

Civile Ord. Sez. 1 Num. 15175 Anno 2021

Presidente: TIRELLI FRANCESCO

Relatore: CARADONNA LUNELLA

Data pubblicazione: 31/05/2021



ORDINANZA

sul ricorso n. 18685/2015 proposto da:

Amministrazione provinciale di Isernia, nella persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa, giusta mandato a margine del ricorso per cassazione, dall'Avv. Prof. Italo Spagnuolo Vigorita, con domicilio eletto in Roma, via Trionfale, n. 5637, presso lo studio dell'Avv. Gabriele Ferabecoli.

- ricorrente -

contro

Impresa Costruzioni Giuseppe Maltauro S.p.a., nella persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avv. Alfredo Biagini, presso il cui studio è elettivamente domiciliato in Roma, via

ORD
1994
2021



Monte Zebio, n. 30, giusta procura speciale redatta in calce al presente controricorso.

- controricorrente -

avverso la sentenza della Corte di appello di ROMA n. 5643/2015, pubblicata in data 16 settembre 2014;

udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 28/04/2021 dal consigliere Lunella Caradonna;

RILEVATO CHE

1. Con sentenza del 16 settembre 2014, la Corte di appello di Roma ha rigettato l'impugnazione proposta dall'Amministrazione provinciale di Isernia proposta avverso il lodo arbitrale pronunciato in data 11 giugno 2008, che aveva condannato l'Amministrazione provinciale al pagamento, in favore dell'Impresa di Costruzioni Maltauro, della somma di euro 2.286.338,44, di cui euro 1.481.066,76 per somme pretese alla data del 31 gennaio 1995 ed euro 805.271,68 per interessi su dette somme fino al 31 marzo 2009, oltre interessi legali fino al soddisfo.

2. La domanda dell'Impresa di Costruzioni Maltauro aveva ad oggetto somme dovute a titolo di interessi per ritardo nel pagamento di acconti e saldi del corrispettivo di 4 contratti di appalto dei lavori per il lotto n. 4, denominato «Fondo Valle Trigno», nn. 388, 723, 1596 e 1635, stipulati, rispettivamente il 29 gennaio 1975, il 16 maggio 1979, l'8 aprile 1983, e il 15 settembre 1983, tra la Provincia di Isernia e la CIFA s.p.a. (società che, a seguito di diversi processi di fusione, aveva, infine, incorporato la Impresa Costruzioni Maltauro).

3. La Corte di appello, a sostegno della sentenza impugnata, ritenuta l'applicabilità delle disposizioni anteriori alle modifiche introdotte con il decreto legislativo n. 40/2006, ha ritenuta sussistente la clausola arbitrale con riferimento ai contratti di appalto nn. 1596 e 1635 del



1983 per l'espresso richiamo contenuto agli articoli 1 di ambedue i contratti al Capitolato generale a stampa per gli appalti delle opere di competenza della Cassa per il Mezzogiorno approvato dal Consiglio di Amministrazione nella seduta del 7 giugno 1963 (contratto n. 1596 del 1983) e al Contratto generale d'appalto per le opere e le forniture finanziate dalla Cassa per il Mezzogiorno approvato dal Consiglio di Amministrazione nella seduta del 20 gennaio 1965 e per gli aggiornamenti del 7 giugno 1968 (contratto n. 1635 del 1983), nonché in applicazione della normativa di cui agli artt. 44 e ss. del Capitolato generale di appalto delle opere e forniture finanziate dalla Cassa per il Mezzogiorno e dagli artt. 42 e ss. del Capitolato generale per le opere di competenza del Ministero dei lavori pubblici, normativa applicabile ai sensi dell'espresso rinvio contenuto nell'art. 8 della legge n. 646/1950, istitutiva della Cassa per le opere straordinarie di pubblico interesse nell'Italia meridionale.

