



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONI UNITE CIVILI

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

GUIDO RAIMONDI - Primo Presidente f.f. -
BIAGIO VIRGILIO - Presidente di Sezione -
MAURO DI MARZIO - Rel. Consigliere -
ALBERTO GIUSTI - Consigliere -
ALDO CARRATO - Consigliere -
ANTONIETTA SCRIMA - Consigliere -
ENZO VINCENTI - Consigliere -
IRENE TRICOMI - Consigliere -
ROBERTO GIOVANNI CONTI - Consigliere -

Oggetto

ARBITRATO LODO

Ud. 24/05/2022 -
U.P.cam.

R.G.N. 26242/2016

Rep.

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso 26242-2016 proposto da:

(omissis) , in persona del Presidente *pro tempore*, elettivamente domiciliato in (omissis) , presso lo studio dell'avvocato (omissis) , che lo rappresenta e difende per procura in atti;

- ricorrente -

contro

Firmato Da: DI MARZIO MAURO Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 5f9466b2f454a2321a7c0dd033ad0e4 - Firmato Da: PACITTI SABRINA Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 22faa7d14bb12be87be3fb46e25bc37
Firmato Da: RAIMONDI GUIDO Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 543227d7c753b48491ab9b7412853a3



COMUNE (omissis), in persona del Sindaco *pro*
tempore, elettivamente domiciliato in (omissis) ne 20/06/2022
 , presso lo studio dell'avvocato (omissis),
 rappresentato e difeso dall'avvocato (omissis) per
 procura in atti;

- controricorrente -

nonché contro

FALLIMENTO (omissis) S.R.L.;

- intimato -

avverso la sentenza n. 750/2016 della CORTE D'APPELLO di BARI,
 depositata il 26/07/2016.

Udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del
 24/05/2022 dal Consigliere MAURO DI MARZIO;

lette le conclusioni scritte del Sostituto Procuratore Generale
 MAURO VITIELLO, il quale chiede che la Corte voglia dichiarare il
 ricorso inammissibile.

FATTI DI CAUSA

1. — Il Comune di (omissis) e l' (omissis)
 hanno stipulato, il 24 aprile 2008, un accordo di
 collaborazione ai sensi dell'articolo 15 della legge numero 241 del
 1990 in forza del quale quest'ultimo, operando a mezzo di un
 gestore operativo, in seguito individuato nella (omissis)

S.r.l., avrebbe dovuto provvedere alla
 fornitura delle apparecchiature elettroniche ed alla installazione
 delle attrezzature necessarie per il pagamento della sosta nel
 centro storico della cittadina, nonché per la rilevazione di infrazioni
 al codice della strada, a fronte del corrispettivo come pattuito.
 L'accordo prevedeva inoltre che eventuali controversie tra le parti
 fossero decise in arbitrato rituale.

2. — Insorta controversia tra le parti e promosso il giudizio
 arbitrale, con atto notificato il 25 luglio 2011, dall' (omissis)



(omissis) e dalla (omissis)

con lodo sottoscritto il 5 aprile 2013, dopo aver sollevato d'ufficio e positivamente risolto la questione della propria competenza, in ragione dell'accertata conformità della clausola compromissoria alla previsione dell'articolo 6 della legge numero 205 del 2000 nonché dell'articolo 12 del sopravvenuto codice del processo amministrativo, hanno dichiarato risolto l'accordo per «*impossibilità di esecuzione*», condannando il Comune di (omissis) al pagamento, in favore delle attrici in arbitrato, della somma di € 362.644,07, quale controvalore di opere realizzate in forza del medesimo accordo.

3. — Il Comune di (omissis) ha proposto impugnazione per nullità che la Corte d'appello di Bari, in contraddittorio con l' (omissis) e nella contumacia della (omissis)

S.r.l., ha accolto con sentenza del 28 luglio 2016, dichiarando la nullità del lodo impugnato con integrale compensazione di spese.

