

## Svolgimento del processo

Il 4 marzo 1986 il Ministero degli affari esteri italiano (che in prosieguo verrà indicato solo come Ministero), nel quadro degli interventi nella Repubblica Somala di cui alla legge 8 marzo 1985, n. 73, appaltò alla A [REDACTED] s.p.a., alla C [REDACTED] C [REDACTED] G [REDACTED] (ora I [REDACTED]) s.p.a. ed alla E [REDACTED] soc. coop. a r.l. (ora D [REDACTED] s.r.l.) - riunite in associazione temporanea e rappresentate dalla capogruppo A [REDACTED] - l'esecuzione di una complessa serie di opere da realizzare in Somalia, poi affidate ad un'ulteriore società, la S [REDACTED] s.r.l., costituita dalle predette appaltatrici appunto allo scopo di provvedere alla realizzazione unitaria di quelle opere. Essendo sorta controversia tra le parti per la definizione di quanto dovuto alle società appaltatrici, queste promossero nei confronti del Ministero un procedimento arbitrale, come previsto da un'apposita clausola del capitolato.

Con pronunzia del 14 luglio 1994 il collegio arbitrale dichiarò che il Ministero si era reso inadempiente agli obblighi contrattuali; accertò l'obbligo del medesimo Ministero di pagare alle controparti la complessiva somma di £. 12.042.583.164 a titolo di corrispettivo per la vendita di un campo base, di revisione dei prezzi contrattuali, di restituzione della ritenuta per infortuni e d'indennizzo per la

perdita d'impianti e mezzi d'opera (oltre agli interessi ed al maggior danno); stabilì che il Ministero era tenuto a corrispondere alle imprese anche la somma di £. 15.930.593.859 per le riserve iscritte in contabilità, oltre alla revisione dei prezzi (con relativi interessi e maggior danno), ed ai due terzi spese processuali e di quelle per il funzionamento del Collegio arbitrale.

### **IL CASO.it**

L'amministrazione, dopo aver corrisposto le somme indicate, con riserva di ripetizione, attivò due giudizi: l'uno dinanzi alla Corte d'appello di Roma, avente ad oggetto l'impugnazione per nullità del lodo, a norma dell'art. 829 c.p.c., l'altro dinanzi al Tribunale di Roma, sempre al fine di far dichiarare la nullità del lodo, ma sul presupposto che questo fosse espressione di un arbitrato irrituale, come tale non consentito alla pubblica amministrazione.

Il primo giudizio si concluse definitivamente con la sentenza di questa corte n. 5527 del 2001, la quale, avendo qualificato irrituale l'arbitrato in esame, cassò senza rinvio la pronuncia in precedenza emessa dalla corte territoriale, dichiarando assorbita ogni altra questione.

### **IL CASO.it**

Il secondo giudizio portò invece ad una sentenza con cui l'adito tribunale, pur dichiarando la nullità della clausola arbitrale e del conseguente lodo, rigettò le domande di restituzione formulate dal Ministero: in parte perché le

ritenne abbandonate, ed in parte perché accolse le contrapposte domande riconvenzionali con le quali, in via subordinata, le società convenute avevano chiesto di vedersi riconoscere il diritto alla revisione dei prezzi dell'appalto. **IL CASO.it**

La Corte d'appello di Roma, chiamata pronunciarsi sui contrapposti gravami delle parti, con sentenza resa il 13 febbraio 2006, condivise la decisione del primo giudice in ordine alla nullità della clausola per arbitrato irrituale apposta ad un contratto della pubblica amministrazione, clausola che stimò comunque incompatibile con il carattere indisponibile della controversia in tema di revisione del prezzo dell'appalto; reputò che la domanda riconvenzionale con cui le società appaltatrici avevano azionato la loro pretesa concernente la revisione del prezzo esulasse dalla competenza giurisdizionale del giudice ordinario; e pertanto condannò la A [REDACTED] e la S [REDACTED] a restituire al medesimo Ministero la somma di euro 3.845.739,35 (con interessi dalla data della domanda), da esse incassata per revisione del prezzo in forza del lodo arbitrale invalidamente pronunciato. **IL CASO.it**

Per la cassazione di tale sentenza hanno proposto ricorso la A [REDACTED] e la S [REDACTED] prospettando tre motivi di censura, illustrati poi anche con memoria, ai quali il Ministero ha replicato con controricorso.

