

Civile Ord. Sez. 1 Num. 18220 Anno 2023

Presidente: ACIERNO MARIA

Relatore: NAZZICONE LOREDANA

Data pubblicazione: 26/06/2023



ORDINANZA

sul ricorso iscritto al n. 12423/2017 R.G. proposto da:
A2A SPA, elettivamente domiciliata in ROMA VIA XXIV MAGGIO
43, presso lo studio dell'avvocato BERNAVA ANDREA
(BRNNDR58T03H501G) che lo rappresenta e difende unitamente
agli avvocati CROFF CARLO (CRFCRL55M24A501M), ZIMMITTI
SEBASTIANO (ZMMSST49D23I754T), MARTUCCELLI SILVIO
(MRTSLV68D19H501I)

-ricorrente-

contro

PESSINA COSTRUZIONI SPA, elettivamente domiciliata in ROMA
LARGO SARTI 4, presso lo studio dell'avvocato CAPPONI BRUNO
(CPPBRN57M11H501A) che lo rappresenta e difende unitamente
all'avvocato DI FALCO DOMENICO (DFLDNC65D19G964C)



avverso SENTENZA di CORTE D'APPELLO MILANO n. 4337/2016 depositata il 23/11/2016.

Udita la relazione svolta nella camera di consiglio del 18/05/2023 dal Consigliere LOREDANA NAZZICONE.

FATTI DI CAUSA

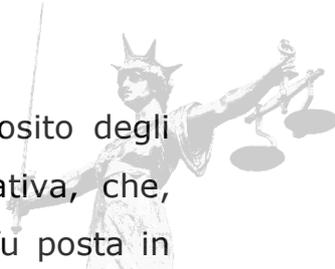
Il lodo reso dal collegio arbitrale il 1° luglio 2015, decidendo le domande proposte da Pessina Costruzioni s.p.a. contro la A2A s.p.a., ha condannato la convenuta al risarcimento del danno nella misura di € 37.968.938,95, ritenuto l'inadempimento della stessa al patto parasociale concluso tra le parti in relazione ad un'ATI costituita per la progettazione e la realizzazione della c.d. rete di teleriscaldamento di Novara.

Il lodo è stato impugnato per nullità dalla soccombente innanzi alla Corte d'appello di Milano, che con sentenza del 23 novembre 2016, n. 4337, ha dichiarato «*inammissibili e infondate le impugnative proposte*».

Ha ritenuto il giudice, per quanto ancora rileva che:

a) il motivo di nullità del lodo per difetto di terzietà della presidente del collegio arbitrale, proposto ai sensi dell'art. 829, comma 1, n. 2, c.p.c., è inammissibile, non sussistendo la condizione dell'essere stata tale nullità «*dedotta nel giudizio arbitrale*», in quanto il lodo non opera riferimento alla ragione di nullità, riferendo solo circa l'istanza di ricusazione a giustificazione del ritardo del proprio deposito, e benché dagli atti del processo risulti in effetti che l'istanza di ricusazione, con la menzione della detta ragione di nullità, era stata presentata prima del deposito dell'arbitrato;

b) «*in ogni caso*» il motivo – ove non fosse inammissibile in quanto l'istanza di ricusazione sia da parificare alla deduzione della nullità «*all'interno del lodo*» – è infondato, essendo tardiva



l'istanza di ricusazione, avanzata solo all'esito del deposito degli accertamenti disposti a mezzo di un'agenzia investigativa, che, però, non è detto sia il momento in cui la A2A s.p.a. fu posta in condizione di conoscere le ragioni fondanti la ricusazione, in quanto non ha provato la ragione per cui sino a quel momento ignorasse la dedotta parzialità dell'arbitro; l'istanza di ricusazione, inoltre, era infondata, perché le ragioni poste a suo fondamento sono irrilevanti, trattandosi di rapporti indiretti tra la presidente del collegio arbitrale ed il padre del difensore di Pessina s.p.a. e di fatti normali nella colleganza, quali la partecipazione a commissioni e collegi; al riguardo, infine, neppure è fondata l'istanza di rimessione in termini, non essendo stata neppure in sede di impugnazione dedotta la ragione della mancata tempestiva presentazione di essa entro dieci giorni dalla scoperta dei fatti, ai sensi dell'art. 815 c.p.c.; né è invocabile il principio generale dell'ordine pubblico, avendo il legislatore fissato modi e termini precisi per far valere la parzialità dell'arbitro;

