

Civile Ord. Sez. 2 Num. 20853 Anno 2026
Presidente: TEDESCO GIUSEPPE
Relatore: FORTUNATO GIUSEPPE
Data pubblicazione: 19/06/2026



ORDINANZA

sul ricorso iscritto al n. 19551/2024 R.G. proposto da:

FERROVIE DEL SUD EST E SERVIZI AUTOMOBILISTICI S.R.L., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Michele Lobuono unitamente all'avvocato Vincenzo Vito Chionna.

-RICORRENTE-

contro

FAUSTO VITTUCCI & C. S.A.S. DI AMEDEO VITTUCCI, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Nico Panio, unitamente all'avvocato Raffaele Bia.

-CONTRORICORRENTE-

e

AVV. SCHIANO ANGELO, rappresentato e difeso dall'avvocato Romano Vaccarella.

-CONTRORICORRENTE-

contro

COMPAGNIA ASSICURATRICE LLOYD'S, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Martina Silvestri unitamente agli avvocati Marco Morace, Carlo Morace, Alessandro Malangone.

-CONTRORICORRENTE-

nonché contro

ASSOCIAZIONE PROFESSIONALE SCHIANO & PARTNERS – ASSISTENZA E CONSULENZA LEGALE, in persona del legale rappresentante p.t.;

MINISTERO DELLE INFRASTRUTTURE E DEI TRASPORTI, in persona del Ministro p.t..

ASSOCIAZIONE PROFESSIONALE STUDIO DI ASSISTENZA E CONSULENZA LEGALE SCHIANO, in persona del legale rappresentante p.t..

STUDIO DI ASSISTENZA E CONSULENZA LEGALE SCHIANO, in persona del legale rappresentante p.t..

FIORILLO LUIGI.

RASO MARIA ELENA, LO RUSSO REGINA E FONTANA GIANCARLO.

LAURENZI PINO.

CHUBB EUROPEAN GROUP LIMITED, in persona del legale rappresentante p.t..

ARCH. INSURANCE COMPANY (EUROPE) L.T.D. - RAPPRESENTANZA GENERALE PER L'ITALIA, in persona del legale rappresentante p.t.

FAUSTO VITTUCCI E C. S.A.S., in persona del legale rappresentante p.t..

SOCIETÀ FERROVIE DELLO STATO ITALIANE S.P.A., in persona del legale rappresentante p.t..

-INTIMATI-

avverso l'ordinanza del Tribunale di Roma n. 12386/2024 depositata il 22/07/2024.

Udita la relazione svolta nella camera di consiglio del 14/04/2026 dal Consigliere Giuseppe Fortunato.

Lette le conclusioni del Pubblico Ministero, in persona del Sostituto Procuratore Generale Carmelo Celentano, che ha chiesto di dichiarare inammissibile il ricorso.

FATTI DI CAUSA

1. La Ferrovie del Sud Est e Servizi Automobilistici s.r.l. (da ora FSE) ha adito il tribunale di Bari per ottenere la declaratoria di nullità e/o inefficacia di plurimi contratti di incarico professionale stipulati dalle parti, la ripetizione delle somme corrisposte e l'accertamento negativo dei crediti vantati dai convenuti.

Secondo la ricorrente i contratti, tra cui la convenzione del 12 luglio 2012 e quella del 26 maggio 2013, erano stati stipulati in violazione di norme imperative di cui al d.lgs. n. 163 del 2006, sostenendo che FSE rivestiva, all'epoca, la qualità di organismo di diritto pubblico o di impresa pubblica, potendo contrarre solo con l'osservanza delle procedure di evidenza pubblica.

I convenuti hanno contestato integralmente le domande, sollevando, in via preliminare, un'eccezione di incompetenza del giudice ordinario in ragione della clausola compromissoria contenuta nelle convenzioni del 2012 e del 2013, che devolveva al giudizio arbitrale le controversie relative all'interpretazione, validità ed esecuzione delle convenzioni di incarico, contestando, inoltre, la competenza territoriale del giudice adito.

Angelo Schiano ha chiamato in causa Luigi Fiorillo, amministratore della Ferrovie s.r.l., il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e le compagnie di assicurazione Lloyd's, Chubb European Group Limited e Arch Insurance Company (Europe) Ltd., per essere manlevato.

Con ordinanza del 6 dicembre 2021, comunicata il 16 dicembre 2021, il Tribunale di Bari ha dichiarato l'incompetenza territoriale in favore del Tribunale di Roma, assegnando il termine per la riassunzione del giudizio e disponendo la compensazione delle spese.

Il giudizio è stato riassunto da FSE; le altre parti si sono costituite ed hanno riproposto le domande e le eccezioni già formulate nella precedente fase, inclusa l'eccezione di incompetenza del giudice ordinario per la presenza della clausola compromissoria.

