

Migra



REPUBBLICA ITALIANA

11031/08

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONE PRIMA CIVILE

OGGETTO: appalto
opere pubbliche

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. Giovanni	LOSAVIO	Presidente	R.G.N.833/04
Dott. Ugo Riccardo	PANEBIANCO	Consigliere	
Dott. Luciano	PANZANI	Cons. Rel.	Cron. 11031
Dott. Stefano	SCHIRÒ	Consigliere	Rep. 2954
Dott. Sergio	DEL CORE	Consigliere	Ud. 17/1/08

ha pronunciato la seguente:

S E N T E N Z A

sul ricorso proposto da:

FALLIMENTO ICES s.r.l., in persona del curatore avv.

Giuseppe Baldi, elettivamente domiciliato in Roma,

viale Parioli 180, presso l'avv. Mario Sanino, che lo

rappresenta e difende giusta delega in atti;

- **ricorrente** -

contro

AMAP S.P.A., già AZIENDA SPECIALE AMAP, già AMAP -

AZIENDA MUNICIPALIZZATA ACQUEDOTTO DI PALERMO, in

persona del presidente e legale rappresentante dott.

Dario Allegra, elettivamente domiciliata in Roma, via

Giovanni Antonelli 45 , presso l'avv.prof. Matteo

Mazzone, che la rappresenta e difende giusta delega in

2/2008



atti;

- controricorrente -

avverso la sentenza della Corte d'appello di Roma n. 1186/03 dell'11 marzo 2003.

Udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 17/1/08 dal Relatore Cons. Luciano Panzani;
Udito l'avv. Sanino per il ricorrente, che ha concluso per l'accoglimento del ricorso;

Udito l'avv.prof. Mazzone per la controricorrente, che ha concluso per il rigetto del ricorso.

Udito il P.M., in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. Raffaele Ceniccola, che ha concluso per il rigetto del ricorso.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Il 20.7.1983 veniva aggiudicato all'Associazione temporanea di imprese ICES - ROCOAMA l'appalto relativo ai lavori di risanamento e potenziamento della rete di distribuzione idrica - adeguamento della rete "35-70" ad ovest del V. 1 Michelangelo - della città di Palermo. L'appalto era affidato dall'Azienda Municipalizzata Acquedotto di Palermo a seguito di licitazione privata. L'A.T.I. ICES-ROCOAMA aveva presentato l'offerta in aumento più vantaggiosa rispetto all'unica altra offerta pervenuta.

Resciso il contratto di appalto dalla stazione



appaltante, dopo che l'Azienda speciale AMAP, già Azienda Municipalizzata Acquedotto di Palermo aveva affidato l'A.T.I. ad ultimare i lavori, la ICES s.r.l. promuoveva giudizio arbitrale in corso d'opera, ai sensi dell'art. 48 del capitolato generale di appalto per i lavori di competenza della Cassa del Mezzogiorno, avanzando 33 domande di maggiori compensi e risarcimenti per lire 32 miliardi, oltre rivalutazione ed interessi.

Costituitosi il collegio arbitrale, il difensore dell'Amap ne eccepiva l'irregolare composizione, in quanto non formato in applicazione delle norme del capitolato generale di appalto per le opere di competenza del Ministero dei Lavori Pubblici (D.P.R. 16.7.1962, n. 1063). L'ICES aderiva all'eccezione e in data 17.3.1995 notificava un secondo atto di accesso ad arbitri sia in nome proprio sia in rappresentanza dell'impresa Rocoama.

Nelle more il Tribunale di Roma dichiarava il fallimento della s.r.l. ICES ed il curatore veniva autorizzato dal giudice delegato a proseguire il giudizio arbitrale.

Gli arbitri pronunciavano il lodo in data 13.12.2000, accogliendo dieci delle 32 domande di ICES, per l'importo di lire 4.778.000.000, oltre lire



2.537.000.000 a titolo di interessi e rivalutazione.

