposte, ha rideterminato l'ammontare delle somme riconosciute all'Ati in sede arbitrale.

3. Sitaf S.p.A. ricorre per la cassazione della sentenza indicata con undici motivi.

3.1. Le imprese costituite in Ati resistono con controricorso, in cui articolano ricorso incidentale affidato a quattro motivi, i primi due in forma non condizionata ed i restanti condizionati ai quali resiste con relativo controricorso Sitaf.

3.2. Entrambe le parti hanno depositato memorie ex art. 380-bis.1 cod. proc. civ.

4. Alla fissata adunanza camerale, su sollecitazione del loro patrocinatore, sono stati chiamati altri cinque ricorsi – pendenti dinanzi a questa Corte ed introdotti da altre imprese costitutesi in Ati per la realizzazione di ulteriori e diversi lotti dell'autostrada Torino-Bardonecchia – aventi ad oggetto la cassazione di sentenze adottate dalla Corte d'Appello di Roma in sede di impugnazione di altrettanti lodi arbitrali resi tra Sitaf e le imprese appaltatrici su analoghe vicende contrattuali, in applicazione dei medesimi principi.

## **RAGIONI DELLA DECISIONE**

1. Dei ricorsi chiamati all'odierna adunanza camerale (rr.gg.nn.: 29328/2016; 800/2017; 803/2017; 8968/2017; 10116/2017), si sollecita l'esame congiunto, previa riunione ex art. 274 cod. proc. civ. al presente, perché proposti contro più sentenze della Corte d'Appello di Roma che – adottate in modo, tra loro, divergente



nella soluzione data ad una identica *questio juris* —, si gioverebbero, nella contestuale definizione, di un minor costo dei giudizi e di una certa ed uniforme interpretazione del diritto affermato (cfr. Sezioni Unite 13/09/2005, n. 18125).

La sollecitazione difensiva va disattesa.

L'ipotesi oggetto di Sezioni Unite n. 18125 del 2005 (cfr. pp. 10, 12, in motivazione), espressamente richiamate dal patrocinatore delle parti a sostegno della sollecitata riunione, è infatti quella della cd. connessione "per subordinazione" o "forte" tra i giudizi in cui sono state pronunciate le distinte sentenze che risultano, come tali, l'una "pregiudicante" e l'altra "pregiudicata" dalla proposte impugnazioni.

Nel caso di specie, in cui non ricorre l'indicata relazione tra i giudizi ed ogni scelta di riunione resta affidata alla discrezionalità del giudicante, la Corte non ritiene opportuna la riunione perché le cause presentano peculiarità in fatto ed averle chiamate alla stessa udienza garantisce l'uniformità di decisione, nell'applicazione dei principi di diritto.

2. Venendo ai singoli motivi.

2.1. Con il primo motivo la ricorrente deduce violazione e falsa applicazione, in relazione all'art.360, primo comma, cod. proc. civ., della "*norma di diritto che esige la razionalità del giudizio*".

La corte romana era caduta in un evidente ossimoro nell'accostare due qualità tra loro inconciliabili e tanto aveva fatto con il ritenere l'*inammissibilità sostanziale*" del motivo di nullità del lodo per assoluta incompetenza degli arbitri.

Ciò era avvenuto per un percorso logico, di richiamo di un precedente della Corte di legittimità (Cass. n. 16544 del 2015), i cui esiti avrebbero dovuto essere, di contro a quanto conclusivamente ritenuto dai giudici di merito, nel senso dell'affermazione della competenza del giudice ordinario.





La natura materiale e ricettizia del rinvio alla norma, contenuto nella clausola negoziale di previsione dell'arbitrato, avrebbe reso la pattuizione compromissoria insensibile alle successive modifiche del testo normativo richiamato.

La terna arbitrale che aveva emesso il lodo – nella composizione e procedura di cui alla legge n. 109 del 1994, come modificata dal cd. decreto competitività, convertito nella legge n. 80 del 2005 – sarebbe stata priva della potestà di decidere, alternativa e derogatoria a quella del giudice ordinario, per non esserne stata investita dalla comune volontà negoziale.

Ferma la diversa volontà rappresentata nella clausola arbitrale con rinvio materiale e fisso al testo normativo, per il meccanismo della *relatio perfecta* al d.P.R. n. 1063 del 1962, in ogni caso Sitaf non aveva manifestato una intenzione contraria dinanzi agli arbitri, insistendo nella nullità dell'adottando lodo per difetto assoluto di competenza.

2.2. Con il secondo motivo la ricorrente deduce la violazione dell'art. 1372 cod. civ., in relazione all'art. 360, primo comma, n. 3 cod. proc. civ.

La corte di merito aveva ritenuto che, pur dopo l'emanazione della legge n. 109 del 1994, sarebbe comunque rimasta in vigore la previsione pattizia di deferimento in arbitri delle controversie senza considerare, in violazione dell'autonomia contrattuale (art. 1372 cod. civ.), che la volontà negoziale (art. 9 del contratto ed art. 59 del Capitolato speciale d'appalto allegato al contratto e da questo richiamato) era nel senso che le controversie sarebbero state deferite all'arbitrato previsto e regolato dalle norme del capo VI del Capitolato Generale e quindi all'arbitrato nel modello dei cinque arbitri nominati nei modi ivi prescritti (art. 45 C.G.A.) e non, genericamente, ad un qualsiasi arbitrato o, ancora, a quello previsto nel codice di rito civile.





La corte d'appello aveva recepito in modo acritico le conclusioni cui era giunto il collegio arbitrale senza avvedersi delle mosse da cui quest'ultimo aveva preso le mosse e, quindi, dalla erronea natura formale del rinvio contenuto nella clausola arbitrale al d.P.R. 16 luglio 1962, n. 1063, contenente "Approvazione del capitolato generale d'appalto per le opere di competenza del Ministero dei lavori pubblici", con conseguente sostituzione della previsione negoziale con la disciplina, sopravvenuta, di cui alla legge quadro n. 109 del 1994 (art. 32, comma 4).

2.3. Con il terzo motivo la ricorrente denuncia la violazione degli artt. 112 e 113 cod. proc. civ., in relazione all'art. 360, primo comma, n. 3 cod. proc. civ. e, in relazione all'art. 360, primo comma, n. 5 cod. proc. civ., l'omesso esame di un fatto decisivo per il giudizio ovvero sia la declinazione dell'arbitrato espressa da Sitaf.

L'inammissibilità della domanda giudiziale deve essere prevista da una norma di legge che invece non era stata indicata dalla corte di merito che non poteva, in tal modo, sottrarsi al dovere di giudicare.

L'inammissibilità della impugnazione, poi, circa le questioni "sul numero degli arbitri" e "sull'opzione per il giudizio ordinario", in quanto non dedotte nel giudizio arbitrale, integravano, proprio, la questione circa la incompetenza generale degli arbitri sulla quale era fondata la domanda di nullità.

La composizione "a tre" degli arbitri prevista dalla legge quadro n. 109 del 1994, nella cui applicazione era stato celebrato l'arbitrato, non era quella "a cinque", di cui al d.P.R. n. 1063 del 1962, invece voluta dalle parti nella clausola compromissoria.

L'applicabilità della legge n. 109 del 1994 (art. 32, comma 4, legge quadro), quale diretta conseguenza della natura "formale" del rinvio contenuto in contratto alle norme del Capitolato Generale, non sarebbe valsa a trasformare in obbligatorio



l'arbitrato previsto come facoltativo nella clausola compromissoria, urtando ogni contraria conclusione con la giurisprudenza della Corte costituzionale (sentenza n. 152 del 1996).

La sostituzione dell'arbitrato voluto dalle parti con un'altra figura avrebbe determinato una violazione delle garanzie costituzionali e convenzionali (artt. 24, 25, 111, 10 Cost.; art. 6 Cedu), da apprezzarsi ancora più grave là dove il nuovo arbitrato si fosse ritenuto obbligatorio e non declinabile in favore della giurisdizione ordinaria.

