



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

16205/04

ORIGINALE

M

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE PRIMA CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. Antonio	SAGGIO	Presidente	R.G.N. 16402/01
Dott. Aldo	CECCHERINI	Consigliere	16205/04
Dott. Carlo	PICCININNI	Consigliere	20115/01
Dott. Luigi	MACIOCE	Cons. Rel.	Cron. 28065
Dott. Stefano	BENINI	Consigliere	Rep. 3864
			Ord. 17/03/04

ha pronunciato la seguente:

SENTENZA

sul ricorso iscritto al n. 16402/01 proposto da:

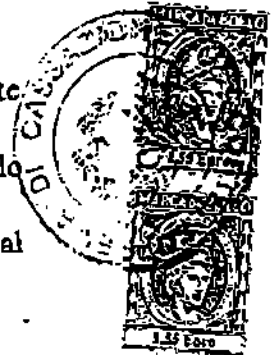
Impregilo s.p.a. (già Cogefar-Impresit), elettivamente domiciliata in Roma, viale di Villa Grazioli 13, presso l'avv. Benedetto Giovanni Carbone, che la rappresenta e difende, giusta procura notarile in atti, unitamente all'avv. Natalino Irti - *ricorrente* -

contro

Acquedotto Pugliese s.p.a. (già E.A.A.P.), elettivamente domiciliata in Roma, via Crescenzo 42, presso l'avv. Sergio Bucalo, che la rappresenta e difende, giusta procura speciale in calce al controricorso, unitamente all'avv. Giovanni Giacobbe - *controricorrente* -

nonché sul ricorso iscritto al n. 20115/01 proposto da:

Acquedotto Pugliese s.p.a. (già E.A.A.P.) domiciliata,





representata e difesa come sopra

ricorrente incidentale -

contro

Impreglio s.p.a. (già Cogefar-Impresit) - intimata -

nonché sul ricorso iscritto al n. 16840/01 proposto da:

Acquedotto Pugliese s.p.a. (già E.A.A.P.), domiciliata,
rappresentata e difesa come sopra

- ricorrente -

contro

Impreglio s.p.a. (già Cogefar- Impresit), domiciliata,
rappresentata e difesa come sopra

- controricorrente -

tutti avverso la sentenza della Corte d'appello di Bari n. 161 del
27.02.01.

Udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del
17.3.04 dal Relatore Cons. Luigi Macioce.

Uditi gli avv.ti N.Irti e B.G.Carbone per la soc. Impreglio. Udito
l'avv. G.Giacobbe per la sc. Acquedotto Pugliese.

Udito il P.M., in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott.
L.A.Russo che ha concluso per l'accoglimento del ricorso n.
16402/01 ed il rigetto dei ricorsi 16840/01 e 20115/01.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Insorta controversia tra l'Ente Autonomo Acquedotto Pugliese e la
s.p.a. Cogefar-Impresit, in proprio e quale mandataria di A.T.I.



(parti della convenzione 22.2.1990 per la costruzione di una opera idraulica al prezzo di lire 87.116.052.000), la società concessionaria adiva il Collegio arbitrale ai sensi dell'art. 14 della Convenzione e tale Collegio - costituito da due arbitri nominati dalle parti e dal terzo arbitro che veniva nominato d'intesa dagli arbitri stessi - con lodo parziale 16.12.95, negava fondamento alla eccezione di nullità della clausola compromissoria (sollevata sull'assunto della devoluzione delle controversie al Giudice amministrativo) e, nel merito, dichiarava il contratto risolto per colpa del concedente EAAP condannandolo al pagamento in favore della concessionaria della somma di lire 6.174.478.000.

Il lodo era immediatamente impugnato dall'EAAP innanzi alla Corte di Appello di Bari che, con sentenza 7.2.1997, rigettava le censure tutte. Avverso tale sentenza erano proposti ricorsi per cassazione in via principale dall'EAAP e, in via incidentale condizionata, dalla s.p.a. Impregilo (*medio tempore* succeduta alla Cogefar Impresit) ma la Corte di Cassazione, con sentenza delle S.U. n. 580/99, rigettava il ricorso principale e dichiarava assorbito quello incidentale.