4. I giudici di secondo grado hanno, poi, rilevato che:

- non sussisteva alcun atto di declinatoria dalla competenza arbitrale da parte dell'Amministrazione provinciale nel termine di sessanta giorni dalla notifica della domanda di arbitrato (21 novembre 2005), nemmeno contenuta nella comparsa di costituzione; peraltro la stessa Provincia aveva sostenuto, in sede di opposizione al decreto ingiuntivo ottenuto dalla Impresa Costruzioni Maltauro, proprio la competenza del Collegio arbitrale, tesi accolta dalla Corte di appello di Campobasso, che, con sentenza n. 130 del 2005, aveva declinato la propria incompetenza, in favore della competenza arbitrale;
- non vi erano i presupposti per l'applicabilità dell'art. 3, comma 21, legge n. 244/2007 (che prevedeva l'obbligo di declinare la competenza arbitrale per le pubbliche amministrazioni), in virtù dell'art. 15 del decreto legge n. 248/2007, convertito con modificazioni dalla legge n. 31/2008, poiché il Collegio arbitrale si era



costituito il 18 ottobre 2007 ed era stato integrato il 18 febbraio 2008 e, per converso, la norma si applicava a far data dal 28 febbraio 2008;

- la domanda proposta ai sensi dell'art. 47 del Capitolato Generale di appalto delle opere finanziate dalla Cassa per il Mezzogiorno non era tardiva, trattandosi di pretese dell'appaltatore sorte dopo il collaudo e non trovando applicazione il termine di 60 giorni dalla comunicazione della risoluzione in via amministrativa della pretesa, applicandosi questo termine alle controversie insorte tra la Direzione Lavori e l'appaltatore a seguito della iscrizione di riserve formulate in corso d'opera dalla impresa;
- il lodo non era nullo per incompetenza del Collegio arbitrale, perché l'art. 150 del d.P.R. n. 554/1999, l'art. 32, comma 2 *ter* della legge n. 109/1994, come modificato dall'art. 5, comma 16 *sexies*, della legge n. 80/2005 e l'art. 241 del decreto legislativo n. 263/2006, avevano stabilito la competenza della Camera arbitrale a nominare il terzo arbitro e che, in ogni caso, ai contratti in esame andava applicata la disciplina avente natura normativa e non contrattuale contenuta nel d.P.R. n. 1063/1962;
- l'eccezione del difetto di legittimazione attiva della Impresa Costruzioni Maltauro era inammissibile perché, essendo stata reiterata senza specifica censura, non consentiva un giudizio rescindente alla Corte; risultava, in ogni caso, corretta la decisione del Collegio arbitrale che aveva assimilato alla successione nel contratto e alla cessione di credito l'incorporazione societaria;
- la censura del difetto di legittimazione passiva della Provincia era inammissibile perché non aveva criticato la specifica motivazione sul punto del Collegio arbitrale, il quale aveva escluso l'applicazione del disposto dell'art. 9 *bis* del decreto legislativo n. 96/1993 (che aveva disciplinato i rapporti all'esito della soppressione della Cassa e della Agensud con attribuzioni di competenze alla Cassa depositi e prestiti), a mente della previsione letterale della seconda parte della norma;



era corretta la decisione del Collegio arbitrale perché la Provincia di Isernia rivestiva la veste di Stazione appaltante, essendo limitato il subentro della Cassa depositi e prestiti alle sole ipotesi di pretese di maggiori compensi a qualunque titolo per i quali fosse stato definito ogni contenzioso al riguardo (art. 9 *bis*, seconda parte, del decreto legislativo n. 96/1993);

-non comportava alcuna nullità l'omessa comunicazione del lodo, ai sensi dell'art. 825, comma primo, cod. proc. civ., nella formulazione *ratione temporis* applicabile, non trattandosi di formalità prescritta a pena di nullità e non avendo le parti previsto l'osservanza di detta formalità a pena di nullità;

-le ulteriori doglianze attenevano al merito della domanda e si risolvevano nella mera riproposizione delle difese già spiegate in sede arbitrale e richiamate, come espressamente era stato precisato, per l'ipotesi di pronuncia di nullità del lodo cui dovesse far seguito una fase rescissoria.

5. L'Amministrazione Provinciale di Isernia ricorre per la cassazione della sentenza della Corte di appello di Roma con atto affidato a quattro motivi.

