

Civile Ord. Sez. 1 Num. 2747 Anno 2021
Presidente: GENOVESE FRANCESCO ANTONIO
Relatore: PAZZI ALBERTO
Data pubblicazione: 05/02/2021

sul ricorso n. 8736/2015 proposto da:

Comune di Guardavalle, in persona del Sindaco *pro tempore*,
elettivamente domiciliato in Roma, Via Carlo Poma n. 4, presso lo
studio dell'Avvocato Vincenzo Annibale Larocca, rappresentato e
difeso dagli Avvocati Santo Dalmazio Tarantino e Giovanni Mosca,
giusta procura in calce al ricorso;

- *ricorrente* -

contro

Impresa Individuale Ing. Arturo Varzi, in persona del titolare *pro
tempore*, elettivamente domiciliata in Roma, Viale di Val Fiorita n. 90,
presso lo studio dell'Avvocato Francesco Lilli, che la rappresenta e
difende giusta procura a margine del controricorso e ricorso
incidentale condizionato;

- *controricorrente e ricorrente incidentale* -

contro

1

Ord.
4679
2020

Comune di Guardavalle, in persona del Sindaco *pro tempore*, elettivamente domiciliato in Roma, Via Carlo Poma n. 4, presso lo studio dell'Avvocato Vincenzo Annibale Larocca, rappresentato e difeso dagli Avvocati Santo Dalmazio Tarantino e Giovanni Mosca, giusta procura in calce al ricorso;

- *controricorrente al ricorso incidentale* -
avverso la sentenza n. 5823/2014 della Corte d'appello di Roma pubblicata il 24/9/2014;

udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 2/12/2020 dal cons. Alberto Pazzi.

FATTI DI CAUSA

1. All'esito del procedimento arbitrale introdotto dall'impresa Arturo Varzi nei confronti del Comune di Guardavalle (per il riconoscimento del risarcimento del danno conseguente all'inesatta progettazione ed assistenza logistico-amministrativa da parte del Comune appaltante nel contesto dei lavori di ripristino e sistemazione della fognatura di Guardavalle Marina), il collegio pronunciava un lodo con cui dichiarava la risoluzione del contratto di appalto intervenuto fra le parti e condannava l'amministrazione municipale a risarcire all'appaltatore un danno pari a circa € 700.000.

2. A seguito dell'impugnazione del lodo ad opera del Comune di Guardavalle la Corte d'appello di Roma, una volta precisato che la controversia ricadeva nell'ambito applicativo della disciplina del procedimento arbitrale introdotta dal d. lgs. 40/2006, rilevava che:

- i) l'eccezione di nullità della clausola compromissoria era stata tardivamente sollevata, in violazione del disposto dell'art. 817 cod. proc. civ.;
- ii) non si era verificata alcuna modifica dei quesiti sottoposti alla cognizione del collegio arbitrale, in quanto quelli successivamente indicati erano meramente specificativi delle pretese già formulate e non comportavano l'introduzione di alcuna nuova domanda;
- iii) nessuna nullità del lodo derivava dal fatto che il terzo arbitro fosse stato nominato dalla camera di conciliazione prima della nomina dell'arbitro dell'appaltatore, in quanto questa modalità di nomina non appariva in contrasto con la procedura prevista dagli artt. 810 e ss. cod. proc. civ.;
- iv) non era impugnabile ai sensi dell'attuale disposto dell'art. 829 cod. proc. la valutazione del materiale probatorio disponibile all'esito del cui esame il collegio arbitrale era addivenuto alla pronuncia di risoluzione del contratto di appalto, così come non era denunciabile la violazione della normativa in materia di appalti, nulla essendo stato disposto in questo senso all'interno della clausola compromissoria;
- v) nel percorso motivazionale del lodo arbitrale non si rinvenivano significative incongruenze e contraddittorietà.

In virtù di simili considerazioni la Corte distrettuale rigettava l'impugnazione del lodo arbitrale, con sentenza pubblicata in data 24 settembre 2014.

3. Per la cassazione di questa decisione ha proposto ricorso il Comune di Guardavalle prospettando sei motivi di doglianza, ai quali ha resistito con controricorso l'impresa individuale Ing. Arturo Varzi; quest'ultima, a sua volta, ha proposto ricorso incidentale condizionato, articolato in un unico motivo, a cui ha resistito con controricorso il Comune di Guardavalle.

