

Civile Ord. Sez. 1 Num. 16411 Anno 2021

Presidente: TIRELLI FRANCESCO

Relatore: LAMORGESE ANTONIO PIETRO

Data pubblicazione: 10/06/2021



sul ricorso 28789/2015 proposto da:

Leprino Costruzioni S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in Roma, Via Bocca di Leone n. 78, presso lo studio dell'avvocato Militerni Giuseppe Mario, rappresentata e difesa dall'avvocato Marchese Giovanni, giusta procura a margine del ricorso;

-ricorrente -

e sul ricorso successivo:

Curatela del Fallimento P.C.E. (Public Contractors Enterprice) S.r.l., in persona del curatore avv. Barbara Schepis, elettivamente domiciliata in Roma, Via Bocca di Leone n. 78, presso lo studio dell'avvocato Militerni Giuseppe Mario, rappresentata e difesa dall'avvocato Amata Carmelo, giusta procura a margine del ricorso;

-ricorrente -

ORD
1985
2021

9



contro

Comune di Patti, in persona del sindaco pro tempore, domiciliato in Roma, Piazza Cavour, presso la Cancelleria Civile della Corte di Cassazione, rappresentato e difeso dall'avvocato Ziino Alessandro, giusta procura in calce alla costituzione di nuovo difensore;

-controricorrente -

avverso la sentenza n. 686/2014 della CORTE D'APPELLO di MESSINA, depositata il 03/10/2014;

udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 28/04/2021 dal cons. LAMORGESE ANTONIO PIETRO.

FATTI DI CAUSA

La società PCE, capogruppo mandataria del RTI costituito con la Leprino Costruzioni, conveniva in giudizio il Comune di Patti e ne chiedeva la condanna al pagamento dei corrispettivi dell'esecuzione di due contratti di appalti stipulati il 26 ottobre 1982 e (prevalentemente) 5 novembre 1986, aventi ad oggetto la costruzione del Palazzo di giustizia.

L'adito tribunale rigettava l'eccezione di incompetenza sollevata dal Comune di Patti in favore degli arbitri, in forza di clausole contrattuali che richiamavano gli artt. 43 ss. del DPR n. 1063 del 1962, e accoglieva la domanda attorea.

La Corte di appello di Messina, con sentenza del 3 ottobre 2014, in accoglimento del gravame del Comune, dichiarava il difetto di competenza del giudice ordinario in favore degli arbitri.

Ad avviso della Corte, le parti avevano espressamente deferito agli arbitri la risoluzione di tutte le controversie tra l'Amministrazione e l'appaltatore inerenti all'esecuzione dei lavori, quale che fosse la loro natura, non vertendosi in tema di arbitrato obbligatorio e non essendosi in presenza di un mero rinvio alle norme del capitolato



generale per le opere pubbliche di cui al dPR n. 1063 del 1962; l'espresso richiamo nei contratti e nei capitolati speciali (artt. 6 e 12) agli artt. 43 ss. del dPR citato produceva l'effetto di «contrattualizzare» la previsione del ricorso all'arbitrato, la cui forza vincolante non era nella legge ma nella volontà negoziale, con conseguente insensibilità delle modifiche normative delle disposizioni richiamate e inapplicabilità della sopravvenuta sentenza della Corte costituzionale n. 152 del 1996; infine sulla incompetenza del giudice ordinario si era formato un giudicato esterno per effetto di una sentenza del Tribunale di Patti (n. 107 del 1997) tra le stesse parti e sul medesimo rapporto contrattuale; in conclusione, la clausola compromissoria era espressione di un accordo negoziale in base al quale non poteva escludersi la competenza arbitrale.

Avverso questa sentenza hanno proposto ricorso per cassazione la Curatela del Fallimento PCE e la Leprino Costruzioni srl. Il Comune di Patti ha resistito con controricorso. Le parti hanno depositato memorie.

RAGIONI DELLA DECISIONE

Il primo motivo di ricorso denuncia violazione e falsa applicazione dell'art. 9 L.R. 26 maggio 1973, n. 21, in relazione agli artt. 43 e 47 del dPR del 1962, nella sua originaria versione tornata in vigore a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 152 del 1996 (dichiarativa dell'illegittimità costituzionale dell'art. 16 della legge n. 741 del 10 dicembre 1981 che, modificando l'originario art. 47, aveva introdotto l'inderogabilità della competenza arbitrale), con l'effetto di ripristinare la norma originaria che ne prevedeva la derogabilità con atto unilaterale di ciascun contraente.