6. L'Impresa Costruzioni Giuseppe Maltauro S.p.a., resiste con controricorso.

CONSIDERATO CHE

1. Va preliminarmente rigettata, perché infondata, l'eccezione di inammissibilità del ricorso, sollevata dalla società controricorrente, per la violazione del disposto di cui all'art. 360 *bis*, primo comma, n. 1, cod. proc. civ., posto che la condizione di ammissibilità del ricorso, indicata nell'art. 360 *bis* n. 1 cod. proc. civ., introdotta dall'art. 47 della legge 69 del 2009, non è integrata dalla mera dichiarazione, espressa nel motivo, di porsi in contrasto con la giurisprudenza di legittimità,



laddove non vengano individuate le decisioni e gli argomenti sui quali l'orientamento contestato si fonda (Cass., 8 febbraio 2011, n. 3142).

2. Con il primo motivo l'Amministrazione provinciale ricorrente deduce l'erroneità della sentenza per violazione e falsa applicazione dell'art. 829, primo comma, n. 1, cod. proc. civ., in relazione all'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 47 del Capitolato approvato con d.P.R. n. 1063/1962 ed all'inesistenza e/o nullità della clausola compromissoria, nonché il contrasto con il principio affermato da Cass., Sez. U., 30 aprile 2008, n. 10873.

L'Amministrazione ricorrente assume che l'affermazione del «valore normativo e non contrattuale» delle previsioni contenute nel Capitolato generale non giustificano l'obbligatorietà delle previsioni contenute nel Capitolato generale, ma comportano la radicale «nullità della clausola compromissoria riproduttiva della norma dichiarata incostituzionale»; il richiamo *per relationem* dei due contratti del 1983 alle norme del capitolato (che trovano applicazione «per tutto quanto non espressamente previsto in contratto»), senza alcun accenno alla compromettibilità in arbitri delle questioni nascenti dall'interpretazione ed esecuzione di ciascun contratto rendeva evidente la mancanza di alcuna «concorde e specifica volontà delle parti» di volere derogare alla giurisdizione statale e comportava la radicale nullità della clausola compromissoria a prescindere da ogni verifica della volontà della parte di accettare o rifiutare la competenza arbitrale.

3. Con il secondo motivo l'Amministrazione provinciale ricorrente deduce l'erroneità della sentenza per violazione e falsa applicazione dell'art. 829, primo comma, n. 1, cod. proc. civ., in relazione all'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 47 del Capitolato approvato con d.P.R. n. 1063/1962 e alla conseguente illegittimità della clausola compromissoria, nonché il contrasto con il principio affermato da Cass., Sez. U., 30 aprile 2008, n. 10873 e



l'insufficiente e contraddittoria motivazione su un fatto decisivo per il giudizio.

L'Amministrazione ricorrente assume che erroneamente la Corte aveva ritenuto infondato il secondo motivo di impugnazione del lodo sulla derogabilità unilaterale della clausola compromissoria perché l'art. 48 del Capitolato Casmez che prevedeva il termine perentorio di 60 giorni era stato abrogato; la Corte Costituzionale aveva previsto che la declinatoria poteva essere esercitare in ogni momento e fino alla nomina degli arbitri e che, comunque, la declinatoria era stata esercitata con atto di significazione e diffida del 27 febbraio 2007 e con atto di nomina di arbitro del 7 febbraio 2008 e poi nella memoria di costituzione nel giudizio arbitrale del 10 marzo 2008; che la volontà di declinare la lite era stata manifestata con la domanda di citazione in opposizione a decreto ingiuntivo presentata davanti al Tribunale di Isernia, giusta previsione dell'art. 48 del Capitolato Casmez secondo cui «la parte attrice ha la facoltà di escludere la competenza arbitrale proponendo, entro il termine previsto per la proposizione della domanda di arbitrato, la citazione a comparire al giudice competente a norma del codice di procedura civile»; la pronuncia della Corte di appello di Campobasso che declinava la propria competenza in favore del collegio arbitrale sortiva soltanto l'effetto di rendere incontestabile l'incompetenza dichiarata e non anche quello di radicare la competenza di un organo estraneo alla giurisdizione statale e in quanto pronuncia di mero disconoscimento di un presupposto processuale non era idonea a spiegare autorità di giudicato nell'ambito di un diverso processo.