Il Tribunale di Roma ha accolto l'eccezione e ha dichiarato la competenza degli arbitri rituali sulla domanda principale di FSE, disponendo la sospensione del giudizio sulle restanti domande fino alla definitività del lodo. Il giudice di merito ha preliminarmente escluso la sussistenza di decadenze o vizi processuali connessi alla riassunzione del giudizio; ha rigettato le eccezioni di litispendenza, continenza e sospensione per pregiudizialità; ha ritenuto che l'azione di nullità degli incarichi rientrasse nella giurisdizione del giudice ordinario, non in quella del giudice amministrativo, pur essendo dedotti vizi derivanti dalla violazione delle procedure di evidenza pubblica. Ha affermato che le parti avevano apposto una clausola compromissoria per arbitrato rituale, evidenziando che il riferimento al giudizio secondo equità, all'inappellabilità del lodo e, soprattutto, alla sua immediata esecutività erano indici della volontà delle parti di ottenere una decisione arbitrale con effetti equivalenti a quelli della sentenza ai sensi dell'art. 825 c.p.c. Ha respinto le eccezioni di nullità della clausola per violazione della disciplina sui contratti pubblici, ritenendo non decisiva l'eventuale qualificazione di FSE come organismo di diritto pubblico. Avverso la pronuncia del Tribunale di Roma la FSE ha proposto regolamento di competenza articolato in cinque motivi, illustrati con memoria. La Fausto Vittucci & C. S.a.s. di Amedeo Vittucci, l'avv. Angelo Schiano e i LLOYD'S hanno resistito con controricorso e con memorie illustrative. Le altre parti non hanno svolto difese.

RAGIONI DELLA DECISIONE

1. Non possono condividersi le conclusioni del Pubblico Ministero, che ha chiesto di dichiarare l'inammissibilità del regolamento sul rilievo che la decisione impugnata verterebbe su una questione preliminare di merito, impugnabile con l'appello e non ricorribile in cassazione con regolamento di competenza.

L'art. 813 ter c.p.c. dispone che la sentenza o l'ordinanza, con la quale il giudice afferma o nega la propria competenza in relazione a una convenzione d'arbitrato, è impugnabile a norma degli articoli 42 e 43 c.p.c. L'attività degli arbitri rituali, alla stregua della disciplina complessivamente ricavabile dalla legge n. 5/1994 e dal d.lgs. n. 40/2006, ha natura giurisdizionale e sostitutiva della funzione del giudice ordinario, sicché lo stabilire se una controversia spetti alla cognizione dei primi o del secondo si configura come questione di competenza (Cass., SU, n. 24153/2013; Corte costituzionale, nn. 376/2001 e 223/2013), anche quando è in discussione l'interpretazione della clausola compromissoria.

La decisione del tribunale declinatoria della propria competenza a favore degli arbitri rituali non è appellabile ma è impugnabile con il regolamento di competenza (Cass., n. 17908/2014; Cass., n. 21336/2018; Cass., n. 8660/2020); il contrario precedente citato nelle conclusioni del PM (Cass., n. 26696/2020) riflette un orientamento ormai superato, cui non può darsi continuità.

2. Anche l'eccezione di inammissibilità del ricorso per vizio della procura speciale a seguito dell'intervenuta declaratoria di nullità della vendita della società a Ferrovie dello Stato s.p.a. è infondata.

Permane utilizzabile la precedente procura rilasciata nel 2017 per il giudizio di merito dinanzi al Tribunale di Bari, la quale non contiene alcuna esclusione per il regolamento di competenza, dovendo confermarsi che il difensore della parte, munito di procura per il giudizio di merito, è legittimato a proporre istanza di regolamento di competenza ove ciò non sia espressamente e inequivocabilmente escluso dal mandato alle liti, atteso che l'art. 47, comma 1, c.p.c. è una norma speciale, che prevale sull'art. 83, comma 4, c.p.c., in base al quale la procura speciale deve presumersi conferita per un solo grado di giudizio.

Sono, in conclusione, irrilevanti eventuali vizi della procura speciale conferita per la proposizione della presente impugnazione; il conferimento

di tale procura successiva non comporta, in difetto di risultanze in senso contrario, la revoca tacita di quella anteriormente rilasciata per la causa di merito (Cass. 5340/2022; Cass. 10439/2020).

3. Con il primo motivo di ricorso si denuncia la violazione degli artt. 45, 38 e 819-ter c.p.c., in relazione all'art. 360, primo comma, n. 3, c.p.c. lamentando che il Tribunale di Roma abbia dichiarato la propria incompetenza in favore del collegio arbitrale senza sollevare conflitto di competenza ai sensi dell'art. 45 c.p.c..