Il secondo motivo denuncia omessa pronuncia e omesso esame del fatto decisivo per il giudizio, costituente oggetto di discussione tra le parti, che il Comune di Patti è un comune siciliano che è obbligato per



legge, ai sensi dell'art. 9 L.R. n. 21 del 1973, a richiamare nei contratti di appalto gli artt. 43 ss. e 47 del dPR n. 1063 del 1962, con la conseguenza che non si era verificata alcuna contrattualizzazione della clausola compromissoria e che trovava applicazione l'intervenuta sentenza della Corte Costituzionale n. 152 del 1996 dichiarativa della illegittimità della legge n. 741 del 1981, art. 16.

Entrambi i motivi, da esaminare congiuntamente, sono fondati.

In punto di fatto, è pacifico che i contratti d'appalto *de quo* sono stati stipulati in data 26 ottobre 1982 e 5 novembre 1986, nell'ambito della Regione Siciliana.

In punto di diritto, deve osservarsi che:

a) l'art. 14, lettera g), dello statuto speciale di autonomia attribuisce alla Regione Siciliana competenza legislativa esclusiva nella materia «lavori pubblici, eccettuate le grandi opere pubbliche di interesse prevalentemente nazionale» e, quindi, anche nella materia degli appalti concernenti i lavori pubblici, come quello di specie;

b) la L.R. n. 21 del 1973, art. 9 (Integrazioni e modifiche della L.R. 31 marzo 1972, n. 19, e nuove norme per la semplificazione delle procedure amministrative e l'acceleramento della spesa), applicabile *ratione temporis*, stabilisce: «Per tutte le opere pubbliche di competenza della amministrazione regionale, di enti pubblici regionali, locali e istituzionali, e dei consorzi, si applica obbligatoriamente il capitolato generale di appalto approvato con dPR 16 luglio 1962, n. 1063»;

c) il testo originario del citato dPR n. 1063 del 1962, art. 47, prevedeva, tra l'altro, che: «In deroga alle disposizioni dell'art. 43, e segg., la parte attrice ha facoltà di escludere la competenza arbitrale, proponendo... la domanda al giudice competente a norma delle disposizioni del codice di procedura civile...» (comma 1), e che «La



parte convenuta nel giudizio arbitrale ... ha facoltà, a sua volta, di escludere la competenza arbitrale ...» (comma 2);

d) la L. n.741 del 1981, art. 16 (Ulteriori norme per l'accelerazione delle procedure per l'esecuzione di opere pubbliche), nel sostituire l'intero testo del dPR n. 1063 del 1962, art. 47, stabiliva che «In deroga alle disposizioni dell'art. 43, e segg., la competenza arbitrale può essere esclusa solo con apposita clausola inserita nel bando o invito di gara oppure nel contratto in caso di trattativa privata» (comma 1), e che «Quando sia esclusa la competenza arbitrale, la domanda è proposta ... davanti al giudice competente a norma delle disposizioni del codice di procedura civile...» (comma 2);

e) l'art. 32 (Rinvio a norme statali) della L.R. 29 aprile 1985, n. 21, comma 1 (Norme per l'esecuzione dei lavori pubblici in Sicilia, poi abrogata dalla L.R. 2 agosto 2002, n. 7, art. 42), prevede(va): «Le disposizioni della L. 10 dicembre 1981, n. 741, artt. 2, 3, 4, 6 e 16, si applicano, a far data dall'entrata in vigore della presente legge, nel territorio della Regione Siciliana»;

f) è noto che la Corte costituzionale, con la sentenza n. 152 del 1996, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale «della L. 10 dicembre 1981, n. 741, art. 16 (Ulteriori norme per l'accelerazione delle procedure per l'esecuzione di opere pubbliche), che ha sostituito il dPR 16 luglio 1962, n. 1063, art. 47, nella parte in cui non stabilisce che la competenza arbitrale può essere derogata anche con atto unilaterale di ciascuno dei contraenti»;

g) a seguito di tale dichiarazione di illegittimità costituzionale, il rinvio recettizio (anche) alla L. n. 741 del 1981, art. 16, operato dalla L.R. n. 21 del 1985, art. 32, comma 1, deve intendersi perciò riferito (non già al testo originario del dPR n. 1063 del 1962, art. 47, ma) al testo dello stesso art. 16 della legge statale, quale «integrato» («nella