La volontà di Sitaf di non sottoporsi all'arbitrato, che ben poteva essere espressa senza vincoli di forma, era stata effettuata sin dall'atto di resistenza alla domanda di arbitrato e con l'eccezione di incompetenza del collegio arbitrale in favore del giudice ordinario, ribadita nel corso di tutto il processo arbitrale.

3. Deve darsi congiunta trattazione ai primi tre motivi di ricorso, nella identità della questione ai primi sottesa, relativa alla competenza degli arbitri a pronunciare in una controversia loro devoluta da clausola compromissoria ed alla denunciabilità della sua violazione nel giudizio di nullità celebrato dinanzi la corte d'appello.

4. I motivi proposti vanno rigettati previa correzione ed integrazione della motivazione della decisione impugnata nei termini di seguito indicati.

4.1. Si tratta innanzitutto di determinare la natura della fonte di previsione della competenza arbitrale per poi ragionare sul suo meccanismo di operatività.

4.2. La fonte è negoziale.

Il carattere pattizio della competenza arbitrale viene in evidenza in ragione della natura di Sitaf S.p.A. (Società Italiana Traforo Autostradale del Frejus) che quale concessionaria di lavori pubblici, incaricata da Anas S.p.A., azienda di Stato all'epoca della stipula del contratto, non rientra tra i soggetti rispetto ai quali trova



applicazione il d.P.R. n. 1063 del 1962 (art. 42 e ss.) e la successiva legge n. 109 del 1994 (art. 32), segnatamente in punto di definizione arbitrale delle controversie.

Si tratta di evidenza incontestata in atti che, quale premessa, guida le conclusioni raggiunte dalla corte d'appello che esclusa, per tale via, l'applicabilità *in iure* del Capitolato Generale cit., ritiene la natura negoziale della fonte e modella l'operatività dell'arbitrato sul rinvio materiale recettizio dalla previsione negoziale alla norma esterna di disciplina (vedi *infra sub* nn. 4.5. e 4.6.).

4.3. E' principio solido nella giurisprudenza di questa Corte quello per il quale il Capitolato Generale di appalto per le opere pubbliche ha natura e valore normativo, di regolamento di organizzazione, soltanto nei confronti delle amministrazioni dello Stato là dove invece per gli altri enti, ancorché tenuti ad uniformare i propri capitolati a quello generale dello Stato, le previsioni di quest'ultimo costituiscono clausole negoziali, operanti per volontà pattizia, non in quanto imposte in via autoritativa (cfr. Cass. Sez. U, 05/11/1973, n. 2856; Cass. Sez. U, 16/05/1977, n. 1962; Cass. 13/01/1982, n. 178; Cass. 24/06/2008, n. 17083).

4.4. All'indicato principio si accompagna l'effetto che, una volta che la volontà contrattuale delle parti abbia recepito le previsioni del Capitolato Generale, nel testo vigente al momento in cui il contratto è stato concluso, l'intero rapporto è retto, e deve trovare svolgimento secondo la relativa disciplina, le cui eventuali sopravvenute modificazioni varranno come prescrizioni alle quali l'ente deve uniformare il proprio capitolato ed i propri contratti senza che esse possano, in via diretta, alterare il regime pattizio, sia esso sostanziale che processuale, come quello relativo alla competenza del giudice ordinario in alternativa a quella del collegio arbitrale, dei contratti in corso (Cass. n. 178 cit.; in termini: Cass. 21/06/2000, n. 8420; Cass. 24/06/2008, n. 17083).



4.5. Come ancora precisato da questa Corte, il recepimento di una norma legislativa contenuto nel contratto d'appalto di opere pubbliche fa sì che la prima formi elemento integrante della dichiarazione negoziale, con la conseguenza che l'estensione e i limiti del contratto vanno individuati, esclusivamente, con riferimento al contenuto della disposizione richiamata al momento della stipula, le cui successive vicende di modifica-abrogazione possono spiegare influenza sul rapporto solo se, e quando, le parti manifestino, anche tacitamente, la volontà di tenerne conto a modificazione dei pregressi accordi (Cass. 06/08/2015, n. 16544; Cass. 30/03/2011, n. 7197; Cass. n. 7083 del 2008; Cass. n. 12416 del 2004).

4.6. Il meccanismo evocato dal principio da ultimo indicato è quello della *relatio perfecta* che, in attuazione di un "rinvio materiale" o "recettizio" o "mobile", procede dal contratto alla norma di legge la quale, intesa come atto esterno al negozio e a quest'ultimo equiparato, trova applicazione non in via diretta – secondo quanto accade, invece, nella diversa ipotesi del cd. "rinvio formale", a cui si accompagna, nel carattere meramente ricognitivo della previsione negoziale, un automatico collegamento del contratto alle sorti della norma richiamata, come nel tempo modificata o abrogata –, ma in via mediata, attraverso la fonte negoziale.

4.7. Per il meccanismo del rinvio materiale l'autonomia negoziale delle parti (art. 1372 cod. civ.) diviene fonte della devoluzione della controversia alla cognizione arbitrale, cristallizzando competenza e disciplina alle previsioni della legge richiamata, secondo forma e contenuti vigenti all'epoca della stipula del contratto che divengono vincolanti, in quanto oggetto della libera pattuizione tra i contraenti.

5. Si tratta allora di valutare se, e per quali meccanismi e con quali costi, siffatta pattuizione possa rimanere in vigore tra le parti



secondo contenuti differenti, modellati sulle norme entrate in vigore successivamente a quelle espressamente richiamate in contratto.

6. Con deduzione che, si espone in ricorso, non ha trovato ingresso nel giudizio celebrato davanti alla Corte d'Appello di Roma sulla impugnazione per nullità del lodo – e tanto in ragione della declaratoria di inammissibilità ivi adottata ed in questa sede censurata –, la ricorrente fa valere la violazione dell'art. 1372 cod. civ. ed i dubbi di costituzionalità che conseguirebbero alla decisione degli arbitri di celebrare il relativo giudizio secondo forme e competenze segnate da una legge non richiamata in contratto.

6.1. Segnatamente, il senso della censura è quello per il quale, una volta effettuata dalle parti nel contratto comprensivo della clausola compromissoria, l'opzione per un modello di giudizio arbitrale – nella fattispecie in esame nella composizione "a cinque" del collegio fissata dal d.P.R. n. 1063 del 1962, espressamente richiamato, attraverso il meccanismo della *relatio perfecta*, nel contratto di appalto concluso il 22 settembre 1989 – la celebrazione di quello stesso giudizio secondo il diverso modello "a tre" del collegio arbitrale, in applicazione della legge quadro dei lavori pubblici, la n. 109 del 1994, successivamente entrata in vigore – porterebbe non solo un *vulnus* all'autonomia negoziale, ma realizzerebbe, anche, l'imposizione alle parti di un arbitrato obbligatorio, che si esporrebbe a certa censura di illegittimità costituzionale (art. 24 Cost.).

6.2. Compendiando la critica: alla impossibilità di attuazione dell'arbitrato nelle forme previste in contratto non residua che l'insorgenza della cognizione del giudice ordinario ed ogni diversa opzione ermeneutica è illegittima, perché in contrasto con la previsione pattizia e l'autonomia contrattuale e perché genera, per un improprio percorso, una figura di arbitrato "imposto" e non più



“volontario”, di contro all’intervento del Giudice delle leggi (sentenza n. 152 del 1996).

7. La censura è infondata.

E’ dato pacifico in giudizio che, rimessa in arbitri, con atto notificato il 17 maggio 2005, ai sensi dell’art. 9 del contratto e 59 dell’allegato Capitolato Speciale d’Appalto, la lite insorta tra le parti – quanto alla esecuzione del contratto di appalto, concluso il 22 settembre 1989 da Sitaf, deputata, quale concessionaria dell’Anas, alla costruzione ed all’esercizio dell’autostrada “A22” (traforo del Fréjus e viabilità di adduzione), per la realizzazione del “Nodo di Borgone” – come esposto nello stesso ricorso per cassazione, durante il procedimento Sitaf ha espressamente rinunciato all’eccezione di incompetenza del collegio arbitrale in favore di quella del giudice ordinario.

