

Civile Sent. Sez. 1 Num. 25525 Anno 2015
Presidente: SALVAGO SALVATORE
Relatore: GENOVESE FRANCESCO ANTONIO
Data pubblicazione: 18/12/2015

SENTENZA

Rep. 

sul ricorso 9975-2010 proposto da:

Ud. 23/11/2015

EDILIT S.R.L. (p.i. 00901120725), in persona del pu
legale rappresentante pro tempore, elettivamente
domiciliata in ROMA, VIA G. GALILEI 45, presso
l'avvocato PIETRO UGO LITTA, rappresentata e difesa
dall'avvocato GIUSEPPE MINUNNO, giusta procura a
margine del ricorso;

2015

1912

- **ricorrente** -

contro

FONDAZIONE BELLORA ONLUS (c.f. 82005470123), già
ISTITUZIONE PUBBLICA DI ASSISTENZA E BENEFICENZA



(IPAB) CASA DI RIPOSO BELLORA, in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA DARDANELLI 23, presso l'avvocato VINCENZO RICCIUTO, rappresentata e difesa dall'avvocato ANTONINO MENNE, giusta procura a margine del controricorso;

- **controricorrente** -

avverso la sentenza n. 907/2009 della CORTE D'APPELLO di ROMA, depositata il 26/02/2009;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 23/11/2015 dal Consigliere Dott. FRANCESCO ANTONIO GENOVESE;

udito, per la ricorrente, l'Avvocato MINUNNO GIUSEPPE che si riporta;

udito, per la controricorrente, l'Avvocato MEMME ANTONINO che si riporta;

udito il P.M., in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. UMBERTO DE AUGUSTINIS che ha concluso per l'accoglimento del primo motivo, assorbiti i restanti motivi.



SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

1. La Corte d'appello di Roma ha accolto l'impugnazione di nullità del lodo arbitrale, proposta dalla **Fondazione Bellora Onlus (o l'Onlus)** avverso il lodo pronunciato a definizione della controversia insorta con la **Edelit s.r.l.**, avente ad oggetto il ritardo e l'irregolarità nell'esecuzione di un contratto d'appalto stipulato in data 24 maggio 2000 tra le parti in causa.

2. La Corte territoriale ha ritenuto fondata l'impugnazione proposta dalla Onlus, dichiarando la nullità del lodo e della clausola compromissoria contenuta nel contratto suddetto, per aver quest'ultima illegittimamente attribuito il potere di nomina del Presidente del collegio arbitrale alla Camera arbitrale esistente presso l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, in conformità con l'art. 150, comma 3, del D.P.R. n. 554 del 1999, disposizione dichiarata dal Consiglio di Stato, con sentenza n. 6335 del 2003, illegittima nella parte in cui sottrae ai contraenti la facoltà di nomina del terzo arbitro.

3. La questione oggetto dell'impugnazione era già stata proposta, all'udienza del 19.12.2003, dalla Onlus al Collegio arbitrale il quale, tuttavia, aveva respinto la domanda, anzitutto, per non aver la Onlus depositato in

atti la suddetta sentenza (del Consiglio di Stato), che il giudice non sarebbe tenuto a conoscere senza la produzione di parte. In secondo luogo, quella composizione del collegio (il 18.09 e il 16.10.2003) senza proporre alcuna eccezione al momento della sua costituzione. Infine, per l'inapplicabilità del principio di diritto enunciato dal Consiglio di Stato nella menzionata sentenza, ai collegi arbitrali costituiti sulla base di clausole compromissorie per arbitrati facoltativi e disciplinate dalla volontà delle parti.

4. La Corte territoriale ha disatteso la pronuncia arbitrale, sotto tutti e tre i profili. Ha ritenuto, infatti, che il collegio arbitrale doveva tenere conto, nel decidere sull'eccezione avente ad oggetto la sua *potestas judicandi*, della richiamata sentenza del Consiglio di Stato, a prescindere da una sua espressa produzione in giudizio. Secondo il giudice distrettuale, tale pronuncia, comportando la dichiarazione di annullamento di una norma regolamentare, produce effetti *erga omnes*, con il solo limite dei rapporti già esauriti. Con la conseguenza che la clausola compromissoria che richiama quella fonte non può che essere nulla, a prescindere dalla proposizione dell'eccezione di nullità della clausola nella prima difesa successiva alla costituzione del collegio.