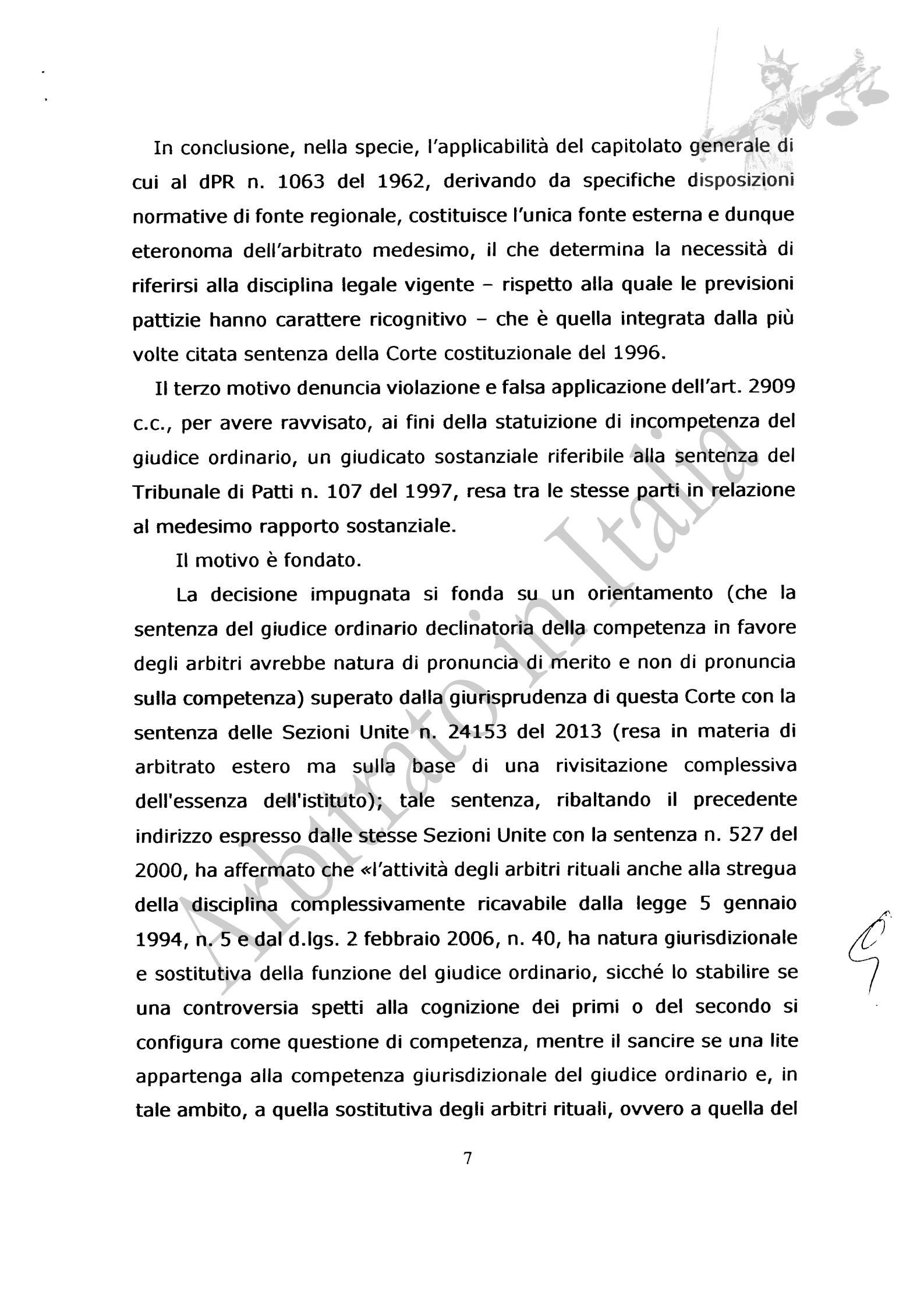
parte in cui non stabilisce») dalla predetta pronuncia di incostituzionalità.



Alla luce del delineato quadro normativo di riferimento, deve darsi continuità al costante orientamento di questa Corte, secondo il quale il capitolato generale approvato con dPR n. 1063 del 1962 ha valore normativo e vincolante soltanto per gli appalti stipulati dallo Stato e non riguarda gli appalti stipulati da enti pubblici diversi; tale principio trova deroga qualora una specifica norma di legge disponga l'applicazione di detto capitolato anche agli appalti stipulati da enti diversi dallo Stato (come, ad esempio, dai Comuni), perché in tal caso è la legge che costituisce fonte diretta della *relatio* e dell'arbitrato in essa compreso, mentre la clausola contrattuale che faccia riferimento al capitolato generale non è idonea a sostituirsi come fonte negoziale alla legge medesima, rivestendo carattere soltanto ricognitivo di questa (*cf.*, con riferimento agli appalti stipulati nella Regione Siciliana, Cass. n. 20050 del 2010 e n. 12031 del 2004 e, nella Regione Puglia, n. 14817 del 2006).

