

CORTE DI CASSAZIONE CIVILE

Sez. I, 22 ottobre 2003, n. 15783

Pres. Grieco – Est. Genovese - P.M. Ceniccola (conf.) – Ric. Edilmar srl (avv.ti Di Pierro e Borgato Pagotto) c. Comune di Venezia (avv.ti Paoletti ed altri)

In tema di clausola arbitrale stabilita nel contratto di appalto di opere pubbliche stipulato con un Comune, il richiamo della disciplina fissata in un distinto documento (nella specie: un capitolato speciale, predisposto in funzione regolamentare di un singolo rapporto) che sia effettuato dalle parti contraenti, sulla premessa della piena conoscenza di tale documento ed al fine dell'integrazione del rapporto negoziale nella parte in cui difetti di una diversa regolamentazione, assegna alle previsioni di quella disciplina, per il tramite di "relatio perfecta", il valore di clausole concordate e quindi le sottrae all'esigenza dell'approvazione specifica per iscritto di cui all'art. 1341 c.c.. Infatti, una volta richiamata la previsione contenuta in quel documento predisposto dalla P.A., che intende contrattare con il privato sulla base di quel nucleo minimo di regole, secondo il modulo delle procedure ad evidenza pubblica, il privato che risulti vincitore della procedura concorsuale di scelta del contraente non può più dolersi dei contenuti preformati di quel contratto, dopo che questo sia stato stipulato, nè affermare che si tratti di una forma di arbitrato obbligatorio. (Fattispecie: la S.C. ha ritenuto la validità della clausola compromissoria, ancorchè non approvata specificatamente per iscritto, contenuta nell'art. 76 di un capitolato speciale, richiamato dalle parti nel contratto di appalto, concernente la devoluzione obbligatoria al giudizio arbitrale, dovendosi conferire alla clausola "de qua" valore di norma pattizia liberamente convenuta).

La clausola compromissoria contenuta in un capitolato (nella specie: un capitolato speciale predisposto dal Comune per la costruzione di un'opera pubblica) sebbene predisposto dall'uno dei contraenti nei confronti di persona indeterminata (scelta del contraente con procedura a evidenza pubblica), non deve essere approvata specificamente per iscritto a norma dello art. 1341, comma secondo, c.c., perchè non è diretto a disciplinare una serie indefinita di rapporti ma solo quello da istituirsi col vincitore della gara.

**Svolgimento del processo - 1.** La Società Edilmar s.r.l. stipulava un contratto di appalto con il Comune di Venezia e, in esecuzione del medesimo, costruiva un sottopasso ciclopedonale e fognario presso la stazione ferroviaria di Mestre.

In sede esecutiva sorgeva un contrasto

in ordine al prezzo pattuito per alcuni materiali relativi al rivestimento delle scale, che il Comune intendeva conteggiare a metro quadro e che l'impresa pretendeva a metro lineare.

2. Con atto di citazione del 2 dicembre 1994, la Edilmar s.r.l. conveniva in giudizio il Comune di Venezia chiedendone la condanna al pagamento della somma risultante in base al diverso metodo di misurazione del marmo impiegato nella costruzione dell'opera. Il Comune si costituiva in giudizio ed eccepeva il difetto di giurisdizione del giudice ordinario. Nel merito, sosteneva l'infondatezza della domanda.

3. Il tribunale di Venezia, con sentenza n. 2016 del 13 settembre 1995, respingeva l'eccezione del convenuto ma anche la domanda dell'attore.

4. La società appellava la sentenza di primo grado, con atto del 15 gennaio 1996. Il Comune reiterava l'eccezione di difetto della giurisdizione del giudice adito, in ragione della clausola contenuta nel capitolato speciale di appalto, pure non sottoscritta espressamente dalla società, ma inserita nel

contratto in forza di una previsione contrattuale (l'art. 6) che richiamava l'osservanza delle condizioni stabilite nel capitolato.

5. La Corte d'Appello di Venezia, con sentenza n. 1722 del 15 dicembre 1999, accoglieva l'eccezione sollevata dal Comune e, in riforma della sentenza di primo grado, dichiarava il difetto di giurisdizione del giudice ordinario condannando l'attrice al pagamento delle spese processuali dei due gradi del giudizio.

