

Civile Ord. Sez. 1 Num. 23325 Anno 2018

Presidente: CAMPANILE PIETRO

Relatore: CIRESE MARINA

Data pubblicazione: 27/09/2018

sul ricorso 21523/2014 proposto da:

Rosellae Thermae S.r.l., (già S.p.a.), in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in Roma, Via Principessa Clotilde n.2, presso lo studio dell'avvocato Clarizia Angelo, che la rappresenta e difende, giusta procura a margine del ricorso;

-ricorrente -

contro

ORD
834
2018

1

Comune di Grosseto, in persona del Sindaco pro tempore, elettivamente domiciliato in Roma, Via C. Mirabello n.18, presso lo studio dell'avvocato Richiello Umberto, rappresentato e difeso dall'avvocato Pozzi Francesco Massimo, giusta procura a margine del controricorso e ricorso incidentale;

-controricorrente e ricorrente incidentale -

avverso la sentenza n. 579/2014 della CORTE D'APPELLO di FIRENZE, depositata il 04/04/2014;

udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 09/05/2018 dal cons. CIRESE MARINA.

FATTI DI CAUSA

A seguito di stipulazione in data 20.6.2002 di convenzione, successivamente modificata nel 2004, avente ad oggetto la realizzazione del complesso "Parco Termale di Roselle" affidato originariamente dal Comune di Grosseto all'esito di gara pubblica in regime di project financing ex art. 37 e ss. L. 109/1994, alla A.T.I. costituita dalla Società delle Opere s.r.l., cui successivamente subentrava la Rosellae Thermae s.r.l. (già Rosellae Thermae s.p.a.), sorta controversia tra le parti in ordine all'esecuzione delle convenzioni a causa dei ritardi, la predetta società, avvalendosi della clausola compromissoria, introduceva un giudizio arbitrale al fine di sentir dichiarare la risoluzione del contratto per grave inadempimento del Comune con conseguente diritto al risarcimento del danno subito. Il Comune a sua volta eccepiva l'inammissibilità e l'infondatezza delle pretese attrici chiedendo dichiararsi la risoluzione del contratto per grave inadempimento della società con condanna al risarcimento del danno.

Il Collegio arbitrale con lodo pronunciato a maggioranza in data 15.3.2011, statuiva l'inefficacia delle convenzioni di concessione per mancata approvazione di un progetto preliminare alla base della convenzione modificativa del 2004, respingeva le domande fondate entrambe sulla responsabilità contrattuale e dichiarava la responsabilità precontrattuale della Pubblica Amministrazione per avere ingenerato nel privato l'affidamento sull'approvazione della



variante urbanistica e quindi sulla conformità urbanistica delle opere previste dalle convenzioni.

Impugnato il lodo in via principale dalla Rosellae Thermae s.r.l. con atto notificato in data 14.10.2011 nonché in via incidentale dal Comune di Grosseto, la Corte d'Appello di Firenze respingeva le impugnazioni principale ed incidentale ritenendo di non poter censurare l'interpretazione data alle convenzioni stipulate inter partes e concludendo quindi per la sussistenza di una ipotesi di responsabilità pre contrattuale.

Avverso detta sentenza la Rosellae Thermae s.r.l. proponeva ricorso per cassazione articolato in sette motivi cui resisteva con controricorso il Comune di Grosseto che proponeva altresì ricorso incidentale articolato in tre motivi.

