

La pubblica amministrazione e la giustizia alternativa

Mediazione e arbitrato nei contratti pubblici

*Francesca Scaramuzza**

SOMMARIO: 1.- Arbitrato e riparto di giurisdizione 2.- Arbitrato rituale ed irrituale 3.- Arbitrato e P.A. quando agisce iure privatorum 4.- Arbitrato in materia di esecuzione di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture. Un po' di storia. 5.- Ancora sul riparto di giurisdizione 6.- Il momento in cui può essere proposta domanda di arbitrato: l'accordo bonario 7.- Le modifiche alla disciplina dell'arbitrato apportate dal d.lgs n. 53/2010 8.- L'art. 241 del codice dei contratti pubblici come modificato dal d.lgs n. 53/2010 9.- L'art. 242: la Camera arbitrale 10.- L'art. 243 e le ulteriori norme di procedura 11.- Le regole procedurali secondo la prassi della Camera 12.- Ambito di applicazione del giudizio arbitrale 13.- Efficiacia, esecutività e deposito del lodo secondo il novellato art. 241 co. 9 e 10 14.- L'impugnazione del lodo 15.- L'impugnazione degli atti "camerali" 16.- Il doppio regime transitorio.

1. Arbitrato e riparto di giurisdizione

Attualmente, l'art. 12 del codice del processo amministrativo (d.lgs. 2 luglio 2010 n. 104, attuazione dell'art. 44 della legge 18 giugno 2009 n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo, pubblicato in G.U. 7 luglio 2010 n. 156, S.O.) risolve, una volta per tutte, la disputa dottrina relativa al riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo anche per ciò che concerne l'arbitrato: dispone l'art. 12 "*Le controversie concernenti diritti soggettivi devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo possono essere risolte mediante arbitrato rituale di diritto*".

Dunque, l'arbitrato è precluso per i diritti indisponibili o laddove, pur essendo il diritto disponibile, vi sia uno specifico divieto legislativo (art. 806 c.p.c.); è, altresì, precluso per le situazioni soggettive di interesse legittimo (di regola devolute al giudice amministrativo). Invece, è ammesso in relazione ai diritti soggettivi disponibili, sia che di essi conosca il giudice ordinario, sia che di essi conosca il giudice amministrativo nelle materie di giurisdizione esclusiva. Tale situazione è stata affermata anche in precedenza dalla l. n. 205/2005 il cui art. 6 co. 2 che ha espressamente ammesso l'arbitrato sui diritti soggettivi (salvi specifici divieti di legge, come per gli arbitrati relativi a opere di ricostruzione post-sismica), a prescindere da quale sia il giudice che ha giurisdizione su quei diritti soggettivi.

Si ritiene che l'attribuzione di un dato contenzioso alla giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo sia sintomatico del carattere autoritativo del provvedimento e, dunque, della indisponibilità degli interessi in gioco e non arbitrabilità del relativo contenzioso.

(*) Dottore in Giurisprudenza, ammessa alla pratica forense presso l'Avvocatura dello Stato.

L'art. 6 della l. n. 205/2000 e l'art. 12 del nuovo processo amministrativo, poi, hanno innovato completamente rispetto al passato; infatti, secondo il costante orientamento giurisprudenziale precedente, non era ammesso l'arbitrato nelle materie devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo, sia per quanto riguardava gli interessi legittimi che per i diritti soggettivi di cognizione del G.A.

La giurisprudenza, infatti, pur riconoscendo la compromettibilità in arbitri delle controversie relative a rapporti di "diritto civile" con l'amministrazione operante *iure privatorum*, fisiologicamente appartenenti alla giurisdizione del giudice ordinario ed aventi ad oggetto diritti soggettivi disponibili di natura patrimoniale, non riconosceva, invece, l'accesso a tale alternativa forma di definizione per le controversie involgenti posizioni giuridiche di diritto soggettivo devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (1).

Tanto in ragione, oltre che dell'indisponibilità del pubblico interesse, anche della impossibilità che, attraverso l'opposizione del lodo, il giudice ordinario ritornasse a conoscere controversie devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo (2).

Si evidenziava la necessità di evitare che, proprio in relazione a controversie attratte nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, potesse riconquistare spazi di giurisdizione il giudice ordinario, destinato a tornare in causa per effetto dell'individuazione nella Corte d'Appello del giudice deputato a conoscere dell'impugnazione proposta attraverso il lodo.

Si rimarcava, inoltre, la contraddittorietà della devoluzione dell'arbitrato alle sole controversie relative a diritti soggettivi, rispetto all'esigenza di assicurare la concentrazione, nella giurisdizione esclusiva, della cognizione di materie connotate dallo stretto intreccio tra diritti soggettivi e interessi legittimi.

Si osservava, in specie, che il riconoscimento della possibilità di ricorrere all'arbitrato, pur limitata alle controversie concernenti diritti soggettivi, avrebbe comportato una frammentazione giurisdizionale della materia, in contrasto con il fondamento stesso della giurisdizione esclusiva, consistente nella concentrazione presso il giudice amministrativo della competenza giurisdizionale nelle materie nelle quali è più stretto l'intreccio tra diritti soggettivi e interessi legittimi.

Infine, si sosteneva, come rilevato, l'alternatività dell'arbitrato rispetto

(1) Vedi Cass., sez. un., 10 dicembre 1993 n. 12166, successivamente Cass., sez. un., 10 novembre 1994 n. 9356.

(2) "Il potere giurisdizionale degli arbitri, in quanto trova fondamento nella volontà delle parti di derogare convenzionalmente alla competenza del giudice civile, sussiste solo nell'ambito della giurisdizione di quest'ultimo; ne consegue che non possono essere devolute al giudice privato controversie che esorbitano dalla giurisdizione del giudice ordinario per essere la materia deferita al giudice amministrativo, sia come giurisdizione generale di legittimità, sia come giurisdizione esclusiva" (Cass., sez. un., 12 luglio 1995 n. 7463).

alla sola giurisdizione civile ordinaria, non anche alle giurisdizioni speciali, sull'assunto secondo cui lo stesso è ricondotto nell'alveo della giurisdizione ordinaria in sede di omologazione e di impugnazioni (art. 825 e 827 c.p.c.).

A tale esito era pervenuto, poco prima del varo della l. 205/2000, lo stesso giudice amministrativo ritenendo non preclusivo della sua giurisdizione l'inserimento di una clausola compromissoria in una convenzione stipulata tra privato e amministrazione per la realizzazione e gestione di un parcheggio.

Riteneva il Consiglio di Stato che “*non sono deferibili ad arbitri le controversie rimesse alla giurisdizione esclusiva del G.A.*” (3).

Anche dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 80/1998, che ha ampliato l'ambito della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, la giurisprudenza aveva negato la deferibilità ad arbitri delle controversie su diritti soggettivi rientranti nella giurisdizione del giudice amministrativo (4).

La dottrina più attenta, però, già prima dell'innovazione introdotta dall'art. 6 l. n. 205/2000, riteneva che dovesse ammettersi l'arbitrato nelle controversie su diritti soggettivi, ancorché rientranti nella giurisdizione del giudice ordinario. Ciò in base alla duplice considerazione che: l'art. 806 c.p.c. non reca alcuna preclusione in ordine alla compromettibilità di controversie non rientranti nella giurisdizione del giudice ordinario; inoltre non vi è indisponibilità dell'interesse pubblico laddove l'amministrazione agisce nell'ambito dei rapporti paritetici, a fronte dei quali vi sono situazioni giuridiche di diritto soggettivo (5).