Rigettavano l'eccezione di nullità del contratto ex art. 1418 c.c. per illiceità, alternativamente, della causa o del motivo comune, sollevata da AMAP e motivata con l'accertamento in sede penale che l'aggiudicazione dell'appalto era il frutto di comportamenti fraudolenti. Il collegio arbitrale rilevava che nella specie era questione di un contratto ad evidenza pubblica, fornito di tutte le garanzie che la normativa in materia conferisce al procedimento di formazione della volontà contrattuale della P.A. mediante le fasi della deliberazione, dell'indizione della gara, dell'approvazione delle risultanze e dell'aggiudicazione al migliore offerente. Non era possibile configurarne l'illiceità perché la causa era direttamente prevista dal legislatore. Non emergeva un motivo unico, determinante per il consenso, motivo che avrebbe dovuto essere comune non soltanto alle parti contraenti, ma anche a tutti i soggetti interessati alla procedura, incluse le altre imprese partecipanti alla gara.

Avverso il lodo l'AMAP proponeva impugnazione con atto di citazione notificato il 13.4.2001 al procuratore domiciliatario nominato per il giudizio arbitrale.

Deduceva, per quanto qui ancora interessa, che in sede



penale era stato accertato definitivamente che l'aggiudicazione dell'appalto all'A.T.I. ICES-ROCOAMA era stato frutto di comportamenti fraudolenti degli amministratori in concorso con altri soggetti, collegati a Ciancimino Vito, ed aveva errato il collegio arbitrale nel ritenere che per integrare la nullità del contratto si sarebbe dovuta provare la collusione anche degli altri concorrenti alla gara; che la nullità del contratto per illiceità della causa era configurabile anche nei contratti tipici, quando un determinato schema negoziale venisse utilizzato per il perseguimento di finalità contrarie ai principi giuridici ed etici dell'ordinamento; che la nullità del contratto si estendeva alla clausola compromissoria e di conseguenza al lodo.

Nel costituirsi in giudizio il Fallimento ICES eccepiva in via preliminare la nullità dell'atto di impugnazione per inesistenza della notifica della citazione effettuata al procuratore domiciliatario nel procedimento arbitrale. Nel merito concludeva per il rigetto dell'eccezione di nullità del contratto di appalto e del lodo.

La Corte d'appello di Roma con sentenza 11.3.2003 accoglieva l'impugnazione, e dichiarava la nullità del lodo e del contratto di appalto.



Osservava sulla questione preliminare relativa alla nullità della notificazione dell'impugnazione, che non poteva condividersi la giurisprudenza di questa Corte che aveva affermato l'inesistenza della notifica effettuata al difensore domiciliatario investito del mandato di assistenza e rappresentanza nel giudizio arbitrale. In ogni caso doveva ritenersi che il vizio fosse sanato dall'intervenuta costituzione in giudizio della curatela, in quanto l'inesistenza e il raggiungimento dello scopo, come nella specie era avvenuto, erano concetti oggettivamente incompatibili. Occorreva prescindere da astratte concettualizzazioni e favorire, nei limiti del possibile, lo svolgimento del processo sino al suo esito naturale.

Sottolineava che la costituzione in giudizio del Fallimento era avvenuta entro il termine lungo ad impugnare il lodo.

In ordine all'eccezione di nullità del contratto di appalto sollevata da AMAP la Corte di merito osservava che l'esclusione a priori della configurabilità dell'illiceità della causa nei contratti tipici, ritenuta dal collegio arbitrale, era corretta se riferita alla causa in astratto, intesa come funzione economico-sociale del contratto, ma non alla causa concreta, da intendersi come relativa allo schema



sinallagmatico del singolo contratto in esame, inteso nella sua specificità.

La causa in concreto poteva essere viziata quando le specifiche prestazioni corrispettive non rispondessero alla fattispecie legale. Il sinallagma "do ut facias" tipico del contratto di appalto, veniva ad essere intrinsecamente alterato ove le prestazioni corrispettive non fossero determinate dalla reciproca convenienza economica, che costituisce la giustificazione dello scambio, ma da elementi profondamente distorsivi e contra legem, che finivano con il svuotare il contratto della sua funzione economico-sociale.

Analoghi rilievi valevano riguardo all'illiceità del motivo.

Nella specie, sotto l'apparenza formale della correttezza del procedimento previsto per l'appalto, la gara si era ridotta ad un guscio vuoto, a pura apparenza per effetto di comportamenti criminali di eccezionale gravità che avevano completamente eluso la finalità tipica prevista dalla legge.

Dalle sentenze penali emesse nel procedimento che aveva visto condannati l'amministratore di ICES e altri soggetti, era emerso che ICES era una piccola impresa che sino a quel momento si era occupata di modestissimi



lavori edili e non di opere idrauliche; che legami ed intrighi legavano l'allora assessore comunale di Palermo ai lavori pubblici Vito Ciancimino e il dominus dell'ICES, così che, per dichiarazione di quest'ultimo, ciò che questi apparentemente gestiva doveva riferirsi al primo.

