



**N. R.G. 812/2022**



**REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO  
LA CORTE D'APPELLO DI MILANO**

Sezione prima civile

nelle persone dei seguenti magistrati:

dr. Massimo Meroni	Presidente rel.
dr. ssa Rossella Milone	Consigliere
dr. ssa Silvia Brat	Consigliere

ha pronunciato la seguente

**SENTENZA**

nella causa iscritta al n. r.g. **812/2022** promossa in grado d'appello

**DA**

**MAGNOLIA ALBERTAZZI** (C.F. LBRMNL59L48F205Y), elettivamente domiciliato in Indirizzo Telematico presso lo studio dell'avv. GURRADO MARIANNA ELISABETTA, che lo rappresenta e difende come da delega in atti.

**APPELLANTE**





## CONTRO

**IMG SRL** (C.F. 06869090156), elettivamente domiciliato in VIA CERVA, 8 20122 MILANO presso lo studio dell'avv. PIAZZA MANUELA, che lo rappresenta e difende come da delega in atti, unitamente all'avv. PELLEGGATTA PIERO (PLLPR165H03F205M) VIA MANZONI 14 20121 MILANO; MARICONDA VINCENZO (MRCVCN44R14E131N) VIA CERVA, 8 20122 MILANO;

## APPELLATA

Oggetto: Impugnazione di lodi nazionali (art. 828 c.p.c.)

## CONCLUSIONI DELLE PARTI

### Per l'impugnante Magnolia Albertazzi:

“Piaccia alla Ecc.ma Corte adita, *contrariis reiectis*, così giudicare:

In via rescindente, dichiarare la nullità del Lodo rituale 3-6 dicembre 2021, notificato il 10 dicembre 2021, per i motivi tutti dedotti nella presente impugnazione.

In via rescissoria e nel merito, ove previsto e possibile *ex lege*, ritenuto fondato il diritto della dott.ssa Albertazzi, condannare I.M.G. S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, al pagamento della penale giornaliera di euro 1.500,00 per ogni giorno di ritardo rispetto alla scadenza fissata nell'art. 13 del Contratto di appalto per l'ultimazione delle opere commissionate, oltre a rivalutazione monetaria e interessi *ex d.lgs. 231/2002* ed *ex art. 1284, comma 5, c.c.*

Con vittoria di spese anche del procedimento arbitrale.”

### Per l'impugnata I.M.G. s.r.l.:

“Voglia l'Ecc.ma Corte d'Appello adita, disattesa ogni contraria istanza, eccezione e deduzione ed emessa ogni più opportuna pronuncia, statuizione e declaratoria del caso:

(i) in via principale: respingere l'impugnazione promossa dalla dott.ssa Magnolia Albertazzi avverso il Lodo reso dal Collegio composto dagli avv.ti prof. Franco Anelli, avv. prof. Bruno Cavallone e avv. prof. Claudio Consolo in ragione della inammissibilità e della infondatezza dei motivi *ex adverso* articolati;



(ii) in subordine, si riproducono di seguito, per la fase rescissoria, le conclusioni già formulate avanti al Collegio Arbitrale.

Voglia l'Ecc.ma Corte d'Appello adita:

- ogni contraria istanza, eccezione e deduzione disattesa;
- emessa ogni più opportuna pronunzia, statuizione e declaratoria del caso:

In via principale: respingere le domande formulate dalla dott.ssa Magnolia Albertazzi, in quanto inammissibili e/o improcedibili e/o, in ogni caso, gravemente infondate.

In subordine, salva ogni ulteriore richiesta e/o impugnazione, ridurre, ai sensi dell'art. 13 del contratto di appalto e/o anche ai sensi dell'art. 1384 c.c., l'importo dovuto da IMG s.r.l. alla dott.ssa Magnolia Albertazzi a titolo di penale da ritardo.

In ogni caso: con refusione delle spese e dei compensi, oltre IVA e C.P.A., anche del presente giudizio.”

## CONCISA ESPOSIZIONE DELLE RAGIONI DI FATTO E DI DIRITTO

### 1) Il fatto

Vengono di seguito esposti i fatti rilevanti per la decisione che sono pacifici tra le parti (in quanto allegati da una parte e non contestati dalle altre) o che sono provati dalla documentazione prodotta nel giudizio:

1) Il 12.7.2005 tra Magnolia Albertazzi e I.M.G. s.r.l. (d'ora in poi anche solo IMG) è stato concluso un contratto d'appalto (doc. 1 impugnante), con il quale IMG ha assunto l'obbligo di eseguire opere edili per il restauro di un immobile sito in Comune di Bereguardo (PV), via Castello n. 7/17, denominato "Palazzo del Majno", di proprietà di Albertazzi, il cui art. 13 prevede: *"L'Appaltatore si obbliga a prendere in consegna le opere ed a condurle con alacrità e regolarità secondo le norme contrattuali in modo da darle completamente ultimate entro 365 giorni naturali e consecutivi dalla data di denuncia al Comune dell'inizio dei lavori. – Per ogni giorno di ritardo sulla data di ultimazione dei lavori decorrente dalla data di inizio dei lavori, ritardo imputabile all'Appaltatore, a suo carico verrà applicata una penale giornaliera pari all'uno per mille dell'importo contrattuale"*.