Passiamo ora alle novità introdotte dalla legge n. 205/2000 all'art. 6 (disposizione rimasta immutata, nella sostanza, anche nel nuovo codice del processo amministrativo del 2010, all'art. 12): la norma, come si è poc'anzi detto, consente l'arbitrato solo per le controversie attribuite al giudice amministrativo che vertano su diritti soggettivi (non anche per quelle che vertano su interessi legittimi; sul punto v. Cons. St., sez. VI, n. 1052/2004), e consente solo l'arbitrato rituale di diritto (non anche l'arbitrato irrituale e quello secondo equità). Conseguentemente è nulla una clausola contrattuale che preveda un arbitrato irrituale su diritti soggettivi in materie rientranti nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (6).

L'arbitrato è configurato come facoltativo, in ossequio al costante orientamento della Corte Costituzionale, che ha sempre stigmatizzato gli arbitrati obbligatori.

Trattandosi di arbitrato rituale di diritto, trovano applicazione le previsioni del c.p.c. sia per quel che concerne l'accordo di deferimento della lite ad ar-

(3) Consiglio di Stato, sez. V, n. 2337/2001.

(4) Cons. St., sez. V, n. 353/2001.

(5) F. CARINGELLA, *Commento all'art. 6, co. 2 l. n. 205/2000*, Milano 2001.

(6) Tar Puglia-Lecce, sez. II, n. 5389/2006.

bitri, sia per quel che concerne le controversie arbitrabili, le modalità di nomina degli arbitri e il procedimento in generale da seguire.

2. Arbitrato rituale e irrituale

In applicazione dell'art. 6 comma 2, in presenza di compromesso o clausola compromissoria, che preveda un arbitrato rituale di diritto su controversie relative a diritti soggettivi, il giudice amministrativo dovrà declinare la propria competenza, in favore di quella degli arbitri, sempre che sia ritualmente proposta la relativa eccezione.

Ove le parti eccepiscano l'esistenza di un accordo per la devoluzione della controversia ad arbitrato rituale, formulano una eccezione di incompetenza del giudice adito, incompetenza che, avendo carattere relativo e derogabile, deve essere eccepita dalla parte *in limine litis* e non può invece essere rilevata d'ufficio. Per contro, l'eccezione con la quale si deduca l'esistenza di una clausola compromissoria per arbitrato irrituale, non comporta deroga alla competenza dell'autorità giudiziaria ma attiene alla sola proponibilità della domanda: essa non è vincolata ai limiti propri dell'eccezione di incompetenza e può essere fatta valere in ogni momento del giudizio.

Siccome l'arbitrato è consentito solo se rituale e di diritto, mentre è precluso l'arbitrato irrituale, una eventuale eccezione di improponibilità della domanda giudiziaria, per essere stato pattuito un arbitrato irrituale, sarebbe irrilevante e inidonea a precludere l'esercizio della funzione giurisdizionale del giudice amministrativo (7).

Sul punto è intervenuta la Suprema Corte di Cassazione a sezioni unite in una recentissima sentenza (Cass., Sez. Un., n. 8987/2009) che ha escluso la possibilità per la P.A. di avvalersi dell'arbitrato irrituale per la risoluzione di controversie derivanti da contratti di appalto "*in difetto di qualsiasi procedimento legalmente determinato e perciò senza adeguate garanzie di trasparenza e pubblicità di scelta degli arbitri irrituali*".

Alla luce dell'art. 6, nel processo amministrativo può essere dedotta l'eccezione di incompetenza per essere la controversia devoluta ad arbitrato rituale; posto che la competenza arbitrale è derogabile, l'incompetenza del giudice adito non può essere rilevata d'ufficio, né eccepita per la prima volta in appello.

Come si sa, "*la distinzione tra arbitrato rituale o irrituale è una questione di ermeneutica contrattuale, che va risolta con riguardo al contenuto obiettivo del compromesso e alla volontà delle parti. Nell'interpretare il compromesso o la clausola compromissoria alla luce della volontà delle parti, si deve ritenere che le parti hanno voluto un arbitrato rituale, se hanno inteso attribuire*

(7) R. DE NICTOLIS, F. CARINGELLA, V. POLI, *Le ADR alternative dispute resolution*, Roma, 2008.

agli arbitri una funzione sostitutiva del giudice, mentre hanno voluto un arbitrato irrituale se hanno inteso demandare agli arbitri la soluzione di una controversia mediante un negozio di accertamento o strumenti conciliativi o transattivi, sicché il dictum degli arbitri è destinato a riempire il contenuto, in bianco, di un accordo transattivo sottoscritto dalle parti”(8).

Ove permanga un dubbio circa la natura dell’arbitrato voluto dalle parti deve ritenersi che le parti abbiano voluto un arbitrato irrituale, “*dovendosi ritenere eccezionale l’arbitrato rituale per la deroga che esso comporta alla giurisdizione pubblica*”(9).

Appare indicativo dell’intento delle parti di addivenire ad un arbitrato rituale l’uso di espressioni come “competenza”, “giudizio”, e, per converso, il mancato uso di espressioni tipiche per individuare l’arbitrato irrituale, quali “amichevole compositore” e la mancata previsione della consegna agli arbitri del c.d. biancosegno, tipica dell’arbitrato irrituale.

3. Arbitrato e P.A. quando agisce iure privatorum

Nessuna novità ha recato l’art. 6 co. 2 l. 205/2000, quanto alle controversie nelle quali è sì coinvolta la P.A., ma considerata nella sua veste di soggetto agente *iure privatorum*, controversie che, in quanto fisiologicamente rientranti nella giurisdizione ordinaria, sono state anche in passato ammesse alla definizione arbitrale.

In questo caso, la P.A., poiché opera in posizione paritetica con il privato, può ricorrere all’arbitrato in ogni caso, anche se questo non sia espressamente previsto dalla normativa che regola i rapporti sostanziali considerati.

Si tratta di una soluzione coerente, peraltro, con il sistema, posto che la controversia appartiene alla giurisdizione ordinaria, ed il giudizio arbitrale si risolve, così, in una mera variante procedimentale collocata all’interno di quel sistema. L’istituto dell’arbitrato resta, quindi, alternativo alla giurisdizione ordinaria.

4. Arbitrato in materia di esecuzione di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture. Un po’ di storia

Varie sono state le tappe che hanno portato all’emanazione del codice dei contratti pubblici: *in primis* la legge n. 2248 /1865 art. 349 allegato f), poi il D.P.R. n. 1063/1962, la legge n. 741/1981, la legge n. 109/1994 (legge Merloni), la legge Merloni-*bis* n. 216/1995 e la legge Merloni-*ter* n. 415/1998.

L’originaria versione della legge Merloni sancì il divieto di previsione dell’arbitrato; successivamente la legge Merloni *bis* stabilì, con una netta inversione di tendenza, che “in caso di mancato raggiungimento dell’accordo

(8) R. DE NICTOLIS, F. CARINGELLA, V. POLI, *op. cit.*

(9) Cons. St., sez. VI, n. 1863/2006.

bonario di cui all'art. 31 *bis*, la definizione delle controversie è attribuita a un arbitrato ai sensi delle norme del titolo VIII del libro quarto del c.p.c.". La norma suscitava comunque dubbi esegetici, soprattutto a seguito della sentenza della Corte Costituzionale n. 152 del 1996 che sanciva l'illegittimità degli arbitrati obbligatori. Sennonché la legge Merloni *ter* chiariva sia l'oggetto dell'arbitrato sia la facoltatività dello stesso. Varie furono le leggi che si susseguirono fino alla legge n. 166/2002, finché il Consiglio di Stato sez. IV, con la nota sentenza n. 6335/2003, dichiarava illegittima la norma regolamentare che sottraeva alla libera scelta delle parti la nomina del terzo arbitro.