Nell'aggiudicazione degli appalti AMAP l'amministratore di ICES aveva agito come longa manus del Ciancimino per trarre profitti illeciti tramite il paravento della società poi fallita. Il Ciancimino era stato definito socio occulto della ICES e la sua partecipazione nella società risultava accertata secondo la sentenza della Cassazione che aveva confermato le condanne degli imputati. Dalla stessa sentenza risultava che il Ciancimino era stato il primo ad organizzare, favorire e realizzare il conferimento dell'appalto per trarne i benefici che successivamente erano stati riscontrati.

L'ICES alla data di indizione della gara di appalto, non era neppure iscritta all'albo nazionale costruttori ed era stata ammessa soltanto grazie ad una clausola aggiuntiva allo schema di bando.

Non si poteva condividere l'affermazione degli arbitri secondo i quali per ritenere l'illiceità del motivo ex art. 1345 c.c. avrebbero dovuto partecipare all'illecito anche gli altri offerenti alla gara, che



non erano compartecipi del disegno doloso, ma vittime dello stesso e parti lese dell'altrui frode.

Alla nullità dell'appalto per illiceità della causa concreta e del motivo, determinante e comune a committente ed appaltatore, accertate in sede penale, non seguiva la nullità della clausola compromissoria, dotata di autonomia funzionale. La Corte d'appello riteneva pertanto di dover decidere nel merito, rigettando tutte le domande proposte dal Fallimento ICES, restando fuori dal thema decidendum le eventuali restituzioni delle prestazioni erogate.

Avverso la sentenza ricorre per cassazione la curatela del Fallimento ICES articolando tre motivi. Resiste con controricorso l'AMAP s.p.a., succeduta all'Azienda Speciale AMAP. Entrambe le parti hanno depositato memoria.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. Con il primo motivo di ricorso il Fallimento deduce violazione degli artt. 141, 156, 828, 829 c.p.c. nonché difetto di motivazione.

Lamenta che la Corte d'appello abbia ritenuto sanata la nullità derivante dall'avvenuta notificazione dell'atto di impugnazione del lodo arbitrale al difensore domiciliatario nel giudizio arbitrale, in contrasto con l'orientamento giurisprudenziale che ha affermato



trattarsi di inesistenza insuscettibile di sanatoria. Rammenta che si è affermato che con la conclusione del giudizio arbitrale viene meno ogni collegamento tra la parte e il suo difensore, basato su un rapporto contrattuale riconducibile al mandato con rappresentanza. Di conseguenza la notifica è inesistente atteso che tra il luogo ove la notifica viene effettuata e la persona che la riceve e il destinatario dell'atto viene meno, con la conclusione del giudizio, ogni rapporto.

Con il secondo motivo la curatela deduce violazione degli artt. 1343, 1345, 1418 c.c. nonché difetto di motivazione.

Nel non condividere le conclusioni del collegio arbitrale sul fatto che nell'ambito di un contratto ad evidenza pubblica la formazione della volontà della P.A. è assistita da una serie di garanzie, quali la procedimentalizzazione della scelta del contraente privato, che escludono in radice ogni possibilità di configurare un'illiceità della causa e sul fatto che non sussiste la nullità ex art. 1345 c.c. in difetto di prova della collusione criminosa finalizzata alla conclusione del contratto, la Corte d'appello si sarebbe fondata su una frettolosa e parziale lettura delle sentenze penali prodotte in atti.



Non si potrebbe configurare una causa illecita in un contratto tipico, essendo la causa fissata dal legislatore quale funzione economico-sociale del contratto. Non vi potrebbe essere nullità in presenza di un procedimento predeterminato per legge per la scelta del contraente privato, che è stato rispettato integralmente ed in difetto di accertamento dell'illegittimità degli atti di gara. L'offerta della ICES in sede di licitazione privata era stata la più conveniente per l'Amministrazione. Il provvedimento di aggiudicazione non era stato mai impugnato.

Non potrebbe parlarsi neppure di illiceità del motivo, che oltre ad essere comune alle parti, per determinare la nullità del negozio deve essere anche esclusivo. La Corte d'appello non avrebbe adeguatamente motivato in ordine alla sussistenza di tali requisiti.