c) i motivi di impugnazione del lodo concernenti la condanna al risarcimento del danno vertono sul merito; mentre non sussiste violazione del contraddittorio con riguardo alla liquidazione equitativa del danno, che costituisce un potere del giudice, essendo state inoltre sussistenza e quantificazione del danno ampiamente discusse dalle parti – sia pure non con specifico riguardo al criterio equitativo adottato – e motivate dal collegio arbitrale.

Avverso questa sentenza viene proposto ricorso per cassazione dalla soccombente, sulla base di otto motivi.

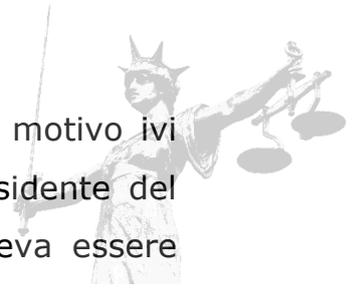
Vi resiste con controricorso l'intimata.

Le parti hanno depositato la memoria.

RAGIONI DELLA DECISIONE

1. – I motivi esposti nel ricorso possono essere così riassunti:

1) violazione e falsa applicazione dell'art. 829, comma 1, n. 2, c.p.c. e nullità della sentenza, ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 3



e n. 4, c.p.c., per avere essa ritenuto inammissibile il motivo ivi proposto, concernente il difetto di imparzialità del presidente del collegio arbitrale: tale difetto, una volta dedotto, doveva essere conosciuto dalla corte territoriale, qualsiasi fosse stata la sorte dell'autonomo procedimento di ricusazione ed ancorché questa fosse stata ritenuta tardiva dal presidente del tribunale; né può ritenersi che la corte territoriale si sia pronunciata nel merito del motivo, essendosi ormai spogliata del potere relativo con la declaratoria predetta di inammissibilità;

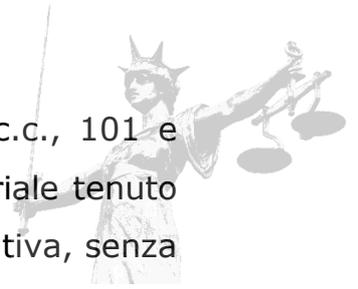
2) violazione e falsa applicazione dell'art. 815 c.p.c., il quale, al terzo comma, dispone che la ricusazione è proposta mediante ricorso al presidente del tribunale entro il termine perentorio di dieci giorni dalla sopravvenuta conoscenza della causa di ricusazione, e, al n. 3 del primo comma, che l'arbitro può essere ricusato *«se egli stesso o il coniuge è parente fino al quarto grado o è convivente o commensale abituale di una delle parti, di un rappresentante legale di una delle parti, o di alcuno dei difensori»*: norma da intendere con riferimento ad una frequenza di contatti e rapporti in continuità, tale che faccia dubitare della serenità di giudizio, mentre la corte territoriale ha offerto un'interpretazione restrittiva del precetto; l'affermazione secondo cui la ricorrente avrebbe dovuto proporre l'istanza di ricusazione alla presenza del minimo sospetto o diceria non va condivisa, avendo proposto l'istanza appena due giorni dopo avere ricevuto la relazione investigativa, e, dunque, tempestivamente rispetto alla scoperta della causa di ricusazione, né trattandosi di fatti di pubblico dominio o notori, necessitando invece essi di accertamenti per il loro disvelamento; infine, occorre tener conto che, nella specie, era mancata la dovuta *disclosure* ad opera dell'arbitro, che aveva dichiarato il contrario, onde non avrebbe poi potuto porsi a carico della ricorrente la prova negativa circa la precisa ragione per cui le



cause della parzialità dell'arbitro le fossero ignote, come ha, invece, ragionato la corte d'appello;