### Motivi della decisione

1. Col primo motivo le ricorrenti, lamentando la violazione di molteplici articoli del codice civile e di procedura civile e di leggi speciali, nonché vizi di motivazione dell'impugnata sentenza, insistono nel rivendicare la piena validità della clausola per arbitrato irrituale contenuta nel contratto d'appalto stipulato col Ministero. Sostengono che erroneamente la corte d'appello ha fatto discendere la nullità di detta clausola dalla pretesa valenza transattiva dell'arbitrato irrituale, ritenuta non compatibile con l'agire della pubblica amministrazione. **IL CASO.it**

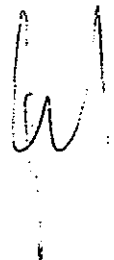
Secondo le ricorrenti, invece, l'arbitrato irrituale non necessariamente postula che il lodo abbia natura e contenuto di un atto di transazione, né la comune volontà delle parti, desumibile anche dal loro comportamento nell'ambito del procedimento arbitrale, consente di ritenere che, nel caso specifico, agli arbitri fosse stato conferito un mandato a transigere: ragione per cui - sempre a parere delle ricorrenti - non vi sono ragioni ostative alla validità della clausola compromissoria e del conseguente arbitrato.

Il secondo motivo di ricorso, denunciando vizi analoghi al precedente, si sofferma più in particolare sull'affermazione della corte territoriale che ha negato la compromettibilità in arbitrato irrituale di una controversia avente ad oggetto la

revisione del prezzo dell'appalto. Negano le ricorrenti che quello in esame possa definirsi un appalto per la costruzione di opere pubbliche, tali non potendosi considerare le opere realizzate nell'ambito della cooperazione internazionale a beneficio di uno Stato estero. Non si sarebbe potuto perciò fare applicazione dei principi erroneamente invocati nella sentenza impugnata, ma si sarebbe viceversa dovuto tener conto del fatto che l'art. 4, lett. d), della legge n. 73 del 1985, dando facoltà al sottosegretario competente di concludere, per finalità di cooperazione e sviluppo, contratti anche in deroga alle norme sull'amministrazione e contabilità generale dello Stato, consente per ciò stesso la stipulazione in tale ambito anche di clausole per arbitrato irrituale. In ogni caso, ove pure si volesse reputare invalida la clausola arbitrale limitatamente alle controversie in tema di revisione del prezzo dell'appalto, sarebbe errato farne discendere la nullità della medesima clausola con riguardo anche a tutte le altre possibili controversie derivanti dal contratto.

### **IL CASO.it**

Nel terzo motivo, proposto in via subordinata, le ricorrenti denunciano la violazione delle norme sul riparto di giurisdizione tra giudice amministrativo ed ordinario, oltre ad ulteriori vizi di motivazione dell'impugnata sentenza, giacché sostengono che la pretesa da loro avanzata in ordine alla revisione del prezzo dell'appalto trae origine direttamente



dalla previsione del contratto e che, essendo già intervenuto il riconoscimento del diritto alla revisione da parte dell'amministrazione appaltante, tale pretesa ha consistenza di diritto soggettivo e non di mero interesse legittimo.

2. I primi due motivi, che possono essere congiuntamente esaminati, pongono all'attenzione della corte una questione finora scarsamente indagata dalla giurisprudenza: se, o entro quali limiti, sia consentito alla pubblica amministrazione di avvalersi, nei rapporti d'appalto da essa intrecciati con privati, dello strumento negoziale del cosiddetto arbitrato irrituale (o libero).

### **IL CASO.it**

2.1. Nel presente caso il problema si pone perché, come già dianzi accennato, è stato definitivamente accertato dalla sentenza di questa corte n. 5527/01 che la clausola arbitrale contenuta nel capitolato d'appalto stipulato dal Ministero con le attuali ricorrenti contemplava, appunto, un'ipotesi di arbitrato irrituale. Il che, come anche la sentenza dianzi citata ha ricordato, sta a significare che all'arbitro è stata affidata la soluzione della controversia unicamente su base negoziale, mediante una composizione amichevole riconducibile alla volontà delle parti stesse, le quali si sono impegnate a considerare la decisione arbitrale come espressione della loro volontà (a differenza di quel che accade con l'arbitrato rituale, che del pari riposa su un'originaria manifestazione di