2) Nel corso del rapporto contrattuale, Albertazzi ha contestato le richieste di IMG di pagamento del corrispettivo dell'appalto, allegando inadempimenti dell'appaltatrice, chiedendo la riparazione dei difetti e dei vizi delle opere eseguite e lamentando altresì l'accumularsi di ritardi rispetto ai tempi contrattualmente fissati per l'ultimazione dei lavori e la consegna dell'opera.

3) Con atto notificato il 31.12.2010 l'appaltatrice IMG, in forza della convenzione arbitrale contenuta all'art. 27 del contratto d'appalto, ha promosso un giudizio arbitrale, chiedendo la risoluzione del contratto d'appalto per inadempimento dell'appaltante, il pagamento del corrispettivo maturato dell'appalto, pari a € 1.319.667,09 o, in subordine, pari a € 768.127,59, oltre il rimborso dei costi maturati dopo il 31.12.2009 per spese di cantiere, e il risarcimento dei danni asseritamente subiti per € 1.152,339,79.

4) Albertazzi, costituitasi con atto di nomina di arbitro il 3.2.2011, ha contestato l'esistenza di qualunque suo debito nei confronti dell'appaltatrice IMG ed ha chiesto, in via riconvenzionale nel medesimo giudizio arbitrale, la risoluzione del contratto d'appalto per inadempimento dell'appaltatrice, la restituzione di quanto indebitamente dalla stessa già pagato pari a € 343.122,62, il risarcimento dei danni subiti ed il pagamento della penale per € 2.514.000 conseguente al ritardo nell'esecuzione delle opere.

5) In sede di precisazione delle conclusioni IMG ha confermato le conclusioni proposte con l'atto introduttivo, mentre Albertazzi le ha così modificate: ha chiesto il rigetto delle domande proposte da IMG, la dichiarazione di risoluzione del contratto d'appalto per inadempimento di IMG, la condanna di IMG a restituire la somma di € 712.8040,30, indebitamente da questa percepita a titolo di corrispettivo per opere in realtà non eseguite, e a pagare la somma di € 230.270 per le spese necessarie per eliminare i vizi delle opere eseguite con interessi ex L 162/2014, la condanna di IMG al risarcimento dei danni subiti pari a € 2.217.286.

6) Il giudizio arbitrale si è concluso con il Lodo del 14.9.2016 (cd. Primo Lodo – doc. 2 impugnante) (divenuto definitivo in seguito al rigetto dell'impugnazione per nullità del lodo proposta da IMG, disposto con sentenza della Corte d'appello di Milano del 5.6.2018), che, previo espletamento di Consulenza d'ufficio di natura tecnica, espletata dallo stesso presidente del collegio arbitrale, ha così deciso:

. ha dichiarato risolto il contratto d'appalto per inadempimento di IMG, per il fatto che questa aveva sospeso nel luglio 2008 (e poi definitivamente cessato) l'esecuzione del contratto, pretendendo il 23.4.2010, per continuare i lavori, il pagamento dell'ulteriore somma di € 768.127,59 risultato ingiustificato;

. ha condannato IMG a restituire a Magnolia Albertazzi le somme percepite in eccedenza rispetto ai lavori effettivamente eseguiti, determinate nell'importo di € 381.640, oltre IVA, e di € 7.500, anticipate da Albertazzi ai fornitori di IMG, oltre gli interessi legali di mora, ai sensi del D.Lvo 231/2012, dalle date dei pagamenti effettuati in eccedenza a quella del rimborso effettivo;

. ha condannato IMG S.r.l. a risarcire ad Albertazzi il danno per vizi delle opere eseguite, determinato nell'importo di € 109.714,86, così rivalutato al 3.7.2016, oltre all'ulteriore rivalutazione sino alla data del pagamento, danno costituito dalle spese necessarie per eliminare i vizi accertati;

. ha rigettato la domanda di risarcimento del danno proposta da Albertazzi, in sede di precisazione delle conclusioni, per € 2.217.286 asseritamente:

a) per costi finanziari corrispondenti agli interessi sulle somme pagate in eccedenza rispetto al dovuto (in quanto, comunque, già riconosciuti nel minor importo di € 414.161,90, per interessi);

b) per mancato ottenimento del contributo in conto capitale sulle opere di ristrutturazione (pari al 30% del costo), in quanto l'attività di cantiere, prolungatasi fino al luglio 2008, e la successiva sospensione

avevano impedito la predisposizione della documentazione necessaria prima dell'entrata in vigore del DL 95/12, che aveva soppresso l'erogazione dei menzionati contributi;

c) per intervenuti aggravati sui tassi di interesse, non avendo potuto trasformare il mutuo, ottenuto per finanziare le opere di ristrutturazione, da edilizio a fondiario a causa dell'illegittima sospensione o comunque del ritardo dei lavori;

d) per inagibilità dei locali (cioè del palazzo oggetto della ristrutturazione) destinati da Albertazzi a sua dimora, che l'aveva costretta a vivere, a causa del protrarsi dei lavori, in locali non adeguati, che le avevano impedito di mantenere un adeguato tenore di vita e di coltivare le sue relazioni personali;

e) per danni per mancati ritorni sull'investimento alla vita di relazione, per il periodo dalla sospensione dei lavori dell'ottobre 2008 alla riconsegna del cantiere del giugno 2012, da liquidarsi equitativamente sulla base dell'importo della penale pattuita (la cui domanda, non essendo stata proposta in sede di precisazione delle conclusioni, nel lodo è stata ritenuta, in quanto tale, rinunciata);

