



CORTE di APPELLO di MESSINA

Prima sezione civile

AAAAAAAAA

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

La Corte di Appello di Messina, Prima sezione civile, riunita in camera di consiglio e composta dai magistrati:

- | | |
|---------------------------------|------------------|
| 1)Dott. Augusto Sabatini | Presidente |
| 2)Dott. Marisa Salvo | Consigliere rel. |
| 3) Dott. Maria Giuseppa Scolaro | Consigliere |

Ha emesso la seguente

SENTENZA

nella causa civile in grado di appello iscritta al **n. 479/2020** posta in decisione all'udienza collegiale del **27.03.23**.

vertente tra

Istituto Autonomo Case Popolari della Provincia di Messina (I.A.C.P.) p.i .00081730838 con sede in Messina via E.L. Pellegrino is. 176 in persona del legale rappresentante pro tempore elettivamente domiciliato in Messina via Ducezio n. 12 presso lo studio dell'avv. prof. Carlo Mazzù che lo rappresenta e difende come da procura in calce all'atto di appello ed in forza di determina



dirigenziale n. 188 del 18.06.2020

Appellante

e

CER Consorzio Emiliano Romagnolo fra le Cooperative di Produzione e Lavoro in persona del legale rappresentante pro tempore;

Appellato contumace

oggetto: appello avverso la sentenza n. 713/2020 emessa dal Tribunale di Messina in data 13.05.2020 e pubblicata in pari data

Conclusioni dei procuratori delle parti: come da note scritte depositate ex art. 127 ter c.p.c. in data 24.03.2023 per parte appellante;

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con atto di citazione regolarmente notificato il CER Consorzio Emiliano Romagnolo fra le Cooperative di Produzione e Lavoro in persona del legale rappresentante pro tempore (di seguito solo CER) proponeva opposizione avverso il decreto n. 613/2011 emesso in data 5.04.2011 e notificato in data 19.04.2011, con cui il Tribunale di Messina gli aveva ingiunto il pagamento in favore dell'Istituto Autonomo Case Popolari della Provincia di Messina (di seguito solo I.A.C.P.) della somma di euro 181.870,65, oltre accessori.

Premetteva che tra le parti in data 23.06.1992 era stato stipulato un contratto di appalto avente ad oggetto la costruzione in Villafranca Tirrena loc. Acquasanta di n.84 alloggi, di cui con lodo arbitrale emesso in data 6.12.2000 reso esecutivo con decreto del Tribunale di Messina del 10-11.10.2001 era stata dichiarata la risoluzione.



A sostegno dell'opposizione, per quel che qui rileva, eccepiva l'incompetenza del Tribunale di Messina in forza dell'art. 6 del contratto con cui le parti avevano convenuto il ricorso all'arbitrato per la risoluzione di ogni controversia che tra esse potesse insorgere “ *così durante che dopo l'esecuzione dei lavori quale che sia la loro natura, tecnica, amministrativa, giuridica, non definite in via amministrativa*”.

Si costituiva l'I.A.C.P., che contestava la fondatezza dell'opposizione e ne chiedeva il rigetto, con la conferma del decreto ingiuntivo.

In via riconvenzionale, chiedeva il riconoscimento sull'importo azionato anche della rivalutazione .

Con sentenza n. 713/2020 emessa in data 13.05.2020 e pubblicata in pari data il Tribunale annullava il decreto ingiuntivo per essere la controversia devoluta agli arbitri e compensava integralmente tra le parti le spese di lite.

Avverso la sentenza, con atto di citazione regolarmente notificato, proponeva appello l'I.A.C.P..

Nella contumacia del CER, con ordinanza del 26-27.02.2021 la Corte, ritenuta l'insussistenza dei presupposti per la declaratoria di inammissibilità dell'appello ex art. 348 bis c.p.c., rinviava la causa per la precisazione delle conclusioni.

Disposta con decreto del Presidente di Sezione del 2.02.2023 la sostituzione dell'udienza fissata per la precisazione delle conclusioni con il deposito telematico di note scritte di trattazione , ex artt. 35 D.Lg. 149/22 e 127 ter c.p.c, alla scadenza dl termine all'uopo fissato, in data 27.03.2023 la causa veniva posta in decisione previa concessione dei termini di rito per il deposito degli atti conclusivi.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1.Va preliminarmente dichiarata la contumacia del CER che non si è costituito in giudizio nonostante la regolare notifica dell'atto di citazione eseguita in data 10.07.2020 presso il procuratore costituito

2.- Con l'unico motivo di gravame, l'I.A.C.P. censura la sentenza impugnata per avere il primo decidente ritenuto che la controversia de qua, relativa al risarcimento dei danni derivanti dal mancato completamento dei lavori oggetto dell'appalto, fosse devoluta alla competenza degli arbitri.