natura negoziale della risoluzione demandata agli arbitri irrituali, operando costoro in sostituzione delle parti del contratto e perciò potendo definire la vertenza con la ricerca di un nuovo assetto d'interessi da essi medesimi individuato, che dette parti si sono preventivamente impegnate a fare proprio. Un meccanismo negoziale, questo, che però appare scarsamente compatibile con i principi che regolano l'agire della pubblica amministrazione, in forza dei quali non è consentito delegare a terzi estranei la formazione della volontà negoziale della pubblica amministrazione medesima. **IL CASO.it**

Negli ultimi anni, peraltro, si sono registrate anche opinioni di segno in tutto o in parte diverso. Sull'onda di un generale processo di privatizzazione dell'operare della pubblica amministrazione, da un lato, e dall'altro sulla spinta ad un maggiore avvicinamento tra arbitrato irrituale e rituale, coerente con la connotazione negoziale (e non propriamente giurisdizionale) anche di quest'ultimo, diverse voci si sono levate per sostenere che, nell'ambito dell'autonomia privata di cui gode la pubblica amministrazione quando opera su diritti disponibili, estesa anche alla stipulazione di negozi eventualmente atipici, non può escludersi l'eventualità di una rinuncia libera e consapevole alla regolamentazione diretta del rapporto controverso e dell'affidamento di tale

volontà negoziale delle parti, ed ha perciò anch'esso natura privata, ma è destinato a svolgersi con l'osservanza del regime formale del procedimento arbitrale e comporta che si pervenga ad un lodo suscettibile di essere reso esecutivo e di produrre gli effetti previsti dal codice di rito: si vedano anche, in tal senso, Cass. n. 14972 del 2007 ed altre conformi pronunce di questa corte).

### **IL CASO.it**

Prima di entrare nel vivo della questione, giova sottolineare che la vicenda in esame si riferisce ad un contratto stipulato nell'anno 1986. Quantunque anche del successivo sviluppo della normativa potrà essere utile tener conto, nella misura in cui se ne possano desumere principi già immanenti nel sistema, è pur sempre alla normativa vigente a quel tempo che occorre dunque fare capo per risolvere l'interrogativo che investe la validità di una clausola contenuta in detto contratto.

### **IL CASO.it**

2.2. Fino ad alcun tempo fa la dottrina dominante è apparsa senz'altro poco propensa ad ammettere che la pubblica amministrazione nel proprio operare negoziale (anche con riguardo a diritti non di per se stessi indisponibili) possa avvalersi di clausole compromissorie volte a prevedere forme di arbitrato irrituale, salvo eventuale espressa previsione di una qualche una norma speciale in tal senso. La ragione di fondo su cui riposa tale orientamento si ricollega alla già richiamata

regolamentazione ad un terzo arbitro designato secondo criteri negoziali predeterminati.

### **IL CASO.it**

2.3. Reputa il collegio che l'indirizzo dottrinale da ultimo richiamato non possa tuttavia, almeno nella sua formulazione assoluta, essere condiviso.

2.3.1. Non v'è alcun dubbio che la pubblica amministrazione, quando instaura con un privato rapporti di natura negoziale che non implicino l'adozione di atti autoritativi, è in linea di massima anch'essa soggetta alle norme di diritto privato. In tal senso si esprime ora il comma 1-bis dell'art. 1 della legge n. 241 del 1990 e, quantunque tale disposizione sia stata introdotta solo in epoca relativamente recente (dalla legge n. 15 del 2005), è ragionevole ritenere che in essa si manifesti un principio già da tempo presente nell'ordinamento.

### **IL CASO.it**

Tuttavia, il fatto che la pubblica amministrazione, nel suo operare negoziale, si trovi su un piano paritetico a quello dei privati, se per un verso esclude che essa possa avvalersi di un qualsiasi potere di supremazia sull'altro contraente, per altro verso non significa che vi sia una piena ed assoluta equiparazione della sua posizione a quella di un privato. Resta, comunque, l'ineliminabile differenza che discende dalla portata e dalla natura dell'interesse pubblico cui in ogni caso l'amministrazione deve ispirarsi e che, anche se incanalato

nell'alveo di strumenti di tipo privatistico, è destinato a conformare il comportamento del contraente pubblico secondo regole e principi - particolarmente in tema di pubblicità e di trasparenza - che per il privato non hanno invece ragion d'essere. Del modo in cui gestisce il proprio interesse il privato non è tenuto a dar conto ad alcuno, ma lo stesso non può dirsi per il contraente pubblico e per le modalità con cui si realizza il pubblico interesse cui egli è preposto, che non possono restare opache ma devono viceversa pur sempre rispondere a criteri suscettibili di essere ben percepiti e valutati.