RAGIONI DELLA DECISIONE

Con il primo motivo di ricorso rubricato "Violazione e falsa applicazione dell'art. 112 c.p.c. in relazione all'art. 360 n. 4 c.p.c." parte ricorrente deduce la nullità della sentenza per aver omesso di pronunciare su tre motivi proposti dalla società in sede di impugnazione del lodo (1° motivo: violazione dell'art. 112 c.p.c.-2° motivo: violazione dell'art. 101 c.p.c.- 3° motivo omessa pronuncia sui vari motivi di inadempimento dedotti dalla società a sostegno della domanda di risoluzione delle convenzioni- 4° motivo censura per errori di diritto e per contraddittorietà le motivazioni del lodo in base alle quali gli arbitri hanno pronunciato l'inefficacia delle convenzioni ed hanno escluso la responsabilità contrattuale del Comune limitandosi ad affermare una responsabilità pre contrattuale- 5° motivo censura per errori di diritto e per contraddittorietà le statuizioni del lodo sul quantum liquidato dal Collegio in favore della società in ragione della riconosciuta responsabilità pre contrattuale del Comune- 6° motivo si evidenziava il corretto risarcimento del danno da liquidare indicando voci e prove fornite- 7° motivo si chiedeva di dichiarare la risoluzione per colpa del Comune della Convenzione del 2002 avendo gli stessi arbitri riconosciuto la piena validità della stessa), precisamente i motivi n.3-4-5, non rinvenendosi alcuna statuizione neanche implicita;

Con il secondo motivo di ricorso rubricato "Violazione e falsa applicazione dell'art. 112 c.p.c. in relazione all'art. 360 comma 1 n. 4 c.p.c. Omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti in relazione all'art. 360 comma 1 n. 5 c.p.c. " parte ricorrente deduce che erroneamente la Corte d'Appello ha ritenuto che nel giudizio di impugnazione del lodo va



tenuta distinta l'ipotesi dell'omessa pronuncia da quella in cui si censuri l'interpretazione della domanda e l'individuazione del suo contenuto ed ha quindi giustificato la soluzione accolta dagli arbitri in base al principio di libertà del giudice di interpretare la domanda, considerato, peraltro, che la decisione degli arbitri riguarda una questione rilevata d'ufficio, ossia l'assenza di un progetto preliminare a base della convenzione del 2004;

Con il terzo motivo di ricorso rubricato "Violazione e falsa applicazione dell'art. 101 c.p.c. in relazione all'art. 360 comma 1 n. 3 c.p.c. violazione e falsa applicazione degli artt. 101, 816 bis, 829 comma 1 n. 9 c.p.c. in relazione all'art. 360 comma 1, n. 3 c.p.c. Violazione dell'art. 112 c.p.c. in relazione all'art. 360 comma 1 n. 4 c.p.c. Omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti in relazione all'art. 360 c.1 n. 5 c.p.c." parte ricorrente deduce che la Corte d'Appello ha omesso di esaminare la lesione del principio del contraddittorio, immanente al sistema processualcivilistico, e del diritto di difesa atteso che la tematica affrontata dal lodo è stata sottratta al contraddittorio tra le parti;

Con il quarto motivo di ricorso rubricato "Violazione dell'art. 112 c.p.c. in relazione all'art. 360 comma 1 n. 4 c.p.c." parte ricorrente deduce che la Corte territoriale non si sarebbe pronunciata sul motivo di impugnazione del lodo avente ad oggetto le gravi inadempienze del Comune di Grosseto;

Con il quinto motivo di ricorso rubricato "Violazione dell'art. 112 c.p.c. In subordine omesso esame di un fatto decisivo per il giudizio oggetto di discussione tra le parti in relazione all'art. 360 comma 1 n. 5 c.p.c." parte ricorrente censura la sentenza impugnata per avere la Corte d'Appello ritenuto corretta la pronuncia degli arbitri sull'inefficacia delle convenzioni;

Con il sesto motivo di ricorso rubricato "Violazione dell'art. 112 c.p.c. in relazione all'art. 360 comma 1 n. 4 c.p.c." parte ricorrente censura le statuizioni di liquidazione del danno in favore della società risultando le stesse nulle per errore di diritto;

Con il settimo motivo di ricorso rubricato "Violazione dell'art. 112 c.p.c. in relazione all'art. 360 comma 1, n. 4 c.p.c." parte ricorrente deduce che la Corte d'Appello non si sarebbe pronunciata sul sesto e settimo motivo di impugnazione del lodo arbitrale.