3.1 I motivi, che vanno trattati unitariamente perché connessi, sono infondati.

3.2 Nel caso in esame, si legge nella sentenza impugnata (pag. 7), ma è circostanza non contestata dalle parti, che la società Maltauro aveva ottenuto decreto ingiuntivo per il credito in questione e che la Provincia di Isernia aveva proposto opposizione sollevando in quella sede anche



la questione della devoluzione al Collegio arbitrale della controversia; tale questione era stata ritenuta fondata dalla Corte d'Appello di Campobasso che, con sentenza n. 130 del 2005, non impugnata, in accoglimento del gravame proposto dalla Provincia, aveva dichiarato la propria incompetenza giurisdizionale per essere la controversia devoluta alla cognizione arbitrale; la società Maltauro, all'esito di tale pronuncia, aveva poi proposto domanda di arbitrato.

3.4 Ciò posto, questa Corte ha affermato che in tema di contratti di appalto pubblico relativi alla realizzazione di opera pubblica, gli effetti della sentenza della Corte costituzionale n. 152 del 1996 - con cui, dichiarandosi l'illegittimità costituzionale dell'obbligatoria devoluzione al giudizio arbitrale delle controversie insorte tra amministrazione appaltante ed appaltatore, prevista dall'art. 16 della legge n. 741 del 1981, è stata ripristinata la facoltà declinatoria di cui al testo originario dell'art. 47 del capitolato generale delle opere pubbliche, approvato con il d.P.R. n. 1063 del 1962 - operano, data la portata retroattiva delle pronunce di incostituzionalità, anche con riguardo all'ipotesi in cui una delle parti, esercitando la facoltà di deroga ancor prima della pubblicazione della sentenza della Corte costituzionale, abbia adito il giudice ordinario: ciò, sia perché, per effetto dell'illegittimità costituzionale, la nullità della declinatoria è venuta meno, sia perché la proposizione della domanda, pur anticipata davanti al giudice ordinario, rientra sicuramente fra quegli «atti unilaterali di ciascuno dei contraenti» (l'appalto) idonei ad escludere la competenza arbitrale, la omessa previsione dei quali da parte del legislatore costituisce il vizio di illegittimità costituzionale accertato dal giudice delle leggi (Cass., 17 gennaio 2013, n. 1166).

Nello specifico, è stato affermato che nelle controversie nascenti da un contratto di appalto di opere pubbliche, deferite, in via generale, ad arbitri dall'art. 43 del Capitolato generale approvato con d.P.R. n. 1063/1962, la facoltà, riconosciuta ad entrambi i contraenti, di



chiedere la deroga alla competenza arbitrale, esclusa dall'art. 16 della legge n. 741/1981 (che aveva modificato il testo dell'art. 47 del Capitolato) è stata ripristinata, con effetto «ex tunc», a seguito della dichiarazione di illegittimità costituzionale del detto art. 16 con la sentenza 9 maggio 1996, n. 152, senza che - per gli appalti dello Stato e degli altri enti pubblici - tenuti per legge all'osservanza delle disposizioni del citato Capitolato generale - rilevi in senso contrario la circostanza che le parti abbiano recepito la normativa poi caducata attraverso il rinvio alle norme del capitolato generale, essendo in realtà detta volontà negoziale soltanto ricognitiva della legge, fonte diretta della «relatio».

3.5 Pertanto le parti erano tenute all'osservanza delle disposizioni del Capitolato generale approvato con d.P.R. n. 1063/1962 e, quindi, anche all'osservanza delle modifiche apportate all'art. 47 di detto Capitolato dall'art. 16 della legge n. 741/1981, posto che anche questa norma è stata espressamente recepita e che, dunque, operava in relazione ai contratti di appalto con valore normativo e non contrattuale: ancorché fosse richiamato o riportato nelle clausole contrattuali, in quanto in tal caso è la legge a costituire fonte diretta della *relatio* e dell'arbitrato in essa compreso, mentre la clausola contrattuale che faccia riferimento al capitolato generale ovvero alle disposizioni di esso relative all'arbitrato, non è idonea a sostituirsi come fonte negoziale alla legge medesima, rivestendo carattere soltanto ricognitivo di essa.