4. — La Corte territoriale, in particolare, ha accolto il primo motivo di impugnazione, volto a denunciare la nullità della clausola compromissoria contenuta nell'accordo di cui si è detto per contrasto con l'articolo 3, 19° comma, della legge numero 244 del 2007, legge finanziaria per il 2008, così ragionando:

-) l'eccezione proposta dal Comune impugnante era ammissibile, sebbene non spiegata nella sede arbitrale, poiché la preclusione di cui agli articoli 817, terzo comma, e 829, numero 1, c.p.c., non potrebbero applicarsi «*alle ipotesi in cui venga dedotta la radicale invalidità della clausola arbitrale e non già la mera esorbitanza della decisione dai suoi limiti*»;

-) l'articolo 3, 19° comma, della legge numero 244 del 2007 aveva vietato alle pubbliche amministrazioni ivi indicate, tra le quali dovevano ritenersi ricomprese sia il Comune che l' (omissis) , di inserire clausole compromissorie in tutti i loro contratti aventi ad



oggetto prestazioni ivi contemplate, cui era riconducibile anche l'accordo in discorso, con conseguente nullità delle clausole e dei compromessi sottoscritti in violazione del divieto;

-) pur apparendo sussistente la giurisdizione del giudice amministrativo sulla controversia, ove non devoluta agli arbitri, ciò non comportava la validità della clausola compromissoria, non potendosi «togliere valore alle specifiche norme di divieto invocate dal Comune», e cioè al menzionato articolo 3, 19° comma.

5. — Per la cassazione della sentenza l' (omissis) ha proposto ricorso affidato a due mezzi.

6. — Il Comune di (omissis) ha resistito con controricorso, mentre il Fallimento (omissis)

S.r.l., cui pure il ricorso è stato notificato, non ha spiegato difese.

7. — Con ordinanza del 24 febbraio 2022, numero 6148, la prima sezione civile della Corte ha disposto la trasmissione degli atti al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione alle sezioni unite.

Si osserva nell'ordinanza che «i motivi di ricorso investono direttamente la sussistenza della giurisdizione del giudice adito ... dovendosi richiamare il principio statuito da questa Corte secondo il quale ... la questione circa l'eventuale non compromettibilità ad arbitri della controversia, per essere la stessa riservata alla giurisdizione del giudice amministrativo, integra una questione di giurisdizione ... Il riferimento, in particolare, è al principio espresso nel lodo arbitrale che le controversie in materia di formazione ed esecuzione degli accordi fra pubbliche amministrazioni di cui agli artt. 11 e 15 della legge 7 agosto 1990, n. 241, sono attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. a, n. 2, decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104 e le stesse, in virtù dell'art. 12 del decreto citato possono essere devolute ad arbitri rituali, seppure limitatamente alla tutela di diritti soggettivi ... Nella specie viene in rilievo l'accordo di



collaborazione, stipulato ai sensi dell'art. 15 della legge 7 agosto 1990, n. 241, per la regolamentazione sperimentale della sosta e dei servizi di sicurezza stradale nel centro cittadino di (omissis)

...».

8. — Il Primo Presidente ha assegnato il ricorso alle sezioni unite.

9. — Le parti hanno depositato memoria.

10. — Il P.G. ha concluso per l'inammissibilità del ricorso.

RAGIONI DELLA DECISIONE

11. — Il ricorso contiene due motivi.

11.1. — Il primo mezzo denuncia violazione e falsa applicazione degli articoli 817, terzo comma, e 829, primo comma, numero 1, c.p.c.: secondo la parte ricorrente la sentenza è viziata laddove ha ommesso di dichiarare inammissibile il motivo di nullità del lodo avente ad oggetto la presunta nullità della convenzione di arbitrato, nonostante tale rilievo di incompetenza degli arbitri fosse stato sollevato per la prima volta dal Comune nel giudizio di nullità del lodo.

11.2. — Il secondo mezzo denuncia violazione e falsa applicazione dell'articolo 3, 19° comma, della legge numero 244 del 2007, dell'articolo 15 del decreto legge numero 248 del 2007, convertito con modificazioni in legge numero 31 del 2008, dell'articolo 4 *bis*, 12° comma, del decreto legge numero 97 del 2008, convertito con modificazioni nella legge numero 128 del 2008 e dell'articolo 1 *ter*, primo comma, del decreto legge numero 162 del 2008, convertito con modificazioni nella legge numero 201 del 2008 e successive modificazioni e integrazioni: si sostiene che la sentenza sarebbe errata per aver dichiarato la nullità della clausola compromissoria sulla base di una norma mai entrata in vigore.

