

Civile Ord. Sez. 1 Num. 11517 Anno 2020

Presidente: GIANCOLA MARIA CRISTINA

Relatore: DE MARZO GIUSEPPE

Data pubblicazione: 15/06/2020

sul ricorso 15847/2014 proposto da:

Comune Follonica, in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliato in Roma, via G. Caccini, 1, presso lo studio dell'avvocato Degli Esposti Andreina, che lo rappresenta e difende unitamente all'avvocato Villata Riccardo, giusta procura a margine del ricorso;

-ricorrente -

contro

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

ORD.
764
2020

Toscana Energia s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in Roma, viale Parioli, 180, presso lo studio dell'avvocato Sanino Mario, che la rappresenta e difende unitamente all'avvocato Caia Giuseppe e all'avv. Colombari Stefano, giusta procura a margine del controricorso;

-controricorrente
incidentale -

nonché contro

Comune Follonica, in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliato in Roma, via G. Caccini, 1, presso lo studio dell'avvocato Degli Esposti Andreina, che lo rappresenta e difende unitamente all'avvocato Villata Riccardo, giusta procura a margine del ricorso;

-controricorrente -

avverso la sentenza n. 1896/2013 della CORTE D'APPELLO di FIRENZE, depositata il 09/12/2013;

udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 05/02/2020 dal Cons. DE MARZO GIUSEPPE

FATTI DI CAUSA

1. Con sentenza depositata il 9 dicembre 2013 la Corte d'appello di Firenze ha rigettato l'impugnazione principale del Comune di Follonica e quella incidentale di Toscana Energia s.p.a. avverso il lodo arbitrale sottoscritto nelle date del 9 – 10 ottobre 2012, avente ad oggetto l'equa indennità reclamata dalla seconda, per effetto della riconsegna degli impianti al primo, a seguito della scadenza della concessione del

servizio di distribuzione del gas, e il canone, preteso dal primo, per la gestione del servizio di distribuzione nel periodo dal 1° dicembre 2007 al 31 marzo 2010.

2. Per quanto ancora rileva, la Corte territoriale ha osservato: a) che, sebbene la domanda di arbitrato fosse stata proposta dopo l'entrata in vigore del d. lgs. n. 40 del 2006, doveva ritenersi ammissibile l'impugnazione per violazione di regole di diritto, giacché la clausola compromissoria era antecedente all'entrata in vigore del citato d. lgs., e non prevedeva che il lodo non fosse impugnabile; b) che l'art. 24 del r.d. n. 2578 del 1925, al quale la convenzione fra le parti aveva fatto espresso riferimento, per determinare l'ammontare dell'equa indennità spettante al concessionario uscente, doveva essere intesa come idonea ad escludere, in decurtazione dal valore industriale degli impianti, i contributi che il medesimo concessionario aveva ricevuto dai privati per gli allacciamenti; c) che gli elementi indicati dall'art. 24, come dati da considerare ai fini della determinazione dell'indennità, erano tassativi, nel senso che di essi si doveva tener conto, fermo restando che le parti avrebbero potuto derogare alla previsione normativa; d) che, tuttavia, la convenzione nulla aveva previsto al riguardo; e) che occorreva considerare che gli impianti, ancorché realizzati con il contributo dei privati, erano divenuti di proprietà del concessionario, talché la locupletazione di quest'ultimo era avvenuta in dipendenza della clausola della convenzione che poneva a carico definitivo dell'utente le spese di allacciamento; f) che l'opposta soluzione prevista dall'art. 14, comma 8, d. lgs. n. 164 del 2000, come introdotto dall'art. 24, comma 1, d. lgs. n. 93 del 2011, non aveva alcun rilievo, neppure sul piano dell'interpretazione autentica, rispetto alle concessioni preesistenti; g) che riprova dell'esattezza della conclusione raggiunta si traeva dal fatto che, con la successiva

convenzione del 26 settembre 1984, le parti avevano inteso escludere dai conteggi della stima industriale, i (soli) lavori di estensione e potenziamento della rete eseguiti a totale carico dei richiedenti, con ciò mostrando sia che, per gli altri lavori, si riteneva operante la regola contraria, sia che si era voluta limitare la portata dell'innovazione negoziale ai soli lavori esplicitamente indicati.

Quanto all'appello incidentale di Toscana Energia s.p.a., la Corte d'appello ha osservato: a) che anche le controversie scaturite dalla pretesa al compenso per la gestione del servizio, dopo la scadenza della concessione, rientravano nell'ampia formulazione della clausola compromissoria; b) che gli arbitri esattamente avevano correlato il diritto del Comune alla percezione di un compenso alla previsione dell'art. 22 della convenzione; b) che, contrariamente a quanto sostenuto dall'appellante incidentale, gli arbitri non avevano fatto applicazione, neppure analogica, dell'art. 46-*bis* del d.lgs. n. 159 del 2007; c) che, in realtà, l'art. 22 della convenzione prevedeva che il canone annuo fosse pari all'1,5% dell'incasso annuo per il gas venduto, al netto del costo della materia prima, facendo riferimento ad un criterio divenuto inapplicabile a partire dal 1° gennaio 2002, ossia da quando, per effetto dell'art. 21 d. lgs. n. 164 del 2000, il distributore del gas non poteva identificarsi nel venditore; d) che, pertanto, l'art. 46-*bis* citato era servito solo ad individuare il criterio equitativo al quale far riferimento per quantificare il canone; e) che esattamente gli arbitri avevano evidenziato che, con la delibera consiliare n. 3 datata 8 gennaio 2009, non erano stati esercitati poteri autoritativi.