Nel contestare l'assunto, sostiene che tale diritto era stato riconosciuto dal Collegio Arbitrale nel lodo reso *inter partes*, pure confermato dalla Corte di Appello di Messina e dal TAR, adito dal CER in sede di giudizio di ottemperanza.

Evidenzia, in proposito, che, secondo quanto risulta nel verbale di approvazione del certificato di collaudo *“Le quattro palazzine sono, quindi, mancanti di tutte le opere di rifinitura e di completamento necessarie a rendere gli alloggi funzionali ed abitabili ed, inoltre, non sono state eseguite le sistemazioni esterne e gli allacciamenti delle reti ai servizi”*.

Aggiunge che, mentre il danno era stato da esso istituto quantificato nell'importo corrispondente alle somme erogate in eccedenza rispetto a quanto realizzato, gli arbitri avevano, invece, rimesso al collaudo finale la verifica e l'eventuale quantificazione dei lavori non eseguiti.

Per non gravare il procedimento, attesa l'imminente scadenza dei termini per il deposito della decisione, avevano, infatti, statuito che *“una corretta verifica ed eventuale quantificazione”* doveva *“essere operata in sede di collaudo finale”*, precisando che *“ gli importi quali in quella sede determinati dovranno essere formalmente riconosciuti..”* all'istituto appaltante.

Rileva che nella detta sede era stato accertato che l'impresa, nel momento in cui aveva interrotto i lavori, aveva ricevuto un importo maggiore di €. 352.164.244 rispetto ai lavori realizzati, mai restituito, e che l'atto di collaudo era divenuto definitivo per mancata impugnazione nei termini di rito (art. 199 D.P.R. 554/99).

Inoltre con determina dirigenziale n. 170 del 28.12.2007 erano stati approvati gli atti di contabilità finale ed il collaudo tecnicoamministrativo per la definizione dei rapporti tra istituto ed impresa, peraltro mai impugnati.

Secondo l'assunto dell'appellante, il credito vantato può ritenersi certo, in quanto dovuto in virtù del lodo del 6.12.2000; liquido, poiché determinato in sede di collaudo finale; esigibile, poiché il collaudo ha ottenuto le approvazioni dell'Autorità preposta e non è stato, peraltro, mai impugnato dal CER.



Il Collegio Arbitrale, decidendo di devolvere alla Commissione Collaudo il compito di determinare l'entità dei crediti residui, aveva, pertanto, esaurito i propri compiti, di guisa che il procedimento si era correttamente concluso.

Non residuavano, pertanto, secondo l'Istituto, questioni controverse né sull'an né sul quantum, poiché coperte dal giudicato sul lodo e dall'inoppugnabilità del certificato di collaudo con annesso stato finale dei lavori.

Restando aperta solo la fase solutoria del credito, ormai certo, liquido ed esigibile, erroneamente la sentenza impugnata aveva resuscitato una competenza arbitrale ormai inesistente.

Il procedimento arbitrale, infatti, si era concluso ed il lodo, che aveva previsto il metodo di calcolo delle somme residue vantate a credito dalle parti era passato in giudicato, così come definitivo doveva ritenersi sia il collaudo finale.

Rileva, infine, l'inapplicabilità dell'art. 43 D.P.R. 1062/1963, sia perché le controversie devolvibili al Collegio erano state decise con effetto definitivo, sia perché abrogato dall'art. 231 D.P.R. 21.12.1994 n. 554.

Sotto altro profilo, rileva che, nell'emettere il decreto ingiuntivo, erroneamente il giudice non aveva condannato il CER a corrispondere la rivalutazione sul presupposto che detto accessorio fosse stato escluso dalla Corte di Appello.

Secondo l'assunto dell'appellante, la Corte di Appello, nella sentenza n. 547/ 2005, in applicazione degli artt. 35 e 36 CGA, aveva affermato che la rivalutazione andava esclusa solo sugli interessi per il ritardo con cui era stata erogata la prima anticipazione sull'importo dei lavori, ma non per gli altri importi che, in virtù del lodo, le parti erano tenute a pagare.

Evidente era, pertanto, l'errore in cui era incorso il primo giudice, che aveva violato il giudicato arbitrale ed il connesso art. 824 bis c.p.c.