12. — Il ricorso va accolto nei limiti che seguono.

12.1. — Il primo mezzo è infondato.

12.1.1. — Gli arbitri, nel giudizio arbitrale, hanno esaminato d'ufficio la questione della propria «*competenza*», giungendo alla



conclusione della sua sussistenza, sul rilievo che l'articolo 12 dell'accordo concluso tra le parti, contenente la clausola compromissoria, fosse senz'altro valido alla luce dell'articolo 6 della legge numero 205 del 2000, vigente all'epoca della stipulazione, nonché del sopravvenuto articolo 12 del codice del processo amministrativo, sostanzialmente del medesimo tenore e vigente all'epoca della notificazione della domanda di arbitrato.

In particolare gli arbitri hanno affermato che le controversie in materia di formazione ed esecuzione degli accordi fra pubbliche amministrazioni di cui agli articoli 11 e 15 della legge numero 241 del 1990, accordi cui era riconducibile la pattuizione intercorsa tra le parti, erano attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ai sensi dell'articolo 133, primo comma, lettera a) numero 2, del codice del processo amministrativo, di guisa che esse ben potevano essere devolute ad arbitri rituali, purché vertenti, come nel caso esaminato, su diritti soggettivi. Gli arbitri hanno cioè fatto derivare l'arbitrabilità della controversia dalla sua riconduzione all'ambito della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, da cui discendeva la sua arbitrabilità, trattandosi di controversia su diritti.

12.1.2. — La Corte d'appello, preso atto del ragionamento svolto dagli arbitri, ha viceversa osservato esso si poneva in contrasto con l'articolo 3, 19° comma, della legge numero 244 del 2007, che, a dire del giudice di merito, avrebbe vietato alle pubbliche amministrazioni ivi indicate di inserire clausole compromissorie «*in tutti i loro contratti aventi ad oggetto lavori, forniture e servizi ovvero, relativamente ai medesimi contratti, di sottoscrivere compromessi*», con conseguente nullità delle clausole e dei compromessi sottoscritti in violazione del divieto.

Ha dunque affermato la sentenza impugnata che, «*pur apparendo sussistente, per le ragioni indicate nel lodo, la giurisdizione del TAR sulla controversia ove non devoluta agli arbitri, le conseguenze che*



il lodo ne trae in tema di validità della clausola non siano plausibili.

Ed infatti, pur essendo indubbia l'arbitrabilità delle questioni concernenti interessi legittimi [così nel testo: n.d.e.] ... non per questo può ritenersi che, come vuole il provvedimento impugnato, l'art. 12 c.p.a. legittimi di per sé l'arbitrato su questioni concernenti diritti soggettivi rimessi al giudice amministrativo, sino al punto di togliere valore alle specifiche norme di divieto invocate dal Comune ... l'art. 12 c.p.a. legittima in via generale l'arbitrato rituale di diritto su questioni rimesse al G.A. e riguardanti diritti soggettivi, ma nulla dice sulla vigenza e sulla portata di norme sostanziali specifiche che tale arbitrato eventualmente vietino. Se così non fosse non si spiegherebbe il fatto che nella vigenza del poi abrogato art. 6 cpv. l. 205/00, avente contenuto analogo all'attuale art. 12 c.p.a., il legislatore abbia potuto emanare la norma proibitiva specifica dell'art. 3, 19° comma, l. 244/07, né il fatto che, dopo l'abrogazione di tale ultima disposizione ... abbia potuto ripristinare dei limiti alle clausole compromissoria, oggi consentite solo se è seguita la procedura autorizzatoria ivi prevista ... La piena vigenza al momento della stipula della convenzione ... del divieto di cui all'art. 3, 19° comma, l. 244/07, faceva sì che la sua violazione producesse nullità della clausola contrastante».

12.1.3. — In definitiva, la Corte d'appello si è interrogata se la cognizione della controversia fosse devoluta agli arbitri ovvero alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ed è giunta alla conclusione — che subito si vedrà essere errata, la qual cosa non esclude però l'infondatezza del motivo in esame — che non sussistesse la *potestas iudicandi* degli arbitri, e dunque che la controversia appartenesse alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, per essere la clausola compromissoria nulla per effetto di un'apposita norma proibitiva.