### **IL CASO.it**

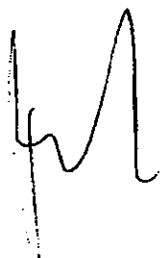
Se ciò è vero, non basta richiamarsi alla natura privatistica degli strumenti negoziali adoperati per superare ogni possibile ostacolo all'utilizzabilità dell'arbitrato irrituale nei contratti della pubblica amministrazione. Certamente non v'è alcuna incompatibilità di principio tra la natura pubblica del contraente e la possibilità di un componimento negoziale delle controversie nascenti dal contratto stipulato dalla pubblica amministrazione. Ma resta il fatto che tale componimento, se derivante da un arbitrato irrituale, verrebbe ad essere affidato a soggetti (gli arbitri irrituali, appunto) individuati all'interno della medesima logica negoziale, in difetto qualsiasi procedimento legalmente predeterminato e perciò senza adeguate garanzie di trasparenza

e pubblicità della scelta. Quei medesimi soggetti sarebbero destinati poi ad operare secondo modalità parimenti non predefinite e non corredate delle suindicate garanzie di pubblicità e trasparenza. Né, infine, può trascurarsi che il perseguimento dell'interesse pubblico - interesse che anche nel componimento arbitrale dovrebbe potersi realizzare e che non può mai andare esente da un regime di controlli ed eventuali conseguenti responsabilità - verrebbe invece affidato all'operato di soggetti sottratti ad ogni controllo, con l'effetto di rendere evanescente anche l'eventuale individuazione di qualsiasi conseguente responsabilità.

2.3.2. Un ulteriore ordine di considerazioni vale a rafforzare le perplessità che accompagnano l'ipotesi dell'applicabilità dell'arbitrato libero alle controversie in discorso.

### **IL CASO.it**

Le molteplici e ripetute disposizioni che, in tempi diversi, il legislatore ha dettato in relazione alla possibilità d'inserimento di clausole arbitrali in contratti stipulati dalla pubblica amministrazione sono, per lo più, sempre riferibili ad arbitrati di natura rituale. Tale è pacificamente, ad esempio, la natura dell'arbitrato che in passato era previsto potesse essere contemplato nei contratti d'appalto di opere pubbliche (ai sensi dell'art<sup>B</sup> del d.p.r. n. 1063 del 1962 e, poi, nelle diverse versioni che ha assunto nel



tempo l'art. 32 della legge n. 109 del 1994), prima che sopravvenisse il radicale divieto d'inserire clausole compromissorie in contratti della pubblica amministrazione aventi ad oggetto lavori, forniture e servizi, introdotto dalla legge n. 244 del 2007.

### **IL CASO.it**

La circostanza che in tali disposizioni il legislatore si sia occupato unicamente dell'arbitrato rituale, talvolta allo scopo di disciplinare l'identità ed il modo di designazione degli arbitri e, comunque, sempre con l'intento di garantire che il procedimento arbitrale risultasse rispettoso delle regole fissate dal codice di rito o da quelle eventualmente indicate dalla legislazione speciale, è già di per sé apparsa a molti commentatori un indizio significativo dell'inammissibilità, in tali contratti, di clausole volte a contemplare forme irrituali di arbitrato. Altri ha obiettato che il mero silenzio del legislatore, a quest'ultimo riguardo, non giustificherebbe siffatta conclusione negativa. Ma tale conclusione, a ben vedere, non dipende tanto dalla mancata menzione dell'arbitrato irrituale nelle norme cui s'è fatto cenno, bensì dalla ragione stessa che sottostà alla disciplina positiva dettata per l'arbitrato rituale: alla luce della quale appare difficilmente sostenibile che il mero richiamo all'autonomia negoziale della pubblica amministrazione

giustifichi la stipulazione di clausole arbitrali libere da ogni regola prefissata.