Parte resistente proponeva altresì ricorso incidentale articolato nei seguenti motivi:

1) Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 112 c.p.c. in relazione all'art. 360 comma 1 n. 3 c.p.c. per la parte in cui la Corte d'Appello ha affermato la responsabilità pre-contrattuale del Comune tenendo conto della diversità delle contrapposte domande formulate dalle

parti; 2) Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 111 Cost. e 101 c.p.c. in relazione all'art. 360 comma 1, n. 1 c.p.c. con riferimento all'art. 829 comma 3, c.p.c. per avere la Corte d'Appello dichiarato inammissibile il motivo di impugnazione del Comune sulla tardività della memoria inviata a mezzo posta dalla Rosellae Thermae s.r.l.; 3) Violazione dell'art. 112 c.p.c. in relazione all'art. 360 comma 1 n. 4 c.p.c. per avere la Corte d'Appello omesso di pronunciarsi sull'ultimo motivo di ricorso incidentale del Comune concernente la richiesta di risarcimento del danno.

Va preliminarmente disattesa l'eccezione sollevata da parte resistente nel controricorso in base alla quale nel presente giudizio non potrebbero trovare ingresso censure attinenti alla violazione da parte del lodo di regole di diritto essendo il giudizio arbitrale successivo all'entrata in vigore del d.lgs. n. 40 del 2006.

Ed invero come affermato da Sez. U., n. 9284/2016 (vedi poi anche Sez. I, n. 17339/2017), "In tema di arbitrato, l'art. 829, comma 3, c.p.c., come riformulato dall'art. 24 del d.lgs. n. 40 del 2006, si applica, ai sensi della disposizione transitoria di cui all'art. 27 del d.lgs. n. 40 cit., a tutti i giudizi arbitrali promossi dopo l'entrata in vigore della novella, ma, per stabilire se sia ammissibile l'impugnazione per violazione delle regole di diritto sul merito della controversia, la legge - cui l'art. 829, comma 3, c.p.c., 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, c.p.c., nel testo previgente, salvo che le parti stesse avessero autorizzato gli arbitri a giudicare secondo equità o avessero dichiarato il lodo non impugnabile".

Nel caso di specie, la convenzione è anteriore al 2.3.2006, ovvero all'entrata in vigore del d.lgs. n. 40 del 2006 ed in assenza di previsioni sul punto, il lodo è impugnabile anche per violazione di regole di diritto.

Passando al ricorso principale, va premesso che il lodo arbitrale per cui è processo, a fronte delle contrapposte domande avanzate da entrambe le parti di risoluzione delle convenzioni stipulate per grave inadempimento contrattuale dell'altra parte ha invece concluso, dichiarando l'inefficacia delle convenzioni per assenza di un progetto preliminare (presupposto alla Convenzione del 2004) e ritenendo



altresì la responsabilità pre contrattuale dell'amministrazione comunale ex art. 1337 c.c..

Esaminando preliminarmente i motivi n. 2 e 3 del ricorso, gli stessi sono fondati.

Con riguardo alla prima doglianza, la stessa attinge le statuizioni della sentenza gravata secondo cui va distinta *"..l'ipotesi in cui si lamenti l'omesso esame di una domanda da quella in cui si censuri l'interpretazione che ne ha dato il giudice del merito. Solo nel primo caso, infatti, si verte in tema di violazione dell'art. 112 c.p.c.... integrante un caso di nullità mentre nel secondo caso, poiché l'interpretazione della domanda e l'individuazione del suo contenuto integrano un tipico accertamento di fatto riservato come tale al giudice del merito...il giudice dell'impugnazione.. deve effettuare solamente il controllo della correttezza della motivazione"* concludendo poi che nella specie la decisione arbitrale *"si colloca indubbiamente nel solco della seconda ipotesi"*.

Tale statuizione non può essere condivisa.