Entrambe le parti hanno depositato memoria ai sensi dell'art. 380 *bis*.1 cod. proc. civ..

RAGIONI DELLA DECISIONE

4. Il primo motivo di ricorso denuncia, ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 3, cod. proc. civ., la violazione e falsa applicazione degli artt. 829, comma 1, e 817 cod. proc. civ.: il rilievo della tardività con cui era stata proposta l'eccezione di nullità della clausola compromissoria, non effettuata nella prima difesa utile dopo l'accettazione degli arbitri, contrasterebbe – in tesi di parte ricorrente – con il disposto dell'art. 817 cod. proc. civ., in quanto il difetto di *potestas iudicandi* del collegio arbitrale doveva essere ricondotto all'ipotesi di controversia non arbitrabile, rispetto alla quale la norma esclude un onere di immediata proposizione dell'eccezione.

5. Il motivo non è fondato.

L'art. 817 cod. proc. civ., al suo secondo comma, prevede l'onere per la parte che intenda contestare la *potestas iudicandi* degli arbitri di proporre la relativa eccezione nella prima difesa successiva all'accettazione dell'incarico.

L'espresso riferimento della norma anche alle contestazioni che assumano l'"inesistenza" della convenzione di arbitrato, come quella sollevata dall'odierna ricorrente, non lascia dubbi sul fatto che un simile onere ricada anche su chi contesti in radice la sussistenza della *potestas iudicandi* degli arbitri per mancanza di una clausola arbitrale. Rimane, invece, confinato al solo ambito dell'art. 806 cod. proc. civ. il contenuto dell'unica eccezione prevista a questa regola, dovendosi intendere per controversie "non arbitrabili" quelle che la legge vuole come non compromettibili, rispetto alle quali la deroga alla generale

disciplina di immediata proposizione dell'eccezione trova giustificazione nell'intento del legislatore di attribuire ai diritti indisponibili o dei lavoratori (nelle ipotesi previste dal secondo comma della norma) una tutela rafforzata perché affidata alle garanzie della giurisdizione ordinaria.

6. Il secondo mezzo lamenta la violazione e falsa applicazione dell'art. 829, comma 1, n. 4, cod. proc. civ.: la Corte distrettuale, nell'escludere l'esistenza di due domande di arbitrato, avrebbe erroneamente ritenuto che l'atto di integrazione della domanda di arbitrato costituisse una mera specificazione dell'imputazione della somma già pretesa a titolo risarcitorio, senza rendersi conto che, invece, era stata introdotta una domanda assolutamente nuova dal punto di vista sostanziale, attraverso la quale l'impresa Varzi aveva ottenuto la condanna della stazione appaltante al pagamento della maggior somma di € 291.151,87 (in aggiunta all'importo contabilizzato di € 557.639,08).

7. Il motivo non è fondato.

L'odierno ricorrente sostiene che la condanna al pagamento della maggior somma di € 291.151,87, in conseguenza della retroattività degli effetti della risoluzione, costituirebbe una *"domanda contenuta solo ed esclusivamente nell'atto integrativo notificato in data 20.1.2008"*.

Tesi, questa, non condivisa dalla Corte distrettuale, a parere della quale non era possibile ravvisare alcuna sopravvenuta modifica dei quesiti sottoposti al collegio arbitrale, in quanto quelli contenuti nel secondo atto erano meramente ricognitivi e rielaborativi di quelli in precedenza notificati.

La valutazione compiuta dai giudici distrettuali trova conforto nel contenuto delle domande presentate con i due diversi atti.

Con la prima domanda l'impresa appaltatrice aveva infatti sollecitato, in conseguenza della dichiarazione di risoluzione del contratto per grave inadempimento del Comune appaltante, *"ogni consequenziale pronunzia anche in ordine al diritto al pagamento in favore dell'istante dei lavori eseguiti e non ancora contabilizzati"* (quesito 1); nel contempo l'impresa aveva vantato il diritto *"di essere risarcita dei danni diretti e indiretti in relazione alla sproporzionata dilazione del periodo di impegno contrattuale della propria organizzazione produttiva"*, quantificando l'importo dovuto nell'importo complessivo di € 464.185,29 *"o di quello diverso, maggiore o minore, che risulterà di giustizia"* (quesito 2).