Trattandosi inoltre di un contratto d'appalto stipulato secondo le norme dell'evidenza pubblica non vi potrebbe essere neppure stato un accordo illecito perché la ICES non poteva sapere che si sarebbe aggiudicata l'appalto.

La tesi della Corte d'appello secondo la quale gli imputati nei procedimenti penali si sarebbero accordati per consentire l'aggiudicazione ad un'impresa che non aveva i requisiti tecnici per partecipare alla licitazione e per utilizzare l'appalto per trarne



illegittimamente vantaggio, contrasterebbe con le conclusioni cui è pervenuta la Corte d'appello penale di Palermo che ha affermato che la ICES era iscritta sia all'albo regionale degli appaltatori della Regione Sicilia sia all'Albo nazionale costruttori. L'aggiudicazione era stata approvata dal Commissario del Governo. L'assunto della Corte d'appello secondo la quale l'aggiudicazione dell'appalto all'ICES sarebbe stata frutto di comportamenti fraudolenti sarebbe smentito dalla stessa documentazione depositata dall'AMAP.

Non risponderrebbe à verità che la ICES potesse godere dell'appoggio di Vito Ciancimino perché presidente della commissione aggiudicatrice dell'appalto era l'ing. Miceli, parte attiva e preminente della "nuova" gestione dell'appalto, personaggio certamente non favorevole all'impresa; i lavori non erano stati consegnati sino al 24.3.1986, comportamento che non era idoneo ad influenzare la P.A. a proprio vantaggio; il Ciancimino era al confino a Rotello già da qualche anno; la stima dei lavori di appalto era stata ridotta per equipararla ad altro appalto relativo ai lavori a Mondello, che non poteva in realtà essere equiparato al primo.

I fatti accertati in sede penale portavano ad escludere



la gestione fraudolenta dell'appalto, ma la sentenza impugnata non avrebbe tenuto conto dei fatti sopra indicati.

Con il terzo motivo la ricorrente deduce violazione degli artt. 1343, 1345 e 1418 c.c. nonché difetto di motivazione.

La Corte d'appello avrebbe errato nell'affermare, in conseguenza della ritenuta nullità del contratto di appalto, che restavano fuori dal thema decidendum le eventuali restituzioni delle prestazioni erogate, per aestimationem.

Le prestazioni erogate dovrebbero infatti essere pagate secondo le prescrizioni del contratto, come stabilito dal lodo arbitrale. Tale statuizione sarebbe illogica ed in contrasto con gli artt. 1343, 1345 e 1418 c.c.

2. Il primo motivo di ricorso non è fondato.

Questa Corte ha affermato con giurisprudenza ormai consolidata che l'impugnazione per nullità del lodo arbitrale deve essere notificata alla parte personalmente, non presso la persona che l'abbia difesa nel procedimento arbitrale, ancorché cumulando in detta sede la veste di domiciliatario, mentre resta al riguardo irrilevante che detto difensore sia un legale abilitato all'esercizio della professione, o sia anche munito di procura, sempre con elezione di domicilio,



per la dichiarazione di esecutività del lodo (art. 825 cod. proc. civ.) o per l'intimazione del precetto ed il promuovimento dell'esecuzione forzata, potendo l'elezione di domicilio riguardare la notificazione dell'impugnazione per nullità del lodo solo se contenuta nel compromesso o nella clausola compromissoria, in relazione alla riconducibilità di detta impugnazione al rapporto od affare per il quale si è concordato il ricorso ad arbitri, non anche quando sia accessoria all'incarico difensivo per il procedimento arbitrale o per i successivi momenti dell'esecutività ed esecuzione del lodo, atteso che, in queste ultime ipotesi, quella notificazione è atto estraneo ed esterno ai compiti del mandatario - domiciliatario, stante la diversificazione e la separazione del procedimento di formazione ed attuazione del lodo e del giudizio rivolto a denunciarne la nullità. Tuttavia, l'irrituale effettuazione della notificazione dell'impugnazione presso quel difensore, anziché alla parte personalmente, non implica, inesistenza, ma nullità della notificazione medesima, e, dunque, un vizio emendabile con effetto "ex tunc" (ed esclusione del verificarsi di decadenza per l'eventuale sopraggiungere della scadenza del termine d'impugnazione) con la



costituzione del convenuto, ovvero, in difetto di tale costituzione, con la rinnovazione della notificazione medesima, cui la parte istante provveda spontaneamente od in esecuzione di ordine impartito dal giudice ai sensi dell'art. 291 cod. proc. civ. (Cass. sez.un. 3.3.2003, n. 2075; Cass. 19.9.2003, n. 13987; Cass. 14.2.2007, n. 3269).