. ha condannato Albertazzi a risarcire a IMG il 50% del danno per ridotta produttività, causata anche dai comportamenti dell'appaltante, costituito dai costi di mantenimento di apertura del cantiere dal luglio 2005 fino al luglio 2008, costi liquidati equitativamente nell'importo complessivo di € 200.000, di cui € 100.000, a carico di Albertazzi, oltre interessi di legge dalla data del lodo a quella del pagamento;

. ha rigettato le altre domande risarcitorie proposte da IMG;

. ha condannato IMG a rifondere il 40% delle spese di lite sostenute da Albertazzi, dichiarando compensato tra le parti il 60%;

. ha posto il 65% delle spese del giudizio arbitrale a carico di IMG e il 35% a carico di Albertazzi e integralmente a carico di IMG le spese della CTU espletata nel corso del giudizio arbitrale.

## 2) Lo svolgimento del processo arbitrale

Con domanda del 30.10.2020, Albertazzi ha promosso nuovo giudizio arbitrale in forza della clausola compromissoria di cui all'art. 27 del contratto d'appalto, chiedendo, in via principale, di condannare I.M.G. S.r.l., al pagamento a titolo di penale contrattuale (pattuita in € 1.500 al giorno nell'art. 13 del contratto d'appalto) per ogni giorno di ritardo (con decorrenza dal 1.8.2008, data di accertata illegittima sospensione dei lavori da parte dell'appaltatrice), in via principale, dell'importo complessivo di € 2.658.000 corrispondente a 1722 giorni (NdR in realtà  $€ 1.500 \times 1722 = 2.583.000$  non 2.658.000), fino all'ultimazione dei lavori, avvenuta il 19.4.2013 ad opera di altra impresa, o, in subordine, dell'importo complessivo di € 2.109.000 corrispondente a 1406 giorni fino alla riconsegna del cantiere, avvenuta il 7.6.2012.

In data 14.11.2020, IMG ha notificato il proprio atto di nomina di arbitro, chiedendo in via principale di respingere le domande formulate e, in subordine di ridurre, anche ai sensi dell'art. 1384 c.c., l'importo dovuto da IMG a titolo di penale da ritardo.

In sede di precisazione delle conclusioni Albertazzi, con nota senza data, ha chiesto la condanna di IMG s.r.l. al pagamento a titolo di penale contrattuale (pattuita in € 1.500 per giorno nell'art. 13 del contratto d'appalto) per ogni giorno di ritardo con decorrenza dal 28.6.2006, data fissata nel contratto d'appalto per la conclusione dei lavori e la consegna dell'opera, e fino al 19.4.2013, data di ultimazione dei lavori da parte di altra impresa.

### 3) Il lodo arbitrale del 3 – 6.12.2021

Innanzitutto, si evidenzia che la clausola compromissoria, di cui all'art. 27 del contratto d'appalto, prevede: *“L'arbitrato sarà rituale secondo equità a norma e in applicazione del Codice di Procedura Civile Titolo VIII - Capo I – Articoli da 806 a 631. Gli arbitri decideranno in via equitativa.”*

Il giudizio arbitrale si è concluso con il lodo del 3-6.12.2021 che, all'unanimità, giudicando secondo equità come previsto dalla clausola compromissoria, ha rigettato la domanda di Albertazzi, in quanto, fermo restando che, ai sensi dell'art. 1382 c.c., il creditore non può decidere di non avvalersi della pattuizione della penale e domandare, invece, l'integrale risarcimento del danno fornendone la prova, qualora, però, come accaduto nella fattispecie in esame nel primo giudizio arbitrale, il creditore agisca per ottenere il risarcimento del danno effettivamente sofferto, trascurando la penale contrattuale, e il debitore si astenga dall'eccepire l'effetto limitativo, è dovere dell'interprete sforzarsi di ricondurre a razionalità il sistema; pertanto *“un approccio sensibile a una selezione degli interessi tutelabili in conformità ai valori sociali condivisi porta a escludere che si possa accordare tutela a una domanda volta al pagamento di una penale in una situazione in cui, per effetto di una scelta processuale della parte, i danni conseguenti al concreto inadempimento che la parte aveva individuato ... sono stati ritenuti insussistenti con un accertamento coperto dal giudicato”*.

Il Lodo, quindi, ha accertato che, pur in presenza di una clausola penale esplicitamente pattuita per il ritardo nell'adempimento, Albertazzi, anziché avvalersi della suddetta clausola, che la esonerava dal fornire la prova del danno da ritardo, aveva preferito, benché la clausola non consentisse il risarcimento del maggior danno (ma la controparte non la aveva eccepito), richiedere il risarcimento del danno effettivamente subito a causa del ritardo, di cui quindi aveva l'onere di fornire la prova, ma il precedente Lodo aveva accertato l'insussistenza di tale danno; pertanto, dovendo decidere secondo equità ed essendo la domanda di risarcimento del danno e la domanda di pagamento della penale contrattuale esplicitazione di interessi sostanziali coincidenti (quello cioè di ottenere il ristoro dell'interesse all'esatto adempimento, asseritamente leso), non poteva riconoscersi ad Albertazzi l'importo stabilito dalla penale per il ritardo, in quanto, benché la pattuizione della penale esonerasse il creditore dall'onere di fornire la prova del danno, nella fattispecie in esame Albertazzi aveva scelto di richiedere, anziché il pagamento della penale, il risarcimento del danno effettivo, ma, con il precedente Lodo, era stato accertato che nessun danno da ritardo si era verificato e, quindi non poteva essere



successivamente proposta altra domanda diretta a soddisfare il medesimo interesse sostanziale, la cui lesione era già stata riconosciuta insussistente.