Con il secondo motivo di ricorso si denuncia la violazione degli artt. 42 e 47 c.p.c., in relazione all'art. 360, primo comma, n. 3, c.p.c. L'ordinanza è censurata per aver accolto l'eccezione di competenza arbitrale senza che le parti che intendevano avvalersene avessero proposto regolamento di competenza avverso l'ordinanza del Tribunale di Bari che aveva dichiarato la competenza territoriale del Tribunale di Roma.

I due motivi sono infondati.

La pronuncia di incompetenza per territorio del Tribunale di Bari non contiene una statuizione implicita negativa della competenza arbitrale e, pertanto, FSE non avrebbe dovuto proporre il regolamento necessario di competenza.

Nel pronunciare sulle eccezioni sollevate dai convenuti, il suddetto Tribunale aveva esplicitamente affermato che l'eccezione di incompetenza del giudice ordinario doveva essere esaminata dal giudice ordinario competente per territorio ed ha, perciò, intenzionalmente omesso l'esame della clausola compromissoria.

A prescindere dall'asserita pregiudizialità della questione di competenza arbitrale rispetto a quella di competenza territoriale e dagli effetti di un'eventuale inversione, da parte del giudice a quo, dell'ordine delle questioni di rito, la prima decisione resta incensurabile in assenza di specifica impugnazione, avendo acquisito definitività per la parte in cui ha graduato l'ordine delle questioni da esaminare, non anche nel senso che il

profilo della competenza arbitrale, esplicitamente rimesso al giudice della riassunzione, possa considerarsi implicitamente deciso con esito negativo. Le SU, sia pure con riferimento all'ordine di priorità nel rapporto tra le questioni di rito e quelle di merito, hanno affermato che, per la formazione del giudicato implicito sulla questione pregiudiziale, è necessario che il giudice non abbia intenzionalmente disatteso l'ordine logico, decidendo ad es. sulla base della ragione più liquida (fatta salva l'eventuale violazione dei principi fondamentali su cui può formarsi solo il giudicato esplicito), a conforto del fatto che quando il giudice dichiara di non aver inteso pronunciare su una data questione, essa non può ritenersi – neppure implicitamente – decisa (Cass., SU, n. 24172/2025, pagg. 41 e ss., ove si legge che *“ove il giudice dia atto di essersi avvalso del criterio della ragione più liquida, prescindendo dall'esame della questione di rito a monte, non può ravvisarsi quel rapporto di presupposizione necessaria, che risulta spezzato dalla volontà del giudice di orientarsi secondo quel diverso criterio”*).

La sussistenza di un giudicato implicito negativo sulla competenza arbitrale (ravvisato, ad esempio, da Cass. 25254/2017) va esclusa anche per ragioni di tutela dell'affidamento della parte interessata a far valere la clausola arbitrale, cui non può precludersi la possibilità di sollevare l'eccezione, avendo legittimamente confidato sulla possibilità di riproporla dinanzi al giudice della causa riassunta in virtù di quanto affermato espressamente nella prima decisione.

Consegue l'infondatezza del primo motivo, poiché il Tribunale, in assenza di una statuizione implicita sulla competenza arbitrale, non doveva sollevare d'ufficio il conflitto.

È infondato anche il secondo motivo, perché la mancata proposizione del regolamento di competenza ai sensi dell'art. 42 c.p.c. non rendeva inammissibile l'eccezione riproposta al giudice *ad quem* in mancanza di una statuizione implicita sulla competenza arbitrale.

4. Con il terzo motivo di ricorso si denuncia la violazione degli artt. 1362 c.c., 808-ter, 824-bis e 828 c.p.c., in relazione all'art. 360, primo comma, n. 3, c.p.c., per aver il Tribunale di Roma ritenuto che le convenzioni del 2012 e del 2013 contemplassero una clausola compromissoria per arbitrato rituale.

Una corretta interpretazione, conforme ai criteri ermeneutici di cui all'art. 1362 c.c. e al complessivo assetto negoziale, avrebbe imposto – a parere di FSE – di riconoscere la natura irrituale dell'arbitrato, con conseguente esclusione dell'autonomia della clausola rispetto al contratto invalido, essendo tutt'altro che decisive la possibilità degli arbitri di pronunciare secondo equità e l'esecutività della decisione. Anche l'inappellabilità del lodo sarebbe un chiaro indice della natura irrituale dell'arbitrato.

Il motivo è infondato.