3.-In via preclusiva di ogni ulteriore argomentazione, deve rilevarsi l'inammissibilità dell'appello.



Giova premettere , in punto di diritto, che a seguito della riforma della disciplina dell'arbitrato di cui al D.Lgs. 40/2006 , entrato in vigore il 2 marzo 2006, la questione dell'attribuzione della *potestas iudicandi* agli arbitri, che insorge davanti al giudice ordinario, configura una questione di competenza (Cass.SS.UU. 24153/2013), alla luce del chiaro disposto dell'art.819 ter c.p.c. che qualifica in detti termini l'attribuzione agli arbitri del potere di risoluzione delle controversie.

Ciò, del resto, è confermato dall'introduzione del rimedio del regolamento di competenza ex art.819 ter primo comma secondo inciso c.p.c. avverso la sentenza emessa dal giudice (Cass. 10506/2015; 29261/2011).

La Corte di Cassazione ha, al riguardo, precisato che in considerazione della natura giurisdizionale dell'arbitrato e della sua funzione sostitutiva della giurisdizione ordinaria, come desumibile dalla disciplina introdotta dalla L. 5/1994 e dalle modificazioni di cui al D.Lgs. 40/2006, l'eccezione di compromesso ha carattere processuale ed integra una questione di competenza, che deve essere eccepita dalla parte interessata, pena di decadenza e conseguente radicamento presso il giudice adito del potere di decidere in ordine alla domanda proposta, nella comparsa di risposta e nel termine fissato dall'art. 166 c.p.c. (Cass. 22748/2015; 15300/2019)

Orbene, il presente giudizio, in cui è stata formulata l'eccezione di incompetenza per esistenza della clausola compromissoria , è stato introdotto con atto di citazione in opposizione al decreto ingiuntivo datata 16.06.2011 ,ossia successivamente al 2.03.2006 , ed è, pertanto, soggetto, *ratione temporis*, all'applicazione della riforma di cui al D.Lgs. cit. (Cass. 29261/2011; 5510/2011

Deve, pertanto, ritenersi che il contrasto sulla deferibilità della controversia agli arbitri costituisca questione di competenza e non , come si riteneva a fronte dell'assetto normativo precedente all'entrata in vigore della riforma, un questione di merito,inerente alla validità della stessa (Cass. SS UU 527/2000).

Mentre necessario corollario della più risalente esegesi era l'inammissibilità dell'istanza di regolamento di competenza proposta avverso la sentenza con cui il giudice aveva pronunciato



sull'eccezione volta a far valere l'esistenza del compromesso o della clausola compromissoria, il nuovo assetto normativo conduce a soluzione opposta.

Orbene, poichè la sentenza impugnata contiene una pronuncia sulla competenza e solo su questa, essa era impugnabile con il regolamento necessario di competenza ai sensi dell'art.819 ter c.p.c. come novellato dall'art. 22 d.Lgs. 40/2006 (Cass. 32528/2021; 55210/2011).

Il suddetto principio è stato anche più di recente ribadito dalla Corte di Cassazione, che ha affermato che se le parti controvertono sulla devoluzione della lite al giudice nazionale piuttosto che ad un arbitro italiano, la sentenza che decide su tale controversia va impugnata ai sensi dell'art. 819 te c.p.c. e, dunque, con il regolamento di competenza.

Laddove, invece, si controverte sulla devoluzione della lite ad un giudice nazionale o ad un arbitro straniero, la sentenza, avendo ad oggetto una questione di giurisdizione, può essere impugnata solo con l'appello (Cass. 14186/2023).

Né contrarie conclusioni può condurre il principio affermato dalle SS.UU. della Corte di Cassazione nella nota sentenza n.19047/2010 con cui è stato composto il contrasto tra tre diversi orientamenti, formatisi all'indomani della riforma del procedimento arbitrale di cui alla L. 40/2006 in merito alla portata retroattiva dell'art.819 ter c.p.c.

Il Supremo Collegio, sulla base dell'inequivoco tenore obiettivo dell'art.27 comma 4 D.Lgs. cit. a mente del quale *“le disposizioni degli artt. 21, 22, 23, 24, 25 si applicano ai procedimenti arbitrali nei quali la domanda di arbitrato è stata proposta successivamente all'entrata in vigore del presente decreto”*, hanno affermato che il regolamento di competenza è ammissibile soltanto nei confronti di sentenze pronunciate con riferimento procedimenti arbitrali iniziati dopo il 2.03.2006, ossia dopo l'entrata in vigore della novella.

