



N.RG. 766 / 2017



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE DI SIRACUSA
SECONDA SEZIONE CIVILE

Il Tribunale, in composizione monocratica, nella persona del Giudice dott.ssa Maria Cristina Di Stazio ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile iscritta al n. R.G. 766 /2017, avente ad oggetto opposizione a decreto ingiuntivo, promossa da:

COMUNE DI FRANCOFONTE (C.F. 82001050895), in persona del Sindaco pro-tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Giovanni Cataldo, come da procura in atti, elettivamente domiciliato presso lo studio di questo ultimo sito in Francofonte (SR), via Victor Hugo n. 26;

OPPONENTE

Contro

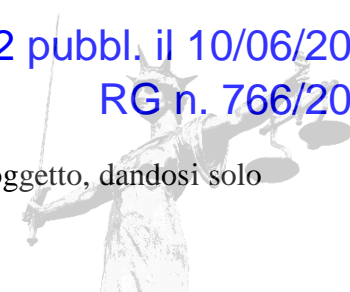
ANAPO GAS S.R.L. (P.I. 03388270401) ora **MEDITERRANEA ENERGIA Soc. Cons. a r.l.** (P.I. 03765640408) giusta atto di fusione per incorporazione in atti, in persona del suo rappresentante legale pro-tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Concetta Martorana (C.F. MRTCCCT68L56Z112X; pec.: concetta.martorana@pec.ordineavvocaticatania.it) giusta procura in atti, allegata alla costituzione di nuovo difensore, elettivamente domiciliata presso lo studio dell'avv. Cesare Amato sito in Siracusa, viale Teracati n. 63;

OPPOSTA

**CONCISA ESPOSIZIONE DELLE RAGIONI DI FATTO E DI DIRITTO DELLA
DECISIONE**

In applicazione degli artt. 132 c.p.c. e 118 disp att. c.p.c., come novellati dall'art. 58, comma 2, della l. 18.06.2009 n.69, per cui la motivazione della sentenza consiste nella succinta esposizione dei fatti rilevanti della causa e delle ragioni giuridiche della decisione, anche con riferimento a precedenti





conformi, si omette lo svolgimento delle fasi processuali della controversia in oggetto, dandosi solo conto delle posizioni assunte dalle parti in giudizio.

Si precisa in relazione allo svolgimento del processo che il presente giudizio è stato incardinato davanti al sottoscritto Giudice in data successiva al 18 novembre 2020.

Con atto di citazione in opposizione a decreto ingiuntivo il Comune di Francofonte ha citato in giudizio Anapo Gas S.r.l. - , ora Mediterranea Energia Soc. Cons. a.r.l. giusta atto di fusione per incorporazione in atti - , ed ha chiesto accertarsi e dichiararsi, in via preliminare, l'illegittimità del decreto ingiuntivo n. 1890/2016 emesso in data 1.12.2016 dal Tribunale di Siracusa, in quanto avente ad oggetto pretese creditorie devolute alla cognizione del collegio arbitrale in base ad una clausola compromissoria stipulata fra le parti nonché, in via subordinata, nel merito, la nullità e/o l'inefficacia del predetto decreto ingiuntivo opposto, con consequenziale revoca dello stesso, e rideterminazione dell'avversa pretesa creditoria, previo accertamento e quantificazione dei danni cagionati dalla società opposta nell'esecuzione dei lavori commissionati.

Parte opponente, a sostegno delle proprie ragioni, ha dedotto la violazione della clausola compromissoria inserita nel contratto di concessione e costruzione stipulato in data 3.06.2003 fra Comune di Francofonte ed Anapo Gas S.r.l. – ora Mediterranea Energia Soc. Cons. a.r.l. -, la quale prevede, all'art. 24 dello schema di convenzione, il ricorso al collegio arbitrale per *“Qualsiasi controversia dovesse insorgere tra le parti in ordine alla validità, interpretazione, esecuzione e risoluzione della presente convenzione (...)”* nonché la nomina dell'arbitro eventualmente non nominato da parte convenuta entro il termine di 30 giorni dalla notifica dell'istanza di arbitrato *“(...) dal Presidente del Tribunale di Siracusa (...)”*.

Instauratosi ritualmente il contraddittorio, con comparsa di costituzione e risposta depositata in Cancelleria in data 10.05.2017, parte opposta ha contestato le pretese di parte opponente ritenendole strumentali ed infondate in fatto ed in diritto, sicché ha chiesto il rigetto dell'opposizione con conferma del decreto ingiuntivo opposto.