E' evidente allora che le nuove domande contenute nel secondo atto altro non sono che un aggiornamento nella contabilizzazione dei lavori e degli oneri improduttivi in precedenza non conteggiati.

Non erra quindi la sentenza impugnata laddove ravvisa la presenza di un atto meramente specificativo, in presenza di domande che costituivano una semplice articolazione e specificazione quantitativa, già preannunciata, delle originarie voci di danno.

8. Rimane così assorbito il ricorso incidentale condizionato proposto dal controricorrente, con cui è stato denunciato il mancato esame dell'eccezione di inammissibilità dell'impugnazione sollevata dall'impresa Varzi a proposito della questione appena esaminata.

9.1 Con il terzo motivo la sentenza impugnata è censurata per violazione e falsa applicazione degli artt. 829, comma 1, n. 2, e 810 cod. proc. civ.: la Corte distrettuale non avrebbe colto che l'impugnazione era volta non tanto a lamentare la nomina del terzo arbitro prima dell'individuazione dell'arbitro dell'impresa, ma piuttosto a denunciare lo stravolgimento del meccanismo di nomina degli arbitri previsto dalla clausola compromissoria ed *ex lege*; questo

meccanismo prevedeva, al pari dell'ordinaria procedura, la nomina del terzo arbitro solo dopo la ricezione da parte della camera arbitrale della nomina degli altri due arbitri costituenti il collegio, secondo uno sviluppo finalizzato a garantire la posizione neutrale ed equidistante del terzo arbitro e l'imparzialità della decisione.

La ridesignazione da parte dell'impresa Varzi dell'arbitro di propria scelta, avvenuta dopo la nomina del terzo arbitro da parte della camera arbitrale, si porrebbe così – in tesi del ricorrente – in aperto contrasto con la convenzione arbitrale.

9.2 Con il quarto motivo il ricorrente si duole, ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 5, cod. proc. civ., dell'omesso esame del fatto, discusso e decisivo, costituito dall'avvenuta ridesignazione dell'arbitro di propria elezione da parte dell'impresa Varzi dopo l'avvenuta nomina del terzo arbitro ad opera della camera arbitrale.

10. I motivi, da esaminarsi congiuntamente in ragione del rapporto di connessione che li lega, sono infondati.

La constatazione della mancata violazione della procedura di cui agli artt. 810 e ss. cod. proc. civ. compiuta dalla Corte d'appello risulta condivisibile nel risultato a cui perviene.

La censura infatti si appunta su una "ridesignazione" piuttosto che sull'iniziale nomina dell'arbitro di pertinenza dell'impresa e fa discendere da questa successiva investitura il vizio dedotto.

La denunciata "ridesignazione", concretandosi in una sostituzione, è avvenuta in applicazione del principio di sostituibilità degli arbitri (cfr. Cass. 4303/1999, Cass. 1465/1988) e rimaneva regolata dall'art. 811 cod. proc. civ., norma che non esclude un avvicendamento dell'arbitro una volta che siano già stati nominati gli altri componenti del collegio ed anzi consente lo stesso quando l'arbitro venga a

manca "per qualsiasi motivo", al fine di assicurare la continuità del collegio arbitrale.

Nessuna specifica contestazione è stata sollevata dall'odierno ricorrente al fine di sostenere che la sostituzione fosse inficiata dalla volontà della parte di modificare la propria precedente scelta in conseguenza e a motivo dell'individuazione del terzo arbitro ad opera della camera arbitrale.

In mancanza di una simile contestazione, che ricollegasse l'avvenuta sostituzione alla volontà della parte di calibrare l'arbitro di propria scelta sulla terza nomina intervenuta, rimaneva irrilevante, ai fini di valutare la legittimità della sostituzione, il momento in cui la stessa era avvenuta, dato che la sostituzione può liberamente avvenire ogni qual volta l'arbitro venga a mancare.

Sarebbe al più potuto venire in rilievo soltanto il profilo del rispetto delle modalità stabilite per la nomina, che però non risulta essere stato oggetto di contestazione.