5. Avverso tale sentenza ha proposto ricorso per cassazione la soccombente Edilit s.r.l., con tre mezzi, illustrati anche con memoria.

6. La Onlus resiste con controricorso.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. Con il primo motivo di ricorso (Omessa insufficiente e contraddittoria motivazione circa un fatto controverso e decisivo per il giudizio, ex art. 360, n.5, c.p.c.; Violazione del principio *tempus regit actum* e del principio relativo al fatto compiuto) la ricorrente censura la contraddittorietà della pronuncia della Corte d'appello la quale, da un lato, avrebbe riconosciuto che l'efficacia erga omnes della pronuncia di annullamento di un regolamento trova un suo limite nei rapporti già esauriti; dall'altro, ha ritenuto che la decisione del Consiglio di Stato abbia prodotto la nullità della clausola compromissoria, la quale aveva già trovato concreta applicazione prima della decisione stessa. In particolare, l'esaurimento del sub procedimento di nomina degli arbitri, costituirebbe un limite al rilievo della disposizione regolamentare annullata dal Consiglio di Stato.

2. Né la Corte d'appello avrebbe potuto ritenere nullo il provvedimento emesso in attuazione del regolamento annullato dal Consiglio di Stato, non essendo stato

quest'ultimo impugnato espressamente (rif. a Cass. n. 1972 del 2000).

3. Con il secondo motivo di ricorso (Violazione e falsa applicazione di norme di diritto, ex art. 360 n. 3 c.p.c., in relazione all'art. 5 c.p.c.; Omessa motivazione circa un fatto decisivo per il giudizio) la ricorrente lamenta l'omesso esame dell'eccezione proposta nel giudizio innanzi alla Corte d'appello in virtù della quale si doveva ritenere applicabile, nella determinazione della competenza del collegio arbitrale, l'art. 150, comma 3, del D.P.R. n. 554 del 1999 che, al momento della costituzione del collegio era pienamente efficace, non potendo la successiva declaratoria di annullamento provocare una modificazione della competenza di quel così costituito collegio arbitrale, in applicazione dell'art. 5 c.p.c..

4. Con il terzo motivo di ricorso (violazione di legge, ex art 360, n. 3, c.p.c. in relazione all'art. 253, co 34, lett. b), D.Lgs. n. 163 del 2006; Omessa pronuncia su un punto decisivo della controversia art. 360 n. 5) la ricorrente lamenta l'omessa pronuncia della Corte d'Appello sull'applicabilità, all'arbitrato *de quo*, della previsione di cui all'art 253, co. 34, lett. b), del D. Lgs. n.163 del 2006 (cd. normativa salva arbitrati) che consentiva la sanatoria delle procedure arbitrali, anche soltanto introdotte alla data di entrata in vigore della legge n. 80

del 2005, purché rispettose delle disposizioni relative all'arbitrato contenute nel codice di procedura civile «o nell'art. 32 della legge n. 109 del 1994».

*

5. Il ricorso è infondato e deve essere respinto.

6. Va premesso che la vicenda processuale si è snodata attraverso i seguenti passaggi:

a) le parti hanno disposto l'accesso agli arbitri sulla base dell'art. 12 del contratto di appalto, con domanda del 10 febbraio 2003;

b) il Presidente del Collegio arbitrale è stato nominato dalla Camera arbitrale (presso l'Autorità di vigilanza sui LL.PP.) in data 14 luglio 2003, sulla base dell'art. 150, co. 3°, del d.P.R. n. 554 del 1999, che sottraeva alle parti la facoltà di nomina del terzo arbitro;

c) in data 17 ottobre 2003, il Consiglio di Stato, con sentenza n. 6335, ha dichiarato illegittima tale ultima disposizione regolamentare, nella parte in cui limita la facoltà dei privati di nominare di comune accordo il Presidente del collegio;

d) la vertenza è stata discussa all'udienza del 6 febbraio 2004 ed il lodo depositato il 2 marzo successivo;



e) il Collegio, specificamente investito della questione di nullità della costituzione dell'organo arbitrale, ai sensi della dichiarata illegittimità della disposizione regolamentare, l'ha respinta in base ad una pluralità di ragioni (mancata allegazione della copia della sentenza del Consiglio di Stato; accettazione della nomina da parte della Fondazione; inapplicabilità del principio agli arbitrati facoltativi contenenti quel tipo di clausola).