A fondamento delle proprie ragioni, l'opposta ha evidenziato la legittimità del ricorso all'Autorità Giudiziaria Ordinaria in quanto conforme al quadro normativo in ambito di arbitrato, come mutato nelle more dell'esecuzione del contratto di concessione di costruzione e gestione. In particolare, parte opposta ha evidenziato la riscrittura del comma 1° dell'art. 241 del D.Lgs. n. 163/2006 ad opera dell'art. 1, comma 19, L. n. 190/2012, nonché le determinazioni dell'AVCP e dell'ANAC e la lettura costituzionalmente orientata data dalla Corte Costituzionale con Sentenza del 9.06.2015, n. 108 dello stesso comma n. 19 introdotto dall'art. 1 della L. 190/2012 circa l'autorizzazione postuma della





clausola compromissoria concordata all'art. 24 dello schema di convenzione.

§

Tanto premesso, il primo motivo di opposizione concerne l'eccepta inosservanza della clausola compromissoria di cui all'art. 24 dello schema di convenzione, costituente parte integrante del contratto di concessione e costruzione stipulato in data 3.06.2003 fra Comune di Francofonte e Anapo Gas S.r.l. ora Mediterranea Energia Soc. Cons. A.r.l., anche tenuto conto della avvenuta abrogazione dell'art. 241, D. lgs. 163/2006, e relative modifiche intervenute per effetto dell'entrata in vigore della l. n. 190/2012, commi 19-25.

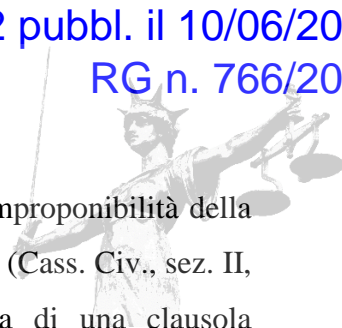
Sul punto, l'opposizione è fondata per le ragioni che seguono.

Ed invero, seppur nelle more dell'esercizio della pretesa creditoria di parte opposta la normativa prevista dal Codice degli appalti pubblici sull'arbitrato è variata - passando, così, dall'art. 241 D.Lgs. n. 163/2006, come modificato dalla L. 190/2012, all'art. 209 del D.Lgs. 50/2016 entrato in vigore in data 19.04.2016 - non prevedendosi più, nella nuova disposizione di cui all'art. 209 D.Lgs. 50/2016, la *“previa autorizzazione motivata da parte dell'organo di governo dell'amministrazione”*, e considerato altresì che tale disposizione non può trovare applicazione nel caso in esame in quanto l'art. 217 del predetto D.Lgs. n. 50/2016 ha limitato - *ex art. 216 citato decreto* - la portata dell'entrata in vigore delle nuove disposizioni, ne discende che la disposizione originariamente convenuta fra le parti all'art. 24 dello schema di convenzione, ossia la clausola compromissoria per la risoluzione delle controversie nascenti dal contratto di concessione di costruzione e gestione, deve ritenersi pienamente operante alla data in cui parte opposta ha deciso di far valere le proprie pretese economiche.

Sul punto, si rammenta che l'art. 24 dello schema di convenzione - a cui rinvia lo stesso art. 12 del contratto di affidamento di concessione di costruzione e gestione della rete di metanizzazione del Comune di Francofonte - , prevede espressamente: *“Qualsiasi controversia dovesse insorgere tra le parti in ordine alla validità, interpretazione, esecuzione e risoluzione della presente convenzione sarà devoluta ad un Collegio di tre Arbitri competenti in via esclusiva.”* e, per ciò che rileva per i fatti di causa continua statuendo: *“Gli arbitri saranno nominati i primi due, uno da ciascuna delle parti ed il terzo, che funge da Presidente del Collegio, di comune accordo dagli Arbitri così nominati o, in mancanza di accordo, dal Presidente del Tribunale di Siracusa cui competerà altresì la nomina dell'Arbitro che la parte convenuta non avesse nominato entro il termine di 30 gg. ...(...)”*.