#### 4) Motivi di impugnazione del lodo proposti da Magnolia Albertazzi.

Con l'atto di citazione e la comparsa conclusionale Magnolia Albertazzi ha proposto i seguenti motivi di impugnazione:

A) In via rescindente, dichiarare la nullità del lodo del 3-6.12.2021:

1) ai sensi dell'art. 829 n. 1 c.p.c. per invalidità della convenzione d'arbitrato, trattandosi di clausola compromissoria inserita in un contratto di appalto stipulato tra un professionista (l'appaltatrice IMG S.r.l.) e un consumatore (la committente Albertazzi).

2) ai sensi dell'art. 829 n. 1 c.p.c. per invalidità della convenzione d'arbitrato ed ai sensi dell'art. 829 c. 3 seconda frase c.p.c. per contrarietà all'ordine pubblico, in quanto la clausola compromissoria per arbitrato di equità è invalida nei contratti tra professionisti e consumatori e contrasta altresì con l'ordine pubblico economico posto a tutela e protezione dei consumatori.

3) ai sensi dell'art. 829 n. 9 c.p.c. per violazione del contraddittorio, anche in relazione agli artt. 24 e 111 Cost., 6 CEDU, e 101 c. 2, c.p.c., in quanto il Lodo contiene una decisione della "terza via" sulla pretesa alternatività funzionale della penale contrattuale per il ritardo rispetto alle domande di risarcimento dei danni, decise dal precedente Lodo, mai dibattuta nel corso del procedimento arbitrale, senza che gli arbitri abbiano mai sottoposto alle parti la relativa questione e il criterio equitativo adottato, sollecitandole a discuterne e trattarne per iscritto e neppure in forma orale.

4) ai sensi dell'art. 829 n. 8 c.p.c. per contrarietà del Lodo ad altro precedente Lodo non più impugnabile, in quanto il Lodo impugnato è contrario al Primo Lodo del 14.9.2016 che, da un lato, ha accertato il grave ritardo imputabile a IMG, da cui è derivato il diritto di Albertazzi a percepire la penale pattuita, e, dall'altro lato, ha escluso dall'oggetto della cognizione e della disamina la domanda relativa alla penale per il ritardo prevista nel contratto d'appalto e quindi l'esclusione del diritto alla penale, stabilita nel Lodo impugnato, non poteva trovare fondamento in un accertamento contenuto nel Primo Lodo.

5) In subordine, nullità del Lodo per violazione e falsa od omessa applicazione degli artt. 1382 e 1383 c.c., applicandosi l'art. 829 c. 3 c.p.c. nel testo vigente *ratione temporis* all'epoca del contratto di appalto concluso *inter partes*, che risale al 12.7.2005, in quanto il Lodo viola e/o applica falsamente le norme che disciplinano la penale per il ritardo e, in particolare, l'art. 1383 c.c., che espressamente esclude qualunque sorta di alternatività funzionale tra penale per il ritardo e risarcimento dei danni per mancato o ritardato adempimento delle prestazioni contrattualmente dovute.

6) Ancora in subordine, ai sensi dell'art. 829 c. 3 seconda frase c.p.c. per contrarietà del Lodo all'ordine pubblico, in quanto l'equità, quand'anche sostitutiva, non può mai discostarsi dalla struttura



e dalla funzione degli istituti giuridici, come disegnati dall'ordinamento, pena la violazione dell'ordine pubblico.

B) In via rescissoria, accogliere la domanda già proposta con il ricorso arbitrale.

### **5) Difesa formulata da I.M.G. s.r.l.**

Con la comparsa di costituzione e la comparsa conclusionale I.M.G. s.r.l. ha chiesto il rigetto dell'impugnazione proposta da Magnolia Albertazzi per i motivi di seguito esposti.

A) Inammissibilità e infondatezza di tutti i motivi di impugnazione proposti da Magnolia Albertazzi in fase rescindente.

B) Inammissibilità e infondatezza delle domande proposte dalla ricorrente in via rescissoria.

### **6) La decisione della Corte d'Appello sui punti controversi.**

La Corte ritiene infondata l'impugnazione proposta da Magnolia Albertazzi nei confronti del lodo arbitrale del 3 – 6.12.2021.

1) Con il primo e il secondo motivo di impugnazione Albertazzi ha sostenuto, innanzi tutto, la nullità del Lodo, ai sensi dell'art. 829 c. 1 n. 1 c.p.c., per invalidità della convenzione di arbitrato.

In primo luogo, al riguardo si evidenzia che nell'atto di citazione, con il primo motivo, l'impugnante ha allegato del tutto genericamente l'asserita abusività alla stregua della normativa a tutela del consumatore della convenzione arbitrale inserita nel contratto d'appalto senza neppure spiegarne il fondamento e solo con la comparsa conclusionale ha, peraltro solo implicitamente mediante il richiamo ad una pronuncia della Corte di Cassazione, fatto riferimento al contrasto con la disposizione di cui all'art. 33 c. 2 lett. t) e 36 c. 1 Cod. Cons.,<sup>1</sup> secondo la quale si presumono vessatorie, quindi nulle ai sensi del successivo art. 36, le clausole che prevedono deroghe alla competenza dell'autorità giudiziaria.

