

## SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

1. - Con atto di accesso notificato in data 18 dicembre 1998 il comune di Gela promuoveva giudizio arbitrale nei confronti dell'Ente acquedotti siciliani (Eas) allo scopo di far accertare l'inadempimento agli obblighi nascenti dalla convenzione stipulata il 4 dicembre 1953, relativa alla gestione diretta del locale acquedotto, e ottenerne, quindi, la condanna al risarcimento dei danni.

1.1. - Instauratosi il giudizio arbitrale, l'Eas eccepiva la nullità sopravvenuta della clausola compromissoria, in quanto l'atto di accesso era stato notificato in epoca successiva all'entrata in vigore del d.leg. 31 marzo 1998 n. 80, in virtù del quale tutte le controversie in materia di pubblici servizi erano devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo.

Si aggiungeva, per altro verso, che ai sensi dell'art. 14 del regolamento di distribuzione, deliberato il 20 marzo 1975 ed approvato il 20 marzo 1975, integrativo della convenzione, la cognizione di qualsiasi controversia fra ente gestore e comune era affidata irrevocabilmente al giudice ordinario.

1.2. - Con lodo deliberato in data 1° dicembre 2000 il collegio arbitrale, rigettata l'eccezione pregiudiziale sollevata dall'Eas, dichiarava tale ente inadempiente agli obblighi scaturenti dalla convenzione, condannandolo al pagamento in favore del comune della somma di lire 901.590.690 per interventi di manutenzione e riparazione alla rete idrica, nonché della somma di lire 1.651.032.022 per canoni fognari e di depurazione riscossi e non versati.

1.3. - Con atto di citazione notificato in data 11 gennaio 2002 l'Eas impugnava il lodo, deducendone la nullità per difetto di giurisdizione in capo al collegio arbitrale e, in via subordinata, per difetto di motivazione.

1.4. - Con sentenza n. 1359 depositata il 20 dicembre 2004 la Corte d'appello di Palermo rigettava l'impugnazione.

Qualificata la convenzione che regolava i rapporti fra comune di Gela e l'Eas come «concessione contratto», come tale devoluta, ai sensi del 1° comma dell'art. 5 l. 6 dicembre 1971 n. 1034, alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, si osservava che, poiché all'epoca potevano devolversi al giudizio arbitrale solo le controversie riservate al giudice ordinario, la clausola compromissoria in esame era divenuta, per questa ragione, inefficace.

Tale situazione, in un primo momento immutata anche a seguito dell'emanazione del d.leg. 31 marzo 1998 n. 80, che all'art. 33 aveva esteso la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo a tutta la materia dei pubblici servizi, si era successivamente modificata a seguito dell'emanazione, dopo la decisione della Corte costituzionale che aveva dichiarato l'illegittimità del citato art. 33 l. n. 205 del 2000, che, pur confermando la devoluzione delle controversie in materia di concessione di pubblici servizi al giudice amministrativo, all'art. 6, 2° comma, aveva previsto la possibilità di risoluzione, nell'ambito di dette controversie, di quelle concernenti diritti soggettivi, mediante arbitrato rituale di diritto.

A giudizio della corte territoriale tale norma, applicabile alla fattispecie in esame, aveva determinato la reviviscenza della clausola compromissoria contenuta nell'art. 10 della convenzione del 4 dicembre 1953, in quanto la validità di una decisione arbitrale deve essere valutata in relazione ai presupposti esistenti al momento della sua emissione.

Veniva altresì ritenuto infondato il profilo di censura relativo al regolamento per la distribuzione delle acque potabili deliberato il 20 marzo 1975, riferibile esclusivamente alle controversie inerenti a rapporti

concernenti la distribuzione delle acque tra ente gestore e utenti del servizio, e non, come nella specie, fra l'ente e il comune di Gela.

Veniva poi rigettato il motivo di impugnazione fondato sulla contraddittorietà della motivazione, rilevandosi che il lodo si sottraeva a tale censura per aver gli arbitri fatto riferimento alle risultanze della c.t.u., mediante la quale era stato accertato che l'acqua emunta dalla sorgente Bubbonia non perveniva a Gela a causa delle numerose perdite lungo la rete, causate dalle pessime condizioni della condotta adduttrice.