Tuttavia, nella stessa sentenza, la Corte ha precisato che la norma transitoria di cui all'art. 27 cit. non può trovare applicazione nel caso in cui il procedimento arbitrale non sia ancora iniziato.



In siffatta evenienza trova applicazione il principio generale del *tempus regit actum*, per effetto del quale l'impugnazione dei provvedimenti giurisprudenziali è soggetta alle forme processuali vigenti al momento in cui essa è proposta (Cass. 16058/2016)

Ed è proprio questa l'ipotesi che ricorre nella fattispecie in esame, non potendo farsi riferimento, per il fini che qui rilevano, al procedimento arbitrale ormai definitivamente concluso con il lodo del 2000, come, del resto, riconosciuto dall'appellante.

Poco conta che la pretesa creditizia azionata dall'I.A.C.P. trovi la fonte in un lodo emesso a conclusione di un procedimento avviato prima della riforma del 2006.

Ciò per la semplice ragione che tale procedimento non è più pendente, ma ormai definitivamente concluso e che, pertanto, non può, valere quale spartiacque ai fini dell'individuazione della disciplina applicabile alla fattispecie *de qua*.

Un'ulteriore considerazione si impone.

La Corte ben conosce l'orientamento della Corte di Cassazione, secondo cui la decisione del giudice ordinario che affermi o neghi l'esistenza e validità di un arbitrato irrituale e che dunque, nel primo caso, non pronunci sulla controversia dichiarando che debba avere luogo l'arbitrato irrituale e nel secondo, invece, dichiarare che la decisione del giudice ordinario debba avere luogo, non è suscettibile di impugnazione con il regolamento di competenza, in quanto la pattuizione dell'arbitrato irrituale determina l'inapplicabilità di tutte le norme dettate per quello rituale, ivi compreso l'art.819 ter c.p.c (Cass.33149/2022; 21942/2018; 19060/2017)

Nondimeno, nella specie, l'irritualità dell'arbitrato non solo non risulta dedotta da alcuna delle parti, ma va esclusa con riguardo al tenore testuale della clausola compromissoria (art. 6 del contratto di appalto), con cui i contraenti hanno convenuto che *“risoluzione di tutte le controversie fra l'Istituto e l'Impresa così durante che dopo l'esecuzione dei lavori, quale che sia la loro natura, tecnica, amministrativa e giuridica, non definite in via amministrativa, è regolata dall'art. 43 e ss. del Capitolato generale d'Appalto approvato con DPR 16/7/62 n. 1063 nonché dalla L.R.21/85”*.



Tale essendo l'obiettivo contenuto della clausola, evidente risulta, ad avviso della Corte, la volontà delle parti di devolvere agli arbitri la risoluzione delle controversie non già attraverso uno strumento negoziale, quanto, piuttosto, con l'osservanza delle disposizioni del Capitolato generale e del regime formale del procedimento arbitrale al fine di conseguire l'emissione di un lodo suscettibile di essere reso esecutivo e di produrre gli effetti di cui all'art. 825 c.p.c.

L'appello va, pertanto, dichiarato inammissibile.

Attesa la contumacia della appellata, nulla va disposto in merito alle spese di lite.

Stante la declaratoria di inammissibilità del gravame, ricorrono, infine, i presupposti per porre a carico dell'appellante il pagamento di un ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello rispettivamente dovuto per l'appello, giusta quanto disposto dall'art. 1 commi 17 e 18 L.288/2012, trattandosi di procedimento iniziato dopo l'1 Febbraio 2013.

P.Q.M.

La Corte di Appello di Messina, Prima sezione civile, uditi i procuratori delle parti, definitivamente pronunciando nella causa iscritta al n. 479/2020 R.G. sull'appello proposto da Istituto Autonomo Case Popolari della Provincia di Messina in persona del legale rappresentante pro tempore avverso la sentenza n. 713/2020 emessa dal Tribunale di Messina in data 13.05.2020 e pubblicata in pari data, così provvede:

- 1) dichiara la contumacia di CER Consorzio Emiliano Romagnolo fra le Cooperative di Produzione e Lavoro in persona del legale rappresentante pro tempore;
- 2) dichiara inammissibile l'appello;
- 2) nulla sulle spese;



3) dà atto della ricorrenza dei presupposti per porre a carico dell'appellante il pagamento di un ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello rispettivamente dovuto per l'appello e manda la Cancelleria per gli adempimenti relativi alla riscossione.

Così deciso nella camera di consiglio (da remoto) del 22.09.2023

Il Consigliere est.

Il Presidente

dott.ssa Marisa Salvo

dott.Augusto Sabatini