In secondo luogo, corre, altresì, l'obbligo di evidenziare, anche se ciò non ha alcuna rilevanza per la presente decisione, che appare del tutto inverosimile che il contratto d'appalto, oggetto della presente controversia, sia stato predisposto unilateralmente dall'appaltatore, senza cioè un'effettiva trattativa con la controparte (circostanza che escluderebbe in ogni caso il carattere vessatorio della clausola

---

<sup>1</sup> Cod. Cons. art. 33: "2. Si presumono vessatorie fino a prova contraria le clausole che hanno per oggetto, o per effetto, di: .....t) sancire a carico del consumatore scadenze, limitazioni della facoltà di opporre eccezioni, deroghe alla competenza dell'autorità giudiziaria, limitazioni all'adduzione di prove, inversioni o modificazioni dell'onere della prova, restrizioni alla libertà contrattuale nei rapporti con i terzi; ...."

art. 36 "1. Le clausole considerate vessatorie ai sensi degli articoli 33 e 34 sono nulle mentre il contratto rimane valido per il resto."



compromissoria ai sensi dell'art. 34 c. 4 Cod. Cons.<sup>2</sup>), visto che tale contratto prevede una clausola penale per il ritardo estremamente gravosa (vale a dire la ragguardevole somma di € 1.500 per ogni giorno di ritardo) proprio a carico dell'appaltatore.

In terzo luogo, si evidenzia che l'invalidità della convenzione arbitrale, denunciata con il secondo motivo (senza peraltro indicare quale sia la specifica norma imperativa violata, come richiesto dall'art. 1418 c.c.), cioè il fatto che la convenzione, che consenta un giudizio, in cui sia prevista una decisione secondo equità anziché secondo le regole di diritto, costituirebbe violazione della normativa a tutela del consumatore, sancita dall'art. 6 Dir. UE n. 13/1993<sup>3</sup>, integrerebbe esclusivamente il caso di nullità di cui all'art. 829 c. 1 n. 1 c.p.c. e non già anche il caso di nullità di cui all'art. 829 c. 3 secondo periodo c.p.c., quand'anche si ritenesse che l'intera normativa a tutela del consumatore, asseritamente violata da una clausola compromissoria che consenta un giudizio secondo equità, abbia carattere di ordine pubblico.

Infatti, il caso di nullità di cui all'art. 829 c. 3 secondo periodo c.p.c. attiene alla decisione nel merito del lodo, che risulti in contrasto con l'ordine pubblico e non già alla validità o meno della convenzione arbitrale, posto che l'invalidità di tale convenzione per il fatto di essere in contrasto con l'ordine pubblico non potrebbe che integrare il caso di nullità di cui all'art. 829 c. 1 n. 1 c.p.c., come qualunque altra ipotesi di nullità della convenzione per contrasto con qualunque norma imperativa.

In definitiva potrebbe sussistere il caso di nullità del lodo per contrarietà all'ordine pubblico, nell'ipotesi allegata dall'impugnante, solo se risultasse che la decisione arbitrale, per il fatto di essere stata assunta secondo equità anziché secondo le regole di diritto, ha determinato nel merito una violazione della normativa a tutela del consumatore, sempre che tale normativa possa ritenersi nel suo complesso espressione dell'ordine pubblico; ma nulla di tutto ciò è stato allegato dall'impugnante, pertanto le asserite cause di invalidità della convenzione arbitrale devono essere valutate solo al fine di accertare se le stesse hanno integrato il caso di nullità del lodo di cui all'art. 829 c. 1 n. 1 c.p.c.

Con riguardo al suddetto caso di nullità, la Corte rileva che:

. in primo luogo, ai sensi dell'art. 829 c. 2 c.p.c., *“la parte che ha dato causa al motivo di nullità o vi ha rinunciato ... non può per questo motivo impugnare il lodo”* e, nella fattispecie in esame, Albertazzi ha promosso lei stessa il giudizio arbitrale, avvalendosi di una clausola compromissoria solo ora ritenuta invalida, quindi, non vi può essere alcun dubbio che, con il suo esplicito ed inequivoco comportamento, abbia rinunciato al motivo di nullità; d'altro canto sarebbe davvero singolare che fosse consentito ad una parte, quand'anche si trattasse di un consumatore nel rapporto con un

<sup>2</sup> Art. 34 D.Lvo 206/2005: “4. Non sono vessatorie le clausole o gli elementi di clausola che siano stati oggetto di trattativa individuale.”