11. Il quinto motivo di ricorso denuncia, ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 3, cod. proc. civ., la violazione e falsa applicazione degli artt. 11 delle preleggi e 829, comma 2, cod. proc. civ. nel testo previgente al d. lgs. 40/2006: la Corte d'appello, nel rilevare che la modificata formulazione dell'art. 829 cod. proc. civ. impediva di ravvisare la nullità del lodo per violazione di diritto, avrebbe erroneamente ritenuto che il nuovo disposto normativo trovasse applicazione anche rispetto a una clausola compromissoria stipulata prima dell'entrata in vigore del d. lgs. 40/2006.

La Corte d'appello, inoltre, avrebbe escluso la presenza, nel percorso motivazionale del lodo, di significative incongruenze, contraddittorietà e violazioni di norme di legge, malgrado il collegio arbitrale avesse fornito una motivazione inconsistente in merito alla sussistenza di un

inadempimento rilevante, tale da giustificare la risoluzione in danno del contratto; inconsistenza di tutta evidenza ove si fosse considerato che le asserite carenze di progettazione esecutiva e mancata tempestiva operosità della stazione appaltante riguardavano aspetti progettuali originari, che non avevano impedito di completare i lavori nella misura del 90%.

Allo stesso modo i giudici distrettuali non avevano considerato che l'impresa, nel lamentare un inadempimento rilevante, avevano introdotto domande risarcitorie rispetto alle quali l'iscrizione di apposita riserva era prevista a pena di decadenza.

12. Il motivo non è fondato, nei termini che si vanno a illustrare.

12.1 La Corte di merito, nel prendere in esame il terzo motivo di impugnazione del lodo, ha ritenuto che la nuova formulazione dell'art. 829 cod. proc. civ. precludesse l'esame della nullità del lodo per motivi di diritto.

L'assunto è errato - e va corretto, ai sensi dell'art. 384, comma 4, cod. proc. civ. - ove si consideri che la clausola arbitrale è contenuta all'interno di un contratto di appalto risalente, pacificamente, al 24 giugno 2002.

In vero, secondo la giurisprudenza di questa Corte l'art. 829, comma 3, 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 medesimo decreto legislativo, 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, comma 3, 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, comma 2, 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. U., 9284/2016).

12.2 L'amministrazione ricorrente individua in questa sede la violazione di legge, su cui la Corte distrettuale si sarebbe dovuta pronunciare, nel fatto che l'accoglimento delle domande presentate dall'impresa Varzi non trovava giustificazione nell'iscrizione di apposita tempestiva^o iscrizione che il collegio arbitrale aveva ritenuto non necessaria in considerazione della mancanza di un registro di contabilità senza tenere conto della possibilità per l'appaltatore di esprimere le proprie riserve attraverso qualsivoglia comunicazione indirizzata all'amministrazione.

Ora, non era certo deducibile avanti alla Corte distrettuale l'erroneo accertamento della mancanza o dell'inesistenza del registro di contabilità (a causa di un'asserita enfaticizzazione oltre misura di mere irregolarità formali), trattandosi di una valutazione dei fatti dedotti dalle parti nel giudizio arbitrale e delle prove acquisite nel corso del procedimento che non poteva essere contestata per mezzo dell'impugnazione per nullità del lodo (v. Cass. 16553/2020, Cass. 13968/2011).

La violazione di diritto, inoltre, era stata denunciata – stando a quanto rappresentato alle pagg. 26 e 27 del ricorso – non negli stessi termini illustrati in questa sede (vale a dire rappresentando che la mancanza del registro di contabilità ben poteva essere superata attraverso apposita comunicazione rivolta all'amministrazione

comunale), ma semplicemente adducendo la mancanza di *"alcuna riserva, neanche in forma irrituale"* (pag. 26) e sostenendo che l'assenza del registro di contabilità costituiva *"un non determinante presupposto"* (pag. 27).

Una simile genericità comprometteva l'ammissibilità della censura rivolta alla Corte di merito, poiché era necessario che l'impugnante da un lato indicasse specificamente, o rendesse quanto meno desumibile con chiarezza dal complesso delle proprie difese, le norme in tesi violate dal collegio arbitrale, dall'altro individuasse con puntualità le affermazioni in diritto contenute nel lodo impugnato che intendeva contestare e illustrasse in maniera argomentata le ragioni per cui le stesse si ponevano in contrasto con le norme regolatrici della fattispecie e con l'interpretazione delle stesse fornita dalla giurisprudenza o dalla prevalente dottrina.