L’odierna ricorrente ha infatti raggiunto un accordo con l’altra parte sulla nomina del Presidente del collegio arbitrale secondo la disciplina all’epoca in vigore che, anche in materia di lavori pubblici – venuto meno l’arbitrato camerale cd. amministrato (art. 32 l. n. 109 del 1994; art. 150 e ss. Regolamento n. 554 del 1999 e d.m. n. 398 del 2000, che affidava la designazione del terzo membro alla Camera arbitrale), all’esito dell’intervento del Consiglio di Stato con la sentenza n. 6337 del 17 ottobre 2003 – stabiliva (cfr. art. 5, comma 16 *sexies*, d.l. 14 marzo 2005, n. 35, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 maggio 2005, n. 80) l’applicabilità delle norme sull’arbitrato ordinario contenute nel codice di rito civile (art. 806 e ss. cod. proc. civ.) e, tra queste, quelle sulla competenza delle parti a nominare gli arbitri.

8. In siffatta cornice normativa non può sfuggire che l’accettazione della competenza del collegio ordinario, oltretutto di quello disciplinato dall’art. 806 e ss. cod. proc. civ., attraverso il consenso prestato dalla parte alla scelta del Presidente, è scelta produttiva di effetti, e tale è sotto un duplice profilo.





8.1. Il nuovo consenso lascia, da una parte, che si realizzi, attraverso una nuova manifestazione di volontà, una modifica degli accordi raggiunti in contratto dagli stipulanti sull'arbitrato e sulle forme del suo svolgimento e che le intervenute modifiche-abrogazioni *ab externo* delle norme del Capitolato statale, in quanto aventi la stessa natura e portata dell'atto negoziale che fa rinvio ad esse, spieghino come tali influenza sul rapporto contrattuale (Cass. 06/08/2015, n. 16544; la giurisprudenza richiamata *supra*, *sub par.* n. 4.5. e, ancora, Cass. 17/10/2018, n. 26007).

8.2. In una fattispecie in termini rispetto a quella qui scrutinata, questa Corte ha già avuto modo di affermare che la legittimità della pattuizione di una clausola compromissoria che, in deroga all'art. 45 del d.P.R. n. 1063 del 1962, richiamato nel contratto di appalto stipulato tra l'ente pubblico e la società appaltatrice, preveda la costituzione di un collegio arbitrale composto da tre anziché da cinque membri ed il cui contenuto, non evincibile da un unico documento avente forma scritta, risulti dalle condotte reciprocamente assunte dalle parti.

A tal fine vale, si è detto, da un canto, la notificazione della domanda di arbitrato, nella contestuale nomina dell'arbitro ed invito all'ente pubblico a nominare l'arbitro di competenza e, dall'altro, con la nomina dell'arbitro e la successiva designazione del terzo con funzioni di presidente del collegio arbitrale, con invito alla controparte ad esprimere la relativa accettazione, poi espressa dalla società appaltatrice (Cass. 08/05/2014, n. 10.000).

8.3. Il rinnovato accordo sulla competenza per la diversa pattuita composizione del collegio giudicante si frappone a che la parte che abbia prestato in tal senso il proprio consenso possa denunciare la nullità del lodo per difformità della composizione del collegio che ha pronunciato, rispetto a quella stabilita in contratto.





8.3.1. Nella cornice di tassatività delle nullità previste dall'art. 829 cod. proc. civ. (qui da vagliarsi nel testo applicabile "ratione temporis" e quindi anteriormente alle modificazioni introdotte dal d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40 in ragione dell'epoca, il 13 maggio 2005, in cui venne introdotto l'arbitrato), la giurisprudenza di questa Corte, forte dell'espresso richiamo contenuto nella richiamata norma (per le ipotesi di cui ai nn. 1 e 2), ha distinto tra una nullità denunciabile in ogni tempo e rilevabile anche d'ufficio, ed una nullità attenuata, rimessa alla disponibilità delle parti e come tale rinunciabile.

8.3.2. Il vizio di cui all'art. 829, primo comma, n. 1, cod. proc. civ., secondo cui il lodo è nullo non solo nell'ipotesi di sua inesistenza o di specifici vizi genetici del negozio compromissorio, ma anche nel caso in cui si riveli insussistente la potestà decisoria arbitrale, è rilevabile anche d'ufficio dal giudice dell'impugnazione, a cui compete il potere di accertare la volontà delle parti di deferire ad arbitri la risoluzione di talune controversie attraverso l'interpretazione delle espressioni in cui si esprime il consenso negoziale.

8.3.3. In tutti gli altri casi e, cioè, nelle più semplici ipotesi di nomine avvenute con modalità diverse da quelle previste dalle parti o, in mancanza, dal codice di rito civile, si assiste ad una ipotesi di irregolare composizione del collegio decidente, che può costituire motivo di impugnazione soltanto quando essa sia stata già denunciata nel corso del giudizio arbitrale (in termini, sul principio: Cass. 03/06/2004, n. 10561, che richiama in motivazione: Cass. 14588 del 1999; Cass. n. 1066 del 2002; Cass. n. 14182 del 2002; Cass. 23/03/2006, n. 6425; Cass. 08/10/2014, n. 21215).

8.3.4. Nel carattere tassativo delle previsioni di cui all'art. 829 cod. proc. civ. (*ratione temporis* vigente e quindi, segnatamente, nei contenuti *ante* riforma ex l. n. 40 del 2006), la nullità che si realizza, nell'alternativa tra l'ipotesi di compromesso o clausola



compromissoria nulli e di nomina degli arbitri invalida, è, in questa seconda ipotesi, di minor grado, poiché non deducibile davanti alla corte d'appello ove non lo sia stata nel giudizio arbitrale, intendendosi sanata, nella sua disponibilità, nel silenzio serbato dalla parte nel corso del procedimento arbitrale, il che equivale alla volontà di rinuncia alla relativa eccezione.

8.4. E' incontestato in atti che la ricorrente si è accordata con l'altra parte sulla nomina del Presidente in una composizione "a tre" del collegio arbitrale.

Il modello in tal modo adottato è quello definito dall'art. 32 legge n. 109 del 1994, modificato dalla legge n. 415 del 1998, e dall'art. 150 d.P.R. n. 554 del 1999, *ratione temporis* applicabile.

Inizialmente previsto nelle forme del cd. arbitrato amministrato, secondo il quale la nomina del Presidente interveniva da parte dell'organismo amministrativo della Camera arbitrale, l'indicato modello è stato successivamente novellato dall'art. 16 *sexies* d.l. n. 35 del 2005, convertito con modificazione nella l. n. 80 del 2005, che ha rimesso invece all'accordo delle parti quella stessa nomina, con intervento della Camera arbitrale solo in via residuale, in difetto di consenso.

In siffatto quadro la ricorrente, per l'esercitata opzione, ha rinunciato ad ogni diversa composizione del collegio arbitrale, fermo il rilievo che l'attuato passaggio dalla struttura "a cinque" di cui al d.P.R. n.1063 del 1962, come richiamato in contratto, alla diversa composizione "a tre", prevista dal sistema dell'arbitrato cd. amministrato introdotto dalla legge n. 109 del 1994, come novellato dal l. n. 80 del 2005, non vale ad immutare la natura dell'arbitrato, da facoltativo, secondo i contenuti del Capitolato Generale cit. (art. 45 e ss.), ad obbligatorio o, comunque, "imposto", con conseguente *vulnus* all'accesso alla tutela giurisdizionale dei diritti presidiato in via costituzionale (art. 24



Cost.), operando esso, senza soluzione di continuità, nel passaggio tra l'uno e l'altro modello.