<sup>3</sup> Dir. UE n. 13/1993 art. 6: “1. Gli Stati membri prevedono che le clausole abusive contenute in un contratto stipulato fra un consumatore ed un professionista non vincolano il consumatore, alle condizioni stabilite dalle loro legislazioni nazionali, e che il contratto resti vincolante per le parti secondo i medesimi termini, sempre che esso possa sussistere senza le clausole abusive. 2. Gli Stati membri prendono le misure necessarie affinché il consumatore non sia privato della protezione assicurata dalla presente direttiva a motivo della scelta della legislazione di un paese terzo come legislazione applicabile al contratto, laddove il contratto presenti un legame stretto con il territorio di uno Stato membro.”



professionista, di avvalersi, con una sua libera iniziativa, di un determinato strumento (nella fattispecie il giudizio arbitrale) per far valere i propri diritti, asseritamente lesi, e, successivamente, nel caso in cui lo strumento scelto non abbia soddisfatto le sue pretese, sostenere l'inammissibilità dello strumento, liberamente scelto, e ricorrere ad altro strumento (il giudizio ordinario) per far valere i medesimi diritti;

. in secondo luogo, la menzionata sentenza della Corte di Giustizia UE del 26.10.2006 causa C-168/05<sup>4</sup>, secondo la quale nel caso in cui la clausola compromissoria sia abusiva, e quindi nulla, il giudice nazionale dell'impugnazione sarebbe tenuto a dichiarare la nullità del lodo anche nel caso in cui tale motivo di nullità non sia stato fatto valere nel procedimento arbitrale ma solo nel giudizio di impugnazione, palesemente si riferisce al caso in cui il consumatore sia stato convenuto nel giudizio arbitrale e non già al caso in cui il giudizio arbitrale sia stato promosso dallo stesso consumatore, come nella fattispecie in esame.

In conclusione, quindi, il primo e il secondo motivo di impugnazione sono inammissibili per intervenuta rinuncia al motivo di nullità di cui all'art. 829 c. 1 n. 1 c.p.c.

2) Con il terzo motivo di impugnazione Albertazzi ha sostenuto la nullità del Lodo, ai sensi dell'art. 829 c. 1 n. 9 c.p.c., per mancata osservanza nel giudizio arbitrale del principio del contraddittorio, in quanto ha posto a fondamento della sua decisione una valutazione secondo equità, mai sostenuta dalle parti, senza averle invitate ad esprimere le proprie osservazioni al riguardo.

La Corte ritiene infondato il motivo di impugnazione.

In primo luogo, contrariamente a quanto sostenuto dall'impugnante, risulta che il collegio arbitrale (come riportato a pag. 29 del Lodo) ha esplicitamente invitato "*le parti ad affrontare le questioni controverse anche nella prospettiva di un giudizio di equità, come previsto dalla clausola compromissoria*"; il collegio arbitrale ha, quindi esplicitamente sottoposto all'esame delle parti proprio la questione di pervenire ad una decisione secondo equità, peraltro come espressamente stabilito nella convenzione arbitrale.

In secondo luogo, la tesi accolta nel Lodo è sostanzialmente quella sostenuta da IMG nella sua memoria costitutiva, anche se da questa ritenuta fondata sulla base di regole di diritto, mentre nel Lodo la tesi è stata accolta valorizzando il profilo dell'equità che la sorreggeva; pertanto, l'impugnante aveva certamente avuto modo di contestare la tesi in questione e lo ha concretamente fatto nei suoi scritti difensivi.

---

<sup>4</sup> Corte Giust., 26-10-2006, causa C-168/05: "la direttiva del Consiglio 5 aprile 1993 n. 93/13/Cee, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, deve essere interpretata nel senso che essa implica che un giudice nazionale, chiamato a pronunciarsi sull'impugnazione di un lodo arbitrale, rilevi la nullità dell'accordo arbitrale ed annulli il lodo, nel caso ritenga che tale accordo contenga una clausola abusiva, anche qualora il consumatore non abbia fatto valere tale nullità nell'ambito del procedimento arbitrale, ma solo in quello per l'impugnazione del lodo".



In terzo luogo, l'impugnante non ha neppure allegato quale sia stato il pregiudizio al suo diritto di difesa, determinato dal fatto di non aver, asseritamente, potuto interloquire con riguardo alla tesi accolta nel Lodo<sup>5</sup>.

3) Con il quarto motivo di impugnazione Albertazzi ha sostenuto la nullità del Lodo, ai sensi dell'art. 829 c. 1 n. 8 c.p.c., per contrarietà al precedente Lodo del 14.9.2016, divenuto definitivo.

Il motivo di impugnazione è infondato.

Con riguardo alla prima ipotesi di contrasto con il Lodo del 14.9.2016 (cd. Primo Lodo), si evidenzia che:

. da un lato, il Primo Lodo non ha accertato alcunché con riguardo alla sussistenza del ritardo nell'esecuzione dei lavori da parte dell'appaltatore, ma ha dichiarato risolto il contratto d'appalto per l'inadempimento IMG, verificatosi nel luglio 2008, costituito dal fatto che questa, dopo aver richiesto il pagamento di un corrispettivo (che nel Primo Lodo è stato ritenuto non dovuto), aveva sospeso illegittimamente l'esecuzione dell'appalto; tutt'al più, può ritenersi, implicitamente, accertato, con il Primo Lodo, un ritardo nell'esecuzione dei lavori per il periodo dal 27.7.2006 (data in cui era fissato il termine di consegna nel contratto d'appalto) fino al 1.8.2008 (data in cui il contratto è stato dichiarato risolto ex art. 1453 c.c. ed alla quale, quindi, ha retroagito, ai sensi dell'art. 1458, l'efficacia della risoluzione), ma non certo per il periodo successivo (quello, cioè, per il quale Albertazzi con la domanda introduttiva del secondo giudizio arbitrale ha rivendicato la penale, dato che per il periodo precedente al 1.8.2008 con la suddetta domanda introduttiva Albertazzi non aveva richiesto il pagamento della penale da ritardo), posto che, una volta che il contratto è stato risolto non è, ovviamente, più applicabile la penale per il ritardo nell'adempimento per il periodo successivo;