6. Contro di essa propone ricorso per cassazione la Edilmar s.r.l., con un unico mezzo articolato in due profili.

**Motivi della decisione** - 1. Con l'unico mezzo di impugnazione (con cui, da un lato, lamenta la violazione del principio desumibile dagli artt. 24 e 102 della Costituzione e, da un altro, la violazione degli artt. 807 e 808 cod. proc. civ. e 1341 cod. civ.) il ricorrente deduce che secondo la giurisprudenza della Corte di cassazione la "fonte dell'arbitrato non può ricercarsi e porsi in una legge o in una volontà autoritativa". Una parte della giurisprudenza, inoltre, avrebbe affermato la necessità di una specifica approvazione delle clausole vessatorie contenute nei contratti stipulati con la pubblica amministrazione. Sulla base di tale giurisprudenza, la Corte costituzionale, con l'ordinanza n. 61 del 1988, avrebbe escluso l'illegittimità costituzionale degli artt. 1341 e 1342 del cod. civ., proprio sulla base di una loro interpretazione, ritenuta diritto vivente, conforme ai valori costituzionali.

La Corte di appello di Venezia avrebbe commesso due errori: a) confondendo il capitolato generale di appalto con quello speciale, predisposto in funzione regolamentare dei singoli rapporti; b) applicando al caso esaminato i principi elaborati dalla Cassazione con riferimento al capitolato generale di cui al D.P.R. n. 1063 del 1962. In sostanza, la clausola contenuta nel capitolato speciale (art. 76), che era stata predisposta dalla pubblica amministrazione committente, potrebbe dirsi legittima solo a condizione di interpretarla nel senso che la medesima non introduceva una deroga obbligatoria alla giurisdizione ordinaria e che questa risultava essere una scelta volontaria delle due parti contraenti. La società, peraltro, pur avendo una piena cognizione del contenuto di tale previsione non l'avrebbe potuta né contrattare né modificare. Pertanto, la clausola compromissoria in tanto potrebbe ritenersi legittima in quanto si risolve nell'introduzione di un arbitrato facoltativo per le parti.

2. Il ricorso è infondato e deve essere rigettato.

2.1. Va innanzitutto premesso che, secondo la giurisprudenza di questa Corte, le questioni riguardanti l'accertamento dell'esistenza e della portata di una clausola arbitrale, se fondate, non si risolvono in una affermazione di giurisdizione ma in una questione preliminare di merito (Cassazione n. 527 del 2000). Secondo tale pronuncia, infatti, anche nell'arbitrato rituale, la decisione arbitrale ha natura di atto di autonomia privata e correlativamente il compromesso si configura quale deroga alla giurisdizione. Pertanto, il contrasto sulla non deferibilità degli arbitri di una controversia per essere questa devoluta, per legge, alla giurisdizione di legittimità o esclusiva del giudice amministrativo costituisce questione, non già di giurisdizione in senso tecnico, ma di merito, in quanto inerente alla validità del compromesso o della clausola compromissoria. Conseguentemente rispetto a siffatta questione è inammissibile il ricorso per regolamento preventivo di giurisdizione di cui all'art. 41 cod. proc. civ. sia nell'ambito del processo arbitrale che del giudizio d'impugnazione ex art. 828 cod. proc. civ., essendo il relativo mezzo proponibile con esclusivo riferimento alle questioni di giurisdizione in senso tecnico giuridico riconducibili al paradigma dell'art. 37 cod. proc. civ. (Nello stesso senso Cassazione nn. 17646 del 2002 e 2501 del 2003).

Con l'ultima delle menzionate decisioni, questa Corte, dopo aver ribadito che la questione conseguente all'eccezione di compromesso sollevata dinanzi al giudice ordinario, adito nonostante che la controversia fosse stata deferita ad arbitri, attiene al merito e non alla competenza in quanto i rapporti tra giudici ed arbitri non si pongono sul piano della ripartizione del potere giurisdizionale tra giudici ed il valore della clausola compromissoria consiste proprio nella rinuncia alla giurisdizione ed all'azione

giudiziaria, ha, poi, stabilito che, ancorché formulata nei termini di decisione di accoglimento o rigetto di un'eccezione d'incompetenza, la decisione con cui il giudice, in presenza di un'eccezione di compromesso, risolvendo la questione così posta, chiude o non chiude il processo davanti a sé va riguardata come decisione pronunciata su questione preliminare di merito.