7. Tanto premesso va ricordato che la giurisprudenza di questa Corte, con riferimento ad una vicenda per molti versi analoga a quella oggetto della presente controversia (ovvero: la declaratoria di illegittimità costituzionale dell'articolo 61 legge Reg. Puglia n. 27 del 1985, nella parte in cui non prevedeva, per le controversie in materia di opere pubbliche, che del collegio arbitrale facesse parte un arbitro designato dall'ente locale interessato: sentenza della Corte Costituzionale n. 33 del 12 febbraio 1995), si è divisa in ordine alle ricadute della dichiarazione di illegittimità (in quella sede, derivante da una pronunciata del Giudice delle leggi) della disposizione contenente prescrizioni sulla composizione del Collegio arbitrale a seconda che la questione fosse stata, o meno, sollevata *apud arbitros*.

7.1. In particolare, mentre secondo Cass. Sez. 1, Sentenza n. 14588 del 1999 (ma nello stesso senso anche Cass. Sez.

1, sent. n. 20588 del 2015, proprio con riferimento al caso oggetto dell'odierna controversia) l'impugnazione della sentenza arbitrale per vizi attinenti al procedimento di nomina degli arbitri è stata considerata ammessa, dall'articolo 829 n. 2 cod. proc. civ., solo se la relativa nullità fosse stata dedotta nel corso del giudizio arbitrale, onde la declaratoria di illegittimità costituzionale della previsione legislativa (e cioè, in quel caso, l'articolo 61 legge Reg. Puglia n. 27 del 1985) non aveva inciso sulla clausola compromissoria bensì sulle modalità di composizione del collegio arbitrale, la cui irregolarità, se non dedotta nel procedimento arbitrale, rimaneva sanata, l'opposta soluzione è stata, invece, fornita da Cass. Sez. 1, Sentenza n. 1152 del 1999.

7.2. Secondo quest'ultima decisione (anteriore di poco alla precedente), la disposizione considerata, nel testo risultante dalla dichiarazione d'incostituzionalità (di cui alla sentenza della Corte Cost. n. 33 del 1995), nella parte in cui la prevedeva la costituzione di un collegio arbitrale nel quale non vi fosse la designazione di un arbitro da parte dell'Ente locale contraddittore nel giudizio, aveva capacità d'immediata e diretta invalidazione della precedente, difforme clausola compromissoria.



8. Nel caso in esame nel giudizio a quo, come si è detto, è pacifico che l'eccezione sia stata proposta nella fase arbitrale, onde la rilevata difformità interpretativa non ha rilevanza alcuna, ricavandosi, in ogni caso, l'invalidità della clausola arbitrale per la sua conformazione ad una disposizione regolamentare dichiarata illegittima dall'organo competente (il Consiglio di Stato), con efficacia erga omnes.

9. In rapporto al menzionato stato della giurisprudenza di questa Corte, cadono però anche le recriminazioni della ricorrente:

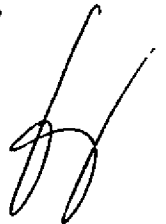
a) per i presunti vizi motivazionali, atteso che la ratio decidendi contenuta nella sentenza impugnata è conforme alla giurisprudenza sopra richiamata senza che possa considerarsi come un rapporto esaurito quello in esame, con specifico riferimento alla fase di nomina degli arbitri, che non riveste (né può rivestire) piena autonomia perché i relativi atti sono suscettibili di verifica, in sede di controllo di validità del lodo, davanti alla Corte d'Appello, ai sensi dell'art. 829 c.p.c.;

b) riguardo alla pretesa violazione dell'art. 5 c.p.c., poiché, nel caso che ci occupa, non viene affatto in esame una questione di spostamento della competenza (dagli arbitri al giudice ordinario, come sembrerebbe alludere la