La notificazione erroneamente eseguita presso il difensore officiato per il procedimento arbitrale è nulla, non inesistente - essendovi comunque un collegamento tra la parte e il predetto difensore, tenuto anche conto della contiguità fra il procedimento arbitrale e il giudizio di impugnazione del lodo, oltre che della riconducibilità di entrambi ad un unico affare sostanziale (Cass. S.U. 3 marzo 2003, n. 3075 cit.) - ed è dunque, oltre che rinnovabile con effetto sanante ex art. 291 cod. civ., sanata dalla costituzione del convenuto, poiché la sanzione di nullità riconducibile all'inosservanza della prescrizioni sulla persona e sul luogo della consegna dell'atto da notificare sancita dall'art. 160 c.p.c. deve essere interpretata e deve trovare applicazione tenendo conto del disposto dell'art. 156 c.p.c., nella parte in cui esclude che la nullità possa essere pronunciata a fronte del raggiungimento dello scopo

A handwritten signature in black ink, consisting of a stylized, cursive letter 'M' followed by a horizontal line.



dell'atto (comma 3), che è dimostrata dalla regolare costituzione del convenuto. Tale sanatoria si realizza con efficacia ex tunc, evitando la decadenza, secondo quanto deriva dall'applicazione dell'art. 156 c.p.c. ed è espressamente affermato dalla già ricordata sentenza n. 3075 del 2003 delle Sezioni Unite.

3. Il secondo motivo del ricorso è del pari infondato, anche se la motivazione della sentenza impugnata deve essere corretta ex art. 384 c.p.c.

La ricorrente ripropone la tesi già sostenuta nel corso del giudizio arbitrale e del giudizio di impugnazione, accolta dal lodo. Non si potrebbe configurare una causa illecita in un contratto tipico, essendo la causa fissata dal legislatore quale funzione economico-sociale del contratto. Non vi potrebbe essere nullità in presenza di un procedimento predeterminato per legge per la scelta del contraente privato, che è stato rispettato integralmente ed in difetto di accertamento dell'illegittimità degli atti di gara, che non sono mai stati oggetto d'impugnazione.

La Corte d'appello ha sostenuto che ben può sussistere l'illiceità della causa nel contratto tipico con riferimento non alla funzione economico-sociale propria del contratto, valutata in astratto, ma con riguardo invece all'alterazione del sinallagma rispetto alla



previsione astratta di legge, sì che questo viene a corrispondere a finalità diverse da quelle tipiche.

Va premesso che la Corte d'appello ha accertato, sulla scorta delle risultanze dei giudizi penali, che la gara di appalto si era ridotta ad una formalità priva di contenuto, per effetto di comportamenti criminali di eccezionale gravità. Ha fatto riferimento al fatto che la ICES era una piccola impresa che si era occupata di modestissimi lavori edili e non aveva alcuna competenza in materia di opere idrauliche, come quelle oggetto dell'appalto. Ha aggiunto che legami ed intrighi univano l'allora assessore comunale ai Lavori Pubblici del Comune di Palermo Vito Ciancimino al "dominus" della ICES, tanto che questi nell'ambito del procedimento penale aveva dichiarato di aver operato come alter ego del Ciancimino. Egli aveva pertanto agito come una delle persone di fiducia di quest'ultimo, nel comune intento di trarre profitti illeciti attraverso il paravento rappresentato dalla ICES. La società rappresentava lo strumento attraverso il quale il Ciancimino realizzava i suoi disegni ed otteneva i suoi profitti illeciti, risultando addirittura socio occulto della stessa.

Ha rilevato la Corte d'appello, sulla scorta delle sentenze penali, che il Ciancimino aveva organizzato,



favorito e realizzato il conferimento dell'appalto per trarne beneficio. Tant'è che, come risultava dalla sentenza penale d'appello, confermata dalla Cassazione, la ICES alla data di indizione della gara di appalto non era neppure iscritta all'albo nazionale costruttori ed era stata ammessa soltanto grazie ad una clausola aggiuntiva allo schema di bando.

Ha infine affermato che vi era stata promessa di denaro od altra utilità per ottenere l'aggiudicazione dell'appalto.