In adeguamento a tale decisione il legislatore ha novellato l'art. 32 l. n. 109/1994 (con l'art. 5, co. 16 *sexies* d.l. n. 35/2005, convertito in legge n. 80/2005).

Il codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, da un lato ha generalizzato la disciplina finora dettata per i lavori pubblici, estendendola all'arbitrato in materia di appalti relativi a servizi o forniture, dall'altro lato ha tenuto conto dell'ultima riforma attuata con il d.l. n. 35/2005.

5. Ancora sul riparto di giurisdizione

In tale contesto può essere ricondotto il contenzioso riguardante la fase dell'esecuzione dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, che rientra nella giurisdizione del giudice ordinario.

Tradizionalmente, le controversie sugli appalti pubblici e, in generale, sui contratti della P.A. sono state ricondotte alla giurisdizione ordinaria o quella amministrativa in base all'ordinario criterio della *causa petendi*.

In particolare, è stato osservato come il contratto, una volta stipulato, abbia natura di atto negoziale, retto dalle regole di diritto civile, e come la P.A. operi, nella fase di esecuzione del contratto, in posizione di parità con il contraente privato: di qui la consistenza di diritti soggettivi delle posizioni soggettive delle parti, con conseguente giurisdizione del G.O.

La fase dell'evidenza pubblica, che precede la stipulazione del contratto, è invece disciplinata dalle norme pubblicistiche posto che la P.A. agisce in veste di pubblica autorità: ne consegue che le situazioni soggettive dei privati hanno natura di interesse legittimo, in quanto tali rientranti nella giurisdizione di legittimità del G.A. (10).

Su tale quadro elaborato dalla giurisprudenza, si è innestato l'art. 33 del d.lgs. n. 80/98, poi recepito dall'art. 6 co. 1 della legge n. 205/2000. Detta norma ha "devoluto alla giurisdizione esclusiva del G.A. tutte le controversie relative a procedure di affidamento svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria

(10) Così Cons. St., sez. V, n. 4947/2008.

ovvero al rispetto della normativa interna di evidenza pubblica”. La disposizione è stata da ultimo abrogata per essere recepita dall’art. 244 del codice dei contratti pubblici, a sua volta abrogato dal d.lgs. n. 104/2010 e sostituito dall’art. 133, comma 1 lett e) n. 1 del codice del processo, che ha anche recepito le modifiche apportate dal d.lgs. n. 53/2010 di attuazione della “direttiva ricorsi” 77/2007 (11).

La lettera della norma travalica, poi, il tradizionale settore degli appalti della P.A., riferendo la giurisdizione esclusiva del G.A. alle “procedure di affidamento”, di guisa che v’è chi parla, in modo atecnico, di giurisdizione sui pubblici appalti.

Riguardo a questi ultimi, la giurisdizione esclusiva si estende a tutti i settori dei contratti pubblici c.d. passivi. Sul piano soggettivo, invece, la norma rinvia alle disposizioni sostanziali, comunitarie ed interne, che stabiliscono quali soggetti siano tenuti a seguire le procedure di evidenza pubblica.

La disposizione attiene anche alle procedura di scelta del socio e non solo a quelle di scelta del contraente (12).

Convincente, secondo Caringella, appare la dottrina che reputa corretto interpretare in senso ampio l’espressione come comprensiva anche dei comportamenti non provvedimentali, posti in essere nel corso della procedura di affidamento, comprendendovi silenzi, ritardi, rifiuti taciti, comportamenti scorretti nella fase delle trattative che sono fonte di responsabilità precontrattuale anche a prescindere dall’adozione di atti illegittimi.

Si segnala, al riguardo, che l’articolo in esame, in ciò differenziandosi dal precedente art. 6, fa esplicito riferimento all’inclusione nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, anche delle questioni risarcitorie. Tale accenno, se si considera che trattasi di questioni economiche legate alla procedura di scelta del contraente, sembra avallare l’attrazione nell’alveo della giurisdizione esclusiva anche delle controversie relative alla responsabilità precontrattuale in cui incorra la P.A. nel corso della procedura di evidenza pubblica. E tanto a prescindere dalla circostanza che si tratti di violazione delle norme di evidenza che si traducano nell’illegittimità della procedura, ovvero della violazione dei canoni di correttezza comportamentali denotanti la superficialità della negoziazione senza specifiche illegittimità. In entrambi i casi, la connessione con la procedura di evidenza pubblica mette in rilievo un esercizio, almeno mediato, del potere che giustifica l’attrazione delle controversie in capo al giudice amministrativo in veste esclusiva, secondo la *ratio decidendi* della sentenza n. 191/2006 della Corte Costituzionale.

Quanto alla fase di esecuzione del contratto, l’inequivoca espressione uti-

(11) F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2010.

(12) Sulla nozione di procedura di affidamento Cass., sez. unite, n. 9154/2009; 4 febbraio n. 2634/2009.

lizzata dal legislatore, attinente alla fase pubblicistica della scelta del contraente, ha indotto la dottrina e la giurisprudenza prevalenti ad escludere la riferibilità del dato normativo alle controversie relative all'esecuzione del contratto e, dunque, concernenti una fase squisitamente privatistica, successiva alla stipulazione del contratto, come tale rientrante nella giurisdizione del G.O., in base al criterio ordinario di riparto fondato sulla consistenza della posizione soggettiva.

La giurisprudenza amministrativa (13), anche alla luce dei parametri limitativi espressi dalle sentenze n. 204/2004 e n. 191/2006 della Corte delle Leggi in tema di giurisdizione esclusiva, ha escluso la sussumibilità delle vertenze relative a tale fase nell'ambito della giurisdizione esclusiva del G.A., utilizzando i parametri costituzionali di cui agli artt. 3 e 103 della Costituzione.

Quest'ultima norma preclude, a parere della Corte, una indiscriminata estensione della giurisdizione amministrativa esclusiva, consentendo di devolvere alla stessa solo le controversie direttamente connesse all'esercizio del potere, non bastando la generica tensione funzionale al perseguimento dell'interesse pubblico. L'attribuzione al G.A. delle controversie relative alla fase esecutiva, inoltre, comporterebbe un *vulnus* al principio di ragionevolezza, conferendo a due diversi plessi giurisdizionali liti identiche, afferenti a vicende di inadempimento di obbligazioni di diritto comune (sul punto Cons. St., sez. V, n. 4455/2008).

Da ultimo, obbedendo ad esigenze di concentrazione, l'art. 133 del codice del processo, in ossequio alle indicazioni derivanti dal d.lgs. n. 53/2010 di recepimento della direttiva ricorsi, ha devoluto al G.A. in sede esclusiva, anche la cognizione delle questioni relative all'inefficacia del contratto consequenziale alla caducazione degli atti di gara ed alle sanzioni alternative che il G.A. può infliggere ove, nei casi più gravi, non dichiara l'inefficacia del contratto (14).

L'art. 244 del d.lgs. n. 163/2006 codice dei contratti pubblici (in cui è stato trasfuso l'art. 6 co. 1 della l. 205/2000) devolve alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie concernenti "le procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture". L'espressione utilizzata dal legislatore induce a ritenere non sussumibili, nell'ambito della giurisdizione esclusiva, le controversie attinenti alla esecuzione dei contratti relativi a lavori, servizi e forniture, che restano devolute al giudice ordinario.

La chiara espressione normativa si riferisce infatti alle vertenze relative alla fase pubblicistica della scelta del contraente, non anche al contenzioso sorto con riguardo al successivo momento dell'esecuzione del contratto, stipulato a seguito della procedura concorsuale: contenzioso, quest'ultimo, attinente ad una fase privatistica, successiva alla stipulazione del contratto.

(13) Tar Sicilia, Palermo, sez. III, n. 238/2009.