La clausola compromissoria, sottoscritta nel maggio 2013, nel vigore degli artt. 808 ter e quater c.p.c., è del seguente tenore: *qualsivoglia controversia dovesse sorgere per la risoluzione, interpretazione e/o esecuzione del presente atto, ove consentito dalle norme in vigore al momento dell'insorgere della controversia, sarà demandata ad un collegio arbitrale composto da tre membri, di cui uno nominato da FSE, l'altro dall'avv. Angelo R. Schiano, ed il terzo, che avrà funzioni di Presidente, designato dai due arbitri di comune accordo, o, in difetto, dalla CAIE, Camera Arbitrale Italo Estera, con sede in Roma alla via del Seminario n. 2, alla quale tutte le parti dichiarano di aderire e di cui dichiarano di conoscere ed accettare il regolamento. Il Collegio giudicherà in base alle norme della CAIE ed alla legge italiana, e se possibile nei limiti di questa, secondo equità; il relativo lodo sarà inappellabile ed immediatamente esecutivo.*

4.1 La distinzione tra l'arbitrato rituale e quello irrituale si fonda sulla volontà delle parti che, nel primo caso, mira ad ottenere un lodo suscettibile di essere reso esecutivo e di produrre gli effetti di cui all'art. 825 c.p.c., e che invece, nella seconda ipotesi, si limita ad affidare all'arbitro la soluzione

di controversie attraverso il mero strumento negoziale, mediante una composizione amichevole o un negozio di accertamento, con l'impegno di considerare la relativa decisione equipollente ad un vincolo di natura contrattuale.

Nel caso in esame si rinvencono nella clausola espressioni come *controversie*, *lodo*, *esecuzione*, tipiche del processo o dell'arbitrato rituale, senza prevedere l'assunzione di una decisione con effetti contrattuali ed anzi contemplandone l'esecutività che è propria dell'arbitrato rituale; già sotto tale profilo, il dubbio sull'effettiva volontà delle parti va risolto conformemente alla decisione impugnata (Cass. n. 6909/2015; Cass. n. 21059/2019).

Da tempo questa Corte ha affermato che non possono essere ritenuti decisivi per sostenere la natura irrituale dell'arbitrato il conferimento agli arbitri della potestà di decidere secondo equità o in veste di amichevoli compositori (non essendo tale specificazione del criterio di definizione della controversia incompatibile con l'arbitrato rituale, nel quale ben possono gli arbitri essere investiti dell'esercizio di poteri equitativi), la preventiva attribuzione alla pronuncia arbitrale del carattere dell'inappellabilità (ipotizzabile anche per l'arbitrato rituale, ex art. 829 c.p.c., con il solo effetto dell'esclusione della deducibilità dell'"*error in iudicando*"), o la previsione di esonero degli arbitri da "formalità di procedura" (previsione non incompatibile con l'istituto dell'arbitrato rituale, giusto il disposto dell'art. 816 c.p.c.), dovendosi, per converso, valorizzare le espressioni utilizzate, congruenti con l'attività del "giudicare" e con il risultato di un "giudizio" in ordine a una "controversia" (Cass. n. 833/1999; Cass. n. 7520/2001).

Non occorre, a questo punto, scrutinare la validità della convenzione in cui è inserita la clausola compromissoria.

Quest'ultima è un contratto ad effetti processuali a sé stante rispetto al negozio in cui è inserita (Cass., SU, n. 3989/1977; Cass., n. 2529/2005;

Cass., n. 2011/1990; Cass., n. 8376/2000; Cass., n. 7839/2011; Cass., n. 22608/2011; Cass., n. 29261/2011; Cass., n. 25024/2013; Cass., n. 18134/2013; Cass., n. 1439/2020). A differenza del contratto principale, che di norma vede le parti su contrapposte posizioni di interesse, nella clausola compromissoria si registra – già al momento del suo perfezionamento – un’oggettiva convergenza, volendo tutti i contraenti attribuire agli arbitri parte o tutte le controversie riguardanti un dato rapporto sostanziale.

Tale connotazione rende conto sul piano concettuale della ravvisata autonomia rispetto ai rapporti in essa contemplati. Secondo la dottrina prevalente la clausola compromissoria presenta il duplice carattere dell’autonomia e dell’accessorietà: è quindi negozio strutturalmente e giuridicamente distinto da quello cui accede, ma al contempo accessorio e strumentale per l’attuazione del regolamento di interessi oggetto del contratto principale, che è anzi integrato proprio dalla prevista devoluzione agli arbitri della soluzione delle possibili controversie.

In un’accezione parzialmente diversa si discorre di autonomia anche come regola che presiede solo alla valutazione di validità giuridica della clausola, secondo quanto dispone l’art. 808, comma terzo, c.p.c., e che viene in considerazione ove si profili una questione di validità del contratto principale. Per la giurisprudenza di questa Corte il disposto della norma va invece valorizzato quale (ulteriore) indice dell’autonomia – anche sotto il profilo strutturale e sostanziale – della clausola rispetto al contratto cui essa si riferisce (Cass., n. 4842/2000; Cass., n. 9162/1995; Cass., n. 48/1981).