3-4) violazione e falsa applicazione degli artt. 153, 345 e 815 c.p.c., ed omesso esame di fatto decisivo, consistente nel non avere la sentenza esaminato la seconda relazione investigativa, da cui sarebbero emersi i rapporti diretti tra l'arbitro e il difensore di controparte: la corte territoriale non ha concesso la rimessione in termini, al fine dell'esame della seconda relazione investigativa depositata dalla A2A s.p.a., sulla base dell'asserita tardività dell'istanza di ricusazione; tuttavia, essendo questa tempestiva, anche l'istanza di rimessione in termini doveva avere un diverso esito e la corte territoriale avrebbe dovuto esaminare la seconda relazione, commissionata dopo il rigetto dell'istanza di ricusazione e, quindi, prodotta in giudizio tardivamente per causa non imputabile, nozione in cui è da ricondurre la stessa condotta omissiva dell'arbitro non imparziale; la violazione dell'art. 153 c.p.c. sta nel non avere la corte deciso l'istanza stessa, e quella dell'art. 345 c.p.c. nel non avere ammesso la produzione della seconda relazione innanzi a sé; infine, non essendo stato mai disposto lo stralcio della seconda relazione, essa avrebbe dovuto essere esaminata, in mancanza sussistendo il vizio ex art. 360, comma 1, n. 5, c.p.c., quale documento il cui contenuto era stato discusso e decisivo per l'accoglimento del motivo in discorso;

5) omesso esame di fatto decisivo, per non avere la corte esaminato la mancata *disclosure* nel dichiarare i legami personali e familiari col difensore di controparte, da parte del presidente del collegio arbitrale, in violazione del suo dovere giuridico, deontologico (art. 61) e morale, fatto cui la corte d'appello neppure accenna, ma centrale per la decisione del motivo innanzi ad essa proposto, e per accertare il *dies a quo* del termine di dieci giorni ex art. 815 c.p.c.;



6) violazione e falsa applicazione degli artt. 1226 c.c., 101 e 829, comma 1, n. 9, c.p.c., non avendo la corte territoriale tenuto conto che gli arbitri hanno liquidato il danno in via equitativa, senza sottoporre al contraddittorio delle parti l'utilizzo di tale criterio, non richiesto dalla controparte;

7) violazione e falsa applicazione degli artt. 1226 c.c., 823, comma 2, n. 5 e 829, comma 1, n. 9, c.p.c., non avendo la corte territoriale tenuto conto che gli arbitri hanno liquidato il danno in via equitativa, senza accertare la sussistenza dei presupposti per procedervi, quali l'esistenza di un danno e la difficoltà a provvedere alla stima esatta per ragioni oggettive;

8) motivazione inesistente o apparente, ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 5, c.p.c., con riguardo alla denunciata violazione del principio dell'ordine pubblico nella liquidazione equitativa operata dagli arbitri.

2. – Il primo motivo è fondato, con assorbimento dei tutti gli altri.

2.1. – L'art. 815 c.p.c. dispone: *«Ricusaione degli arbitri. Un arbitro può essere ricusato: (...) 3) se egli stesso o il coniuge è parente fino al quarto grado o è convivente o commensale abituale di una delle parti, di un rappresentante legale di una delle parti, o di alcuno dei difensori (...) / Una parte non può ricusare l'arbitro che essa ha nominato o contribuito a nominare se non per motivi conosciuti dopo la nomina (...)»*.

Dispone, a sua volta, l'art. 829, comma 1, n. 2, c.p.c., che *«L'impugnazione per nullità è ammessa, nonostante qualunque preventiva rinuncia, nei casi seguenti: (...) 2) se gli arbitri non sono stati nominati con le forme e nei modi prescritti nei capi II e VI del presente titolo, purché la nullità sia stata dedotta nel giudizio arbitrale»*.