(14) Così F. CARINGELLA, *op. cit.*

Al giudice amministrativo in sede esclusiva, pertanto, vanno devolute tutte le controversie, comprese quelle di annullamento, accertamento e risarcimento del danno, afferenti il procedimento di affidamento del contratto, segnatamente tutte le questioni involgenti atti e comportamenti della stazione appaltante relativi alla fase dell'individuazione del contraente privato e, più in generale, prodromi alla stipulazione del contratto, nonché le controversie relative a provvedimenti di autotutela pubblicistica.

Al giudice ordinario vanno invece riservate le vertenze riguardanti i rapporti contrattuali tra le parti, successivi alla stipulazione del contratto di appalto ed afferenti la sua esecuzione, ivi comprese quelle relative ad atti di autotutela privatistici (quali il recesso o la risoluzione).

In coerenza con tale impostazione, il legislatore ha ammesso l'arbitrato in relazione ai pubblici appalti, stabilendo una disciplina dettagliata per quanto riguarda l'arbitrato in materia di lavori pubblici.

Il codice dei contratti pubblici stabilisce espressamente che l'arbitrato riguarda le "controversie su diritti soggettivi, derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi, forniture, concorsi di progettazione e di idee" (art. 241 co. 1).

In sostanza, l'arbitrato riguarda una materia, l'esecuzione dei contratti pubblici e sempre che riguardi diritti soggettivi, devoluta alla giurisdizione del giudice ordinario.

6. Il momento in cui può essere proposta domanda di arbitrato: l'accordo bonario

La questione è quella se la domanda di arbitrato possa essere proposta anche prima del collaudo finale o solo dopo quest'ultimo.

In passato, l'art. 44 del D.P.R. n. 1063/1962 per i lavori prevedeva che la domanda di arbitrato dovesse essere proposta dopo l'approvazione del collaudo; la domanda era ammissibile anche in esecuzione dei lavori solo in ipotesi tassative: a) accordo delle parti a non differire la soluzione della controversia; b) controversie di natura ed entità economiche tali da non potere essere differite; c) rilevanti variazioni dei lavori o ritardi nei pagamenti delle rate di acconto per una somma pari a un quarto dell'importo netto contrattuale.

Attualmente, l'art. 240 del codice impone l'accordo bonario sia per i lavori, che per servizi e forniture, prima del collaudo sulle controversie derivanti dall'iscrizione di riserve, eccedenti il dieci per cento dell'importo contrattuale.

L'art. 241, a sua volta, dispone che sono deferibili ad arbitri le controversie derivanti dall'esecuzione del contratto, ivi comprese quelle derivanti dal mancato raggiungimento dell'accordo bonario.

L'interpretazione più corretta delle due norme riportate è quella che il tentativo di accordo bonario si pone come condizione di procedibilità della

domanda di arbitrato proposta prima del collaudo finale (15).

Se l'accordo bonario non viene raggiunto è immediatamente possibile il ricorso all'arbitrato, senza attendere il collaudo finale.

Tanto vale solo per le controversie suscettibili di accordo bonario ai sensi dell'art. 240, cioè per quelle derivanti dall'iscrizione di riserve eccedenti il dieci per cento dell'importo contrattuale.

Giova osservare che al mancato raggiungimento dell'accordo bonario deve essere equiparata, ai fini della procedibilità della domanda di arbitrato, l'ipotesi in cui l'amministrazione non provveda sul tentativo di accordo bonario nei termini previsti dall'art. 240.

Tali termini hanno sicuramente carattere ordinatorio, tuttavia, il loro inutile decorso legittima l'appaltatore a non attendere oltre le determinazioni dell'amministrazione, e a proporre la domanda di arbitrato (art. 240 comma 16). Per le controversie di minore valore economico è da ritenere che resti in piedi, per i lavori, la regola di attendere il collaudo finale, a meno che non vi sia l'accordo delle parti per la immediata risoluzione, accordo da ritenersi pienamente ammissibile, attesa la valorizzazione, nel disegno normativo, del carattere volontaristico e facoltativo dell'arbitrato.

In conclusione, dalla disamina combinata degli artt. 240 e 241 del codice e degli artt. 32 e 33 del capitolato generale, emerge dunque che la domanda di arbitrato può proporsi prima del collaudo finale nelle seguenti ipotesi:

- per lavori, servizi e forniture: controversie su cui non è andato a buon fine il tentativo di accordo bonario;
- per i lavori: controversie diverse da quelle di cui all'art. 240 del codice, per le quali la definizione non è differibile nel tempo;
- per servizi e forniture: qualsiasi controversia salva diversa previsione nei capitolati.

Al di fuori di tali casi, la domanda di arbitrato, per i lavori, è procedibile solo dopo il decorso di novanta giorni dalla trasmissione del collaudo.

7. Le modifiche alla disciplina dell'arbitrato apportate dal d.lgs. n. 53/2010

La legge finanziaria per il 2008 (legge 244/2007) aveva disposto un generalizzato divieto per le pubbliche amministrazioni di inserire nei contratti pubblici clausole compromissorie che demandassero le controversie a collegi arbitrali, con la conseguente nullità della clausola eventualmente inserita in difformità del divieto e la conseguente responsabilità disciplinare o erariale. Il termine di entrata in vigore di tale disposizione è stato più volte differito da una serie di provvedimenti, l'ultimo dei quali (il d.l n. 194/2009, convertito in legge n. 25/2010) lo aveva fatto slittare alla data del 30 aprile 2010, per

(15) Cass., sez. I, n. 14971/2007.

consentire la devoluzione delle controversie in materia di contratti pubblici a “sezioni specializzate” della giurisdizione togata.

Come noto, la dottrina più attenta (16) aveva già aspramente criticato la legge finanziaria e, in generale, i ripetuti interventi legislativi sulla materia dell'arbitrato in cui sia parte una P.A., interventi altalenanti che inducevano l'Autore a parlare di “*insondabile saggezza del legislatore*”.

Tuttavia, ad evitare il divieto assoluto e definitivo dell'arbitrato in esame è intervenuto il Legislatore con il decreto legislativo 20 marzo 2010 n. 53, il quale, pur in assenza di vincoli comunitari, (atteso che la delega per il recepimento della direttiva ricorsi contiene alcuni criteri in materia di accordo bonario e arbitrato, cioè temi che esulano dalla direttiva ricorsi), ha colto l'occasione per “razionalizzare” l'istituto: pertanto, ha provveduto, da un lato, ad abrogare le norme recanti il divieto di arbitrato in materia di contratti pubblici, dall'altro, ha introdotto una disciplina correttiva dei principali vizi e difetti dell'istituto, in linea con i quattro criteri direttivi contenuti nella legge delega (l. n. 88/2009), finalizzati a:

- 1) impostare l'arbitrato come rimedio alternativo al giudizio civile;
- 2) fare in modo che le stazioni appaltanti indichino fin dagli atti di gara se il contratto conterrà o meno la clausola arbitrale, proibendo contestualmente il ricorso al compromesso successivamente alla stipula del contratto;
- 3) contenere i costi del giudizio arbitrale;
- 4) introdurre misure acceleratorie del giudizio di impugnazione del lodo arbitrale.

La disciplina *ante* novella è destinata a trovare applicazione ultrattiva, come si dirà, dal momento che, secondo l'art. 15 del d.lgs. n. 53/2010, le disposizioni razionalizzatrici in materia di arbitrato si applicano ai contratti e ai relativi giudizi arbitrali aggiudicati sulla base degli atti di gara stipulati successivamente alla entrata in vigore dello stesso decreto.