. dall'altro lato il Secondo Lodo non ha neppure presa in considerazione la circostanza della sussistenza o meno del ritardo nell'esecuzione dei lavori, ritenendola irrilevante alla luce della motivazione posta a fondamento della decisione;

. il Primo Lodo, inoltre, non ha accertato alcunché con riguardo alla sussistenza o meno del diritto alla penale come conseguenza del ritardo nell'esecuzione dei lavori, in quanto ha esplicitamente ritenuto che la relativa domanda, proposta con l'atto introduttivo ma non più proposta in sede di precisazione delle conclusioni, doveva ritenersi in quella sede rinunciata.

Con riguardo alla seconda ipotesi di contrasto con il lodo del 14.9.2016 (cd. Primo Lodo), se ne evidenzia la radicale incomprensibilità.

La stessa impugnante ha allegato che il Primo Lodo non aveva accertato alcunché con riguardo alla sussistenza o meno del diritto alla penale, posto che aveva ritenuto rinunciata tale domanda, e di ciò ha

---

<sup>5</sup> Cass. n. 18600/2020 "In tema di giudizio arbitrale, la questione della violazione del contraddittorio deve essere esaminata non sotto il profilo formale ma nell'ambito di una ricerca volta all'accertamento di una effettiva lesione della possibilità di dedurre e contraddire, onde verificare se l'atto abbia egualmente raggiunto lo scopo di instaurare un regolare contraddittorio e se, comunque, l'inosservanza non abbia causato pregiudizio alla parte; ne consegue che la nullità del lodo e del procedimento devono essere dichiarate solo ove nell'impugnazione, alla denuncia del vizio idoneo a determinarle, segua l'indicazione dello specifico pregiudizio che esso abbia arrecato al diritto di difesa."

preso atto anche il Secondo Lodo, il quale ha ritenuto, per conseguenza, ammissibile la riproposizione della domanda nel secondo giudizio arbitrale.

Il Lodo impugnato ha, poi, ritenuto insussistente il diritto alla penale non già perché ciò emergesse dalla decisione del primo giudizio arbitrale, ma in quanto nel Primo Lodo era stata accertato che nessuno dei danni, esplicitamente e specificamente allegati da Albertazzi, che la stessa aveva sostenuto essere stati provocati dal ritardo nell'esecuzione dei lavori, era in realtà sussistente e, secondo il giudizio arbitrale, tale circostanza già definitivamente accertata determinava l'insussistenza del diritto alla penale.

4) Con il quinto e il sesto motivo di impugnazione Albertazzi ha sostenuto la nullità del lodo, ai sensi dell'art. 829 c. 3 c.p.c., per violazione delle regole di diritto, in particolare degli art. 1382 e 1383 c.c., da considerarsi anche quali norme di ordine pubblico.

I motivi di impugnazione sono palesemente, da un lato, inammissibili e, dall'altro lato, infondati.

In primo luogo, si evidenzia che nel giudizio arbitrale secondo equità, quale è quello in esame, non è ammessa l'impugnazione per violazione delle regole di diritto, pur trattandosi di convenzione arbitrale anteriore al D.Lvo 40/2006, a meno che non si tratti di norme di ordine pubblico<sup>6</sup>.

In secondo luogo, si evidenzia che le norme che disciplinano la penale non sono di ordine pubblico.<sup>7</sup>

---

<sup>6</sup> Cass. n. 16755/2013 "Gli arbitri autorizzati a pronunciare secondo equità sono svincolati, nella formazione del loro convincimento, dalla rigorosa osservanza delle regole del diritto oggettivo, avendo facoltà di utilizzare criteri, principi e valutazioni di prudenza e opportunità che appaiano i più adatti ed equi, secondo la loro coscienza, per la risoluzione del caso concreto, restando così preclusa, ai sensi dell'art. 829, comma secondo, ultima parte, cod. proc. civ., l'impugnazione per nullità del lodo di equità per violazione delle norme di diritto sostanziale, o, in generale, per "errores in iudicando", che non si traducano nell'inosservanza di norme fondamentali e cogenti di ordine pubblico, dettate a tutela di interessi generali e perciò non derogabili dalla volontà delle parti, né suscettibili di formare oggetto di compromesso"

Cass. n. 16553/2020 "É preclusa, ai sensi dell'art. 829, comma 2, ultima parte, c. p.c., l'impugnazione per nullità del lodo di equità per violazione delle norme di diritto sostanziale, o, in generale, per "errores in iudicando", che non si traducano nell'inosservanza di norme fondamentali e cogenti di ordine pubblico, dettate a tutela di interessi generali e perciò non derogabili dalla volontà delle parti, né suscettibili di formare oggetto di compromesso."