5. Con il quarto motivo di ricorso si denuncia la violazione degli artt. 241 del d.lgs. n. 163 del 2006, 209 del d.lgs. n. 50 del 2016 e 1418 c.c., in relazione all’art. 360, primo comma, n. 3, c.p.c. La ricorrente lamenta che l’ordinanza impugnata non abbia dichiarato la nullità della clausola compromissoria sebbene adottata in assenza delle

autorizzazioni amministrative previste dalla disciplina dei contratti pubblici, applicabile a FSE quale organismo di diritto pubblico ovvero impresa pubblica.

Il motivo è infondato.

5.1 Le distinte convenzioni di incarico vanno - preliminarmente - ricondotte alla categoria dell'appalto pubblico di servizi.

Esse contemplavano non singoli o individuati incarichi di difesa o di assistenza legale, ma prestazioni continuative e complesse consistenti: a) nel coordinamento, consulenza ed assistenza per il contenzioso, con l'obbligo di far fronte a tutte le richieste dei responsabili di tutte le aree aziendali, rendendo pareri legali scritti o orali, di indirizzo giuridico, giurisprudenziale e comportamentale; b) nel coordinamento dell'opera degli altri professionisti nell'interesse dell'azienda per ciascuna causa, per un qualificato intervento immediato, costante e coordinato; c) nella costituzione nei giudizi attivi e passivi; d) nel coordinamento delle attività degli altri difensori, garantendo uniformità di indirizzo giuridico e di comportamento processuale; e) nell'archiviazione delle pratiche e nella custodia dei documenti; f) nella disponibilità a fornire a richiesta l'assistenza e la consulenza legale, mettendo a disposizione le proprie strutture e rendendosi disponibile ad intervenire negli uffici aziendali ove se ne fosse posta la necessità per la soluzione delle problematiche legali.

Deve darsi continuità all'insegnamento della giurisprudenza amministrativa secondo cui l'incarico a contenuto complesso, inserito in un quadro articolato di attività professionali organizzate sulla base dei bisogni dell'ente, quale quello di cui si discute, integra un appalto pubblico, a differenza del conferimento del singolo incarico episodico, legato alla necessità contingente, che configura un contratto d'opera intellettuale che esula dalla disciplina codicistica in materia di procedure di evidenza pubblica (Consiglio di Stato, n. 2730/2012).

5.2 Va poi osservato che - *nei settori ordinari* - i servizi legali rientravano nelle tipologie contrattuali contemplate dall'allegato BII al codice alle quali si applicavano solo le disposizioni elencate nell'art. 20, ossia l'art. 68 (specifiche tecniche), l'art. 65 (avviso sui risultati della procedura di affidamento), l'art. 225 (avvisi relativi agli appalti aggiudicati).

L'art. 20 non menzionava, tra le norme applicabili, anche l'art. 241 del codice dei contratti all'epoca in vigore, che consentiva l'introduzione negli appalti di servizi delle clausole compromissorie; il successivo art. 1, comma 129, della legge n. 190/2012 aveva previsto, per l'apposizione della clausola, l'autorizzazione dell'amministrazione di appartenenza a pena di nullità.

Le clausole stipulate anteriormente alle modifiche introdotte dalla legge n. 190/2012 (quali quelle di cui si discute), pur non potendo ritenersi originariamente nulle, erano sanzionate con l'inefficacia sopravvenuta per mancanza della previa autorizzazione motivata dell'organo di governo della P.A. (Cass., n. 29255/ 2017; Cass., n. 13410/ 2019). L'art.1, comma 19, è stato poi abrogato con il d.lgs. n. 50/2016 per i soli contratti stipulati dopo l'entrata in vigore della nuova disciplina, non anche per le convenzioni stipulate anteriormente (Cass., n. 24641/2020; Cass., n. 16143/2022).

5.3. Ciò posto, deve comunque escludersi che FSE rivestisse, all'epoca della stipula delle convenzioni di incarico, la qualifica di organismo di diritto pubblico tenuto ad osservare tutte le disposizioni in materia di evidenza pubblica nell'affidamento degli appalti.

Ai sensi dell'art. 3, comma 26, del d.lgs. 163/2006, applicabile *ratione temporis*, per «organismo di diritto pubblico» doveva considerarsi qualsiasi organismo, anche in forma societaria, a) istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, *aventi carattere non industriale o commerciale* (cd. requisito teleologico); b) dotato di personalità giuridica; c) la cui attività fosse finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto

pubblico oppure la cui gestione fosse soggetta al controllo di questi ultimi oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza fosse costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico.