Innanzi al Collegio arbitrale - che proseguiva nella procedura - era quindi dall'EAAP eccepita la irregolare costituzione del Collegio stesso, difettando i due arbitri nominati dalle parti di alcun potere di designare essi stessi il terzo arbitro, ma il Collegio, con lodo definitivo 17.6.1997, respinta la sollevata questione di nullità della sua costituzione (sull'assunto che si fosse formato, ad impedirne la cognizione, giudicato implicito), condannava l'EAAP al pagamento



dell'ulteriore somma di lire 17.946.206.606 oltre accessori e spese.

Con citazione dell'11.5.1998, quindi, l'EAAP proponeva impugnazione avverso il lodo definitivo innanzi alla stessa Corte di Bari reiterando la eccezione di irregolare composizione del Collegio arbitrale e prospettando ragioni di nullità con riguardo alle determinazioni arbitrali sul dovuto per capitale ed accessori. Si costituiva l'appellata Impregilo, rilevando la preclusione all'esame delle questioni afferenti la composizione del Collegio, preclusione determinata dalla mancata loro deduzione in sede di impugnazione avverso il lodo parziale, e chiedendo nel merito il rigetto della impugnazione.

L'adita Corte di Bari con sentenza 27.2.2001 dichiarava la nullità del lodo emesso dagli arbitri in data 27.2/16.6.97 e compensava per intero tra le parti le spese del giudizio arbitrale e di quello di impugnazione. Affermava la Corte in motivazione (per quel che ancora rileva) che:

La questione relativa alla composizione del Collegio era stata bensì posta innanzi al medesimo solo il 19.12.1996, e quindi dopo la emanazione del lodo parziale, ma non per questo poteva ritenersi "consumata" - e quindi improponibile - come aveva erroneamente opinato il Collegio stesso con riguardo alla sua mancata deduzione nell'impugnazione avverso la prima decisione: infatti, stante la mera facoltatività dell'impugnazione immediata del lodo parzialmente decisorio del merito ai sensi dell'art. 827 c. 3 c.p.c. ed avendo riguardo alla significativa mancanza di previsione di riserva di



impugnazione avverso la decisione non definitiva, ne discendeva che, una volta proposta la questione innanzi al Collegio, non derivava alcuna preclusione dal fatto che la questione stessa fosse stata sollevata solo dopo l'emissione del lodo parziale.

Quanto alla sorte del lodo parziale con riguardo alla questione della irregolare composizione del Collegio, posta dopo quel lodo, essa non veniva in rilievo avendo lo stesso Ente impugnante precisato in atti che, ovviamente, la decisione invocata non poteva riguardare il primo lodo le cui statuizioni avevano *medio tempore* acquisito irrevocabilità.

Venendo all'esame della questione, richiamata interamente la significativa espressione letterale dell'art. 14 della Convenzione, e facendo applicazione dei canoni di cui agli artt. 1362 e segg. c.c., doveva in primo luogo rilevarsi come la natura professionale ed il ruolo di terzietà assunto da ciascun arbitro dopo la nomina facevano escludere che questi potesse, senza espressa autorizzazione, sostituire la parte nella attività negoziale di nomina del terzo; ma doveva anche, in secondo luogo, rilevarsi che non era luogo ad ipotizzare alcuna ratifica dell'operato dei due arbitri nella nomina concordata del terzo, posto che né risultava che costoro avessero quantomeno dichiarato di aver agito per conto del proprio mandante né costituiva ratifica (atto scritto a contenuto univoco) l'invio al Collegio di istanze afferenti i tempi del suo agire.