Quanto si realizza è, infatti, esito di una opzione esercitata dalle parti, per tacita modifica dei pregressi accordi.

8.5. La disponibilità in capo ai contraenti della composizione arbitrale fa sì che, per la relativa vicenda, la parte non possa far valere una nullità assoluta del lodo e della clausola compromissoria, integrativa della "questione" (p. 39 ricorso) posta davanti alla corte d'appello e reiterata, per le dedotte violazioni di legge, nell'odierno ricorso.

La nullità denunciata, infatti, non ha la forza invalidante voluta e tanto, e proprio, nel rilievo avuto dalla volontà negoziale nella fattispecie produttiva della prima.

8.6. Come già affermato da questa Corte, il principio di conservazione del contratto di cui all'art. 1367 cod. civ. impone, per superare l'eventuale dubbio posto dal richiamo a norme non applicabili, un'interpretazione della clausola nel senso che essa, anziché non avere effetto, ne abbia.

In ciò si assume quale parametro di valutazione dell'idoneità negoziale verso siffatto possibile esito, lo scopo pratico che il regolamento di interessi, oggettivamente e soggettivamente, si proponeva, nel rilievo della inscindibilità della scelta compromissoria generale e di quella della terna arbitrale, nella comune loro riconduzione alla volontà negoziale ed all'esercizio dell'autonomia privata quale migliore strumento di attuazione degli interessi in gioco (Cass. 04/02/2011, n. 2750, in motivazione, pp. 5 e 6).

9. Per gli indicati contenuti, che sono di scrutinata infondatezza della proposta censura, la questione in diritto che agita la ricorrente è ben definita dalla corte d'appello nell'impugnata sentenza, giusta l'adottata prospettiva di inammissibilità, là dove, nell'apprezzare la capacità del motivo, così come dedotto, di



condurre alla declaratoria di nullità del lodo per incompetenza degli arbitri che lo hanno pronunciato, la esclude vagliando l'inutilità dei percorsi argomentativi utilizzati dalla parte.

9.1. Ecco allora che la pronuncia adottata è di inammissibilità per una stimata carenza di interesse della ricorrente a proporre il motivo di invalidità del lodo, e tanto nel raffronto che la sentenza impugnata opera tra lo strumento azionato e l'effetto voluto, bersaglio mancato all'interno di un sistema in cui la competenza arbitrale, come nel tempo modificata dalle norme avvicendatesi, trova comunque sostegno nella volontà negoziale espressa dalle parti.

9.2. L'inefficacia della critica di nullità è espressa dalla corte territoriale nella parte in cui essa valorizza l'insensibilità dell'accordo raggiunto dalle parti in ordine al modello arbitrale, ai mutamenti intervenuti nella normativa di riferimento (così per il passaggio dalla tipologia di cui al d.P.R. n. 1063 del 1962 a quella di cui alla legge quadro n. 109 del 1994), e tanto nella sottolineata evidenza che, in ogni caso, la fonte negoziale sarebbe rimasta preservata e la composizione "a cinque" del collegio continuerebbe ad essere in vigore tra le parti nonostante la modifica della norma esterna di riferimento, non transitata in contratto (p. 5).

9.3. Il ragionamento, che è pure di infondatezza, sostiene gli esiti di un giudizio di inammissibilità che si articola in una cornice decisoria che la corte di merito vuole definita dalla mancata deduzione ad opera della ricorrente degli accordi raggiunti dalle parti sulla diversa composizione arbitrale.

Si tratta degli accordi modificativi della iniziale previsione negoziale, in applicazione del principio di cui a Cass. n. 16544 del 2015 (pp. 4 e 5 sentenza) che, nel ritenuto meccanismo della *relatio perfecta* tra norma esterna di disciplina del fenomeno arbitrale e disposizione negoziale di recepimento, delle "successive vicende della norma" afferma l'incidenza sul rapporto contrattuale



*"solo se e quando le parti manifestino, anche tacitamente, la volontà di tenerne conto a modificazione dei progressi accordi"* (in una identica cfr. Cass. n. 10000 del 08/05/2014

9.3.1. Sulle ragioni di infondatezza della tesi difensiva, nuovamente proposta in sede di legittimità, si è detto e tanto per una lettura del principio espresso da questa stessa Corte con la sentenza n. 105561 del 2004 cit., che muove dalla natura giuridica delle nullità dedotte in sede arbitrale e dalla loro classificazione, all'interno dell'elenco tassativo di cui all'art. 829 cod. proc. civ., in termini di invalidità "debole" e come tale rinunciabile e disponibile dalle parti.

9.3.2. La vicenda della composizione del collegio, recuperata la sua centralità a definizione della invalidità propugnata in ricorso, perde così di efficacia nella scrutinata sua natura di nullità "rinunciabile".

10. Quanto all'ulteriore evidenza, relativa alla declinatoria della competenza arbitrale nell'opzione espressa dalla parte per il giudizio ordinario, apprezzata dalla corte di appello come non dedotta dalla ricorrente, nella pur valorizzata sua capacità di dare fondamento alla eccezione di incompetenza degli arbitri a pronunciare, vale l'inammissibilità del profilo.

10.1. Si tratta di motivo reiterativo di questione già correttamente risolta dai giudici dell'impugnata sentenza, non avendo la ricorrente indicato in quale atto davanti agli arbitri avrebbe fatto valere la declinatoria della competenza arbitrale.

10.2. Fermo il rilievo riconosciuto in questo giudizio alla contraria volontà di deferire alla cognizione arbitrale la controversia, manifestata dalla deducente nel corso delle vicende in esito alle quali si è poi svolto il giudizio arbitrale nella composizione a tre del collegio – e, quindi, a ben vedere, in siffatto differente contesto, il difetto stesso di interesse della parte a sollevare l'indicata critica –, a migliore definizione e scrutinio della ipotesi in



esame per i profili di infondatezza che pure si accompagnano al proposto motivo, si rileva quanto segue.

10.3. La declinatoria della competenza arbitrale definisce una questione che è nella disponibilità delle parti e che, come tale, deve essere oggetto di rinuncia da adottarsi nelle forme di legge, entrando essa nel processo previa espressa sua deduzione, che consenta al giudice del merito l'accertamento di una univoca volontà contraria all'accettazione di quella competenza.

10.4. Questa Corte ha, infatti, in più occasioni ribadito che, in tema di controversie nascenti dal contratto di appalto di opere pubbliche, la declinatoria della competenza arbitrale costituisce l'esercizio di un diritto potestativo di carattere sostanziale, che, attuandosi mediante un negozio unilaterale ad effetti anche processuali, di natura esterna al processo ed antecedente ad esso, postula una manifestazione di volontà chiara ed inequivocabile dell'Amministrazione, volta a ricondurre la controversia nell'ambito della giurisdizione, attraverso l'esclusione della cognizione arbitrale, che rispetto a questa si pone come eccezione alla regola (*ex pluribus*, cfr: Cass. 19/03/2014, n. 6290; Cass. 17/09/2014, n. 19531).

10.5. La contraria, in tesi della ricorrente, libertà di forma che governerebbe l'eccezione di incompetenza del collegio arbitrale in favore del giudice ordinario è deduzione infondata non soddisfatta dal richiamo, operato in ricorso, a dichiarazioni rese nel corso del giudizio che – non meglio individuate, come correttamente rileva la corte d'appello – la parte avrebbe svolto nell'atto di resistenza davanti agli arbitri.

10.6. Né è denunciabile, all'esito del mancato accertamento ad opera della corte d'appello della incompetenza arbitrale in favore della giurisdizione dell'a.g.o., una derivata ed illegittima obbligatorietà dell'arbitrato.