Ed allora, dalla dichiarata illegittimità costituzionale dell'obbligatoria devoluzione al giudizio arbitrale delle controversie insorte tra Amministrazione appaltante ed appaltatore, prevista dal menzionato art. 16 della legge n. 741/1981, consegue il ripristino della facoltà declinatoria di cui al testo originario dell'art. 47 del Capitolato generale, la quale opera, data la portata retroattiva delle pronunce di incostituzionalità, non solo dal giorno successivo alla declaratoria, ma



anche con riguardo alle fattispecie anteriori alla pubblicazione di detta sentenza travolgendo *ab initio* diritti ed obbligazioni costituiti tra le parti che su di essa si fondavano.

Deve, quindi, rilevarsi che la dichiarazione d'illegittimità dell'arbitrato obbligatorio non ha caducato la clausola, ma ha ripristinato la facoltatività e la necessità di declinare, nei termini, la competenza arbitrale, facoltà che l'Amministrazione provinciale non poteva più esercitare dopo avere invocato la clausola compromissoria nel precedente giudizio e, comunque, tale scelta doveva essere fatta valere nei termini di cui alla norma, non abrogata, dell'art. 48 del Capitolato Casmez.

4. Con il terzo motivo l'Amministrazione provinciale ricorrente deduce l'erroneità della sentenza per violazione e falsa applicazione dell'art. 829, comma primo, n. 1, cod. proc. civ., in relazione al principio enunciato da Cass., 12 giugno 2006, n. 13582 (secondo cui ai sensi del combinato disposto degli artt. 46 e 47 del Capitolato Generale delle Opere pubbliche, la domanda deve essere proposta nel termine di sessanta giorni decorrenti dalla comunicazione della pronuncia declinatoria della competenza del giudice precedentemente adito) e al principio di cui all'art. 50 cod. proc. civ., nonché per violazione e falsa applicazione del principio desumibile dal combinato disposto degli artt. 1224 cod. civ. e 5, comma quarto, legge n. 741/1981, avendo la Corte di appello basato la sua decisione su un isolato precedente della Suprema Corte del 16 aprile 2002, n. 5468 e che era errata la statuizione della Corte che non aveva dichiarato la nullità del lodo arbitrale che era stato proposto dall'appaltatore ben oltre la scadenza dei termini di prescrizione e di decadenza decorrenti dalla data di effettuazione del collaudo.

4.1 Il motivo è in parte infondato e in parte inammissibile.

4.2 La Corte di appello ha ritenuto infondato il quarto motivo di gravame proposto dall'Amministrazione provinciale ed avente ad



oggetto la nullità del lodo per pronuncia su domanda tardivamente proposta ai sensi dell'art. 47 Cap. Gen. App. Casmez, sul presupposto che il termine perentorio di 60 giorni non trovava applicazione nell'ipotesi di specie, che riguardava il mancato pagamento degli interessi maturati per ritardi sui saldi ed acconti, trovando la norma applicazione con specifico riferimento alle controversie insorte fra la Direzione Lavori e l'appaltatore a seguito delle iscrizioni di riserve formulate in corso d'opera dalla impresa.

La Corte territoriale ha fatto, contrariamente a quanto assume l'Amministrazione ricorrente, corretta applicazione del principio statuito da questa Corte secondo cui *«In tema di appalto di opere pubbliche, la speciale disciplina delle forme e dei termini impugnatori prevista dagli artt. 46 e 47 del capitolato generale approvato con d.P.R. 16 luglio 1962, n. 1063, si riferisce esclusivamente alle controversie di cui al precedente art. 42 -ossia a quelle "insorte fra il direttore dei lavori e l'appaltatore" a seguito delle domande (o delle riserve) che, in corso d'opera, formuli l'impresa con onere di loro iscrizione nei documenti contabili, in calce ai quali il direttore dei lavori espone le sue controdeduzioni-, le quali vanno previamente risolte in via amministrativa (a norma del regolamento approvato con R.D. 25 maggio 1895, n. 350) con provvedimento dalla notifica del quale decorre il termine perentorio di 60 giorni per proporre l'istanza di arbitrato o la domanda al giudice competente»* (Cass., 16 aprile 2002, n. 5468).