12.3 Non erra, infine, la Corte di merito laddove ritiene che la contraddittorietà del lodo possa essere fatta valere (nel senso previsto in precedenza dall'art. 829, comma 1, n. 4, cod. proc. civ. ed ora dall'art. 829, comma 1, n. 9, cod. proc. civ.) quando sussista una contraddittorietà evidente fra parte motiva e dispositiva.

Infatti la sanzione di nullità prevista - dalla precedente e dall'attuale disciplina - per il lodo contenente disposizioni contraddittorie deve esser intesa nel senso che siffatta contraddittorietà deve emergere tra le diverse componenti del dispositivo, ovvero tra la motivazione ed il dispositivo, mentre la contraddittorietà interna tra le diverse parti della motivazione, non espressamente prevista tra i vizi che comportano la nullità del lodo, può assumere rilevanza, quale vizio del lodo, soltanto in quanto determini l'impossibilità assoluta di ricostruire l'iter logico e giuridico sottostante alla decisione per totale

assenza di una motivazione riconducibile al suo modello funzionale (v. Cass. 1258/2016, Cass. 11895/2014).

Non rientra in questi ristretti limiti l'inconsistenza della motivazione denunciata dall'odierno ricorrente, in termini non di totale assenza di una motivazione, ma di motivazione sorprendente nel suo sviluppo logico.

13. Il sesto motivo di ricorso denuncia, a mente dell'art. 360, comma 1, n. 5, cod. proc. civ., l'"omesso esame di fatti, dibattuti fra le parti e decisivi per il giudizio, già valutati e decisi dal collegio arbitrale in aperta violazione di norme e principi di diritto"; tali fatti sarebbero costituiti, da un lato, dalla questione circa il dichiarato inadempimento rilevante del Comune di Guardavalle, malgrado a soli sette mesi dall'inizio dei lavori il 94% degli stessi fosse stato già realizzato e consegnato, dall'altro dalla formulazione di domande che erano state ritenute ammissibili sull'erroneo e falso presupposto della mancanza o dell'inesistenza del registro di contabilità.

14. Il motivo è inammissibile.

L'art. 360, comma 1, n. 5, cod. proc. civ. nel suo attuale testo riguarda un vizio specifico denunciabile per cassazione relativo all'omesso esame di un fatto controverso e decisivo per il giudizio, nozione da intendersi come riferita a un preciso accadimento o una precisa circostanza in senso storico-naturalistico e non ricomprensive questioni o argomentazioni, dovendosi di conseguenza ritenere inammissibili le censure irritualmente formulate che estendano il paradigma normativo a quest'ultimo profilo (v. Cass. 14802/2017 e Cass. 21152/2014).

Non risulta perciò censurabile sotto il profilo dedotto la mancata valutazione di questioni e argomentazioni difensive dedotte dalla parte, come propone il ricorrente all'interno della censura in esame.

Entrambe le questioni dedotte, peraltro, fanno riferimento ad accertamenti (omessi o erroneamente effettuati) di nessuna decisività, ove si consideri che simili contestazioni in fatto non erano deducibili di fronte alla Corte distrettuale, la quale era legittimata a esaminare la sola violazione di norme di diritto, nei limiti in precedenza descritti.

15. Per tutto quanto sopra esposto, il ricorso deve essere respinto.

Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso e dichiara assorbito il ricorso incidentale condizionato proposto dal controricorrente.

Condanna il ricorrente al rimborso delle spese del giudizio di cassazione, che liquida in € 10.200, di cui € 200 per esborsi, oltre accessori come per legge e contributo spese generali nella misura del 15%.

Ai sensi dell'art. 13, comma 1-*quater*, del d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, nel testo introdotto dall'art. 1, comma 17, della legge 24 dicembre 2012, n. 228, si dà atto della sussistenza dei presupposti processuali per il versamento, da parte del ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato, pari a quello per il ricorso, a norma del comma 1-*bis* dello stesso art. 13, ove dovuto.