I vincoli che alla declinatoria della competenza arbitrale si accompagnano non costituiscono un *vulnus* all'autonomia negoziale ed a principi costituzionali e convenzionali (artt. 24, 25, 111 e 10 Cost., in relazione all'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo firmata a Roma il 4 novembre 1950 e resa esecutiva in Italia con la legge n. 848 del 1955) che governano l'accesso alla tutela giurisdizionale, ma rispondono a necessità di forma, in ragione della materia che ne è oggetto, e tale è quella dell'appalto pubblico, pur nella facoltatività dell'arbitrato, certo essendo, in ogni caso, che la declinatoria proceda, comunque e proprio, da una manifestazione di volontà delle parti.

La pure denunciata omessa valutazione del fatto decisivo che si vorrebbe integrato dalla intervenuta declinatoria della competenza arbitrale rifugge, inammissibilmente, dal definire una questione in fatto e lascia intatti i principi di diritto affermati ed ogni altro profilo di censura resta assorbito.

11. I primi tre motivi di ricorso sono, pertanto, nel loro complesso, infondati.

12. Sugli altri motivi di ricorso, relativi al merito della lite.

Le proposte censure si prestano, tutte, ad una valutazione di inammissibilità perché volte a sollecitare una rivalutazione dei fatti e degli elementi istruttori apprezzati dagli arbitri a sostegno del lodo e non la sentenza emessa nel giudizio di impugnazione per i profili di conformità alla legge e, in quanto ed ove ancora ammessi, alla congruità della motivazione della sentenza resa sul gravame ex artt. 829, primo comma, n. 4 e 829, secondo comma, cod. proc. civ.)(in termini, cfr: Cass. 26/05/2015, n. 10809; Cass. 07/02/2018, n. 2985).

Segnatamente.

12.1. Con il quarto motivo la ricorrente fa questione, nel merito, della illegittimità del lodo impugnato, in relazione all'art. 360, primo comma, nn. 3 e 5 cod. proc. civ., e denuncia la violazione





degli artt. 1223, 1225, 2697 e 2727 e dell'art. 829, secondo comma, cod. proc. civ., nel testo *ante* novella di cui alla legge n. 40 del 2006.

La corte d'appello, in accoglimento dell'impugnazione di Sitaf, aveva riformato il lodo nella parte in cui gli arbitri avevano liquidato all'impresa talune riserve, ma aveva poi riconosciuto il risarcimento da danno emergente.

La corte di merito aveva riconosciuto il pregiudizio risentito dall'impresa dallo sconvolgimento dei tempi contrattuali, per poi individuarlo, in via presuntiva, nell'incremento delle spese generali e tanto in violazione dell'onere probatorio gravante sul creditore, preteso danneggiato, sia in punto di esistenza che di quantificazione del danno.

I giudici della impugnazione si erano immotivatamente discostati dalle diverse conclusioni raggiunte dalla disposta consulenza tecnica di ufficio che aveva liquidato il danno non in astratto, in ragione di un presunto importo di "spese generali di cantiere", ma in concreto, tenendo conto, così, per la fase iniziale di forzato fermo, della produzione programmata che inizialmente si riduce, ma in una misura da porsi in rapporto con un più limitato impegno di mezzi e macchinari.

La corte territoriale aveva omesso di valutare il fatto decisivo integrato dal costo giornaliero evincibile dal programma dei lavori contrattuali.

Il motivo è inammissibile perché non idoneo ad affrancarsi dal perimetro di inammissibilità sopra indicato. La corte d'appello ha ritenuto congrua la motivazione e non censurabile il lodo e la ricorrente denuncia l'adottata decisione per violazione dell'art. 1225 cod. civ. senza dare ragione della illegittimità degli importi riconosciuti dagli arbitri, diversi da quelli indicati dal consulente d'ufficio, se non denunciando il fatto come dai primi accertato in



applicazione del cd. criterio lineare, diverso da quello adottato dal nominato tecnico.

Dà conto della infondatezza del motivo, la giurisprudenza di questa Corte là dove afferma che, in tema di appalto di opere pubbliche, le cosiddette spese generali mentre non costituiscono perdite o causa di danni nel periodo in cui le opere sono eseguite, essendo computate nel prezzo pagato all'appaltatore, sono invece dovute a quest'ultimo a titolo risarcitorio in caso di illegittima sospensione dei lavori e devono essere liquidate in misura percentuale sul prezzo dell'appalto, salva la possibile riduzione in relazione al decorso del tempo, essendo illogico liquidarle in percentuale identica all'inizio della sospensione dei lavori e dopo lunghi periodi di mancata esecuzione delle opere, durante i quali l'organizzazione d'impresa può limitare o ridurre l'incidenza negativa di essa (ad es., con l'uso dei macchinari e materiali in altri cantieri o riducendo al minimo la presenza di proprio personale sul posto) (Cass. 02/03/2009, n. 5010), il tutto per un valorizzato automatismo del riconoscimento della voce "spese generali" che si fonda sulla inerenza delle prime all'azienda e allo stesso impianto del cantiere (cfr., Cass. 10/07/2020, n. 14779).

Sull'indicato principio, risultando la sospensione dei lavori avvenuta nel momento in cui l'appalto iniziava e quindi in un tempo in cui i lavori dovevano ancora trovare esecuzione per l'intero, per una durata pari ad undici mesi, il danno prevedibile restava integrato dalla quota spese generali piena e la censura proposta è, quindi, come tale, anche infondata.

12.2. Con il quinto motivo si denuncia dalla ricorrente la violazione dell'art. 1664 cod. civ. e dell'art. 829, secondo comma, cod. proc. civ., in relazione all'art. 360, primo comma, n. 3 cod. proc. civ.

La corte di merito, confermando sul punto l'impugnato lodo, aveva riconosciuto all'appaltatore la somma di euro 167.332,04 a



titolo di maggiori oneri sopportati per la maggiore percorrenza del trasporto "a rilevato" di materiale proveniente dalla Cava Giaglione, in esito all'allungamento del tragitto dovuto alla chiusura della SS n. 24 disposta dall'Anas con ordinanza, ritenendo che la maggiore percorrenza comportasse una attività maggiore rispetto a quella originariamente prevista.

In tal modo la corte romana era incorsa nella violazione dell'art. 1664 cod. civ. e tanto perché la maggiore onerosità della prestazione, necessaria ad ottenere il risultato oggetto del contratto d'appalto, quando non sia imputabile all'appaltante, rientra nell'alea che deve sopportare l'impresa appaltatrice, anche se non attribuibile a sua colpa, a meno che non ecceda il 10% dell'importo contrattuale dell'opera e quindi l'"alea normale".

Il motivo, relativo al terzo quesito, è inammissibile là dove nulla deduce sulla inammissibilità, per novità della questione portata all'esame della corte di merito, dichiarata nell'impugnata sentenza; nel resto il motivo è ancora inammissibile nella parte in cui reitera la critica già vagliata dalla corte territoriale e congruamente disattesa nell'operata distinzione tra alea che ricade sull'appaltatrice, ascrivibile all'aumentato costo di materiali e/o manodopera ex art. 1664 cod. civ., e attività maggiore che non prevista in contratto e necessitata da un provvedimento dell'Anas, resta estranea alla sfera di disponibilità dell'impresa e non può, per ciò stesso, tradursi in un rischio destinato a ricadere sulla medesima.

12.3. Con il sesto motivo si fa questione circa la violazione dell'art. 1372 cod. civ. e dell'art. 30 del Capitolato Generale d'appalto e, ancora, degli artt. 1223, 1225, 2697 e 2727 cod. civ., sulla liquidazione del danno risarcibile, e dell'art. 829, secondo comma, cod. proc. civ.