Con le disposizioni razionalizzatrici dell'arbitrato contenute nell'art. 5 del d.lgs. n. 53/2010, sono stati modificati solo gli art. 241 e 243 del codice dei contratti pubblici (e parte dell'art. 240), mentre l'art. 242 recante la disciplina delle funzioni, dei poteri e del funzionamento dell'Istituzione arbitrale è rimasto invariato.

8. *L'art. 241 del codice dei contratti pubblici come modificato dal d.lgs. n. 53/2010*

L'art. 241 del d.lgs. n. 163 del 2006 contiene, ora, un comma 1 *bis*, secondo il quale “la stazione appaltante indica nel bando di gara o nell'avviso con cui indice la gara ovvero, per le procedure senza bando, nell'invito, se il

(16) Su tutti S. SCOCA in *Rivista di diritto processuale amministrativo*, dicembre 2009.

contratto conterrà o meno la clausola compromissoria. L'aggiudicatario può ricusare la clausola compromissoria che, in tale caso, non è inserita nel contratto, comunicandolo alla stazione appaltante entro venti giorni dalla conoscenza dell'aggiudicazione. E' vietato in ogni caso il compromesso".

Dunque, l'art. 241 comma 1 *bis* ha perfezionato la volontarietà dell'arbitrato, la cui natura facoltativa era già iscritta nel verbo indicativo "possono," contenuto nel testo *ante* novella dell'art. 241 comma 1, attraverso l'attribuzione alla stazione appaltante della facoltà di inserire la clausola compromissoria negli atti di gara e l'attribuzione all'aggiudicatario del potere di ricusazione della clausola compromissoria. In sostanza, è stato rispolverato il vecchio istituto della declinatoria, mai espressamente stralciato dall'arbitrato dei lavori pubblici, rivisto e riadattato al nuovo sistema arbitrale, per superare le criticità derivanti dalla sostanziale imposizione dell'arbitrato da parte della P.A., attraverso l'inserimento unilaterale della clausola compromissoria negli atti di gara o negli schemi di contratto, senza possibilità di negoziazione da parte del concorrente.

L'antico istituto è stato pertanto reintrodotta con la principale finalità di riportare in posizione paritetica le due parti contrattuali, stazione appaltante e appaltatore. In quest'ottica, il legislatore delegato ha anticipato (rispetto a quanto previsto dal vecchio capitolato generale che disciplinava la declinatoria e consentiva l'esercizio del relativo potere fino al momento dell'inizio della controversia) il momento della scelta dell'organo giudicante alla fase della stipula del contratto pubblico. Per garantire la effettiva tutela della volontarietà dell'arbitrato e quindi il perfezionamento tra le parti dell'accordo compromissorio, in linea con le previsioni del codice civile in materia contrattuale, il Legislatore delegato ha imposto, da una lato, alla stazione appaltante l'obbligo di indicare già negli atti di gara se il contratto conterrà o meno la clausola compromissoria e dall'altro, ha assegnato all'aggiudicatario la facoltà di ricusare detta clausola con comunicazione da effettuarsi nel termine di venti giorni dalla conoscenza dell'aggiudicazione definitiva (17).

Qualora l'aggiudicatario si avvalga di tale facoltà, la clausola compromissoria non potrà essere inserita nel contratto: dal tenore letterale della previsione normativa sembrerebbe, dunque, che, in caso di silenzio da parte dell'aggiudicatario, decorso il suddetto termine di venti giorni, si perfezioni la volontà arbitrale e, quindi, la clausola compromissoria resti inserita nel contratto; il requisito della forma scritta richiesto dal codice di rito (art. 808 c.p.c.) sarebbe, così, rispettato con la sottoscrizione della stessa convenzione pubblico-amministrativa.

Si pone, tuttavia, il dubbio sul piano civilistico se effettivamente in tal

(17) RUBINO SAMMARTANO, *Il diritto dell'arbitrato*, Padova, 2010.

modo siano rispettate le regole dell'autonomia contrattuale delle parti nella scelta arbitrale: la fattispecie a formazione progressiva della convenzione di arbitrato, infatti, così come strutturata sembrerebbe configurarsi alla stregua di una vera proposta contrattuale irrevocabile *ex lege* per venti giorni dalla sua comunicazione; ma se così fosse la stessa sarebbe destinata a diventare inefficace, se l'accettazione scritta non dovesse pervenire al proponente nel termine suddetto. Diversamente opinando, pertanto, ritenere comunque perfezionato il contratto di arbitrato in assenza di un'accettazione espressa, almeno sotto il profilo sostanziale, non formale, sembra comportare una violazione dei principi di volontarietà in materia arbitrale, salvo non voler inquadrare la fattispecie in esame nell'istituto del contratto con obbligazioni a carico del solo proponente di cui all'art. 1333 c.c.

L'applicazione di detta norma, tuttavia, presupporrebbe che al destinatario della proposta di accordo arbitrale possano derivare soltanto vantaggi e, cioè, che solo per l'aggiudicatario l'arbitrato costituisca un effettivo vantaggio.

In maniera coerente, è vietato, in ogni caso, il compromesso: in tal modo il nuovo sistema arbitrale ha confinato la scelta arbitrale al momento del perfezionamento del contratto, escludendo qualsiasi successivo ripensamento delle parti.

Con riguardo alla novellata disciplina della nomina del terzo arbitro (art. 241 comma 5), il previgente meccanismo garantiva l'indipendenza dell'arbitro presidente, attraverso l'applicazione delle cause di astensione previste dal c.p.c. e imponeva l'obbligo di scegliere il presidente tra soggetti di particolare esperienza nelle materie oggetto del contratto dedotto in arbitrato, senza, tuttavia, sanzionarne l'inosservanza. La novella del 2010, invece, ha posto, a tutela dei necessari requisiti di "tecnicismo" e di "indipendenza," (che le parti devono rispettare al momento della nomina del presidente del collegio) una efficace sanzione: la violazione delle regole sui nuovi criteri selettivi di professionalità e indipendenza nella nomina del terzo arbitro, infatti, determina, oggi, la nullità del lodo ai sensi dell'art. 829 comma 1, n. 3 c.p.c. A maggiore garanzia di indipendenza dell'intero collegio, è stata prevista un'ulteriore causa di incompatibilità per tutti i componenti del collegio arbitrale, in aggiunta a quelle già previste dall'art. 241 comma 6 del codice dei contratti pubblici: coloro che sulla medesima controversia si siano già espressi in sede di accordo bonario, come responsabili dei procedimenti, o come componenti della commissione di accordo bonario, ovvero come difensori della stazione appaltante o del privato nel procedimento di accordo bonario, in forza della novellata previsione, non possono essere nominati arbitri.

Per quanto riguarda i compensi del CTU e dell'ausiliare dell'organo arbitrale, con le nuove previsioni dell'art. 241 comma 13 è stato inserito un più

puntuale rinvio alle specifiche disposizioni del d.p.r. n. 115/2002 ed è stato esteso espressamente l'ambito di operatività dello stesso decreto presidenziale agli altri ausiliari del collegio arbitrale (diversi dal c.t.u.), quali potrebbero essere il custode o altri esperti, con esclusione del segretario del collegio.

9. L'art. 242: la Camera arbitrale

La specifica disciplina riguardante il funzionamento e le attribuzioni della Camera arbitrale è rimasta sostanzialmente immutata, sia rispetto al sistema precedente l'entrata in vigore del Codice dei contratti pubblici, sia rispetto alle novità introdotte dal d.lgs. n. 53/2010 (se si eccettua l'ampliamento della sua competenza funzionale estesa a tutte le controversie relative alla esecuzione dei contratti pubblici, compresi quindi gli appalti di servizi e forniture).