Tutti i requisiti, sia oggettivi che teleologici, dovevano (e debbono) ricorrere cumulativamente (Corte di Giustizia UE, sentenza del 15/01/1998, in causa C-44/96, Mannesmann Anlagenbau Austria AG; Corte di giustizia, sentenza del 22/05/2003, in causa C-18/01, Korhonen e altri); la mancanza di uno solo di essi escludeva il possesso della suddetta qualifica.

Riguardo, in particolare, al cd. requisito teleologico, la giurisprudenza della Corte di giustizia ha spiegato che lo scopo non commerciale o industriale non coincideva con quello generale dell'interesse che è volto a soddisfare, ma ne costituiva una ulteriore specificazione (cfr. Corte di Giustizia, sentenza del 10/11/1998, in causa C-360/96, BFI Holding BV) e che, in ogni caso, il relativo accertamento doveva essere compiuto alla luce di tutti gli elementi di diritto e di fatto disponibili, con l'avviso che *"se l'organismo di cui trattasi opera in condizioni normali di mercato, persegue uno scopo di lucro e subisce le perdite collegate all'esercizio di dette attività, è poco probabile che le esigenze che esso mira a soddisfare siano di natura diversa da quella industriale o commerciale"* (cfr. Corte di giustizia, sentenza del 5/10/2017, causa C-567/15; Corte di giustizia, sentenza del 27/02/2003, causa C-373/00; Corte di Giustizia CE, sentenza del 22 maggio 2003, C-18/01; Corte di Giustizia CE, sentenza del 15 maggio 2003, C-214/00).

L'ente sarebbe qualificabile come organismo di diritto pubblico anche in caso di raggiungimento del pareggio di bilancio tramite l'apporto dell'ente pubblico di riferimento, poiché, in tale caso, difettava ogni componente di rischio, tipico delle attività svolte in regime di libero mercato (Cass., SU, n. 8673/2019).

5.4. Le SU, con sentenza n. 11983/2017, hanno riconosciuto ad FSE la natura di società privata di capitali, evidenziando che: a) la *fisionomia*

dell'impresa ferroviaria delineata dal legislatore interno, in conformità al diritto dell'Unione, è contrassegnata dall'indipendenza e dall'autonomia, dall'apertura al libero mercato e dall'adozione del modello privatistico, che non ne consentono la riconducibilità all'ente pubblico o anche alla società in house; b) lo statuto di FSE contempla un'articolazione tradizionale dell'organizzazione societaria negli organi dell'assemblea dei soci, dell'amministratore unico o del consiglio di amministrazione e del collegio sindacale ed una ripartizione dei poteri parimenti conforme alle regole generali, con l'attribuzione all'organo amministrativo dei più ampi poteri di ordinaria e straordinaria amministrazione rientranti nell'oggetto sociale. L'art. 8, comma 4, del contratto di servizio stipulato con la Regione prevede che resti a carico della società «il rischio d'impresa connesso ad ogni eventuale disavanzo gestionale non coperto, per qualsiasi causa, dai corrispettivi...o dai ricavi di qualunque genere»; c) neanche lo stanziamento di fondi pubblici previsto già dal comma 6 dell'art. 8 del d.lgs. n. 422/97 e poi reiterato in seguito, si pone in contrasto con la natura privatistica della società, a partire dal settimo considerando della direttiva 91/440/CEE fino al decimo considerando della direttiva 2012/34/UE, è previsto che gli Stati membri debbano garantire che le imprese ferroviarie pubbliche esistenti godano «di una sana struttura finanziaria» e ciò nel quadro della separazione e della necessità di sottoposizione di queste imprese alle regole delle società commerciali. Il meccanismo della ricapitalizzazione ad opera del socio di maggioranza o a maggior ragione unico è proprio anche della dinamica societaria di diritto comune.

Si è evidenziato che il processo di privatizzazione del settore del trasporto pubblico è stato effetto del recepimento, nell'ordinamento nazionale, del principio di derivazione sovranazionale di libertà di accesso al mercato dei trasporti di passeggeri e di merci per ferrovia da parte delle associazioni internazionali di imprese ferroviarie e delle imprese ferroviarie a condizioni

eque, non discriminatorie e trasparenti e tali da garantire lo sviluppo della concorrenza nel settore ferroviario (Cass. SU, n. 30978/2017)

Sin dalla fase iniziale, seguita al riscatto da parte dello Stato di concessioni ferroviarie già gestite da società private, in cui furono istituite in gestioni commissariali governative facenti capo al Ministero dei Trasporti, e poi con l'affidamento alle Regioni delle funzioni e dei compiti di programmazione e di amministrazione relativi alle ferrovie in gestione commissariale governativa al fine di garantire che il servizio di trasporto fosse svolto mediante organismi societari con le modalità di attività d'impresa ed in condizioni di libertà d'azione, è stato previsto l'affidamento del servizio, mediante procedure concorsuali, con contratti di servizio, i quali avrebbero dovuto assicurare, a partire dal 1 gennaio 2000, il conseguimento del rapporto di almeno lo 0,35 tra ricavi da traffico e costi operativi al netto dei costi di infrastruttura (Cass. SU, n. 11983/2017).