La corte di merito, incorrendo in violazione di legge, aveva ridotto l'importo delle pretese dell'impresa in punto di costi di



montaggio e smontaggio dell'attrezzatura di varo (la vicenda, oggetto del quarto quesito dell'impresa, era attinente ai pregiudizi e maggiori oneri sostenuti dall'impresa per i ritardi e la sospensione dei lavori dell'attraversamento della linea FF.SS. Torino-Modane dalla parte del viadotto San Valeriano, in esito all'interessamento dell'area dal deragliamento di un convoglio ferroviario) ed aveva escluso il lucro cessante per la derivata sospensione dei lavori, nel periodo dal 25 febbraio 1991 al 20 gennaio 1992, e tanto là dove, invece, nessun importo andava riconosciuto all'impresa in applicazione dell'art. 30 Capitolato cit. che, al primo e terzo comma, esclude che spetti all'impresa alcun compenso o indennizzo in caso di sospensione legittima o, comunque, al secondo comma, stabilisce il diritto dell'impresa alla rifusione dei maggiori oneri derivanti dal prolungamento della sospensione oltre i termini stabiliti, soltanto in caso di richiesta di scioglimento del contratto rifiutata dalla stazione appaltante, ipotesi nella specie non realizzatasi.

La liquidazione delle spettanze era intervenuta in violazione delle norme sul danno contrattuale poiché arbitri e corte di appello si erano immotivatamente discostati dalla quantificazione operata dal consulente tecnico di ufficio.

Il motivo è inammissibile là dove deduce la violazione dell'art. 30, commi 1-3, d.P.R. n. 1063 cit. mancando di segnalare il perché della legittimità della ritenuta sospensione in forza delle richiamate previsioni e perché in alcun modo criticamente si raccorda con le contrarie affermazioni contenute nell'impugnata sentenza che ha invece escluso l'esistenza dell'invocata sospensione (p. 14 sentenza).

Il motivo è ancora infondato nella parte in cui fa valere la mancata applicazione dell'art. 30 cit. e delle esimenti ivi previste senza dare conto dell'esistenza di una formale sospensione dei lavori, come correttamente ritenuto dalla corte di merito all'interno



di un più ampio scrutinato quadro negoziale in forza del quale, le attività necessarie alla prosecuzione dei lavori – quali l'attivazione di Sitaf presso l'autorità giudiziaria per ottenere il dissequestro dell'area interessata dal sinistro ferroviario – sono di competenza della committenza che si era attivata, in tal senso, in ritardo (p. 14 sentenza).

L'ulteriore profilo della censura relativo alla liquidazione del danno è ancora inammissibile perché di diretto contrasto con quanto è stato ritenuto dalla corte d'appello un accertamento di fatto svolto dagli arbitri che, come tale, non è censurabile ex art. 828 e ss. cod. proc. civ. e nel presente accertamento di legittimità non potendo questa Corte sostituire il suo giudizio a quello espresso dai giudici di merito sulla correttezza della ricostruzione dei fatti e della valutazione degli elementi istruttori operata dagli arbitri.

La proposta censura manca di condurre il richiesto sindacato di legittimità, esclusivamente, attraverso il riscontro della conformità a legge e della congruità dei motivi della sentenza resa sul gravame (Cass. 26/05/2015, n. 10809; Cass. 07/02/2018, n. 2985).

12.4. Con il settimo motivo la ricorrente fa valere la violazione dell'art. 1372 cod. civ. e dell'art. 829, secondo comma, cod. proc. civ.

La corte di merito aveva riconosciuto i sovrapprezzi all'impresa sulla svolta attività di progettazione, *ex novo*, a seguito del disastro ferroviario, del "Viadotto S. Valeriano", che sorpassava la linea ferroviaria, a titolo di risarcimento danni e tanto a fronte di una responsabilità dell'appaltante non prevista in contratto che stabiliva, invece, che l'attività di progettazione dell'appaltatrice fosse soggetta all'approvazione dell'appaltante.

La censura è inammissibile perché relativa alla interpretazione del contratto le cui clausole sono state ritenute dagli arbitri, e



quindi dalla corte di merito nel devoluto giudizio di nullità, limitanti la responsabilità dell'appaltatore alle ipotesi di modifiche progettuali e non in caso di integrale riprogettazione delle opere.

Si tratta di un accertamento di fatto come tale non sindacabile in cassazione se non per violazione dei canoni di ermeneutica della volontà negoziale e per omesso esame di un fatto decisivo per il giudizio, secondo una prospettiva di censura mancante nel proposto motivo (cfr. Cass. 30/04/2010, n. 10554; Cass. 14/07/2016, n. 14355).

12.5. Con l'ottavo mezzo, relativo al sesto quesito (maggior compenso per le opere di variante del sovrappasso ferroviario, approvata da Anas), la ricorrente deduce la violazione dell'art. 1372 cod. civ. e dell'art. 829, secondo comma, cod. proc. civ.

La corte di appello, nel confermare il lodo impugnato, aveva riconosciuto all'impresa la reintegra del compenso per le opere relative al secondo atto aggiuntivo alla seconda variante, per l'esecuzione del completamento delle opere interessate dal disastro ferroviario, là dove invece il riconoscimento dei nuovi prezzi relativi era condizionato all'approvazione dell'Anas e la riduzione quindi operata, per decurtazione applicata da Anas ai nuovi prezzi ed ai compensi pattuiti tra Sitaf e l'impresa, era legittima.

Il motivo è inammissibile per le ragioni indicate quanto al precedente e quindi perché portatore di critica diretta a proporre una alternativa lettura del dato negoziale che manca di segnalare, di quella impugnata, la violazione dei criteri di ermeneutica o l'esistenza di omissioni fattuali rilevanti ex art. 360, primo comma, n. 5 cod. proc. civ.

12.6. Con il nono motivo la ricorrente deduce la violazione degli artt. 828, 333 e 334 cod. proc. civ., e la falsa applicazione dell'art. 343 cod. proc. civ., in cui era incorsa la corte romana respingendo l'eccezione preliminare di inammissibilità sollevata da Sitaf, dovendo le impugnazione successive alla prima essere





proposte nel termine di cui all'art. 343 cod. proc. civ., ed accogliendo l'impugnazione incidentale sul cd. prezzo chiuso dell'Ati e tanto là dove Sitaf non aveva impugnato il lodo che aveva respinto, sul punto, il quesito dell'impresa.

La mancata impugnazione di Sitaf impediva di qualificare come incidentale quella dell'Ati, che era quindi incorsa in decadenza ex art. 828 cod. proc. civ.

Il motivo è inammissibile perché reiterativo di doglianze ed argomentazioni già proposte dalla ricorrente davanti alla corte d'appello, deducendo Sitaf che l'impugnazione incidentale dell'impresa non è dipendente dall'appello principale, senza con ciò prospettare le ragioni per le quali sarebbero state violate le norme indicate.

Per costante giurisprudenza di questa Corte, correttamente richiamata, nei suoi esiti, dall'impugnata sentenza, nel sistema processuale vigente, l'impugnazione proposta per prima determina la costituzione del rapporto processuale nel quale devono confluire le eventuali impugnazioni di altri soccombenti, perché sia mantenuta l'unità del procedimento e sia resa possibile la decisione simultanea.

Ne consegue che, in caso di appello, le impugnazioni successive alla prima assumono necessariamente carattere incidentale, siano esse impugnazioni incidentali tipiche (proposte, cioè, contro l'appellante principale), siano, invece, impugnazioni incidentali autonome (dirette, cioè, a tutelare un interesse del proponente che non nasce dall'impugnazione principale, ma per un capo autonomo e diverso della domanda), e debbono essere proposte nel termine previsto dall'art. 343, primo comma, cod. proc. civ. (cfr. Cass. 30/04/2009, n. 10124; Cass. 29/01/2015, n. 1671).

12.7. Con il decimo e l'undicesimo motivo la ricorrente denuncia dell'impugnazione incidentale sul cd. prezzo chiuso la violazione





dell'art. 33 della legge n. 41 del 1986, dell'art. 1372 cod. civ. e l'omesso esame di un fatto decisivo.

La corte di merito aveva accolto le richieste dell'impresa di ulteriori somme a titolo di "prezzo chiuso", dopo aver qualificato come ammissibile l'appello incidentale, ritenendo che gli importi dovuti andavano quantificati con il metodo globale per il quale doveva tenersi conto anche della sospensione ascrivibile a Sitaf, così per una durata complessiva dei lavori pari a tre anni, là dove invece la disciplina del richiamato istituto avrebbe fatto riferimento alla durata contrattuale dei lavori.