### **IL CASO.it**

Si vuol dire che, se il legislatore ha avvertito nel tempo - ed in modo sempre marcato - la necessità di garantire che la risoluzione delle controversie derivanti da contratti della pubblica amministrazione, pur quando attuabile attraverso lo strumento arbitrale, fosse comunque disciplinata da un tasso minimo di regole predeterminate dal legislatore medesimo, ovviamente in considerazione del già ricordato interesse pubblico che pur sempre viene in gioco in simili casi, appare del tutto illogico supporre che il componimento delle stesse vertenze potesse (e possa) invece essere deferito ad arbitri irrituali, il cui modo di designazione e le cui modalità di operare non sono invece affatto normativamente disciplinati. Fin troppo evidente sarebbe il rischio di consentire, per questa via, una sostanziale quanto facile elusione delle regole che la pubblica amministrazione è (o era) tenuta a rispettare in tema di arbitrato rituale.

### **IL CASO.it**

E si noti che, quanto più si sottolineano i caratteri negoziali comuni dell'arbitrato rituale e di quello irrituale, sin quasi a postulare il superamento della tradizionale distinzione tra tali figure (o il suo assorbimento nella diversa distinzione tra arbitrato tipico ed atipico), tanto maggiore evidenza assume l'argomento logico che nega la

possibilità di coesistenza tra un arbitrato (libero) completamente rimesso alla negoziazione delle parti ed un arbitrato (rituale) rigorosamente disciplinato dalle norme cui s'è fatto prima cenno.

### **IL CASO.it**

2.3.3. Le considerazioni che precedono paiono sufficienti a dimostrare come sia di scarsa utilità, in siffatto contesto, introdurre ulteriori distinzioni all'interno della stessa figura dell'arbitrato irrituale, a seconda che agli arbitri sia stato attribuito il potere di transigere la lite o soltanto quello di accertare, in base allo stato del diritto (o all'equità), le ragioni ed i torti reciproci delle parti.

Su questo profilo particolarmente insistono nella presente causa le ricorrenti, imputando alla corte d'appello di aver trascurato tale distinzione e di non aver considerato che gli argomenti in virtù dei quali non è consentito alla pubblica amministrazione di addivenire ad una tale forma di arbitrato potrebbero valere solo per la prima, ma non anche per la seconda delle due suindicate ipotesi. Deve però in contrario osservarsi che, per le ragioni già dianzi esposte, la formazione della volontà negoziale della pubblica amministrazione - che sia volta a realizzare una transazione vera e propria, un negozio di accertamento, una ricognizione di debito o qualsiasi altro possibile negozio - non potrebbe comunque essere demandata ad un soggetto, quale l'arbitro,

estraneo all'amministrazione stessa e perciò inammissibilmente sottratto alle regole, ai controlli ed al regime di responsabilità cui sono invece sottoposti coloro che operano nell'ambito di essa.

### **IL CASO.it**

Senza dire che, comunque, nel particolare caso qui in esame, appare del tutto corretta la prospettiva nella quale la corte territoriale ha inquadrato la clausola arbitrale di cui si tratta, individuando in essa un ineludibile nucleo transattivo che va al di là della semplice ricognizione dello stato del diritto sulla questione controversa. Il fatto stesso che gli arbitri non soltanto fossero stati abilitati da detta clausola a provvedere secondo equità, ma fossero stati anche espressamente definiti "amichevoli compositori", sta infatti a significare al di là di ogni possibile equivoco - e ciò la corte d'appello ha correttamente colto - che il loro compito non era limitato all'accertamento ed all'attuazione del diritto nel caso concreto, ma implicava anche la ricerca dei termini di un possibile componimento amichevole. E questo va ben oltre l'accertamento del diritto obiettivo, al quale è necessariamente estraneo il richiamo ad istanze amicali.

2.3.4. Sempre in base alle considerazioni già svolte, deve negarsi che abbia fondamento il rilievo delle ricorrenti basato sul disposto dello (allora vigente) art. 4, lett. d), della legge n. 73 del 1985. E' vero che tale norma dava facoltà

al sottosegretario competente di stipulare per finalità di cooperazione e sviluppo contratti anche in deroga alle norme sull'amministrazione e contabilità generale dello Stato, ma se ciò implicava la possibilità che la stipulazione di detti contratti potesse anche eventualmente non rispettare specifiche disposizioni di volta in volta vigenti per il tipo di contratto da concludere, non se ne può certo dedurre che quei contratti fossero *legibus soluti*.