Ed invero, è decisivo il richiamo alle controversie insorte fra il direttore dei lavori e l'appaltatore, a seguito delle domande o delle riserve che, in corso d'opera, formula l'impresa con onere della loro iscrizione nei documenti contabili, perché è solo con riferimento a tale tipologia di controversia che rileva una risoluzione in via amministrativa delle stesse controversie, a norma del regolamento approvato con il decreto



n. 350/1895, per disposto del comma primo dell'art. 42 del d.P.R. n. 1063/1962.

Ed è, infatti, «dalla notificazione del provvedimento che ha risolto la controversia in sede amministrativa» che, ai sensi del successivo art. 46 dello stesso d. P. R. n. 1063/1062, decorre, a pena di decadenza, il termine di 60 giorni per proporre l'istanza di arbitrato, ovvero (ex art. 47 d.P.R. n. 1063/1062) la domanda al giudice competente.

Nel caso in esame, per converso, non è sorta alcuna controversia, nel corso dei lavori, tra il direttore di questi e l'impresa, con la conseguenza che non si era attivata alcuna procedura di risoluzione in via amministrativa e nessun provvedimento di rigetto delle domande dell'appaltatore iscritte nei documenti contabili era stato adottato dalla amministrazione idoneo a fare decorrere il termine, decadenziale in questione, che, dunque, nel caso in esame non poteva venire in rilievo.

4.3 E' inammissibile, invece, il profilo di censura riguardante la violazione dell'art. 50 cod. proc. civ. secondo cui il termine per la riassunzione della causa era quello di sei mesi decorrenti dalla pubblicazione della sentenza che aveva dichiarato l'incompetenza del giudice adito, per difetto di specificità e di autosufficienza, non risultando che lo stesso sia stato prospettato come motivo di impugnazione alla Corte territoriale.

Ed invero, le censure proposte in cassazione non possono esaurirsi nel richiamo a principi di diritto, con invito a controllarne l'osservanza da parte degli arbitri e della corte territoriale, ma esigono un pertinente riferimento ai fatti ritenuti dagli arbitri, per rendere autosufficiente ed intellegibile la tesi per cui le conseguenze tratte da quei fatti violerebbero i principi medesimi, nonché l'esposizione di argomentazioni chiare ed esaurienti, illustrative delle dedotte inosservanze di norme o principi di diritto, che precisino come abbia avuto luogo la violazione ascritta alla pronuncia di merito (Cass., 23 luglio 2020, n. 15820; Cass., 18 ottobre 2013, n. 23675).



5. Con il quarto motivo l'Amministrazione provinciale ricorrente deduce l'erroneità, in via subordinata, della sentenza per violazione e falsa applicazione del principio, sancito dalla sentenza del Consiglio di Stato, 17 ottobre 2003, n. 6335 e dal decreto legge n. 35/2005, convertito con modificazioni dalla legge n. 80/2005, per cui la nomina del terzo arbitro con funzioni di Presidente doveva essere rimessa all'accordo fra gli Arbitri designati dalle parti, in conformità anche al disposto di cui all'art. 48 del Capitolato CASMEZ, ritenuto dalla Corte territoriale applicabile *per relationem*, e mai avrebbe dovuto essere disposta d'autorità dal Presidente della Camera arbitrale.

5.1 Il motivo è infondato.

5.2 La Corte territoriale ha ritenuto corretta la motivazione assunta dal Collegio arbitrale che aveva stabilito che la competenza della camera arbitrale a nominare il terzo arbitro discendeva dagli artt. 150 del d.P.R. n. 554/1999, 32, comma 2 *ter* della legge n. 109/1994, come modificato dall'art. 5, comma 16 *sexies*, della legge n. 80/2005 e 241 del decreto legislativo n. 263/2006 e che, in ogni caso, ai contratti in esame andava applicata la disciplina avente natura normativa e non contrattuale contenuta nel d.P.R. n. 1063/1962.

5.3 Ed invero, ai fini della nomina del collegio arbitrale, deve aversi riguardo alle date sia dell'accesso al giudizio arbitrale (domanda di arbitrato notificata in data 20 dicembre 2005), sia della costituzione del collegio arbitrale (delibera del Consiglio della Camera arbitrale del 18 luglio 2006) e al contenuto della clausola compromissoria.