Occorre, cioè, porre in evidenza la sostanza della pronuncia, anche oltre la sua presentazione formale: la sentenza impugnata, pertanto, va riguardata come una pronuncia resa sulla questione preliminare di merito, ancorché espressa con la forma della declinatoria di giurisdizione.

2.2 Così chiarita la natura delle questioni poste nel giudizio a cui erano stati chiamati i giudici di merito, occorre passare all'esame dell'unico motivo di ricorso proposto, quello con il quale si richiede la cassazione della sentenza di appello perché viziata dalle sopra citate violazioni di legge.

2.2.1. La prima questione che va esaminata riguarda la pretesa natura obbligatoria dell'arbitrato introdotto da simile clausola (contenuta nel capitolato speciale di appalto) e quindi la sua legittimità e rispondenza ai principi costituzionali richiamati (artt. 24 e 102 della Costituzione) anche sulla base della decisione della Corte costituzionale n. 152 del 1996.

2.2.1.1. Innanzitutto, va chiarito che la sentenza impugnata, affermando la validità dell'accordo concluso dai due litiganti sulla base del capitolato predisposto dalla stazione appaltante, non ha affatto confuso tra la figura del capitolato generale e quella, concretamente utilizzata nel caso in esame, vale a dire il capitolato speciale di appalto redatto in previsione dell'aggiudicazione del contratto *de quo*. Né in tale confusione i giudici del merito sono comunque incorsi perché, come si evince dalle considerazioni svolte nella motivazione della sentenza, essi hanno attribuito una certa efficacia vincolante alle previsioni contenute nel citato capitolato speciale, in quanto conosciute dalla parte non "solo al momento della conclusione del contratto".

La conclusione cui sono pervenuti i detti giudici, infatti, appare pienamente condivisibile e conforme all'orientamento di questa Corte secondo il quale, il richiamo della disciplina fissata in un distinto documento, che sia effettuato dalle parti contraenti, sulla premessa della piena conoscenza di tale documento ed al fine dell'integrazione del rapporto negoziale, nella parte in cui difetti di una diversa regolamentazione, assegna alle previsioni di quella disciplina, per il tramite di *relatio perfecta*, il valore di clausole concordate e, quindi, le sottrae all'esigenza dell'approvazione specifica per iscritto di cui all'art. 1341 cod. civ. (Cassazione n. 3929 del 1999).

E' vero che questa conclusione è stata formulata dalla giurisprudenza con riguardo ad una clausola compromissoria che era contenuta nel capitolato generale di appalto (art. 47 D.P.R. 16 luglio 1962, n. 1063), ma è pur vero che a tale conclusione la Corte era giunta sulla base del conferimento alla clausola *de qua* del valore di norma patrizia liberamente convenuta (sulla quale conclusione convergono anche Cassazione n. 3802 del 1999 e n. 8420 del 2000). Insomma, una volta richiamata la previsione, contenuta in un documento appositamente predisposto dall'amministrazione pubblica, che intende contrarre con il privato sulla base di quel nucleo minimo di regole astratte e sottratte alla successiva influenza della persona (fisica o giuridica) del contraente vincitore della procedura concorsuale, il privato non può dolersi dei contenuti preformati di quel contratto, trattandosi di un agire proprio delle amministrazioni pubbliche secondo i moduli delle procedure ad evidenza pubblica. Tale orientamento, che questa Corte non ritiene di poter mutare non ravvisando negli argomenti esposti dal ricorrente quelle ragioni decisive per una sua riconsiderazione, era stato già espresso da risalenti pronunce, come quella n. 470 del 1968, a tenore della quale, nel contratto *per relationem perfectam* l'atto di riferimento è recepito nella sua integrità ed il rinvio ad esso formulato dai contraenti equivale alla sua materiale trascrizione nel documento da loro sottoscritto. Pertanto, ove l'atto di riferimento contenga una clausola compromissoria, anche questa risulta materialmente inserita nel documento ed anche ad essa si estende la sottoscrizione dei contraenti.

Del resto, a tale assetto erano pervenute anche le Sezioni Unite di questa Corte, nella sentenza n. 5292 del 1997, con la quale si era stabilito, in una convenzione tra un Comune ed un consorzio fra imprese,

avente ad oggetto l'esecuzione di un'opera pubblica, la validità della clausola compromissoria che rinviava, per i criteri di nomina degli arbitri, al capitolato speciale d'oneri, predisposto dall'ente pubblico e costituente parte integrante della convenzione stessa, per esservi espressamente richiamato. Ciò perché, secondo le Sezioni Unite, non è necessaria la materiale inserzione della clausola nello stesso documento, essendo sufficiente anche il riferimento espresso ad uno specifico regolamento già esistente, predisposto dalle stesse parti o da terzi, o comunque a specifici distinti documenti espressamente dichiarati.