<sup>7</sup> Cass. n. 13928/1999 "In tema di delibazione di sentenza straniera, secondo il regime di cui all'art. 797 cod. proc. civ., deve escludersi che una decisione di un giudice straniero, la quale abbia rifiutato l'assunzione di testi a mezzo di rogatoria internazionale, possa ritenersi pronunciata in base ad una disposizione contraria all'ordine pubblico italiano e, particolarmente, contrastante con il diritto di difesa costituzionalmente garantito dall'art. 24 della Cost., tenuto conto che **il concetto di ordine pubblico italiano, di cui all'ora abrogato art. 797 n. 7 cod. proc. civ. (identico a quello richiamato nell'abrogato art. 31 delle preleggi) comprende il complesso dei principi - ivi compresi quelli desumibili dalla Carta Costituzionale - che formano il cardine della struttura economico - sociale della comunità nazionale in un determinato momento storico, conferendole una ben individuata ed inconfondibile fisionomia, nonché quelle regole inderogabili, le quali abbiano carattere di fundamentalità (che le distingue dal più ampio genere delle norme imperative) e siano immanenti ai più importanti istituti giuridici**, e considerato che con riferimento alle norme processuali, detto concetto, così precisato, è riferibile ai principi inviolabili, posti nell'ordinamento, a garanzia del diritto di difesa, per tali intendendosi gli istituti del processo civile, i quali, per la loro portata sostanziale, assicurino alle parti una sufficiente ed adeguata tutela giurisdizionale e si identificano negli elementi essenziali del diritto di agire e di resistere in giudizio e non anche nelle modalità di regolamentazione del diritto di difesa stesso in relazione ai singoli atti istruttori."

L'impugnante ha sostenuto, con il sesto motivo d'appello, che l'art. 1383 c.c.<sup>8</sup> doveva essere qualificata come norma di ordine pubblico e che tale norma era stata violata nel Lodo arbitrale, in quanto la stessa, contrariamente a quanto, asseritamente, statuito nel Lodo, consentirebbe al creditore di chiedere sia il pagamento della penale pattuita per il ritardo sia il risarcimento dei danni subiti per l'inadempimento.

Tale argomentazione, però, è del tutto irrilevante, quand'anche l'art. 1383 c.c., il cui tenore letterale, peraltro, è del tutto differente, potesse essere interpretato nel senso allegato dall'impugnante; il Lodo arbitrale, infatti, come sopra riassuntivamente riportato, non ha escluso il diritto di Albertazzi alla penale per il fatto che era stato richiesto già richiesto anche il risarcimento del danno da inadempimento, ma ha escluso il suddetto diritto per il fatto che era già stato definitivamente accertata l'insussistenza di alcun danno come conseguenza dell'asserito ritardo nell'adempimento.

Verosimilmente, la norma, di cui potrebbe essere contestata l'avvenuta violazione nella decisione arbitrale, sarebbe, semmai, quella dell'art. 1382 c. 2 c.c., la quale prevede che la penale (sia per l'inadempimento che per il ritardo nell'adempimento) è dovuta indipendentemente dalla prova del danno, mentre il lodo impugnato ha escluso il diritto alla penale, in quanto era già risultato accertato nel precedente giudizio arbitrale che nessun danno era stato subito da Albertazzi a causa del ritardo nell'esecuzione dell'appalto, come, invece, da lei esplicitamente sostenuto e richiesto.

La norma suddetta, però, non è certamente di ordine pubblico.

Tale norma<sup>9</sup>, infatti (che peraltro, secondo il suo tenore letterale, esonera il creditore della penale dall'onere di fornire la prova dell'esistenza di un danno, ma non prevede alcunché sulla permanenza o meno del diritto alla penale nel caso in cui, come quello in esame, risulti, comunque, accertato che non si è verificato nessuno dei danni, esplicitamente individuati dal creditore e di cui questi ha chiesto il risarcimento), in quanto attinente a un diritto patrimoniale disponibile, può certamente essere derogata dalle parti, che ben potrebbero lecitamente pattuire il pagamento di una penale per ritardo solo in caso di effettiva sussistenza di un danno (con onere della prova della sua sussistenza o della sua insussistenza a carico del debitore o del creditore), fungendo, in tal caso, la penale solo da predeterminazione dell'entità del danno.

### **Regolamento delle spese di lite.**

---

<sup>8</sup> Art. 1383 c.c. "Divieto di cumulo.

Il creditore non può domandare insieme la prestazione principale e la penale, se questa non è stata stipulata per il semplice ritardo."

<sup>9</sup>Art. 1382 c.c.: "Effetti della clausola penale.

La clausola, con cui si conviene che, in caso d'inadempimento o di ritardo nell'adempimento, uno dei contraenti è tenuto a una determinata prestazione, ha l'effetto di limitare il risarcimento alla prestazione promessa, se non è stata convenuta la risarcibilità del danno ulteriore.

La penale è dovuta **indipendentemente dalla prova del danno.**"



Le spese di lite seguono la soccombenza e sono liquidate secondo i parametri medi dello scaglione da € 2.000.000 a € 4.000.000, con esclusione della fase trattazione / istruttoria, che in questo giudizio non si è tenuta.

### **P.Q.M.**

La Corte d'Appello di Milano, definitivamente pronunciando, così dispone:

- 1) Respinge l'impugnazione proposta da Magnolia Albertazzi nei confronti del lodo arbitrale del 3 – 6.12.2021.
- 2) Condanna Magnolia Albertazzi a rifondere le spese di lite sostenute da I.M.G. s.r.l., che liquida in € 31.283, oltre spese generali a accessori di legge.

Così deciso in Milano il 27.4.2023

*Il Presidente est. Massimo Meroni*

Arbitrato in Italia