Ed invero, il giudice ha il potere-dovere di qualificare giuridicamente l'azione e di attribuire al rapporto dedotto in giudizio un "nomen juris" diverso da quello indicato dalle parti, purché non sostituisca la domanda proposta con una diversa, modificandone i fatti costitutivi o fondandosi su una realtà fattuale non dedotta e allegata in giudizio..." (vedi Cass., Sez. 3, n. 13945/2012).

Nella specie, viceversa, a fronte delle domande avanzate dalle parti la soluzione adottata dal Collegio arbitrale non trae origine da una diversa interpretazione e qualificazione della domanda ma, ponendosi al di fuori del petitum e della causa petendi, si fonda, invece, su una questione rilevata d'ufficio, ovvero l'assenza di un progetto preliminare a base della Convenzione del 2004, circostanza mai dedotta dalle parti.

Del pari fondato è il motivo n. 3.

Va premesso che la pronuncia gravata ha "tout court" escluso la lesione del principio del contraddittorio e del giusto processo e la denunciata nullità del lodo.

In ordine all'applicabilità dell'art. 101, comma 2, c.p.c., dopo aver in primis segnalato che l'art. 101, comma 2, c.p.c., introdotto dall'art. 45, comma 13, della l. n. 69 del 2009, si applica solo ai giudizi instaurati dopo la data della sua entrata in vigore, la Corte territoriale precisa che *" ..anche a volere ritenere l' applicabilità del codice di rito al giudizio arbitrale la norma non risulterebbe concretamente applicabile ratione temporis. Peraltro, deve osservarsi che nel procedimento arbitrale l'omessa osservanza del principio del contraddittorio sancito dall'art. 816 bis primo comma c.p.c. non è un*



vizio formale ma di attività, ne consegue che, ai fini della declaratoria di nullità, è necessario accertare la concreta menomazione del diritto di difesa, tenendo conto delle modalità del confronto tra le parti avuto riguardo alle rispettive pretese e delle possibilità per le stesse di esercitare nel rispetto della regola "audiatur ad altera pars" su un piano di uguaglianza le facoltà processuali loro attribuite..". Enuclato tale principio la corte territoriale conclude poi che *"..esclusa dunque la menomazione del diritto di difesa dell'impugnante deve altresì escludersi la lesione del principio del contraddittorio ed in definitiva la denunciata nullità del lodo"*.

Tale interpretazione non appare condivisibile.

La questione sottesa al motivo di ricorso involge la tematica del rispetto del principio del contraddittorio nell'ambito del procedimento arbitrale con particolare riferimento al rapporto con le questioni rilevabili d'ufficio.

La possibilità di mancato rispetto del contraddittorio si pone, oltre che per le questioni pregiudiziali in senso proprio, in tutta una serie di ipotesi, nelle quali, attraverso l'esercizio dei propri poteri decisorii, il giudice introduce in qualsiasi modo degli elementi nuovi in relazione al giudizio di fatto ovvero di diritto.

In relazione alle questioni di diritto, problemi in ordine al rispetto del principio del contraddittorio possono presentarsi in relazione all'esercizio del potere, da parte del giudice, di interpretazione della domanda ai sensi dell'art. 112 c.p.c. nel senso che è lesa il diritto di difesa della parte qualora l'ambito oggettivo della domanda sia fissato in sede di decisione anziché in precedenza, in relazione al potere di identificazione della norma applicabile e di qualificazione giuridica del rapporto controverso (qualora il giudice opti per l'applicazione di una norma o per una qualificazione differenti da quelle prospettate da una delle parti in giudizio).