Infatti, la clausola posta in un capitolato speciale, che preveda in via obbligatoria la devoluzione ad arbitri delle controversie inerenti all'esecuzione del contratto, prevale sul generico richiamo alle disposizioni del capitolato generale (Cassazione n. 4228 del 1983) con la conseguenza che le dette controversie devono ritenersi devolute in via esclusiva ed inderogabile alla cognizione degli arbitri (cassazione n. 11218 del 2000).

2.2.1.2. Né nel caso esaminato possono ravvisarsi le postulate ragioni idonee a condurre il giudice alla qualificazione dell'arbitrato *de quo* come obbligatorio, avendo già questa Corte chiarito, con la sentenza n. 563 del 2001, che - a differenza degli appalti dello Stato e degli enti pubblici tenuti per legge all'osservanza dei capitolati generali delle opere statali, prima dell'entrata in vigore delle leggi cd. Merloni e Merloni-ter, nn. 109 del 1994 e 415 del 1998 - negli altri appalti pubblici, il richiamo operato dalle parti alle norme del capitolato assume la stessa natura e portata negoziale dell'atto giuridico che le richiama, perdendo, pertanto, qualsiasi colligamento con la fonte normativa di provenienza, e conservando - così - efficacia, indipendentemente dalle successive modifiche della norma da cui sono tratte, proprio per l'effetto vincolante che, liberamente, i contraenti hanno attribuito al loro contenuto.

2.2.2. La seconda questione che va esaminata riguarda la presunta natura "vessatoria" della clausola arbitrale introdotta attraverso il capitolato speciale di appalto sottoscritto dalla società contraente.

Già la sentenza di questa Corte, n. 3929 del 1999, sopra citata, ha escluso per siffatti tipi di clausole arbitrali il regolamento imposto dall'art. 1341 cod. civ. in tema di condizioni generali di contratto, con riferimento a quelle di esse che contengono deroghe alla competenza (e comportano la necessità dell'approvazione per iscritto, a pena di inefficacia).

A tale conclusione la Corte era già giunta con la sentenza n. 178 del 1982. Questa aveva escluso l'applicabilità degli invocati (dal ricorrente) artt. 1341 e 1342 cod. civ., in quanto preordinati alla tutela del contraente più debole, perché tali strumenti di garanzia non sono applicabili ai contratti stipulati dalla pubblica amministrazione, il cui operato è ispirato a finalità d'interesse generale e di imparzialità e giustizia. In tale sentenza, infatti, venne ritenuta perfettamente valida ed efficace la clausola, contenuta in un capitolato generale, ma richiamata in un capitolato particolare ed in un contratto, secondo la quale tutte le controversie tra la pubblica amministrazione e l'appaltatore erano devolute ad un collegio arbitrale.

E, ancor prima di questa, con la decisione n. 3588 del 1971, analoga al caso qui esaminato, si affermò che non deve essere approvata specificamente per iscritto, a norma dell'art. 1341, secondo comma, cod. civ., la clausola compromissoria contenuta in un capitolato che, sebbene predisposto dall'uno dei contraenti in vista di una licitazione privata, e quindi nei confronti di persona indeterminata, non è diretto a disciplinare una serie indefinita di rapporti ma solo quello da istituirsi col vincitore della gara. Tale principio è proprio quello che va ribadito in questa sede: l'estraneità, al genere delle clausole vessatorie di cui agli artt. 1341 e 1342 cod. civ., della clausola compromissoria, contenuta in un capitolato speciale di appalto, predisposto dall'ente pubblico solo per la disciplina di quel singolo rapporto contrattuale stipulato attraverso la selezione del contraente attraverso la procedura a evidenza pubblica, secondo le regole dell'azione amministrativa imparziale.

3. Il ricorso va, pertanto, rigettato, con la correzione della motivazione della sentenza impugnata, ai sensi dell'art. 384 cod. proc. civ., come sopraindicato al paragrafo 2.1., con la conseguenza delle spese, poste a carico del soccombente nella misura indicata in dispositivo. (*Omissis*).