Per la cassazione di tale sentenza - notificata ad istanza EAAP ad Impregilo il 18.4.2001 - ha proposto ricorso la società Impregilo con

la



del 15.6.2001 contenente tre motivi. Ad esso ha resistito la soc. Acquedotto Pugliese (già EAAP) con controricorso del 25.7.2001 contenente ricorso incidentale affidato a due motivi. La stessa soc. Acquedotto Pugliese aveva con ricorso principale 14.6.2001 impugnato la ridetta pronuncia d'appello, proponendo due motivi di contenuto identico a quelli dell'impugnazione incidentale e la soc. Impregilo aveva resistito con controricorso 23.7.2001. Entrambe le parti hanno depositato memorie ed i difensori hanno discusso oralmente.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Riuniti i ricorsi ai sensi dell'art. 335 c.p.c., se ne descrivono ed esaminano i motivi.

Il ricorso della soc. Impregilo.

Con il primo motivo si denuncia violazione degli artt. 1362 e segg. c.c. con riguardo agli artt. 809 ed 810 c.p.c. e carente e contraddittoria motivazione, per avere la Corte di merito da un canto preso le mosse dalla necessitata ipotesi della provenienza delle nomine tutte dalle parti stesse (e cioè da ipotesi solo possibile e non ineluttabile nella disciplina normativa) e, dall'altro canto, completamente trascurato la disamina del comportamento successivo delle parti, che, con la ripetuta proroga del termine in comunicazioni indirizzate al Collegio, avevano inteso ratificarne la composizione.

Con il secondo motivo, poi, si censura la decisione per violazione degli artt. 158-161-808-809-827-829-324 c.p.c.- 2909 c.c. e per

lu



vizio di motivazione: richiamata la ferma giurisprudenza per la quale la questione afferente la nomina degli arbitri può essere posta in sede di impugnazione del lodo solo se già prospettata innanzi agli arbitri stessi - norma applicativa del principio dell'assorbimento delle nullità nei mezzi di gravame - ne discende che, a fronte di un lodo parziale ed alla facoltà di procedere alla sua immediata impugnazione, l'esercizio concreto di tale facoltà impone di includere in quella impugnazione anche la deduzione della nullità afferente la composizione del Collegio escludendo che ci si possa riservare di dedurla solo in prosieguo a pena di violazione degli artt. 3 e 24 Cost. La sua mancata deduzione prima del lodo parziale o come vizio della decisione prospettabile in sede di impugnazione, ha pertanto provocato la formazione del giudicato interno sulla questione - deducibile ma non dedotta - sì che errata era la decisione della Corte di merito di ritenere che tal questione sarebbe passata indenne attraverso il lodo parziale e che la sua impugnazione fosse non preclusa, sol perché l'impugnazione immediata sarebbe stata una mera facoltà dell'interessato. In tal modo opinando si è pervenuti alla indebita scissione tra lodo parziale e lodo definitivo anche con riguardo alla comune premessa della *potestas iudicandi*.

Con il terzo motivo, infine, si denunzia violazione dei principi in tema di giudicato implicito con riguardo all'art. 829 c. 1 n. 2 c.p.c. e vizio di motivazione, per avere la Corte di merito neanche affrontato la questione del giudicato implicito formatosi - sulla

er



valida costituzione del Collegio - con la mancata sua deduzione nell'impugnazione avverso il lodo parziale.

Ritiene il Collegio che l'esame del secondo e del terzo motivo (come dianzi sintetizzati) debba essere non solo **congiunto**, stante la stretta connessione tra dette censure, entrambe afferenti la negata preclusione all'esame della questione della cd. *potestas judicandi* arbitrale, ma anche **precedente** la disamina del primo motivo, questo infatti afferendo al merito della invalida composizione del Collegio (rispetto alla previsione di clausola ed alla sua interpretazione) e quindi a questione esaminabile solo dopo averne accertata la sua tempestiva devoluzione al Giudice dell'impugnazione.

Ad avviso del Collegio le censure appaiono del tutto condivisibili.

Il Collegio, come risulta dall'impugnata sentenza, aveva ritenuto essersi "consumato" il diritto dell'EAAP di prospettare ad esso il vizio di costituzione non essendo stata tale questione posta - come questione di nullità e nella sede propria dell'art. 829 c. 1 n. 2 c.p.c. - all'atto in cui era stato impugnato immediatamente, ex art. 827 c. 3 c.p.c., il lodo parziale (che pur aveva deciso nel merito delle questioni contrattuali sottoposte).