In ogni caso, il fermo-lavori relativo all'attraversamento della linea FF.SS. Torino-Modane da parte del Viadotto S. Valeriano era stato determinato dalla mancata autorizzazione all'esecuzione delle opere di scavalcamento da parte degli enti preposti ed il sequestro dell'area da parte della procura della Repubblica presso il Tribunale di Torino a seguito del disastro ferroviario dell'11 giugno 1990 non era imputabile a Sitaf come comprovato dalla ordinanza di archiviazione adottata.

Il calcolo degli anni, determinato in 3 a fronte degli originari 340 gg. previsti in contratto, su cui computare il cd. prezzo chiuso era errato dovendo lo stesso individuarsi nella minore misura di un anno.

La sospensione era stata oggetto di un distinto risarcimento per la riserva n. 4 per la quale era stata riconosciuta la somma di euro 2.569.471,32 con conseguente ingiusta locupletazione dell'impresa.

La corte d'appello aveva implicitamente rigettato l'eccezione formulata dalla ricorrente circa l'inammissibilità ai sensi dell'art. 344 cod. proc. civ. degli interventi *ad adiuvandum* dei terzi Ondulato Piceno S.r.l. e Real Finance di Borgioni Maurizio & C. s.a.s.

12.7.1. Il motivo è infondato.



La consolidata giurisprudenza di legittimità nella affermata *ratio* che contrassegna l'istituto in esame – chiamato a soddisfare l'esigenza di predeterminare l'impegno finanziario assunto dalla p.a., grazie al criterio dell'alea convenzionale, forfetizzata per entrambi i contraenti ed operativa secondo un sistema di computo automatico degli aumenti, sganciato dal collegamento con l'inflazione reale e caratterizzato dalla predeterminazione 'ex ante' degli incrementi di costo (Cass. 14/11/2003, n. 17199) – ha da tempo riconosciuto la correttezza della quantificazione del cd. prezzo chiuso con metodo globale, con riferimento a quelli che sono i tempi "effettivi" durata dei lavori commessi e non quelli previsti in contratto.

Vale così il principio che, negli appalti di opere pubbliche soggetti alla disciplina del "prezzo chiuso", nella determinazione della maggiorazione del 5 per cento del prezzo del lavoro al netto del ribasso di asta "per ogni anno intero previsto per l'ultimazione dei lavori", a norma dell'art. 33, quarto comma, della legge 28 febbraio 1986 n. 41 (applicabile "ratione temporis"), si deve tenere conto dei periodi di sospensione totale dei lavori per fatti non imputabili all'appaltatore.

Nella esegesi del dato letterale della indicata disposizione, quanto all'espressione utilizzata dal legislatore in ordine al tempo "previsto per l'ultimazione", si è inteso precisare, al fine di escludere di quel dato ogni diversa interpretazione, come alla stessa non si accompagni, sempre e comunque, l'esclusione della incidenza sul costo dell'appalto dei tempi effettivi di esecuzione, trovando, piuttosto, la prima giustificazione nella evidenza che la maggiorazione del cinque per cento integra una componente del prezzo da calcolare al momento della stipulazione del contratto in base alla sua durata sicché quest'ultima non può che essere quella in quel momento "prevista".



Ciò posto, si è precisato che la lettera della norma non consente però di escludere la rilevanza di situazioni, quali le sospensioni (totali) dei lavori non imputabili all'appaltatore e di diretta incidenza sui tempi di ultimazione dei lavori, di cui determinano uno slittamento in avanti necessariamente conoscibile solo successivamente alla stipula, nell'ulteriore rilievo che siffatta evidenza non rinnega la "ratio" dell'istituto del prezzo chiuso *"che rimane quella di forfetizzare convenzionalmente il rischio contrattuale rispetto a variazioni eccessive dei prezzi dei materiali e della manodopera in corso di rapporto, mediante un sistema di computo degli aumenti automatico e sganciato da un preciso collegamento con l'inflazione reale"* (Cass. 18/05/2012, n. 7917, nella massima ufficiale ed in motivazione, pp. 20 e 21).

La Corte d'Appello di Roma si è attenuta all'indicato principio nella individuata *ratio* della norma applicabile, provvedendo quindi, correttamente ed in riforma del lodo impugnato, a computare nella durata dei lavori, stimata in tre anni, periodo su cui calibrare l'ammontare del "prezzo chiuso", anche la sospensione ascrivibile a Sitaf ed il motivo di ricorso che quella *ratio* e quegli esiti applicativi della norma contesta (art. 33 cit.), è infondato.

12.7.2. Gli ulteriori motivi sono inammissibili per novità trattandosi di critica non accompagnata dalla deduzione di una tempestiva allegazione dinanzi alla corte di merito (natura e durata della sospensione e procurata locupletazione per la riconosciuta incidenza sul cd. prezzo chiuso) e comunque infondati là dove la parte denuncia l'ingiustificato arricchimento che verrebbe all'impresa.

Le somme riconosciute a titolo di prezzo chiuso, integrative del corrispettivo d'appalto, in ogni caso non condividono la natura risarcitoria di quelle altrimenti attribuite all'impresa a titolo di inadempimento o illecito.



Inammissibile è la censura sull'intervento *ad adjuvandum* che non si confronta con quanto sul punto indicato nell'impugnata sentenza che riferisce di un intervento ad opera di società resesi cessionarie dei crediti, "ammessi ed in contestazione", dell'impresa Rozzi in concordato preventivo, fattispecie sussumibile *sub* art. 111 cod. proc. civ. e, come tale, relativa a figura processuale che è distinta da quella del "terzo" che intervenga in appello.

13. L'Ati articola ricorso in via incidentale, in forma condizionata e non.

13.1. Con il primo motivo dell'impugnazione condizionata la ricorrente fa valere in via incidentale la violazione e/o falsa applicazione, in relazione all'art. 360, primo comma, n. 3 cod. proc. civ., degli artt. 112, 829, primo comma, n. 5 e secondo comma, 830 cod. proc. civ. e degli artt. 33 e ss. d.P.R. n. 1063 del 1962 come richiamato dall'articolo unico della legge n. 700 del 1974.

La corte d'appello aveva riconosciuto il credito dell'impresa a titolo di "prezzo chiuso" ma era poi incorsa in omessa pronuncia non riconoscendo espressamente interessi e rivalutazione su detta posta.

In motivazione la corte romana aveva erroneamente indicato l'ammontare del cd. prezzo chiuso in euro 2.119.693,46 là dove lo stesso era invece correttamente quantificato nella parte dispositiva in euro 7.183.331,53; di siffatto errore si chiede la correzione.

Il motivo è infondato.

La corte d'appello dopo aver riconosciuto il cd. prezzo chiuso, elencato insieme agli altri quantificati crediti (p. 18 sentenza), ha poi richiamato i "criteri" previsti nel lodo nella determinazione delle voci della rivalutazione ed interessi, adottando quindi una formula onnicomprensiva diretta ad individuare il solo metodo di quantificazione delle voci accessorie e non il credito principale.

Sull'errore materiale di calcolo, vero è che all'errata quantificazione del credito da "prezzo-chiuso" contenuta nella parte



motiva della sentenza (*sub par.* 15) corrisponde, in altra parte della motivazione (p. 18 *sub par.* 11, ultimo periodo), più puntualmente dedicata allo scrutinio della posta creditoria (nel raffronto tra quanto già corrisposto da Sitaf all'impresa e quanto invece accertato in sentenza), la corretta indicazione delle somme, pari ad euro 7.183.331,53, che in identica misura figura nella parte dispositiva del provvedimento.

L'errore materiale pertanto, resta superato, nel suo rilievo, in ragione della corretta indicazione delle somme dovute, comunque ricostruibile nell'operato raccordo tra parte motiva e dispositiva.