3. Avverso tale sentenza il Comune di Follonica ha proposto ricorso per cassazione affidato ad un motivo. Toscana Energia s.p.a. ha resistito con controricorso e ha proposto ricorso incidentale affidato a due motivi (il punto III.2 del ricorso incidentale contiene solo

l'esposizione del percorso argomentativo della sentenza impugnata), cui il Comune di Follonica ha resistito con controricorso. Le parti ha depositato memoria, ai sensi dell'art. 380-*bis*.1, cod. proc. civ.

RAGIONI DELLA DECISIONE

1. Per ragioni di ordine logico, va preliminarmente esaminato il primo motivo del ricorso incidentale, col quale si lamenta violazione dell'art. 829, primo e terzo comma, cod. proc. civ. e dell'art. 27, quarto comma, del d. lgs. n. 40 del 2006, dal momento che, nel caso di specie, la domanda di arbitrato è stata introdotta successivamente all'entrata in vigore del d.lgs. n. 40 del 2006, con la conseguenza che non sarebbe ammissibile l'impugnazione del lodo per violazione di regole di diritto. La doglianza è infondata.

Innanzitutto, l'art. 48 del d.l. 22 giugno 2012, n. 83 (pubblicato sulla G.U. n. 147 del 26 giugno 2012, suppl. ord. n. 129), convertito con modificazioni dalla L. 7 agosto 2012, n. 134, dispone che nei giudizi arbitrali per la risoluzione di controversie inerenti o comunque connesse ai lavori pubblici, forniture e servizi il lodo è impugnabile davanti alla Corte di appello, oltre che per motivi di nullità, anche per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia (primo comma), aggiungendo al secondo comma che la disposizione di cui al comma precedente si applica anche ai giudizi arbitrali per i quali non sia scaduto il termine per l'impugnazione davanti alla Corte d'appello alla data di entrata in vigore del d.l.

Nella specie, il lodo arbitrale è stato pronunciato dopo l'entrata in vigore del d.l. n. 48 del 2012 (il 26 giugno 2012, ai sensi dell'art. 70 dello stesso d.l.), in quanto è stato sottoscritto il 9 – 10 ottobre 2012. In ogni caso, va ribadito che, in tema di arbitrato, l'art. 829, terzo comma, cod. proc. civ., come riformulato dall'art. 24 del d.lgs. n. 40 del 2006, si applica, ai sensi della disposizione transitoria di cui all'art.

27 del d.lgs. n. 40 cit., a tutti i giudizi arbitrali promossi dopo l'entrata in vigore della novella, ma, per stabilire se sia ammissibile l'impugnazione per violazione delle regole di diritto sul merito della controversia, la legge - cui l'art. 829, terzo comma, cod. proc. civ., rinvia - va identificata in quella vigente al momento della stipulazione della convenzione di arbitrato, sicché, in caso di convenzione cd. di diritto comune stipulata anteriormente all'entrata in vigore della nuova disciplina, nel silenzio delle parti deve intendersi ammissibile l'impugnazione del lodo, così disponendo l'art. 829, secondo comma, cod. proc. civ., nel testo previgente, salvo che le parti stesse avessero autorizzato gli arbitri a giudicare secondo equità o avessero dichiarato il lodo non impugnabile (Cass., Sez. Un., 9 maggio 2016, n. 9284).

2. Con il primo motivo del ricorso principale si lamenta violazione e falsa applicazione dell'art. 24 del r.d. n. 2578 del 1925, nonché degli artt. 14, comma ottavo, e 15, comma quinto, del d.lgs. n. 164 del 2000, come modificato dall'art. 24, primo comma, del d. lgs. n. 93 del 2011.

Osserva il ricorrente che il criterio di determinazione dell'indennità è ispirato al principio del costo effettivo sostenuto dal concessionario, con la conseguenza che è estranea a siffatta *ratio* dell'intervento normativo la allocazione, a carico dell'amministrazione, dei costi non sostenuti dal primo per la costruzione degli impianti.

La doglianza è fondata.

Premesso che, nel caso di specie, l'interpretazione dell'art. 24 del r.d. n. 2578 del 1925 viene in rilievo in quanto richiamata dalla convenzione *inter partes*, al fine di individuare il criterio di determinazione dell'indennità spettante al concessionario, si osserva che la questione è stata affrontata da questa Corte, in vicenda speculare, da Cass. 17 maggio 2019, n. 13406.