Ebbene, è opportuno rammentare che per univoca giurisprudenza di legittimità, l'improponibilità della domanda a causa della previsione di una clausola compromissoria è rilevabile non già d'ufficio, ma solo su eccezione della parte interessata e, dunque, non osta alla richiesta ed alla conseguente





emissione di un decreto ingiuntivo; tuttavia, è facoltà dell'ingiunto eccepire l'improponibilità della domanda dinanzi al giudice dell'opposizione ed ottenerne la relativa declaratoria (Cass. Civ., sez. II, n. 5265/11). E dunque, allorché sia rinvenibile nel contratto la presenza di una clausola compromissoria, posto che gli arbitri non possono pronunciare provvedimenti monitori, il giudice ordinario ha comunque il potere dovere di emettere un decreto ingiuntivo, il quale sarà, tuttavia, soggetto a revoca qualora, nella successiva fase di opposizione, venga eccepita l'improponibilità della domanda dinanzi all'ufficio giudiziario adito, stante la sussistenza di una clausola compromissoria. (cfr. da ultimo, Cass. Civile, sez. VI, Ord. del 24.09.2021 n. 25939 secondo cui *"In tema di competenza arbitrale, la presenza di una clausola compromissoria non impedisce di richiedere e ottenere dal giudice ordinario un decreto ingiuntivo per il credito scaturente dal contratto, ferma restando la facoltà, per l'intimato, di eccepire la competenza arbitrale in sede di opposizione, con conseguente necessità, per il giudice di quest'ultima, di revocare il decreto ingiuntivo ed inviare le parti dinanzi all'arbitro unico o al collegio arbitrale"*).

Una volta eccepita l'incompetenza (od il difetto di giurisdizione nelle ipotesi in cui si controverta di rapporti con la p.a. assoggettati alla giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo, arg. ex Cass. 26696/2020) del giudice che ha emesso il decreto ingiuntivo, il giudice del relativo procedimento di opposizione, nell'esercizio della propria competenza funzionale ed inderogabile sull'opposizione, è poi tenuto a dichiarare sia l'incompetenza (v. supra) del giudice che ha emesso il decreto sia la nullità del decreto ingiuntivo stesso.

La declaratoria di nullità del decreto ingiuntivo opposto e la sua revoca non possono essere rese con ordinanza, ma presuppongono la pronuncia di una sentenza. Tale conclusione è già stata ribadita anche dalla Suprema Corte di Cassazione la quale, in una fattispecie successiva alla modifica dell'art. 279 c.p.c. apportata dalla Legge 18 giugno 2009 n. 69, in motivazione ha affermato testualmente quanto segue: "Il primo motivo - con il quale si deduce la violazione dell'art. 279 cod. proc. civ., giacché il Tribunale avrebbe deciso la questione di competenza con sentenza anziché con ordinanza, come imposto dalla L. 18 giugno 2009, n. 69, art. 46 (Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile), che ha sostituito il citato art. 279, comma 1 e modificato il n. 1) del comma 2 - è infondato; infatti, la previsione della forma terminativa dell'ordinanza, di cui al novellato art. 279 cod.proc.civ., non si applica nel caso di specie, perché il provvedimento con cui il giudice, in sede di opposizione a decreto ingiuntivo, dichiara la carenza di competenza dell'autorità giurisdizionale che emise il decreto in via monitoria, non è una decisione soltanto sulla competenza, ma presenta un duplice contenuto, di accoglimento in rito dell'opposizione per incompetenza e dichiarativo della nullità del decreto" (cfr. in tal senso: Cass. civile, sez. VI, 21 agosto 2012, n. 14594). Tale principio, di necessità di statuizione resa con sentenza,



si applica a tutti i casi in cui all'accoglimento dell'eccezione di parte consegue la revoca del decreto ingiuntivo.

Giova in ogni caso chiarire che, come correttamente indicato dall'opponente, su tale esito non incide la disposizione introdotta dalla legge anticorruzione n. 190/2012 che al comma 25 ha fatto salvi dai propri effetti (necessità di autorizzazione espressa a pena di nullità) gli arbitrati conferiti o autorizzati prima della data di entrata in vigore, essendo ritenuto necessario e sufficiente per questi ultimi l'eccezione di improponibilità della domanda dinanzi al giudice ordinario in favore del giudizio arbitrale, come sollevato nella presente controversia, *quale comportamento univoco di autorizzazione postuma* (Tar. Lazio, sez. III, 10 febbraio 2015, n. 2423, richiamato anche da parte opposta in sede di comparsa).

Premesso che per l'inserimento delle clausole compromissorie in contratti pubblici e bandi di gara, successivamente al 28 novembre 2012, l'autorizzazione non può che essere espressa, ci si deve interrogare sul grado di "concludenza" del contegno della parte, in relazione ai contratti conclusi in data antecedente alla novella sopra indicata.