L'art. 45, co. 13, della l. 18.6.2009, n. 69, rubricata come *Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile*, ha aggiunto all'art. 101 c.p.c., rubricato *ab origine* come *Principio del contraddittorio*, un nuovo co. 2, così letteralmente concepito: «Se ritiene di porre a fondamento della decisione una questione rilevata d'ufficio, il giudice riserva la decisione, assegnando alle parti, a pena di nullità, un termine, non inferiore a venti e non superiore a quaranta giorni dalla comunicazione, per il deposito in cancelleria di memorie contenenti osservazioni sulla medesima questione » ma già da anni la giurisprudenza ricavava dal sistema e dai principi generali la radicale «nullità» della sentenza cd. «a sorpresa», per violazione del contraddittorio.

Tale principio, peraltro, permea non solo la fase decisoria ma l'intero svolgimento del procedimento arbitrale considerato che *"In tema di arbitrato rituale, gli arbitri incorrono in violazione del principio del contraddittorio per mancata conoscenza dei punti di vista di tutte le parti del procedimento ove abbiano stabilito la natura perentoria dei termini da loro fissati alle parti per le allegazioni ed istanze istruttorie - alla stregua di quelli ex artt. 183 e 184 c.p.c. - e, in relazione a tale determinazione, abbiano dichiarato decaduta una parte per il tardivo esercizio delle facoltà di proporre quesiti e istanze istruttorie, qualora la possibilità di declinare tale perentorietà non fosse prevista dalla convenzione di arbitrato, ovvero da un atto scritto separato o dal regolamento processuale dai medesimi predisposto, e in assenza di specifica avvertenza al riguardo al momento dell'assegnazione dei termini"* (Cass., Sez. I, n. 1099/2016).

Ed invero *"Il procedimento arbitrale è ispirato alla libertà delle forme, con la conseguenza che gli arbitri non sono tenuti all'osservanza delle norme del codice di procedura civile relative al giudizio ordinario di cognizione, a meno che le parti non vi abbiano fatto esplicito richiamo nel conferimento dell'incarico arbitrale; esso deve, comunque essere condotto nel rispetto delle norme di ordine pubblico, che fissano i principi cardine del processo, di rango costituzionale, come il principio del contraddittorio, rafforzato dalla specifica previsione della lesione di tale principio come motivo di nullità del lodo, ai sensi dell'art. 829, nono comma, cod. proc. civ."*(Cass., Sez. 1, n. 1799972013; Cass., Sez. I, n. 4808/2014).

Orbene, nel caso di specie, non vi è dubbio che la Corte territoriale ha omissis di valutare la dedotta violazione del principio del contraddittorio e del correlato diritto di difesa considerato che la questione rilevata d'ufficio, ovvero quella della inefficacia delle convenzioni per mancanza di un progetto preliminare, non è stata sottoposta all'attenzione delle parti, che viceversa avevano azionato il giudizio arbitrale chiedendo la risoluzione delle convenzioni per inadempimento della controparte, (con ciò presupponendo la validità del titolo originario) e che avrebbero diversamente potuto interloquire e contraddire sulla questione.

Con riguardo ai restanti motivi del ricorso principale, deve ritenersi che il motivo n.1 sia infondato in quanto, a parte la omessa trascrizione nel ricorso dei motivi di impugnazione sui quali la Corte territoriale era chiamata a pronunciarsi, le censure svolte attengono solo alla eventuale fase rescissoria, così come i motivi dedotti ai numeri 6 e 7.

I motivi n. 4 e 5 devono invece ritenersi assorbiti, come anche i motivi articolati nel ricorso incidentale.

In relazione a quanto dedotto in relazione ai motivi n. 2 e 3 del ricorso principale, la sentenza impugnata va, pertanto, cassata con il conseguente rinvio della causa alla Corte d'Appello di Firenze, in diversa composizione, per un nuovo esame del lodo arbitrale alla stregua dei principi fin qui indicati, cui rimette altresì la regolamentazione delle spese del giudizio di legittimità.

P.Q.M.

Accoglie il ricorso ai sensi di cui in motivazione, assorbito il ricorso incidentale e per l'effetto rinvia alla Corte d'Appello di Firenze, in diversa composizione, cui demanda altresì la regolamentazione delle spese del giudizio.