All'esito di un articolato percorso ricostruttivo della normativa e dei criteri ispiratori della stessa (ossia, la finalità di assicurare al concessionario il ristoro delle spese sostenute nello svolgimento del servizio), si è giunti alla conclusione che, in tema di concessioni e di riscatto da parte dell'amministrazione concedente che decide di assumere in esercizio diretto l'impianto di erogazione del servizio dato in concessione, l'equa indennità prevista dall'art. 24 del r.d. n. 2578 del 1925 in favore del gestore uscente, secondo i criteri di stima del valore industriale residuo degli impianti (cd. VRI; art. 13 del d.P.R. n. 902 del 1986), deve essere calcolata senza computare quella parte dell'impianto che è stata realizzata per mezzo di costi sostenuti dagli utenti privati per i singoli allacciamenti alla rete di distribuzione, ricorrendo in caso contrario un arricchimento senza causa.

Siffatta soluzione, proprio perché riposa sulla lettura delle fonti originarie, rende irrilevante la questione di legittimità costituzionale sollevata dalla controricorrente, con riferimento all'art. 1, sedicesimo comma, del d.l. n. 145 del 2013, dal momento che tale previsione non assume rilievo ai fini del decidere.

3. Con il secondo motivo del ricorso incidentale si lamenta violazione dell'art. 829, n. 4, cod. proc. civ.; nonché dell'art. 46-*bis*, quarto comma, del d.l. n. 159 del 2007, dell'art. 22 della convenzione conclusa dalle parti il 26 settembre 1984 e dell'art. 1372 cod. civ., con riferimento al criterio utilizzato dagli arbitri, per determinare il canone dovuto dalla Toscana Energia s.p.a. per la gestione del servizio in epoca successiva alla scadenza della concessione.

La doglianza è, nel suo complesso, infondata.

La Corte territoriale ha rigettato l'impugnazione relativa alla ritenuta debenza, da parte di Toscana Energia s.p.a., di un canone di concessione sull'art. 22 della convenzione del 1975, come modificato

dalla successiva convenzione del 1984. Essa, come detto, ha osservato che l'art. 22 rappresenta la fonte negoziale del diritto e che, tuttavia, nell'impossibilità di applicare lo specifico meccanismo di determinazione previsto, fondato sull'incasso annuo del gas venduto – e ciò perché dal 1 gennaio 2002, il distributore era soggetto diverso dal venditore – doveva equitativamente farsi riferimento – non in forza di applicazione diretta o analogica, ma in quanto espressione di un adeguato punto di equilibrio tra i contrapposti interessi – ai criteri indicati nell'art. 46-*bis* del d.l. n. 159 del 2007.

La Corte ha chiarito che, pertanto, veniva in rilievo una decisione degli arbitri equitativa e su quest'ultimo punto non era intervenuta alcuna impugnazione.

Questa considerazione pone fuori gioco tutte le questioni con le quali la ricorrente incidentale contesta la sussistenza dei presupposti di applicabilità dell'art. 46-*bis* cit.

In questa prospettiva non coglie nel segno la critica secondo la quale, divenuto inapplicabile il meccanismo previsto dalla convenzione, non sarebbe possibile imporre alcun canone così come la censura secondo la quale l'individuazione di un criterio di determinazione diverso da quello negoziale collocherebbe la controversia al di fuori dei limiti della clausola compromissoria.

Sotto il primo profilo, una volta che sia la stessa convenzione a prevedere l'erogazione di un canone, del tutto legittimamente si è fatto ricorso al criterio di eterodeterminazione del contenuto negoziale, ai sensi dell'art. 1374 cod. civ. (peraltro, come detto, senza registrare sullo specifico punto, una impugnazione dinanzi alla Corte d'appello): Sotto il secondo profilo, la sentenza impugnata ha convincentemente osservato che la gestione del servizio dopo la scadenza della concessione è pur sempre una conseguenza della stessa, dalla quale

deriva l'obbligo del concessionario, ai sensi dell'art. 14, settimo comma, d. lgs. n. 164 del 2000 di proseguire nella gestione sino al nuovo affidamento.

E anche siffatta lettura della clausola compromissoria è assertivamente e in termini generici contestata dalla ricorrente incidentale, senza indicare quali parametri ermeneutici sarebbero stati violati.

Neppure viene in rilievo l'esercizio di un potere autoritativo – sul quale, ancora una volta, in termini generici e assertivi, insiste la ricorrente incidentale-, poiché la determinazione del canone del servizio è materia di diritti soggettivi che non muta la sua natura se la risoluzione della controversia richieda l'esercizio, da parte di chi sia chiamato a decidere (nel caso di specie, gli arbitri), di un potere discrezionale.

4. In conclusione, va accolto il ricorso principale e respinto quello incidentale. In relazione al disposto accoglimento, la sentenza va cassata con rinvio alla Corte di appello di Firenze, in diversa composizione, che provvederà anche alla regolamentazione delle spese del giudizio di legittimità.

PQM

Accoglie il ricorso principale, rigetta quello incidentale; in relazione al disposto accoglimento, cassa la sentenza impugnata e rinvia alla Corte di appello di Firenze, in diversa composizione, cui demanda di provvedere anche sulle spese del 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 incidentale, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso incidentale, a norma del comma 1-*bis* dello stesso articolo 13, se dovuto.

Così deciso in Roma, il 5 febbraio 2020