La Camera arbitrale, quindi, secondo l'art. 242 comma 1, continua a curare la formazione e la tenuta dell'albo degli arbitri, redige il codice deontologico degli arbitri camerali, e provvede agli adempimenti necessari alla costituzione e al funzionamento del collegio arbitrale nell'ipotesi di cui all'art. 241 comma 15. Pertanto, i componenti del Consiglio arbitrale dovranno, oggi, essere nominati fra soggetti dotati di particolare competenza, non solo nella materia dei contratti pubblici di lavori, ma anche in quella di contratti pubblici di servizi e forniture.

Sono state rafforzate inoltre le funzioni di monitoraggio e rilevazione statistica del contenzioso della Camera arbitrale, che, per l'espletamento di tale attività, è stata dotata del potere di richiedere notizie, chiarimenti e documenti relativamente al contenzioso in materia di contratti pubblici (art. 242 comma 5). La Camera arbitrale cura, altresì, la tenuta dell'elenco dei periti al fine della nomina dei consulenti tecnici (art. 242 comma 7 e comma 8), ha il compito di curare la tenuta dell'elenco dei segretari dei collegi arbitrali, nell'ambito del quale, in caso di arbitrato amministrato, il presidente del collegio deve scegliere "se necessario" il segretario (art. 242 comma 10).

10. L'art. 243 e le ulteriori norme di procedura

Le "ulteriori norme" contenute nell'art. 243 trovano applicazione allorché le parti o i loro arbitri non raggiungano l'accordo sulla nomina del terzo arbitro: in tale ipotesi il presidente del collegio arbitrale è nominato dalla Camera arbitrale per i contratti pubblici e la procedura si svolge sotto la "vigilanza" di tale istituzione.

A livello comparatistico, l'arbitrato amministrato funziona anche in altri Paesi ed è gestito da appositi organismi o istituzioni, come le camere arbitrali internazionali (la corte internazionale di arbitrato della camera di commercio internazionale di Parigi - CCI, l'American Arbitration Association di New York - AAA, o infine la corte di arbitrato di Londra - LCIA).

L'art. 243 *ante* novella era la risultante di tutte le previgenti disposizioni di procedura riguardanti l'arbitrato amministrato (l'art. 32 legge n. 109/1994, come novellato dalla legge n. 80/2005; l'art. 150 d.p.r. n. 554/1999; il d.m. n. 398/2000, l'art. 1, comma 71 della legge 266/2005).

Le modifiche apportate all'art. 243 con la novella si sono rese necessarie per coordinare questa norma con il testo novellato dell'art. 241. Infatti, nel nuovo articolo 243 vengono espressamente richiamate le norme sul compenso degli arbitri e dei c.t.u. Si tratta, però, di modifiche non sostanziali. Innovativa appare, invece, la previsione relativa al segretario del collegio arbitrale, la cui nomina, finora necessaria, è stata rimessa, oggi, alla discrezionalità del presidente del collegio, che vi procede "solo se necessario" (art. 243 comma 7).

I principali atti e attività contemplati e presupposti dalle "ulteriori" norme di procedura contenute nell'art. 243, che trovano applicazione "in aggiunta" alle norme di cui all'art. 241, possono essere così sintetizzati:

1) mancato accordo sulla nomina del presidente: sul punto la normativa non prevede che il disaccordo debba risultare da un atto scritto (art. 241 comma 15);

2) deposito presso l'Istituzione arbitrale per i lavori pubblici dell'atto di accesso, dell'atto di resistenza e delle eventuali controdeduzioni, dopo la notifica degli stessi, a cura della parte più diligente: tale trasmissione è necessaria ai fini della nomina del terzo arbitro da parte della istituzione, che provvede "sulla base di criteri oggettivi e predeterminati, scegliendolo nell'albo di cui all'art. 242" (art. 241 comma 15 e art. 243 comma 2, *ante e post* novella);

3) la determinazione della sede del collegio arbitrale "anche" presso uno dei luoghi in cui sono situate le sezioni regionali dell'Osservatorio: con l'aggiunta della congiunzione "anche" è stato restituito alle parti, già prima della novella in esame, il potere di stabilire con la convenzione compromissoria la sede arbitrale ed è stata attribuita alle stesse la facoltà di far coincidere, in alternativa, la sede con uno dei luoghi in cui sono situate le sezioni regionali dell'Osservatorio. Inalterata, invece, è rimasta la disposizione suppletiva in base alla quale in caso di mancata indicazione, ovvero di disaccordo in ordine alla determinazione della sede dell'arbitrato, questa deve intendersi stabilita *ex lege* presso la sede della Camera arbitrale, cioè Roma (art. 243 comma 3);

4) comunicazione alle parti, a cura della Camera arbitrale, delle modalità e della misura dell'acconto arbitrale, da depositare, a pena di improcedibilità, prima della costituzione del collegio (art. 246 comma 6);

5) liquidazione degli onorari e delle spese di arbitro effettuata direttamente dalla Camera arbitrale, su proposta del collegio, sempre in base alla tariffa allegata al d.m. 398/2000 (sia pure con i massimi e i minimi "dimezzati");

6) obbligo per le parti "tenute solidalmente al pagamento del compenso dovuto agli arbitri e delle spese relative al collegio e al giudizio arbitrale" (art. 241 comma 14), di corrispondere gli importi dovuti a saldo nei trenta giorni

successivi alla comunicazione del lodo, nella misura liquidata dalla Camera arbitrale (art. 243 comma 8). Anche in questo caso, non sono previste sanzioni per l'eventuale violazione di tale obbligo; pertanto, in caso di mancato pagamento del saldo, agli arbitri non resta che agire legalmente per la soddisfazione del credito.

11. Le regole procedurali secondo la prassi della Camera

Il legislatore degli appalti pubblici con il Codice unificato ha abrogato il regolamento di procedura arbitrale portato dal d.m. n. 398/2000: secondo Rubino Sammartano si tratta di una scelta inopportuna, sia perché detto regolamento è stato dichiarato legittimo dal Consiglio di Stato con la nota pronuncia n. 6335/2003, ma anche perché lo stesso disciplinava la procedura arbitrale in maniera abbastanza analitica.

Allo stato attuale, le norme di procedura dell'arbitrato amministrato, contenute nell'art. 243, sono abbastanza scarse. Anche se le stesse devono essere integrate con le previsioni contenute nell'art. 241 e, per quanto non previsto, con le disposizioni del codice di procedura civile, alcune fasi dell'attività camerale risultano prive di un'adeguata disciplina.

Dopo vari interventi in materia, attualmente si è arrivati all'adozione di un manuale di procedura che, benché rivolto ai segretari dei collegi arbitrali, unitamente ai modelli e schemi allegati predisposti dalla stessa Camera, costituisce un vero e proprio regolamento di procedura per gli arbitrati camerale.

12. Ambito di applicazione del giudizio arbitrale

Fermo il principio in base al quale, in materia di appalti pubblici, sono, senza dubbio, arbitrabili tutte le controversie relative alla fase esecutiva degli appalti pubblici (ma anche quelle precontrattuali di tipo risarcitorio), con esclusione, pertanto, di quelle relative alla fase della scelta del contraente, confermata la natura necessariamente rituale dell'arbitrato, la codificazione unitaria del sistema di giustizia alternativa degli appalti pubblici, ha ampliato il raggio di azione dell'arbitrato in esame, fino a far rientrare nel suo spazio:

- le controversie relative ai contratti pubblici di lavori, servizi e forniture;
- le controversie relative ai lavori del Genio militare, giusta il regolamento di attuazione d.p.r. n. 170/2005;
- le controversie riguardanti i contratti dei beni culturali;
- le controversie relative ai contratti pubblici nei settori speciali di rilevanza comunitaria (gas, energia, elettricità, acqua e trasporti).