Così facendo, la Corte territoriale si è attenuta al principio, anche di recente ribadito, secondo cui «*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 ..., dà luogo ad una questione di giurisdizione; pertanto la questione circa l'eventuale non compromettibilità ad arbitri della controversia, per essere la stessa riservata alla giurisdizione del giudice amministrativo», nel caso in esame per effetto della ritenuta nullità della clausola compromissoria in quanto travolta dalla norma proibitiva, «*integra una questione di giurisdizione che, ove venga in rilievo, il giudice dell'impugnazione del lodo arbitrale è tenuto ad esaminare e decidere anche d'ufficio*» (Cass., Sez. U., 26 ottobre 2020, n. 23418).*

12.1.4. — Guardando poi al problema dall'angolo visuale dell'articolo 817 c.p.c., che secondo il ricorrente il giudice di merito avrebbe violato, occorre ancora osservare che la norma sancisce sì, come si evidenzia in ricorso, che «*la parte che non eccepisce nella prima difesa successiva all'accettazione degli arbitri l'incompetenza di questi per inesistenza, invalidità o inefficacia della convenzione di arbitrato, non può per questo motivo impugnare il lodo*», ma soggiunge immediatamente che è fatto «*salvo il caso di controversia non arbitrabile*», il che trova riscontro nella previsione dell'articolo 829, primo comma, c.p.c., secondo cui l'impugnazione per nullità è ammessa, nonostante qualunque preventiva rinuncia, tra l'altro, «*se la convenzione d'arbitrato è invalida, ferma la disposizione dell'articolo 817, terzo comma*».

E cioè, l'impugnazione per nullità del lodo in ragione dell'invalidità del patto compromissorio è sì subordinata alla proposizione della relativa eccezione nel corso del procedimento arbitrale, ma sempre che, tramite il rinvio all'articolo 817, terzo comma, non si versi in ipotesi di controversia non arbitrabile: sicché la non arbitrabilità della controversia, quantunque non eccepita dinanzi agli arbitri, ben può essere oggetto di eccezione, come pure di rilevazione officiosa, in sede di impugnazione per nullità. Il che è del resto



ovvio, giacché l'omessa formulazione dell'eccezione nell'ambito del procedimento arbitrale non può valere a rendere arbitrabile una controversia che, atteso il rilievo cogente del precetto dettato dall'articolo 806, primo comma, c.p.c., tale non è.

La nozione di arbitrabilità è fissata in negativo dall'articolo 806 ora citato, secondo cui le parti possono far decidere da arbitri le controversie tra di loro sorte che non abbiano per oggetto diritti indisponibili, ma pur sempre «salvo espresso divieto di legge»: il dato normativo è dunque univoco nell'affermare che tutte le controversie sono arbitrabili, e cioè che l'arbitrabilità è la regola mentre la non arbitrabilità costituisce eccezione, eccezione la quale ricorre ove: i) la controversia abbia ad oggetto diritti indisponibili; ii) osti all'arbitrabilità di controversie relative a diritti disponibili una espressa norma proibitiva.

In conclusione, tornando al caso in esame, l'ipotizzata — per quanto erroneamente, come subito si dirà — esistenza di una norma proibitiva dell'arbitrato, tale da rendere non arbitrabile la controversia per espresso divieto di legge, in astratto, avrebbe imposto alla Corte d'appello la rilevazione officiosa della non arbitrabilità, pur non essendo stata formulata l'eccezione in sede arbitrale.

Perciò, come si premetteva, il motivo è infondato in applicazione del seguente principio di diritto: «*La previsione dell'articolo 817, secondo comma, secondo periodo, c.p.c., non preclude l'eccezione e rilevazione della non arbitrabilità della controversia, perché avente ad oggetto diritti indisponibili o per l'esistenza di una espressa norma proibitiva, in sede di impugnazione del lodo per nullità*».

12.2. — Il secondo mezzo è invece palesemente fondato.