L'art. 48 del Capitolato Casmez disponeva che la nomina del terzo Arbitro con funzioni di Presidente del Collegio avrebbe dovuto essere rimessa all'accordo fra gli arbitri nominati dalle parti.

L'art. 32, comma 2 *ter*, della legge n. 109/1994 (abrogata dall'art. 256 del decreto legislativo n. 163/2006, con la decorrenza indicata nell'art. 257 dello stesso decreto, 19 aprile 2006) dispone che: «In caso di mancato accordo per la nomina del terzo arbitro, ad iniziativa della



parte più diligente, provvede la Camera arbitrale, scegliendolo nell'albo previsto dal regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 21 dicembre 1999, n. 554. Ai giudizi costituiti ai sensi del presente comma si applicano le norme di procedura di cui al citato decreto del Ministro dei lavori pubblici 2 dicembre 2000, n. 398».

L'art. 241, comma 15, del decreto legislativo n. 163/2006 prevede che: «In caso di mancato accordo per la nomina del terzo arbitro, ad iniziativa della parte più diligente, provvede la camera arbitrale, sulla base di criteri oggettivi e predeterminati, scegliendolo nell'albo di cui all'articolo 242».

5.4 Questa Corte, in materia di costituzione del collegio arbitrale e di disciplina applicabile, ha affermato che «In tema di arbitrato cd. amministrato di lavori pubblici, la norma transitoria di cui all'art. 253, comma 34, del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 del 2006 dispone, quanto alla disciplina dell'arbitrato di cui agli artt. 241, 242 e 243 del medesimo codice dei contratti pubblici, la salvezza delle clausole compromissorie e delle procedure arbitrali antecedenti alla sua entrata in vigore, nei soli casi ivi specificamente previsti ed alla condizione che i collegi arbitrali risultino già costituiti entro tale data; ne consegue l'immediata applicabilità delle nuove disposizioni, aventi carattere inderogabile, riguardo ai collegi arbitrali relativi ad appalti non ricadenti nel d.P.R. n. 1063 del 1962» (Cass., 28 febbraio 2018, n. 4719; Cass., 17 dicembre 2020, n. 28871).

Più specificamente, la norma transitoria di cui al comma 34 dell'art. 253 del decreto legislativo n. 163/2006 prevede, quanto alla disciplina dell'arbitrato di cui agli artt. 241, 242 e 243 del medesimo codice dei contratti pubblici, la salvezza delle clausole compromissorie e delle procedure arbitrali antecedenti all'entrata in vigore del ripetuto codice nei soli casi di cui alle lett. a) («Sono fatte salve le disposizioni che prevedono la costituzione di collegi arbitrali in difformità alla normativa abrogata a seguito dell'entrata in vigore del citato d.P.R. n. 554 del



1999, contenute nelle clausole di contratti o capitolati d'appalto già stipulati alla data di entrata in vigore del citato d.P.R. n. 554 del 1999, a condizione che i collegi arbitrali medesimi risultino già costituiti alla data di entrata in vigore della presente disposizione;»), 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;») e c) («sono fatte salve le norme transitorie di cui alle lettere a) e b), i giudizi arbitrali nei quali siano stati già nominati i due arbitri delle parti, si svolgono secondo le norme vigenti prima dell'entrata in vigore del presente codice;») del comma 34 citato.

In particolare, questa Corte ha affermato che «La complessa vicenda normativa dell'arbitrato nei contratti pubblici, segnata da talune pronunce della Corte costituzionale (sentenze 14 luglio 1977, n. 127 e 9 maggio 1996, n. 152, tra le altre) e dipanatasi a partire dalla legge n. 109 del 1994, evidenzia come il principio della tutela della libera volontà delle parti di compromettere in arbitri si risolva nella garanzia dell'opzione per il giudizio ordinario, cui si contrappone, quale unica alternativa arbitrale, l'arbitrato (rituale) "amministrato" dalla Camera arbitrale per i lavori pubblici, cui le parti possono ricorrere in via sussidiaria in caso di mancato accordo sulla scelta del terzo arbitro, come disposto dall'art. 241, comma 5, del decreto legislativo n. 163/2006. Tale alternativa porta ad affermare, per ragioni di coerenza sistemica, il carattere inderogabile delle previsioni di cui agli artt. 241, 242 e 243 del decreto legislativo n. 163/2006, salvo le eccezioni specificate dal comma 34 dell'art. 253 come sopra interpretato» (Cass., 28 febbraio 2018, n. 4719, citata).