Fonte di tutti gli arbitrati degli appalti pubblici resta, ovviamente, la convenzione arbitrale, che può assumere, oggi, però, solo la forma della clausola compromissoria e non anche più del compromesso. Come nel precedente sistema arbitrale, anche nell'arbitrato dei contratti pubblici *ante* novella, costitutiva condizione di ammissibilità dell'atto di accesso all'arbitrato la tempestiva

e rituale iscrizione di riserve per un importo uguale o superiore al 10% rispetto all'importo contrattuale: secondo la disciplina del codice dei contratti *ante* novella, prima ancora di procedere in via arbitrale, tali controversie dovevano passare attraverso il filtro obbligatorio del tentativo di accordo bonario (disciplinato dagli artt. 240 e 240 *bis*), che, tuttavia, si poneva come condizione di procedibilità piuttosto anomala, posto che la sua inosservanza non era sanzionata né dal codice dei contratti pubblici, né dalla giurisprudenza (18). La novella del 2010 non ha apportato significative modifiche ai ricordati presupposti di ammissibilità e di procedibilità dell'azione arbitrale, se non con riferimento al momento della decorrenza del termine entro il quale la commissione deve formulare la proposta di accordo bonario (art. 240 comma 5) e con riguardo al termine iniziale per poter farsi luogo al giudizio arbitrale in caso di fallimento del tentativo di accordo bonario (art. 240 comma 6).

Nulla è cambiato con riferimento alla disciplina degli appalti pubblici di servizi e forniture per i quali non era e non è contemplato l'obbligo di riserve.

La disciplina dell'arbitrato dei contratti pubblici deve essere, infine, coordinata con le regole contenute nel capitolato generale (d.m. 145/2000), ancora vigente in mancanza di espressa abrogazione.

13. Efficacia, esecutività e deposito del lodo secondo il novellato art. 241 co. 9 e 10

Già prima della novella, la disciplina del lodo, sia quella applicabile al lodo per arbitrato ordinario, sia quella applicabile al lodo per arbitrato amministrato, era condensata nei commi 9, 10, 11 dell'art. 241.

Secondo la disciplina finora vigente in materia di arbitrato (sia ordinario che camerale) dei pubblici contratti di lavori, servizi e forniture:

- il lodo si aveva per pronunciato solo con il suo deposito presso la Camera arbitrale, da effettuarsi entro dieci giorni dall'ultima sottoscrizione, a cura del segretario del collegio;

- restava salva ai fini dell'esecutività del lodo la disciplina contenuta nel c.p.c.;

- all'atto del deposito del lodo andava versata direttamente all'Autorità di Vigilanza, a cura degli arbitri, una somma pari all'uno per mille del valore della controversia.

Le differenze della previgente disciplina appena riassunta rispetto alle previsioni del codice di procedura di rito in materia di arbitrato rituale riguardavano, dunque, (oltre agli adempimenti tipici dell'arbitrato amministrato verso l'Istituzione) essenzialmente il momento di perfezionamento del lodo: secondo l'art. 824 *bis* del codice di rito, infatti, il lodo, dalla data della sua ul-

(18) Cass., Sez. Un., n. 5274/2007.

tima sottoscrizione, assume gli effetti di una sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria ordinaria ma, per munirlo di efficacia esecutiva, occorre l'*exequatur*, quindi il decreto di esecutorietà da parte del giudice, nella cui cancelleria il lodo va depositato (art. 825 c.p.c.); il lodo arbitrale in materia di contratti pubblici, invece, si aveva per pronunciato con il suo deposito presso l'Istituzione camerale.

A seguito della novella della disciplina il quadro finale è il seguente:

- il lodo si intende pronunciato con l'ultima sottoscrizione, ma diventa efficace solo dopo il suo deposito presso la camera arbitrale (art. 241 comma 9);

- il deposito presso la camera arbitrale non è più a cura del segretario ma a cura del collegio arbitrale: previsione, questa, divenuta necessaria in conseguenza della nuova disposizione che ha reso solo eventuale la nomina del nuovo segretario;

- non è più contemplato il termine di dieci giorni per il deposito del lodo presso l'istituzione (art. 241 comma 10);

- il deposito del lodo presso la camera arbitrale, come in passato, va fatto in tanti originali quante sono le parti, oltre ad uno per il fascicolo d'ufficio (art. 241 comma 10);

- viene disciplinato in maniera più puntuale e sistematica il rapporto tra il deposito del lodo presso la Camera arbitrale e presso la Cancelleria del Tribunale, agli effetti dell'art. 825 c.p.c.: il Legislatore delegato dice, oggi, espressamente che quest'ultimo deposito deve essere "preceduto" dal deposito del lodo presso l'Istituzione arbitrale; ciò, sotto diverso profilo, comporta che il deposito presso la Camera si configura come presupposto necessario per conseguire l'efficacia esecutiva del lodo;

- in aggiunta alle precedenti disposizioni viene stabilito che, su richiesta di parte, il rispettivo originale depositato presso la Camera arbitrale è restituito, con l'attestazione di avvenuto deposito, ai fini degli adempimenti di cui all'art. 825 c.p.c. (art. 241 comma 10);

- la previsione contenuta nell'abrogato comma 11 è stata in parte riprodotta nel comma 9 dell'art. 241 con la nuova previsione riguardante la corresponsione dell'uno per mille in favore dell'Autorità di vigilanza e con la precisazione che la somma versata a cura degli arbitri resta a carico delle parti.

14. L'impugnazione del lodo

Il d.lgs. n. 53/2010 ha introdotto anche importanti novità riguardanti la fase relativa all'impugnazione del lodo.

In precedenza, il codice dei contratti pubblici nulla diceva in proposito, con la conseguenza che il regime delle impugnazioni dei lodi per arbitrato camerale o esterno era quello disciplinato dal codice di rito.

L'impugnazione del lodo, quindi, si proponeva per i motivi di nullità elencati nell'art. 829 c.p.c. dinanzi alla Corte d'Appello nel cui distretto era

la sede dell'arbitrato, con le modalità e i termini (90 giorni il termine "breve" decorrente dalla notifica del lodo e un anno dalla data dell'ultima sottoscrizione) indicati negli artt. 827 e 828 c.p.c.; la decisione sull'impugnazione per nullità e il relativo procedimento inibitorio avvenivano, invece, secondo lo schema dettato dall'art. 830 c.p.c.

Con la razionalizzazione dell'arbitrato dei contratti pubblici, in linea con l'esigenza di ridurre i tempi della giustizia arbitrale, è stata introdotta una disciplina speciale che deroga in parte la disciplina del codice di rito, per quanto riguarda i casi di nullità e i termini di impugnazione: in forza del comma 15 *bis* il lodo è impugnabile oltre che per i motivi di nullità anche per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia.

Per comprendere tale previsione è necessario ricordare che, a norma del novellato art. 829 comma 3 c.p.c., l'impugnazione per violazione di regole di diritto del lodo per arbitrato rituale è ammessa solo se espressamente disposta dalle parti o dalla legge; per evitare di lasciare all'autonomia negoziale delle parti l'inserimento di tale motivo di nullità nella clausola arbitrale si è reso necessario intervenire normativamente, garantendo in tal modo un più pregnante controllo da parte della Corte d'Appello su questioni che implicano materie di pubblico interesse.

L'impugnazione è proponibile nel termine di novanta giorni dalla notificazione del lodo e non è più proponibile dopo il decorso di centoottanta giorni dalla data del deposito del lodo presso la Camera arbitrale. Correttamente è stato ricordato il decorso del termine iniziale breve per l'impugnazione del lodo con la notificazione dello stesso, mentre il termine lungo di un anno, previsto in materia di arbitrato rituale, è stato ridotto a 180 giorni e decorre, non dalla data dell'ultima sottoscrizione, ma dal deposito presso la Camera arbitrale.