La fonte dell'arbitrato è da rinvenirsi nelle leggi regionali citate (artt. 9 L.R. n. 21 del 1973 e 32, comma 1, L.R. n. 21 del 1985) non già – come invece sostenuto dalla Corte territoriale e dal Comune di Patti – nelle clausole dei contratti d'appalto in questione che, richiamando il capitolato generale di cui al dPR n. 1063 del 1962, non sono idonee a sostituirsi come fonte negoziale alle leggi regionali medesime, con la conseguenza che la ivi prevista competenza arbitrale è derogabile da ciascuno dei contraenti mediante il promovimento dell'azione dinanzi all'organo giurisdizionale competente, come è avvenuto dinanzi al Tribunale di Patti da parte della PCE, capogruppo mandataria del RTI costituito con la Leprino Costruzioni.

A small, handwritten mark or signature in the bottom right corner of the page.




In conclusione, nella specie, l'applicabilità del capitolato generale di cui al DPR n. 1063 del 1962, derivando da specifiche disposizioni normative di fonte regionale, costituisce l'unica fonte esterna e dunque eteronoma dell'arbitrato medesimo, il che determina la necessità di riferirsi alla disciplina legale vigente – rispetto alla quale le previsioni pattizie hanno carattere ricognitivo – che è quella integrata dalla più volte citata sentenza della Corte costituzionale del 1996.

Il terzo motivo denuncia violazione e falsa applicazione dell'art. 2909 c.c., per avere ravvisato, ai fini della statuizione di incompetenza del giudice ordinario, un giudicato sostanziale riferibile alla sentenza del Tribunale di Patti n. 107 del 1997, resa tra le stesse parti in relazione al medesimo rapporto sostanziale.

Il motivo è fondato.

La decisione impugnata si fonda su un orientamento (che la sentenza del giudice ordinario declinatoria della competenza in favore degli arbitri avrebbe natura di pronuncia di merito e non di pronuncia sulla competenza) superato dalla giurisprudenza di questa Corte con la sentenza delle Sezioni Unite n. 24153 del 2013 (resa in materia di arbitrato estero ma sulla base di una rivisitazione complessiva dell'essenza dell'istituto); tale sentenza, ribaltando il precedente indirizzo espresso dalle stesse Sezioni Unite con la sentenza n. 527 del 2000, ha affermato che «l'attività degli arbitri rituali anche alla stregua della disciplina complessivamente ricavabile dalla legge 5 gennaio 1994, n. 5 e dal d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, 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, mentre il sancire se una lite appartenga alla competenza giurisdizionale del giudice ordinario e, in tale ambito, a quella sostitutiva degli arbitri rituali, ovvero a quella del





giudice amministrativo o contabile, dà luogo ad una questione di giurisdizione». Il principio espresso nella sentenza n. 24153 del 2013 è stato poi ripreso dalla sentenza n. 23176 del 2015, che ha precisato che «Anche prima delle modifiche introdotte dal d. lgs. n. 40 del 2006, deve ritenersi che l'attività degli arbitri rituali abbia 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».

Alla stregua del più recente orientamento della giurisprudenza di legittimità, da cui il Collegio non ha ragione di discostarsi, deve quindi conclusivamente affermarsi che la sentenza del giudice ordinario declinatoria della competenza in favore degli arbitri rituali ha natura di pronuncia sulla competenza (tanto che la stessa è impugnabile solo con regolamento di competenza, vd. Cass. n. 17908/14); essa dunque soggiace alla regola generale che le sentenze che statuiscono sulla competenza - ad eccezione delle decisioni della Corte di Cassazione in sede di regolamento di competenza - non sono suscettibili di passare in cosa giudicata in senso sostanziale, poiché la decisione sulla questione di competenza, emessa dal giudice di merito con sentenza non più impugnabile, dà luogo soltanto al giudicato formale, il quale si concreta in una preclusione alla riproposizione della questione soltanto davanti al giudice dello stesso processo, ma non fa stato in un distinto giudizio promosso dalle stesse parti dinanzi ad un giudice diverso (*ex multis*, Cass. n. 26178 del 2018, n. 8207 del 2016, n. 3291 del 2013).

In conclusione, in relazione ai motivi accolti, assorbito il quarto, la sentenza impugnata è cassata con rinvio alla Corte d'appello di Messina.

P.Q.M.



La Corte accoglie i primi tre motivi di ricorso, dichiara assorbito il terzo e, in relazione ai motivi accolti, cassa la sentenza impugnata e rinvia alla Corte d'appello di Messina, in diversa composizione, anche per le spese.

Roma, 28 aprile 2021

^ ^ :

Arbitrato in Italia