ricorrente, in ragione dell'invocazione dell'art. 5 c.p.c., a regolamento del caso), in quanto, come chiarito nelle pronunce che precedono, la competenza arbitrale non è affatto esclusa, in conseguenza della declaratoria di illegittimità della previsione regolamentare, permanendo essa pienamente, sia pure con una diversa regola relativa alla composizione dell'organo collegiale decidente, e senza che, a tal uopo, possa farsi applicazione dell'invocata disposizione processuale, avente solo rilievo esterno e non certo riguardando (internamente all'organo) il procedimento di nomina dei giudici di un collegio;

c) con riferimento alla norma salva arbitrati, dettata dall'art. 253 (Norme transitorie), co. 34, lett. b), del Codice degli appalti di cui al D.Lgs. n. 163 del 2006, e secondo cui *«b) sono fatte salve le procedure arbitrali definite o anche solo introdotte alla data di entrata in vigore della legge 14 maggio 2005, n. 80, di conversione del decreto legge 14 marzo 2005, n. 35, purché risultino rispettate le disposizioni relative all'arbitrato contenute nel codice di procedura civile, ovvero nell' articolo 32 della legge 11 febbraio 1994, n. 109, come modificato dal comma 16-sexies del citato decreto-legge n. 35 del 2005»*.

9.1. Infatti, la condizione posta da tale previsione a salvaguardia dei pronunciati arbitrali esige che questi abbiano rispettato o «le disposizioni relative



all'arbitrato contenute nel codice di procedura civile» (vale a dire quelle che disciplinano la scelta del terzo arbitro affidata alla volontà concorde delle parti), ovvero «nell'articolo 32 della legge 11 febbraio 1994, n. 109, come modificato dal comma 16-sexies del citato decreto-legge n. 35 del 2005» che pure esige che « Ai giudizi arbitrali si applicano le disposizioni del codice di procedura civile» (ossia il contenuto del precetto già menzionato). Ciò che nella specie non risulta essere stato rispettato, ogni ulteriore interpretazione risultando, altrimenti, una vanificazione dell'accertata nullità della disposizione regolamentare fulminata dal *dictum* del Consiglio di Stato.

9.2. Insomma, in casi come quello esaminato vale quanto già da questa Corte (Cass. Sez. 1, Sentenza n. 10561 del 2004) stabilito circa la rilevabilità d'ufficio del difetto di *potestas iudicandi*, indipendentemente dalla sua precedente deduzione nella fase *apud arbitros*, qualora il vizio derivi dalla nullità del compromesso o della clausola compromissoria.

10. In conclusione il ricorso deve essere respinto, in ossequio al principio di diritto secondo cui:

In tema di arbitrato, l'impugnazione del lodo per vizi attinenti al procedimento di nomina degli arbitri è ammessa

dall'articolo 829 n. 2 cod. proc. civ. (invero non solo nel testo applicabile *ratione temporis*, ma anche in quello oggi vigente), se la relativa nullità sia stata dedotta nel corso del giudizio arbitrale, anche quando sia stata pronunciata la declaratoria di illegittimità della previsione regolamentare attinente alla disciplina dei contratti pubblici (l'articolo 150, comma 3, del D.P.R. n. 554 del 1999) dal Consiglio di Stato (con sentenza n. 6335 del 2003), nella parte in cui sottrae ai contraenti la facoltà di nomina del terzo arbitro, senza che in contrario possa invocarsi la previsione dell'art. 5 c.p.c., in considerazione del completamento della nomina del terzo arbitro anteriormente alla detta pronuncia di illegittimità, e senza che gli effetti di quella nomina possono dirsi sanati dall'art. 253 (Norme transitorie), co. 34, lett. b), del Codice degli appalti di cui al D.Lgs. n. 163 del 2006 che, a salvaguardia dei pronunciati arbitrali già resi, esige che questi abbiano comunque rispettato «le disposizioni relative all'arbitrato contenute nel codice di procedura civile» (vale a dire quelle che hanno consentito alla volontà concorde delle parti la scelta del terzo arbitro).

11. I profili sostanziali sottostanti al caso deciso e le questioni esaminate, per alcuni versi nuove e poco



chiarite, inducono alla compensazione del spese di questo
giudizio.

PQM

Respinge il ricorso e compensa fra le parti le spese del
presente giudizio.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio della 1^a
sezione civile della Corte di cassazione, il 23 novembre