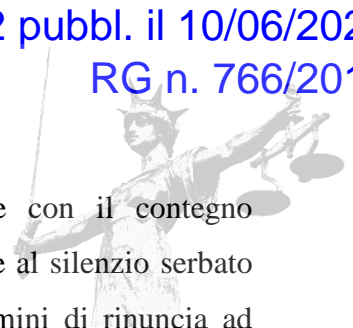
Ebbene, l'univocità cui si fa riferimento va desunta, nel rispetto dei principi elaborati dalla più recente giurisprudenza (v. Cons. Stato, sez. VI, n. 5887/2014), quando «l'Amministrazione pur non adottando formalmente un provvedimento, ne determina univocamente i contenuti sostanziali, o attraverso un comportamento conseguente, ovvero determinandosi in una direzione, anche con riferimento a fasi istruttorie coerentemente svolte, a cui non può essere ricondotto altro volere che quello equivalente al contenuto del provvedimento formale corrispondente» (Cons. Stato, Sez. IV, 7 febbraio 2011, n. 813), congiungendosi i due elementi di una manifestazione chiara di volontà dell'organo competente e della possibilità di desumerne in modo non equivoco una specifica volontà provvedimentale «nel senso che l'atto implicito deve essere l'unica conseguenza possibile della presunta manifestazione di volontà» (CGA, 1 febbraio 2012, n. 118).

Secondo la prospettazione dell'opposta, difetterebbero i presupposti sia dell'autorizzazione preventiva sia di quella postuma, con conseguente inoperatività, per inefficacia sopravvenuta, della clausola compromissoria, confermata dal silenzio serbato dal Comune di Francofonte a seguito della ricezione della lettera di messa in mora e di invito alla nomina dell'arbitro.

Tuttavia, non può trascurarsi come la necessità di individuazione dell'autorizzazione postuma sorga solo laddove non si attribuisca alla delibera della giunta comunale n. 86 del 23 /04/2003 il valore di autorizzazione preventiva.

Ed in ogni caso, l'univocità sopra indicata è rinvenibile nella formulazione, tempestiva, della relativa





eccezione in sede di opposizione al decreto monitorio - non incoerente con il contegno extraprocessuale precedentemente tenuto - non potendosi, all'inverso, attribuire al silenzio serbato dall'amministrazione il nitore della volontà provvedimentale implicita in termini di rinuncia ad avvalersi della clausola compromissoria.

Del resto, la mancata risposta da parte del Comune di Francofonte all'invito da parte dell'opposta a procedere alla nomina dell'arbitro avrebbe legittimato quest'ultima a richiedere al Presidente del Tribunale di Siracusa la nomina dell'altro arbitro, e dunque ad attuare la convenzione, non a negarla.

Il decreto ingiuntivo opposto va dunque revocato, attesa la perdurante vigenza della clausola compromissoria, inviando le parti dinanzi al nominando collegio arbitrale.

L'accoglimento della eccezione pregiudiziale sollevata dall'opponente assume carattere assorbente rispetto ad ogni altra questione agitata dalle parti ed al merito della pretesa creditoria avanzata in fase monitoria.

Quanto alla regolamentazione delle spese di lite, i principi richiamati circa la compatibilità tra la previsione pattizia di una clausola compromissoria ed il persistente potere di adire il giudice ordinario in via monitoria per l'emissione dell'ingiunzione di pagamento e la possibilità che la parte ingiunta, non sollevando la relativa eccezione, di fatto aderisse, nonostante la clausola compromissoria, all'opzione dell'altro contraente per la giurisdizione ordinaria, integrano gravi ed eccezionali ragioni per compensare integralmente ai sensi dell'art. 92 cpc le spese di lite tra le parti..

P. Q. M.

Il Tribunale di Siracusa, Sezione Seconda Civile, in persona del Giudice Unico, Dott.ssa Maria Cristina Di Stazio, disattesa ogni contraria domanda ed eccezione, definitivamente pronunciando, così dispone:

- In accoglimento dell'opposizione promossa dal COMUNE DI FRANCOFONTE nei confronti di ANAPO GAS S.r.l., ora MEDITERRANEA ENERGIA Soc. Cons. a.r.l, revoca il decreto ingiuntivo n. 1890/2016 emesso dal Tribunale Civile di Siracusa in data 1.12.2016
- Compensa le spese di lite tra le parti.

Così deciso a Siracusa, in data 6.06.2022

IL GIUDICE

dott.ssa Maria Cristina Di Stazio





DEPOSITATO TELEMATICAMENTE

EX ART. 15 D.M. 44/2011

Arbitrato in Italia