Era, inoltre, preservata l'autonomia amministrativa, gestionale e contabile delle società affidatarie, chiamate a sostenere eventuali perdite con il patrimonio sociale; la circostanza che FSE ricavasse e continui a ricavare le maggiori entrate dall'apporto della Regione è tutt'altro che decisiva: detto apporto, che risponde alle esigenze di garantire solidità finanziaria (come prescritto dalle Direttive n. 91/440/CEE e 2012/34/UE) non esclude che la società agisca in regime di diritto privato (Cass., SU, n. 11983/2017).

FSE riceveva risorse e compensazioni dallo Stato a copertura di oneri derivanti da finalità di interesse generale (investimenti e servizi all'utenza). Scopo di tali erogazioni era, infatti, la remunerazione alle imprese che prestavano il servizio delle spese sostenute, determinate con criteri di calcolo idonei ad evitare compensazioni eccessive (Cass., SU, n. 30978/2017).

In conclusione, difettava il requisito teleologico per il possesso della qualità di organismo pubblico: la società operava in condizioni di mercato, perseguiva scopi di lucro, erano a suo carico «il rischio d'impresa connesso

ad ogni eventuale disavanzo gestionale non coperto, per qualsiasi causa, dai corrispettivi o dai ricavi di qualunque genere» (Cass., SU, n. 11983/2017).

Di conseguenza, in disparte ogni altra questione, deve escludersi che la società dovesse osservare le procedure di evidenza pubblica nell'affidamento degli appalti di servizi.

6. Restano da valutare i limiti di applicabilità della disciplina cui soggiacciono, ai sensi del d.lgs. n. 163/2006, l'impresa pubblica e i soggetti aggiudicatori.

L'art. 3 n. 28 del d.lgs. 163/2006 qualificava come impresa pubblica ogni ente su cui le amministrazioni aggiudicatrici potessero esercitare, direttamente o indirettamente, un'influenza dominante o perché ne fossero proprietarie, o perché avessero una partecipazione finanziaria o in virtù delle norme che disciplinavano dette imprese.

L'influenza dominante era presunta quando le amministrazioni aggiudicatrici, direttamente o indirettamente, riguardo all'impresa, alternativamente o cumulativamente: a) detenevano la maggioranza del capitale sottoscritto; b) controllavano la maggioranza dei voti cui danno diritto le azioni emesse dall'impresa; c) avevano il diritto di nominare più della metà dei membri del consiglio di amministrazione, di direzione o di vigilanza dell'impresa.

Gli «enti aggiudicatori» al fine dell'applicazione delle disposizioni delle parti I, III, IV e V comprendevano le amministrazioni aggiudicatrici, le imprese pubbliche, e i soggetti che, non essendo amministrazioni aggiudicatrici o imprese pubbliche, *operavano in virtù di diritti speciali o esclusivi concessi loro dall'autorità competente secondo le norme vigenti*. Rientrava nella categoria anche *“il soggetto privato che operasse in virtù di diritti esclusivi; così come l'impresa pubblica, era obbligato ad indire gare ad evidenza pubblica solo al ricorrere di due concorrenti presupposti: quando esso operasse nei settori speciali; quando oggetto dell'affidamento fossero*

attività strumentali a quella svolta nei settori speciali” (Consiglio di Stato n. 590/2018, Cass., SU, n. 8849/2020; Consiglio di stato, n. 2639/2015).

6.1 La ricorrente operava (ed opera) nel settore speciale del trasporto pubblico ai sensi della Parte III del d.lgs. 163/2006, cui si applicavano le disposizioni indicate di cui all’art. 206 e ss. del codice.

Per i servizi di trasporto pubblico, l’art. 210 prevedeva che, ferme restando le esclusioni di cui all’art. 23, le norme dei settori speciali si applicassero alle attività relative alla messa a disposizione o alla gestione di reti destinate a fornire un servizio al pubblico nel campo del trasporto ferroviario, tranviario, filoviario, ovvero mediante autobus, sistemi automatici o cavo. Nei servizi di trasporto, la rete si considerava esistente se il servizio fosse fornito secondo le prescrizioni operative stabilite dalle competenti autorità pubbliche, come ad esempio quelle relative alle tratte da servire, alla capacità di trasporto disponibile o alla frequenza del servizio.