1.5. - Per la cassazione di tale decisione l'Eas propone ricorso, affidato a due motivi, cui il comune di Gela resiste con controricorso.

Motivi della decisione. — 2. - Con il primo motivo, denunciandosi violazione e falsa applicazione degli art. 5 l. n. 1034 del 1971, 33 d.leg. 80/98, 6 l. n. 205 del 2000 e 808 c.p.c., si ripropone la tesi secondo cui il procedimento arbitrale non poteva essere iniziato, essendo la questione devoluta al giudice amministrativo.

Si osserva infatti, con riferimento alla ricostruzione del quadro normativo effettuata dalla corte territoriale, che dalla decisione della Corte costituzionale n. 204 del 2004 (Foro it., 2004, I, 2594), pur escludendosi dalla competenza del giudice amministrativo tutte le controversie in materia di pubblici servizi concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi, sarebbe emersa la conferma dell'opportunità di lasciare alla stessa giurisdizione amministrativa la risoluzione delle controversie riguardanti i pubblici servizi in cui la «pubblica amministrazione agisce esercitando il suo potere autoritativo ovvero, attesa la facoltà riconosciuta dalla legge, di adottare strumenti negoziali in sostituzione del potere autoritativo, se si vale di tale facoltà».

Nel caso di specie, il vero oggetto della controversia non era costituito da violazioni contrattuali, se non sotto l'aspetto risarcitorio, ma dalle scelte discrezionali dell'ente «per una fruizione ottimale delle risorse idriche e degli impianti di distribuzione dell'acqua nel territorio del comune di Gela».

2.1. - La censura è inammissibile.

A ben vedere, non si contesta la valutazione del quadro normativo ricostruito dalla corte territoriale, ma si propone per la prima volta in questa sede una questione giuridica del tutto nuova e non pertinente, nel senso che l'assoluta mancanza di opere di manutenzione relativamente allo sfruttamento della sorgente «Bubbonia» non costituirebbe un inadempimento della convenzione, ma il frutto di una scelta discrezionale, non sindacabile da parte dell'autorità giudiziaria ordinaria.

Il tema, a quanto è dato di comprendere, esulerebbe dalla sfera riservata alla giurisdizione ordinaria, e quindi escluderebbe la deducibilità in via arbitrale, in quanto incentrato sulla discrezionalità delle scelte, che solo il giudice amministrativo avrebbe potuto valutare.

La sentenza impugnata (richiamando tanto l'art. 7 l. n. 205 del 2000, quanto l'invocata decisione della Corte costituzionale n. 204 del 2004, cit.) non ha escluso la devoluzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo di tutte le controversie in materia di concessione di pubblici servizi e ha altresì rappresentato che, ai sensi della citata l. n. 205 del 2000, art. 6, 2° comma, le controversie concernenti — circostanza nella specie non contestata, né seriamente contestabile — diritti soggettivi possono essere risolte mediante arbitrato rituale di diritto.

Deve quindi constatarsi che la doglianza in esame, postulando quella giurisdizione amministrativa che la stessa corte territoriale riconosce, da un lato non coglie la ratio decidendi della sentenza impugnata, fondata sull'arbitrabilità della questione sebbene rientrante nella giurisdizione amministrativa, dall'altro non è sorretta da alcun valido interesse, dovendosi applicare il principio frustra petis quod intus habes.

3. - Con il secondo mezzo, denunciando violazione e falsa applicazione degli art. 6 l. n. 205 del 2000, dell'art. 1418 c.c. dell'art. 11 disp. prel. c.c. e dell'art. 158 c.p.c., si sostiene che nel momento in cui era stato

instaurato il giudizio arbitrale la clausola compromissoria era sicuramente invalida: quindi, al collegio arbitrale era applicabile, per analogia, la nullità derivante dai vizi di costituzione del giudice.

3.1. - Il motivo è infondato.