Poiché l'art. 815 c.p.c. fa parte del Capo II, *Degli arbitri*, la nullità derivante dalla situazione di difetto di imparzialità, di cui al



n. 3 di tale disposizione, soggiace al presupposto che «*la nullità sia stata dedotta nel giudizio arbitrale*».

Infatti, questa Corte ha già ritenuto (Cass. 15 novembre 2010, n. 23056) che la nullità in discorso resti una specie regolata dall'art. 829, comma 1, n. 2, c.p.c., il quale fa obbligo di dedurre le nullità afferenti la nomina nel giudizio arbitrale: con la conseguenza che la nullità di cui all'art. 815 c.p.c., anche nella parte in cui emula il disposto dell'art. 51 c.p.c., che attiene al lodo in quanto inficiato da un difetto di requisito fondamentale della *potestas iudicandi* (la terzietà), e che sia stata dedotta, viene poi conosciuta dal giudice dell'impugnazione (qualsiasi sia stata la sorte dell'autonomo, procedimento di ricusazione).

Sul punto, dunque, l'argomentazione della corte territoriale va condivisa.

La statuizione è, invece, errata, laddove al riguardo ha ritenuto che, nel caso in cui sia stata proposta istanza di ricusazione già nel corso del procedimento arbitrale e dunque gli arbitri e, di necessità, la controparte, ne siano stati edotti in quel procedimento, non sarebbe integrata la fattispecie concernente il detto presupposto.

L'inammissibile introduzione della questione per la prima volta nel giudizio di impugnazione del lodo mira a scongiurare impugnazioni strumentali, decise, in ipotesi, solo dall'esito del deposito del lodo medesimo; il legislatore, pertanto, ha richiesto che il difetto di imparzialità, al pari di altri vizi cui fa riferimento la norma, sia stato dedotto già innanzi agli arbitri.

Questa Corte ha statuito che il vizio di incompatibilità del giudice, ove pure sia stata disattesa l'istanza di ricusazione, resta sempre deducibile quale ragione di nullità del lodo (Cass. 28 agosto 2004, n. 17192; nonché Cass. n. 23056/2010; Cass., sez. un., n. 7636/2003).

Ora, a tale riguardo, va altresì affermato che l'aver una parte proposto l'istanza di ricusazione al presidente del tribunale sin nel

corso del procedimento arbitrale, producendola inoltre innanzi agli arbitri che, in tal modo, ne siano stati edotti, vale a dedurre la specifica nullità innanzi ad essi, integrando la fattispecie in discorso.

Il Tribunale di Milano ha ritenuto intempestiva l'istanza di ricusazione con provvedimento del 22 giugno 2015; il lodo arbitrale, pronunciato il 1° luglio 2015, menziona l'istanza stessa, palesando che il tema era già venuto all'attenzione degli arbitri, non potendo dunque reputarsi per la prima volta introdotto in sede di impugnazione del lodo.

Nella specie, quindi, la nullità fu dedotta nel corso del procedimento arbitrale, prima della sottoscrizione del lodo (se pur dopo la sua deliberazione: nello stesso senso, Cass. 23056/2010, cit.), e quindi «nel giudizio arbitrale».

Ne deriva che il motivo in questione – da trattare prioritariamente rispetto a tutti gli altri, perché pregiudiziale – non avrebbe dovuto essere dichiarato inammissibile, ma deciso nel merito quale oggetto del *thema decidendum*.

3. – Gli altri motivi sono assorbiti.

4. – Pertanto, accolto il primo motivo, la sentenza impugnata va cassata, con rinvio innanzi alla Corte d'appello di Milano, in diversa composizione, perché esamini l'impugnazione del lodo – ivi compreso il primo motivo – ritenuta l'ammissibilità del medesimo ed entrando nel fondo del medesimo come *thema decidendum*.

Alla stessa si demanda anche la liquidazione delle spese processuali di legittimità.

P.Q.M.

La Corte accoglie il primo motivo del ricorso, assorbiti gli altri; cassa la sentenza impugnata e rinvia la causa innanzi alla Corte d'appello di Milano, in diversa composizione.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 18 maggio



Arbitrato in Italia

Corte di Cassazione - copia non ufficiale