L’art. 217 prevedeva che la disciplina dei settori speciali non operasse per appalti che gli enti aggiudicatori aggiudicavano per scopi diversi dall’esercizio delle loro attività di cui agli articoli da 208 a 213 o per l’esercizio di tali attività in un Paese terzo, in circostanze che non comportassero lo sfruttamento materiale di una rete o di un’area geografica all’interno della Comunità.

L’adunanza plenaria del Consiglio di Stato ha spiegato che l’assoggettabilità dell’affidamento di un servizio alla disciplina dettata per i settori speciali non può essere desunta sulla base di un criterio solo soggettivo ma va effettuata sulla base di parametro di tipo oggettivo, attento alla riferibilità del servizio all’attività speciale (Cons. Stato, Ad. plenaria, n. 16/2011); “per determinare se l’affidamento di un appalto è assoggettato alla disciplina dei settori speciali occorre che l’affidante sia un ente operante nei settori speciali e l’appalto deve essere strumentale all’attività speciale” (Cons. Stato, n. 590 del 2018).

Per le imprese che operavano nei cd. settori speciali, quale il trasporto ferroviario, la disciplina del codice degli appalti pubblici si applicava solo se l'affidamento fosse in rapporto di mezzo a fine rispetto al settore di pertinenza: il nesso di strumentalità, per la giurisprudenza prevalente, andava inteso in senso restrittivo (Consiglio di Stato, n. 590/2018, cit.; Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, n. 11/2016).

Si è detto che il contratto di incarico aveva ad oggetto le attività di consulenza e assistenza giudiziale negli eventuali contenziosi e, perciò, un'attività di supporto non inscindibilmente collegata alla gestione delle reti e alla erogazione del servizio di trasporto; il servizio era correlato all'attività complessivamente svolta, ma non funzionalmente e inscindibilmente connessa, in rapporto di mezzo a fine, a quella tipica del settore speciale svolta da FSE.

Difettava, quindi, il requisito di strumentalità inteso come correlazione funzionale diretta e necessaria tra le convenzioni e l'attività speciale della committente.

Per gli appalti "estranei", aggiudicati per scopi diversi dalle attività esercitate nei settori speciali, "non si determinava alcuna riespansione della disciplina in materia di settori ordinari, ma la sottrazione ad entrambe le direttive, con conseguente applicazione delle regole di diritto comune e devoluzione delle relative controversie al giudice ordinario, anche laddove il soggetto privato si fosse volontariamente auto-vincolato al rispetto di una procedura selettiva" (Consiglio di Stato, nn. 8905/2019 e 1826/2025).

In conclusione, le convenzioni di incarico stipulate da FSE erano integralmente sottratte alla disciplina del d.lgs. 163/2006 ed erano regolate dalle norme civilistiche generali, senza incontrare limiti alla possibilità di prevedere con apposita clausola compromissoria, la competenza arbitrale per le controversie concernenti la validità, l'interpretazione e l'esecuzione dei contratti oggetto di causa.

7. L'ultimo motivo di ricorso denuncia l'omesso esame di un fatto decisivo, deducendo la nullità della clausola compromissoria per carenza di imparzialità essendo prevista la nomina del terzo membro del collegio ad opera della Camera arbitrale Italo estera (CAIE), costituita dalla Camera arbitrale Italo estera e dalla Fondazione Italiani nel mondo, di cui l'avv. Schiano era socio -fondatore, organismo che già aveva in precedente blindato i crediti privilegiati del resistente.

Il motivo è infondato.

La clausola prevede, in caso di disaccordo, che il terzo arbitro sia nominato da CAIE e, perciò, non prevede che tale organismo componga automaticamente il collegio arbitrale, con una possibile lesione del requisito di necessaria imparzialità degli arbitri.

Non può ritenersi che la qualità di socio fondatore, in capo all'avv. Schiano, di uno degli organismi appartenenti all'ente deputato alla nomina del terzo arbitro fosse automaticamente causa di un'influenza determinante nella designazione; eventuali situazioni di incompatibilità, idonee a compromettere l'imparzialità dei componenti del collegio, va fatta valere mediante istanza di ricusazione nel rispetto dei termini fissati dall'art. 815 c.p.c. (Cass., n. 20558/2015).

Va pertanto dichiarata la competenza arbitrale.

Le spese del presente regolamento sono compensate per la complessità delle questioni esaminate.

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

P.Q.M.

rigetta il ricorso, dichiara la competenza arbitrale e compensa le spese del presente giudizio di legittimità.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 14/04/2026.

Il Presidente

Giuseppe Tedesco

Corte di Cassazione - copia non ufficiale