La clausola compromissoria accede a convenzione stipulata nell'anno 1953: essendo anteriore all'entrata in vigore della l. n. 1034 del 1971, con la quale veniva istituito il Tar, non può predicarsi la sua invalidità genetica, con conseguente inapplicabilità del consolidato indirizzo secondo cui nel vigore della stessa ai sensi dell'art. 806 c.p.c. non potevano essere stipulati né compromesso né clausola compromissoria in relazione a controversie devolute al giudice amministrativo, non potendo per altro attribuirsi effetto sanante al sopravvenuto art. 6 l. n. 205 del 2000 (cfr., ex multis, Cass., sez. un., 14 febbraio 2008, n. 3518, id., Rep. 2008, voce Contratti pubblici, n. 641).

Secondo l'orientamento di questa corte, la sopravvenienza del divieto di arbitrato in una determinata materia non ha l'effetto di rendere retroattivamente nulla la clausola compromissoria originariamente valida del contratto, ma, come ritenuto in casi analoghi di rapporti di durata, nei quali sopravvengano norme che incidono sull'autonomia negoziale dei privati, esclusivamente quello di sancirne l'inefficacia per il futuro (Cass. 27 aprile 2011, n. 9394, id., 2011, I, 2070).

Ne consegue che, come correttamente ritenuto dalla corte territoriale, una volta venuta meno la circostanza impeditiva che determinava l'inefficacia successiva della clausola compromissoria, la stessa ha riacquisito in pieno, accedendo per altro a rapporto di durata ancora pendente fra le parti, la propria forza vincolante (art. 1372 c.c.).

La questione relativa allo sfasamento temporale fra l'avvio della procedura arbitrale e la vigenza della disposizione che ha reso la controversia arbitrabile, contrariamente a quanto sostenuto dal ricorrente, non assume rilievo ai fini della validità del lodo, per essere stato emanato in un momento successivo all'entrata in vigore della norma contenuta nell'art. 6 l. n. 205 del 2000, che consente l'arbitrato in materia di diritti anche nell'ipotesi di materia devoluta alla giurisdizione amministrativa.

Soccorre, in proposito, l'orientamento di questa corte secondo cui l'art. 5 c.p.c. (alla stregua del quale «la giurisdizione e la competenza si determinano con riguardo alla legge vigente e allo stato di fatto esistente al momento della proposizione della domanda») risponde ad esigenze di economia processuale e non può essere quindi invocato nelle ipotesi in cui la norma sopravvenuta e la nuova situazione di fatto portino ad attribuire la giurisdizione (o la competenza) al giudice adito che ne fosse originariamente sprovvisto (Cass., sez. un., 19 febbraio 2002, n. 2415, id., Rep. 2002, voce Opere pubbliche, n. 244; 12 novembre 2002, n. 15885, ibid., voce Giurisdizione civile, n. 59). Invero la verifica della ricorrenza dei presupposti per valutare se la controversia rientri tra quelle «compromettibili» e se, conseguentemente, la corte d'appello abbia, o meno, il potere di pronunciarsi «sul merito» ai sensi dell'art. 830 c.p.c., non può prescindere dal contenuto della l. n. 205 del 2000, art. 6, 2° comma, avendo riguardo all'indicato punto di riferimento cronologico (cfr., amplius, Cass., sez. un., 14 novembre 2005, n. 22903, id., Rep. 2005, voce Opere pubbliche, n. 657).

Del resto, non potendosi ormai dubitare della natura giurisdizionale dell'attività svolta nell'ambito dell'arbitrato rituale, non può non trovare applicazione il principio, generalmente affermato in dottrina e in giurisprudenza, secondo cui la regola di cui all'art. 5 c.p.c. non si applica nei casi in cui la giurisdizione o la competenza, insussistenti al momento della proposizione della domanda, sopravvengano nel corso del processo (Cass. 23 luglio 2012, n. 12861, id., Rep. 2012, voce Riscossione delle imposte, n. 162; sez. un. 7 ottobre 2010, n. 20775, id., Rep. 2011, voce Giurisdizione civile, n. 53).

4. - Il ricorso, pertanto, deve essere rigettato.