La Corte di Appello è invece andata di contrario avviso, fondando la sua opinione di ricevibilità della impugnazione di nullità sul fatto che - silente la norma sulla previsione di un **termine** entro il quale far valere innanzi al Collegio la questione (cfr. infatti Cass. 2208/03, invocata dalla difesa dell'Acquedotto) e difettando anche una



previsione di riserva di impugnazione avverso il lodo "parziale" - la questione sarebbe stata proponibile innanzi alla Corte stessa, ed anche nei soli confronti del lodo definitivo, alla sola condizione (nella specie avvertasi con l'eccezione formulata da EAAP all'indomani della ripresa della trattazione innanzi agli arbitri) della sua previa deduzione innanzi al Collegio (come da questa Corte sempre rammentato: cfr. da ultimo Cass. 17599/03 - 1066/02 - 6698/00 - 14588/99 - 13866/99).

Avverso tale statuizione insorge dunque la difesa di Impregilo con i sintetizzati motivi, muovendo dall'assunto che, essendo la questione della "incapacità" del Collegio deducibile sin dall'inizio e non essendo stata né sollevata innanzi agli arbitri (art. 829 c. 2 c.p.c.) né dedotta in sede di impugnazione avverso il lodo parziale, la decisione degli arbitri, pur astrattamente nulla, sarebbe stata censurata per altre ragioni innanzi alla Corte di merito sì che il vizio sarebbe passato indenne attraverso il giudizio di impugnazione (artt. 158-161 c.p.c.) e la sua cognizione sarebbe rimasta definitivamente preclusa al momento della formazione del giudicato sulla impugnazione stessa (avendo le S.U. 580/99 respinto il ricorso avverso la pronunzia 7.2.97 della Corte barese).

A tali censure si oppone la soc. Acquedotto Pugliese da un canto - e nell'ottica della mera "difesa" dalle argomentazioni impugnatorie - negando che il vizio dedotto possa essere ristretto nelle anguste maglie della previsione dell'art. 829 c. 1 n. 2 c.p.c. (e cioè come mera elusione delle forme e dei modi di nomina degli arbitri) e che,

Ca



quindi possa essere attratto nella regola dell'assorbimento delle nullità nel mezzo di impugnazione; dall'altro canto, più radicalmente, negando che si trattasse di mera nullità ed affermando la riconducibilità del vizio di *potestas judicandi* alla inesistenza del potere decisorio, con la conseguenza di veder confermata (con diversa motivazione) la decisione della Corte di Bari di non ritenere maturata alcuna preclusione ed al contempo aperta la riconsiderazione della invalidità per vizio di costituzione anche con riguardo al lodo parziale.

Come dianzi detto pare al Collegio che le censure di Impreglio abbiano pienamente colto nel segno.

Va, in primo luogo, rammentato che - ricondotto il lodo, come è costante insegnamento di questa Corte (dalla pronuncia delle S.U. 527/00 alla più recente sentenza S.U. 3075/03), nell'ambito di una decisione richiesta per la soluzione della controversia sul piano privatistico - il vizio afferente l'invalida od irregolare costituzione del Collegio può essere dedotto non già attraverso l'improprio richiamo all'art. 158 c.p.c. (che, come esattamente ha ricordato Cass. 14182/02, afferisce ai vizi della costituzione del giudice) ma avvalendosi della ipotesi di nullità di cui all'art. 829 c. 1 n. 2 c.p.c., le volte in cui la nomina degli arbitri sia stata effettuata in violazione dei modi e delle forme di cui ai capi I e II del titolo VIII del libro IV del c.p.c.