5.5 I principi normativi e giurisprudenziali richiamati sono stati rispettati dalla motivazione del Collegio, ritenuta corretta e condivisa dalla Corte territoriale, poiché nel caso in esame è circostanza non contestata che le parti avevano nominato i propri arbitri, ma questi non avevano trovato l'accordo per la nomina del Presidente del Collegio arbitrale e l'art. 32, comma 2 *ter*, della legge n. 109/1994, applicato in ragione della data dell'introduzione della domanda di arbitrato, disponeva che, in caso di mancato accordo per la nomina del terzo arbitro, doveva provvedere la Camera arbitrale ad iniziativa della parte più diligente.

Ma anche a volere considerare l'art. 241, comma 15, del decreto legislativo n. 163/2006, pure richiamato dalla Corte di appello, in ragione della data della decisione del Consiglio della Camera arbitrale del 18 luglio 2006, corretta è la nomina del Presidente del Collegio da parte della Camera arbitrale in mancanza di accordo degli arbitri nominati dalle parti.

Ciò in conformità anche dell'art. 48 del Capitolato CASMEZ, dato che, per l'appunto, le parti avevano rimesso ai rispettivi arbitri già nominati l'individuazione del nominativo del terzo arbitro, con funzioni di Presidente e che gli arbitri non avevano condiviso in merito alcuna scelta.

5.6 Mette conto rilevare che nulla involge la sentenza del Consiglio di Stato 17 ottobre 2003, n. 6335, tenuto conto delle motivazioni della dichiarata illegittimità dell'art. 150, comma 3, del del d.P.R. n. 554/1999.

I giudici amministrativi, infatti, hanno affermato che l'art. 150, comma 3, del d.P.R. n. 554/1999 è illegittimo e deve essere annullato, nella parte in cui sottrae alla libera determinazione delle parti la scelta del terzo arbitro con funzioni di presidente, attribuendola invece alla Camera arbitrale per i lavori pubblici, specificando che la nomina degli arbitri, compreso a fortiori il



presidente del collegio, non può che essere attribuita alle parti, alla stregua del principio fondante contenuto nel cod. proc. civ. (art. 810), secondo il quale la nomina è compiuta dal presidente del tribunale soltanto nei casi in cui una parte abbia omesso di nominare il proprio arbitro ovvero le parti non abbiano trovato l'accordo (come nel caso in esame) entro un dato termine ovvero abbiano demandato ad un terzo che non vi abbia provveduto o al presidente stesso la nomina di uno o più arbitri.

La dichiarazione di illegittimità è stata, infatti, esplicitamente fondata, sul contrasto della disposizione dichiarata illegittima con l'art. 32, comma 3, della legge n. 109/1994 e successive modifiche, con i principi sanciti dagli artt. 809 e ss. cod. proc. civ., nonché con il principio secondo cui la scelta del presidente del collegio di un arbitrato volontario non può che essere attribuita alle parti, alla stregua del principio fondante contenuto all'art. 810 cod. proc. civ. e deve essere annullato

5.7 Ne consegue che il collegio arbitrale in questione è stato validamente costituito.

7. Per quanto esposto, il ricorso va rigettato e la l'Amministrazione ricorrente va condannata al pagamento delle spese processuali, sostenute dalla società controricorrente e liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso e condanna la società ricorrente al pagamento, in favore della controricorrente, delle spese del giudizio di legittimità, che liquida in euro 15.000,00 per compensi, oltre alle spese forfettarie nella misura del 15 per cento, agli esborsi liquidati in euro 200,00 ed agli accessori di legge.

Ai sensi dell'articolo 13, comma 1 *quater*, d.P.R.30 maggio 2002, n. 115 del 2002, nel testo introdotto dall'articolo 1, comma 17, legge 24



dicembre 2012, n. 228, si dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte dell'Amministrazione ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato, pari a quello dovuto per il ricorso, a norma del comma 1 *bis* dello stesso art. 13.
Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 28 aprile 2021.

Il Presidente
Francesco Tirelli

Arbitrato in Italia