Fra le novità relative alla fase di impugnazione del lodo vi sono le previsioni introdotte dal nuovo comma 15 *ter* dell'art. 241, in forza delle quali la Corte d'Appello può, su istanza di parte, sospendere con ordinanza l'efficacia del lodo, se ricorrono gravi e fondati motivi: rispetto al disposto dell'art. 830 c.p.c., dunque, in caso di impugnazione del lodo, i motivi per l'accoglimento dell'inibitoria devono essere non solo gravi ma anche fondati.

Si tratta, come è evidente, della traslazione sul piano delle impugnazioni arbitrali del meccanismo relativo alla sospensione della provvisoria esecutorietà in genere delle sentenze, che presiede alla connessione dell'inibitoria da parte dei giudici dell'appello, ai sensi del combinato disposto fra l'art. 283 c.p.c. e l'art. 351 c.p.c., quest'ultimo espressamente richiamato dalla norma in esame.

15. L'impugnazione degli atti "camerali"

La natura amministrativa o "paragiurisdizionale" della Camera arbitrale

ha fatto sorgere nella prassi giurisprudenziale dubbi sulla individuazione della giurisdizione dei i gravami attraverso gli atti camerale. In considerazione della natura privatistica del giudizio arbitrale amministrato e delle posizioni devolute in arbitrato che sono di diritto soggettivo, con la conseguenza che non sarebbe possibile ravvisare, nell'intervento dell'istituzione, connotati provvedimenti o autoritativi, sembrerebbe pacifico che la giurisdizione appartenga al giudice ordinario.

Vi è, tuttavia, il contrario avviso della giurisprudenza amministrativa che ritiene sussistente, con riguardo all'atto di nomina dell'arbitro fatto dalla Camera, la giurisdizione del giudice amministrativo e l'assoggettività a gravame dello stesso (19).

In egual modo si dibatte sulla possibilità di impugnare il provvedimento camerale di liquidazione dei compensi arbitrari e sulla appartenenza di siffatta impugnazione alla giurisdizione ordinaria o amministrativa: anche in questo caso si fronteggiano le diverse posizioni di coloro che ritengono incontrovertibile la possibilità di impugnare l'ordinanza di liquidazione camerale, atteso che non vi è alcuna norma del codice degli appalti che ne sancisca l'inopponibilità; e di coloro che, in linea con la citata sentenza del Consiglio di Stato n. 6335/2003, escludono del tutto la possibilità di impugnare direttamente il provvedimento in questione e, comunque, ritengono che l'eventuale impugnazione appartenerrebbe alla giurisdizione ordinaria. A quest'ultimo proposito, si è registrato il contrario orientamento dei giudici amministrativi, i quali hanno recentemente affermato la propria giurisdizione, sul presupposto che il provvedimento camerale di liquidazione dei compensi proviene da un organo amministrativo, che agisce nell'esercizio di un potere autoritativo e discrezionale (20).

Sul punto è recentemente intervenuta la Suprema Corte a Sezioni Unite (21) che ha stabilito il principio secondo cui *“nelle controversie in tema di determinazione del compenso degli arbitri da parte della Camera arbitrale poiché il relativo provvedimento incide su posizioni di diritto soggettivo degli arbitri e si configura come arbitraggio, sussiste la giurisdizione del giudice ordinario”*.

16. Il doppio regime transitorio

In conclusione, la stratificazione delle norme modificative e integrative in materia di arbitrato negli appalti pubblici, implica la soluzione di numerose questioni di diritto transitorio.

Il Codice De Lise (d.lgs. n. 163/2006) disciplina il diritto transitorio dei

(19) TAR Lazio, sez III, n. 4026/2007.

(20) Cons. St., sez. IV, n. 1008/2005.

(21) Cass. civ., Sez. Un., n. 17930/2008.

contratti pubblici e, segnatamente, dell'arbitrato con una apposita norma, l'art. 253, che distingue i casi in cui la nuova normativa operi retroattivamente e la vecchia operi in maniera ultrattiva, in modo da garantire la fondamentale regola della razionalità o unitarietà del singolo procedimento. A questa norma di diritto intertemporale, si è aggiunta, poi, la previsione transitoria contenuta nell'art. 15 comma 6 del d.lgs. n. 53/2010, secondo la quale *“la disciplina introdotta dagli artt. 4 e 5, (relativa all'accordo bonario e all'arbitrato), si applica ai bandi, avvisi di gara e inviti pubblicati successivamente all'entrata in vigore del presente decreto, nonché ai contratti aggiudicati alla base di essi e ai relativi giudizi arbitrali”*.

La conseguenza era che il novellato arbitrato si applicava ai giudizi relativi a contratti aggiudicati in forza di atti di gara pubblicati successivamente al 27 aprile 2010 (data di entrata in vigore della novella), mentre gli arbitrati in corso, ovvero relativi a controversie dipendenti da contratti aggiudicati in forza di atti già pubblicati a quella data, si svolgevano secondo le regole previgenti.

Ciò significava che si applicava la disciplina precedente, anche quanto a compenso per il collegio arbitrale, se l'arbitrato, anche se si fosse celebrato interamente dopo l'entrata in vigore del decreto legislativo, avesse riguardato appalti banditi o stipulati prima.

Dunque, la disciplina novellata non era applicabile non solo agli arbitrati già in corso, ma anche agli arbitrati successivi all'entrata in vigore del decreto, se riferiti ad appalti anteriori.

La previsione era di dubbia razionalità e di poca utilità; si prestava anche a critiche di inefficienza e inefficacia, perché *“se si volevano ridurre i costi degli arbitrati con effetti immediati per l'economia, occorreva farlo con norma di immediata applicazione e non con norma ad effetto differito”* (22).

La disposizione transitoria, tuttavia, ha avuto vita breve.

Attualmente, l'art. 15 comma 6 del d.lgs. 20 marzo 2010 n. 53 è stato abrogato dall'art. 4 comma 7 del d.l. 25 marzo 2010 n. 40, convertito in legge 22 maggio 2010 n. 73.

Alla luce della nuova norma, la disciplina introdotta dagli artt. 4 e 5, d.lgs. n. 53/2010 non si applica per i collegi arbitrali già costituiti alla data di entrata in vigore del citato d.lgs., ossia alla data del 27 aprile 2010.

In tal modo si desume, *a contrario*, che la nuova disciplina si applica anche agli appalti già banditi, ai contratti già stipulati, e ai contenziosi arbitrali già avviati, con l'unico limite dell'inapplicabilità se i collegi arbitrali sono già costituiti.

Per costituzione del collegio deve intendersi non già che i singoli arbitri

(22) R. DE NICTOLIS, *Il recepimento della direttiva ricorsi nel codice degli appalti e nel nuovo processo amministrativo*, www.giustizia-amministrativa.it.

sono stati nominati e hanno accettato la nomina, perché tali atti non determinano ancora la formazione di un collegio, ma invece che gli arbitri hanno tenuto la prima riunione, finalizzata appunto alla costituzione del collegio.

Quindi la sola nomina e accettazione dell'incarico arbitrale, senza prima riunione, non dando luogo a costituzione del collegio, non è ostativa dell'applicazione della nuova disciplina. Per farsi salva l'applicazione della vecchia disciplina la costituzione del collegio arbitrale deve essere avvenuta entro aprile 2010.

Infatti la previsione, ancorché contenuta in atto normativo successivo al d.lgs. n. 53/2010, è sostanzialmente retroattiva facendo riferimento non alla data della entrata in vigore dell'atto normativo che la contiene, bensì del d.lgs. n. 53/2010.

Finito di stampare nel mese di luglio 2011
Servizi Tipografici Carlo Colombo s.r.l.
Via Roberto Malatesta n. 296 - Roma