A tali conclusioni la ricorrente principale oppone che in realtà dalla sentenza penale di appello risulterebbe che la ICES era iscritta all'albo nazionale costruttori e che da una serie di circostanze di fatto (presidente della commissione aggiudicatrice era tal ing. Miceli, la cui presenza era garanzia di imparzialità; il Ciancimino era già stato inviato al confino; la mancata consegna dei lavori da parte di ICES non poteva non essere considerata comportamento in contrasto con le finalità illecite individuate dalla Corte d'appello; il prezzo dell'appalto era stato ridotto per equipararlo ad altro appalto relativo al Comune di Mondello, molto meno importante) si ricaverebbe che la situazione ricostruita dalla Corte territoriale non corrispondeva a verità.

A handwritten signature in black ink, appearing to be a stylized 'P' or similar character.



In proposito è sufficiente osservare che da un lato la ricorrente principale non ha indicato gli atti processuali e i documenti da cui emergerebbero le circostanze ora indicate e tantomeno ne ha riportato il contenuto nel ricorso, violando in tal modo il principio di autosufficienza, e dall'altro essa non critica la sentenza impugnata sotto il profilo della logicità e della completezza della motivazione, ma pretende di sovrapporre alla valutazione delle risultanze processuali operata dai giudici di merito, un diverso apprezzamento, formulando in tal modo una censura in fatto, non ammissibile in sede di legittimità.

Come s'è ricordato, la Corte d'appello ha affermato che per effetto dei comportamenti illeciti già richiamati la gara di appalto si era ridotta ad un guscio vuoto, a mera apparenza. Ed ha aggiunto, con riferimento all'illiceità del motivo, che la promessa di denaro od altra utilità per ottenere l'aggiudicazione di un appalto d'opera pubblica integra un'ipotesi, addirittura scolastica, di illiceità per contrarietà a norme imperative, quali quelle che presiedono al buon andamento e all'imparzialità dell'amministrazione. Il formale rispetto della procedura prevista dalla legge non è decisivo, perché ciò che rileva non è il rispetto



formale, ma l'effettiva correttezza del procedimento, corrispondente alla sua funzione tipica a tutela dell'interesse pubblico.

Questi rilievi consentono, ad avviso del Collegio, di qualificare diversamente la fattispecie oggetto di causa, com'è consentito al giudice di legittimità purchè sulla base dei fatti per come accertati nelle fasi di merito ed esposti nel ricorso per cassazione e nella stessa sentenza impugnata, senza cioè che sia necessario l'esperimento di ulteriori indagini di fatto (Cass. 17.4.2007, n. 9143; Cass. 16.11.2000, n. 14865; Cass. 13.9.1997, n. 9098).

Nella fattispecie oggetto d'esame non è questione di nullità del contratto per illiceità della causa o del motivo, come ritenuto dalla Corte d'appello, ma di illiceità del contratto per contrarietà a norme imperative, da individuarsi nel complesso della disciplina che impone che la scelta del contraente privato nel contratto di appalto pubblico sia effettuata tramite gara, oltreché nelle norme penali violate.

Nel caso in esame l'appalto era stato affidato a seguito di licitazione privata esperita, come è pacifico in causa (cfr. ricorso Fall. ICES, p. 1, e controricorso AMAP, p. 3, ai sensi delle leggi 584/77 e



741/81 con il criterio di aggiudicazione di cui agli artt. 1, lett. d) e 4 legge 2.2.1973, n. 14, con l'ammissione di offerte anche in aumento.

Senonché, come ha accertato la Corte d'appello sulla scorta delle risultanze del processo penale, vi era uno strettissimo rapporto di interessi tra il Ciancimino ed il dominus della ICES ed era stato il primo a organizzare, favorire e realizzare il conferimento dell'appalto ... per trarne beneficio, sì che la gara si era ridotta a mera apparenza.

Nel contratto di appalto pubblico l'omissione della gara prescritta dalla legge per l'individuazione del contraente privato - omissione cui deve equipararsi l'espletamento meramente apparente delle formalità previste dalla legge - comporta la nullità del contratto per contrasto con norme imperative, da individuarsi nel complesso della disciplina, nella specie individuata dalle leggi 584/77, 741/81 e 14/1973 (artt. 1 e 4) ed in particolare nell'art. 9, comma 1, della legge 584/77 che stabilisce che "Gli appalti disciplinati dalla presente legge sono aggiudicati col sistema dei pubblici incanti, della licitazione privata o dell'appalto concorso".