Ferma in ogni caso la censurabilità dell'errore – non causato dall'inesatta determinazione dei presupposti dell'operazione aritmetica, questo si deducibile in sede di legittimità quale vizio logico della motivazione ex art. 360, primo comma, n. 5 cod. proc. civ. (nel testo antecedente al d.l. n. 83 del 2012, convertito con modificazioni dalla l. n. 134 del 2012 cfr. Cass. 31/01/2018, n. 2399) –, da portarsi nei termini di cui all'art. 287 cod. proc. civ., davanti al giudice del merito che quel provvedimento ha pronunciato.

13.2. Con il secondo motivo la ricorrente denuncia in via incidentale la violazione di legge, in relazione all'art. 360, primo comma, n. 3 cod. proc. civ., degli artt. 112, 829, primo comma, n. 5 e secondo comma, cod. proc. civ. *ante* riforma del 2006 e dell'art. 33 e ss. d.P.R. n. 1063 del 1962 ed ancora dell'art. 2697 cod. civ.

L'impresa aveva provato per allegazione di tutti i sal, i certificati di pagamento ed i mandati di pagamento, i ritardi nella contabilizzazione e nel pagamento dei lavori da parte di Sitaf e la corte d'appello aveva ritenuto l'inammissibilità della domanda violando l'art. 2697 cod. civ.

La censura è inammissibile perché generica e rivalutativa del fatto.



14. In sede di impugnazione condizionata al mancato accoglimento delle precedenti censure, già in via incondizionata proposte, la ricorrente con un terzo e quarto motivo fa valere la violazione degli artt. 1223 e 2727 cod. civ. e degli artt. 1223, 1362, 1366 cod. civ. nonché degli artt. 829, primo e secondo comma, cod. proc. civ. e dell'art. 830 cod. proc. civ., anche in combinato con l'art. 112 cod. proc. civ., per avere la corte d'appello parzialmente annullato il lodo rideterminando, *in peius*, le somme dovute all'impresa in misura inferiore a quella reclamata dall'impresa previo abbattimento dell'utile conseguito e tanto in relazione ai quesiti primo, secondo e quarto proposti in sede arbitrale.

14.1. La corte territoriale aveva denegato il mancato utile all'impresa dovuto all'inadempimento di Sitaf, che aveva determinato l'impossibilità per l'appaltatore di eseguire tempestivamente le opere, nel rilievo che l'Ati, anche se oltre i termini di previsione, aveva comunque eseguito quanto commesso e quindi percepito l'utile che sarebbe stato altrimenti riconosciuto due volte ove fosse rimasta ferma la decisione arbitrale.

I giudici di merito avevano errato nel ridurre il risarcimento da lucro cessante non considerando che quello riconoscibile non era relativo all'appalto oggetto di causa, ma quello che *aliunde* l'appaltatore avrebbe percepito se avesse potuto ultimare le opere nei tempi previsti e la qualità di imprenditori dei componenti dell'Ati era più che sufficiente a far presumere l'alternativo proficuo utilizzo dei fattori produttivi vincolati al cantiere Sitaf.

La corte d'appello, in violazione dell'art. 112 cod. proc. civ. e dell'art. 830 cod. proc. civ. aveva inoltre omesso di pronunciare sugli interessi da tardato percepimento dell'utile, avendo la parte richiesto in quella sede il riconoscimento della somma indicata "ovvero di quella maggiore o minore ritenuta di giustizia da determinarsi anche ai sensi dell'art. 1226 cod. civ."





14.1.1. Il terzo motivo è inammissibile perché volto ad una rivisitazione del fatto per alternativa lettura della fruttuosa utilizzazione dei tempi di contratto in cui, la rallentata realizzazione dei lavori determina un lucro cessante all'impresa per mancato uso della organizzazione, altrove, in esecuzione di altre commesse.

Segnatamente la dedotta fruttuosa spendita *aliunde* del capitale di mezzi e persone dell'organizzazione imprenditoriale è fatto che la ricorrente affida nella proposta censura ad un accertamento da svolgersi in via presuntiva in ragione della sua qualità imprenditoriale e che lascia, come tale, non aggredibile negli esiti l'impugnata sentenza se non per la diretta cognizione del fatto produttivo di danno e da comprovarsi, secondo deduzione della ricorrente incidentale, in via presuntiva.

Si tratta di evidenza preclusa al giudice di legittimità e quindi esito non utilmente adoperabile dalla ricorrente Ati per invalidare lo svolto preliminare giudizio sulla non configurabilità della perdita dei profitti che è stata ricercata ed esclusa dalla corte di merito all'interno del medesimo contratto di appalto per avere questo comunque trovato integrale esecuzione.

14.1.2. Ogni ulteriore profilo resta assorbito.

14.2. Con il quarto motivo si deduce che, nel revocare il riconoscimento all'impresa dei danni da rallentamento lavori fino all'11 giugno 1990, per avere dovuto l'impresa montare e smontare il carro-varo per errato posizionamento in seguito a non corrette indicazioni di progetto fornite dal committente, la corte di merito aveva annullato il lodo interpretando il capitolato speciale nel senso che lo stesso ponesse a carico dell'appaltatore l'obbligo di acquisire il preventivo benessere delle FF.SS. prima di dare corso ai lavori in prossimità della rete ferroviaria e tanto là dove gli arbitri avevano ben chiarito la portata di quella previsione.

I giudici di merito sindacando il giudizio di fatto degli arbitri avevano violato l'art. 829 cod. pro. civ. ed i limiti del giudizio loro





attribuito. La corte aveva violato altresì le regole di interpretazione dei contratti (artt. 1362 e 1366 cod. civ.) non essendo nella comune intenzione delle parti quella di trasferire all'appaltatore l'onere di ottenere le approvazioni, ma di predisporre i documenti ed istruire le pratiche.

14.2.1. Il motivo è inammissibile per avere la corte romana – nell'osservanza della giurisprudenza applicabile al giudizio arbitrale ed ai limiti del suo sindacato nel successivo giudizio di nullità giusta i contenuti dell'art. 829 cod. proc. civ., *ratione temporis* applicabile – condotto lo svolto sindacato di nullità entro il perimetro definito dalla giurisprudenza di legittimità e tanto per quegli stessi principi che la prima porta a premessa della svolta motivazione (pp. 5 e 6 sentenza).

Il contrasto con la regola di diritto che presidia e veicola l'accertamento sul fatto (contenuto del contratto concluso tra le parti e determinazione degli oneri gravanti sull'impresa in materia di autorizzazioni all'uso del carro-varo) è rispettosa dell'art. 360, primo comma. n. 3 cod. proc. civ., dettato sulla violazione di legge deducibile in sede di legittimità ed ai cui contenuti la censura condotta avverso il *decisum* arbitrale si è allineata nell'impugnata sentenza (Cass. 08/06/1999, n. 5633; Cass. 11/10/2006, n. 21802).

15. Il ricorso incidentale è, in via conclusiva, infondato e va rigettato.

16. Le spese di lite restano compensate tra le parti in ragione dei complessivi esiti del giudizio.

Ai sensi dell'articolo 13, comma 1-*quater*, d.P.R. n. 115 del 2002, inserito dall'articolo 1, comma 17, legge n. 228 del 2012, va dato atto della sussistenza dei presupposti processuali per il versamento, da parte del ricorrente principale ed incidentale, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello,



ove dovuto, per il ricorso a norma del comma 1-*bis* dello stesso art. 13.

**P.Q.M.**

Rigetta i ricorsi, in via principale ed incidentale proposti, e compensa tra le parti le spese di lite.

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 processuali per il versamento, da parte delle ricorrenti, in via principale ed incidentale, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello, ove dovuto, per il ricorso, a norma del comma 1- bis, dello stesso articolo 13.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio della Prima Sezione civile del 18 febbraio 2022.

Il Presidente  
Pietro Campanile

Arbitrato in Italia

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