12.2.1. — La Corte territoriale ha difatti errato nel reputare che la clausola compromissoria in discorso fosse colpita da nullità in applicazione dell'articolo 3, 19° comma, della legge numero 244



del 2007, secondo cui: «È fatto divieto alle **pubbliche** amministrazioni ... di inserire clausole compromissorie in tutti i loro contratti aventi ad oggetto lavori, forniture e servizi ovvero, relativamente ai medesimi contratti, di sottoscrivere compromessi. Le clausole compromissorie ovvero i compromessi comunque sottoscritti sono nulli ...».

E difatti l'entrata in vigore di tale disposizione è stata reiteratamente posticipata: dall'articolo 15 del decreto-legge 31 dicembre 2007, n. 248, convertito con modificazioni dalla legge 28 febbraio 2008, n. 31; dall'articolo 4 *bis*, comma 12, del decreto legge 3 giugno 2008, n. 97, convertito, con modificazioni, dalla legge 2 agosto 2008, n. 129; dall'articolo 1 *ter*, comma 1, del decreto legge 23 ottobre 2008, n. 162, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 dicembre 2008, n. 201, come modificato dall'articolo 29, comma 1-*quinqüesdecies*, del decreto legge 30 dicembre 2008, n. 207, convertito, con modificazioni, dalla legge 27 febbraio 2009, n. 14, come modificato dall'articolo 5, comma 4, del decreto legge 30 dicembre 2009, n. 194, convertito, con modificazioni, dalla legge 26 febbraio 2010, n. 25; dopo di che la norma è stata abrogata, come ricorda la stessa Corte d'appello, senza essersi però avveduta che l'abrogazione ha avuto luogo prima ancora che essa fosse entrata in vigore. Sicché infine l'articolo 5 del decreto legislativo 20 marzo 2010, n. 53, pur introducendo nuovi limiti, che qui non rilevano, ha eliminato ad ogni effetto il divieto di arbitrato.

12.2.2. — Resta soltanto da aggiungere che, secondo il Procuratore Generale, il secondo mezzo sarebbe inammissibile poiché la sentenza della Corte d'appello sarebbe assistita da una diversa ed ulteriore *ratio decidendi*, non censurata, fondata sulla previsione dettata dall'articolo 241, primo comma, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, come sostituito dall'articolo 1, comma 19, della legge 6 novembre 2012, n. 190, secondo cui: «*Le controversie su*



diritti soggettivi, derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi, forniture, concorsi di progettazione e di idee, comprese quelle conseguenti al mancato raggiungimento dell'accordo bonario previsto dall'articolo 240, possono essere deferite ad arbitri, previa autorizzazione motivata da parte dell'organo di governo dell'amministrazione. L'inclusione della clausola compromissoria, senza preventiva autorizzazione, nel bando o nell'avviso con cui è indetta la gara ovvero, per le procedure senza bando, nell'invito, o il ricorso all'arbitrato, senza preventiva autorizzazione, sono nulli».

Osservano per contro le sezioni unite che la sentenza impugnata non contiene siffatta *ratio decidendi*, e cioè non desume la nullità della clausola compromissoria dal difetto di autorizzazione, di cui non fa menzione in specifico riferimento alla clausola compromissoria oggetto del contendere, limitandosi a trascrivere il testo del citato primo comma dell'articolo 241, peraltro non in vigore all'epoca della pattuizione ed abrogata dall'articolo 217, comma 1, lettera e), del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, entrato in vigore il giorno successivo, ossia prima ancora che la Corte d'appello pronunciasse.

13. — La sentenza è cassata in relazione al motivo accolto e rinviata alla Corte d'appello di Bari in diversa composizione, che si atterrà a quanto dianzi indicato e provvederà anche sulle spese di questo giudizio di legittimità.

PER QUESTI MOTIVI

rigetta il primo motivo di ricorso ed accoglie il secondo, cassa la sentenza impugnata in relazione al motivo accolto e rinvia anche per le spese alla Corte d'appello di Bari in diversa composizione.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio delle sezioni unite civili, il 24 maggio 2022.

L'estensore
Mauro Di Marzio

Il presidente
Guido Raimondi



Numero registro generale 26242/2016

Numero sezionale 250/2022

Numero di raccolta generale 19852/2022

Data pubblicazione 20/06/2022