E' ben vero che questa Corte, in più occasioni, ha affermato che in tema di vizi concernenti l'attività



negoziale degli enti pubblici - sia che si riferiscano al procedimento di formazione della volontà dell'ente, sia che si riferiscano alla fase preparatoria, ad essa antecedente - il negozio stipulato è annullabile ad iniziativa esclusiva dell'ente pubblico (Cass. 10.4.1978, n. 1688; Cass. 18.3.1981, n. 1615; Cass. 8.7.1991, n. 7529; Cass. 30.9.2004, n. 19617). Tale principio non può, tuttavia, estendersi al caso in cui lo svolgimento della gara di appalto abbia integrato gli estremi di reato, essendovi stata, come accertato dalla Corte d'appello, promessa di denaro od altra utilità per ottenere l'aggiudicazione, perché diversamente ritenendo si consentirebbe che il reato venga portato ad ulteriori conseguenze.

In proposito va ricordato che questa Corte ha affermato che la previsione della sanzione penale, diretta a colpire un comportamento materiale, non è causa automatica della nullità del contratto (Cass. 25.9.2003, n. 14234; Cass. 17.6.1960, n. 1591). Le norme contenenti un divieto, specie se sanzionato penalmente, possono essere considerate imperative, in difetto di un'espressa sanzione civilistica di invalidità, soltanto se dirette alla tutela di un interesse pubblico di carattere generale, che è ravvisabile se il divieto ha carattere assoluto, senza



possibilità di esenzione dalla sua osservanza per alcuni dei destinatari della norma (Cass. 4.12.1982, n. 6601; Cass. 29.10.1983, n. 6445).

Tali requisiti ricorrono indubbiamente nella fattispecie in esame, così come accertata dalla Corte d'appello, in cui il vincolo sinallagmatico tra le reciproche prestazioni proprie dell'appalto è rimasto irreparabilmente alterato dall'illecita pattuizione e dall'utilizzo della gara e del contratto quale strumento per l'illecito arricchimento del Ciancimino.

Va sottolineato, a tale proposito, che la Corte d'appello ha accertato che la profonda alterazione del sinallagma contrattuale, ha interessato non soltanto lo svolgimento della gara nelle forme della licitazione privata, ma lo stesso contratto d'appalto, posto che le reciproche prestazioni erano giustificate da finalità illecite, costituendo lo strumento per la percezione di denaro ed indebiti vantaggi da parte del Ciancimino, tramite la ICES, che egli controllava tramite il dominus della stessa, suo vero e proprio alter ego, e di cui era socio occulto.

4. Il terzo motivo di ricorso è del pari infondato.

Correttamente i giudici di appello hanno sottolineato che rimaneva al di fuori del thema decidendum ogni questione relativa alle restituzioni dovute in forza



delle prestazioni effettuate dalla società fallita.

La ricorrente non ha dedotto di aver proposto domande di restituzione per equivalente delle prestazioni erogate. Essa si limita ad affermare che le prestazioni dovevano essere pagate in forza delle prescrizioni contenute nel contratto, contratto peraltro che è stato dichiarato nullo dalla Corte d'appello, sì che eventuali restituzioni potevano spettare soltanto in forza di azione di ripetizione dell'indebito o di indebito arricchimento, azioni che non è neppure stato allegato che fossero state proposte. E' dunque corretta l'affermazione della Corte di merito che le questioni relative alle restituzioni rimanessero al di fuori del thema decidendum.

5. Sussistono giusti motivi, avuto riguardo all'obiettiva complessità delle questioni oggetto di giudizio, per dichiarare integralmente compensate tra le parti le spese del giudizio di cassazione.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso; compensa le spese del grado.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio della prima Sezione civile, addì 17 gennaio 2008

IL CONSIGLIERE Est.

IL PRESIDENTE

Losanna

g/b

2/0

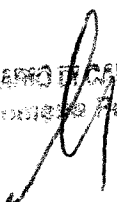
CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
Prima Sezione Civile

Depositata in Cancelleria

il 5/5/2008

IL CANCELLIERE

IL FUNZIONARIO DI CANCELLERIA
(Dr. Biomona Perrone)



IL FUNZIONARIO DI CANCELLERIA
(Dr. Biomona Perrone)