Deve, pertanto ed in secondo luogo, constatarsi come la questione che venne prospettata da EAAP agli arbitri ed, in sede di

Ch




impugnazione, alla Corte di merito era ed è esattamente riconducibile alla testè ricordata ipotesi di nullità non scorgendosi come possa negarsi che la (pretesa) indebita nomina del terzo arbitro da parte dei due arbitri già nominati sia esattamente ipotesi di nomina (in tesi) **difforme dalla regola contrattuale o legale**, alla quale fa rinvio la ridetta disposizione di cui all'art. 829 c. 1 n. 2 c.p.c.

Deve, in terzo luogo, ricordarsi che, dalla previsione di cui all'art. 827 c. 3 c.p.c. (sul regime di impugnabilità immediata del lodo parzialmente decisorio del merito), discende la conseguenza per la quale, in presenza di un lodo che (come accaduto con quello 16.12.95) **rigetta una eccezione di nullità della clausola e pronunzia la risoluzione del contratto ed adotta decisione di condanna**, è ben possibile l'immediata impugnazione (che invece non sarebbe stata possibile, alla stregua della norma testè citata, ove il *dictum* non avesse parzialmente inciso sul merito, sol limitandosi al rigetto della eccezione di nullità) ma essa rimette alla cognizione della Corte di Appello - se pur nell'ottica limitatamente devolutiva di qualunque impugnazione - la **stabilità o tenuta dell'intero lodo parziale**. In altre parole, se è consentita la devoluzione di tutte le questioni deducibili avverso la pronunzia parziale di merito, non è ipotizzabile che qualcuna di esse sia **tenuta in riserva per uso successivo** (come esattamente nota la difesa Impregilo), essendo la facoltà eccezionale concessa dall'art. 827 c. 3 c.p.c. diretta bensì alla tutela della parte incisa in

Q

364

19/01/2004 17:45



executivis dal lodo parziale ma in una logica di definizione immediata e progressiva della "quota" di controversia che gli arbitri abbiano deciso di anticipatamente risolvere; basti del resto considerare che non è stata prevista una possibilità di richiedere la sola sospensione dell'efficacia del lodo parziale ma che si è dal legislatore preferita la strada della impugnazione immediata dell'intero *dictum*.

Devesi, pertanto ed in quarto luogo, constatare come l'EAAP, a fronte di una condanna emessa dal Collegio (quel Collegio del quale in prosieguo si sarebbe eccettuata l'invalida composizione) al pagamento della consistente somma di lire 6.174.478.000, ritenne di avvalersi della facoltà di impugnazione immediata e ritenne di farlo prospettando solo alcune questioni di nullità (e tra esse non quella di irregolare costituzione, che non aveva neanche dedotto innanzi al Collegio), con la conseguenza per la quale la questione di irregolare composizione restò esclusa dal sindacato impugnatorio e contestualmente preclusa alla facoltà di dedurla nel prosieguo e con riguardo allo stesso Collegio arbitrale.

Cu

Che, poi, in quinto luogo, la preclusione alla deduzione impugnatoria all'indomani del lodo parziale sia correlabile alla formazione del **giudicato implicito** (contenuto nella pronuncia della Corte d'Appello, irrevocabile dopo la sentenza 580/99 delle S.U.) o, come parrebbe più esatto, alla **scelta abdicativa** della parte, consistita nella mancata prospettazione impugnatoria avverso il



agli arbitri (tempestività non imposta da previsione di termini, come notato da Cass. 2208/03 , ma dall'interesse stesso della parte), è questione che non sposta la conclusione finale di totale preclusione- quale esattamente auspicata nei due motivi del ricorso Impregilo in esame - e che appare coerente anche con esigenze di coerenza logico-normativo (che sarebbero revocate in dubbio da una soluzione che avesse consentito di ritenere valido un Collegio adottante lodo parziale ed invalido lo stesso Collegio decidente in via definitiva).

Ma a tal punto occorre prendere in esame proprio la prospettazione che sostiene l'impugnazione incidentale di Acquedotto Pugliese, diretta a dare coerenza - in termini di totale inesistenza dell'una e dell'altra pronunzia arbitrale - al vizio di costituzione del Collegio.