### **IL CASO.it**

La deroga, attenendo all'esercizio di poteri conferiti al sottosegretario delegato allo svolgimento dei compiti contemplati dalla citata legge, trovava naturalmente i propri limiti nelle finalità che avevano giustificato l'attribuzione di quei poteri: ossia nella necessità di realizzare al meglio gli obiettivi umanitari enunciati dall'art. 1 della stessa legge. Ma nulla consente d'individuare un qualche nesso significativo tra la realizzazione di quelle finalità e la stipulazione della clausola arbitrale in discussione nella presente causa.

2.4. I primi due motivi di ricorso debbono perciò essere rigettati, restando assorbiti gli ulteriori profili di doglianza in essi contenuti.

### **IL CASO.it**

3. Appare invece fondato il terzo motivo di ricorso.

Il contratto d'appalto in esame non è infatti qualificabile come appalto di opera pubblica, tali non essendo

quelli stipulati dalla pubblica amministrazione italiana, nel quadro della politica di cooperazione e sviluppo, in vista della realizzazione di opere all'estero. Ad esso perciò non risultano applicabili le disposizioni normative in tema di appalto di opere pubbliche (cfr., in tal senso, le pronunce di questa corte nn. 8206 e 18460 del 2004, dalle cui argomentazioni non si ha motivo di dissentire).

Consegue da ciò che le suaccennate disposizioni sugli appalti pubblici neppure possono essere invocate - contrariamente a quanto ha fatto la corte d'appello nella sentenza impugnata - per fondare su di esse il riparto di giurisdizione tra giudice ordinario ed amministrativo in tema di revisione del prezzo dell'appalto.

### **IL CASO.it**

Vero è, invece, che - come in causa è pacifico - quella medesima disciplina normativa (ivi comprese, dunque, le norme in tema di revisione del prezzo) risulta richiamata dal contratto stipulato *inter partes*. Ciò implica, però, che la pretesa degli appaltatori in ordine alla revisione del prezzo aveva, nel presente caso, base esclusivamente contrattuale. Donde l'evidente configurabilità di detta pretesa - indipendentemente da ogni valutazione in merito alla sua fondatezza - in termini di diritto soggettivo, derivante appunto dall'adempimento di una clausola contrattualmente pattuita.

Discende da ciò che la giurisdizione spetta al giudice ordinario.

4. In conclusione, l'impugnata sentenza deve essere cassata solo nel capo in cui la corte d'appello ha declinato la propria giurisdizione in ordine alla domanda avente ad oggetto il riconoscimento del diritto delle odierne ricorrenti alla revisione del prezzo dell'appalto da esse stipulato con il Ministero.

La causa va perciò rinviata alla corte d'appello, in diversa composizione, cui si demanda di provvedere anche sulle spese del giudizio di legittimità.

**IL CASO.it**

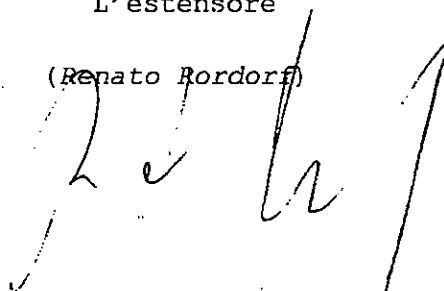
**P.Q.M.**

La corte, pronunciando a sezioni unite, rigetta i primi due motivi di ricorso, accoglie il terzo, cassa la sentenza impugnata in relazione al motivo accolto e rinvia la causa alla Corte d'appello di Roma, in diversa composizione, demandandole di provvedere anche sulle spese del giudizio di legittimità.

Così deciso, in Roma, il 3 marzo 2009.

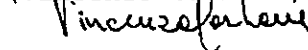
L'estensore

(Renato Rordorf)



Il presidente

(Vincenzo Carbone)



**IL CANCELLIERE**  
Giovanni Giambattista

**Deposata in Cancelleria**



oggi, **16 APR. 2009**  
**IL CANCELLIERE**  
Giovanni Giambattista