I motivi dei ricorsi della soc. Acquedotto Pugliese

Con il primo motivo si denuncia violazione degli artt. 2909 cc, 806 e segg. , 829 e 161 c.p.c. per avere la Corte di merito - sull'erronea interpretazione dell'intento dell'EAAP di limitare la portata della eccezione *de qua* al solo lodo definitivo - mancato di estendere gli effetti della sua declaratoria anche al lodo parziale, così come avrebbe imposto la natura del vizio - qualificabile in termini di inesistenza dell'atto - proprio del radicale difetto della *potestas judicandi* in capo al Collegio. E se di inesistenza si era trattato, ne discendeva tanto la sua deducibilità con autonoma azione di

quanto la sua proponibilità con i mezzi di



impugnazione, senza che facesse alcun ostacolo alla sua cognizione d'ufficio alcuna preclusione da giudicato interno che, al proposito, non si sarebbe potuto formare.

La censura non appare condivisibile, per ragioni già contenute nelle considerazioni che si sono formulate nell'esame dei due motivi del ricorso Impregilo. Il difetto di *potestas iudicandi* degli arbitri, che viene dalla Acquedotto Pugliese invocato a sostegno del radicale vizio *de quo* (certamente idoneo a superare preclusioni ma non a revocare in dubbio il giudicato formatosi per mancata impugnazione di una esplicita statuizione arbitrale sul proprio potere che fosse per avventura intercorsa: Cass. 10850/03), non può essere esteso oltre le ipotesi di esercizio abusivo del potere di decidere per i casi di usurpazione della funzione o di sottrazione legale della cognizione del giudice privato, sol in tali casi di radicale difetto della potestà decisoria avendo questa Corte ipotizzato l'inesistenza del lodo nondimeno assunto (cass.13866/99 - 6698/00 - 1066/02 - 17599/03). E certamente non può essere ravvisato le volte in cui - e tale è il caso sottoposto - si assuma che la nomina del terzo arbitro sia (soltanto) difforme dalla regola contrattuale, regola che lo voleva investito non dalla designazione della parte, mediata dal proprio arbitro, ma, immediatamente ed esclusivamente, dalla dichiarazione della parte di persona.

Con il secondo motivo - infine - si denuncia violazione dell'art. 91 c.p.c. e vizio di motivazione per aver compensato le spese con incongrua motivazione (la deduzione del vizio solo dopo il lodo



parziale e la complessità della causa). La censura è priva di pregio, non scorgendosi alcun vizio logico - né tampoco violazione di legge - nelle ragioni dalla Corte di merito addotte per addivenire alla decisione di compensare le spese.

Sulla base delle esposte considerazioni, rigettato il ricorso della soc. Acquedotto Pugliese ed accolti i motivi secondo e terzo del ricorso Impregilo, cassata la sentenza impugnata, devesi dichiarare assorbita la cognizione del primo motivo (nel senso che la preclusione all'esame della *potestas judicandi* arbitrare inibirà al giudice del rinvio di esaminare questioni relative alla composizione del Collegio). Sarà pertanto rimesso al giudice del rinvio - designato in altra sezione della Corte di Bari - esaminare le altre ragioni di impugnazione proposte da EAAP e che la sentenza impugnata, sull'erroneo assunto della mancanza di *potestas judicandi* in sede di adozione del lodo definitivo, ha ritenuto assorbite (da ultimo regolando anche le spese del giudizio di cassazione).

P.Q.M.

Riuniti i ricorsi, accoglie il secondo ed il terzo motivo del ricorso della soc. Impregilo e dichiara assorbito il primo; rigetta il ricorso della soc. Acquedotto Pugliese; cassa la sentenza impugnata in relazione ai motivi accolti e rinvia, anche per le spese, ad altra sezione della Corte di Appello di Bari.

Così deciso in Roma, il 17 marzo 2004.

Il Cons.est.

il Presidente



IL CANCELLIERE
Domenico Mazzalupi
Domenico Mazzalupi

CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
Prima Sezione Civile

Depositato in Cancelleria

19 AGO. 2004

IL CANCELLIERE
[Signature]