

Articoli e note

n. 1-2007 - © copyright

ALESSANDRA DAPAS
LUIGI VIOLA

L'arbitrato dopo il nuovo Codice dei contratti pubblici (*)

Sommario: 1. Arbitrato e pubblica Amministrazione. - 2. L'arbitrato tra legge speciale e diritto comune. - 2.1. Dalla legge sui lavori pubblici al capitolato generale delle opere pubbliche (d.p.r. 16 luglio 1962 n. 1063). - 2.2. La legge 10 dicembre 1981 n. 741 e la sentenza n. 152 del 1996 della Corte Costituzionale. - 2.3. La legge quadro sui lavori pubblici. - 2.4. La Merloni *ter* (l. 18 novembre 1998 n. 415) e le disposizioni successive. - 2.5. L'arbitrato previsto dall'art. 12 del d.lgs. 20 agosto 2002 n. 190 (cd. legge obiettivo). - 2.6. La sentenza 17 ottobre 2003 n. 6335 del Consiglio di Stato e la crisi del sistema. - 2.7. La legge sulla competitività e l'opzione per una struttura bipolare. - 3. Il nuovo Codice dei contratti pubblici.

1. Arbitrato e pubblica Amministrazione.

La legislazione degli ultimi anni, in evidente sintonia con l'orientamento prevalente negli altri paesi europei, ha evidenziato un certo favore legislativo per le forme stragiudiziali di risoluzione delle controversie ed in particolare, per l'arbitrato. L'orientamento, principalmente rispecchiato dalla riforma dell'istituto arbitrale disposta dalla l. 5 gennaio 1994 n. 25, ha trovato, nel campo amministrativo ed in particolare nella materia delle opere pubbliche, forti resistenze, occasionate soprattutto a livello teorico, dalla forte coloritura pubblicistica della fattispecie.

Le resistenze alla piena affermazione dell'istituto in campo amministrativo non sono comunque tali da poter arrestare un processo che vede in precise ragioni storiche la propria giustificazione di fondo: "in ogni caso, molte di queste "resistenze" appaiono superabili in quanto la legislazione sull'arbitrato rituale (o di diritto comune), conformemente alle riforme normative dei principali paesi occidentali, avvenute gradualmente dalla fine degli anni '70 sino ad oggi, denota un certo *favor arbitratif*[1]"

Di recente, la tendenza espansiva dei modelli arbitrali di risoluzione dei conflitti, ha anzi trovato nuovi campi di applicazione nelle ipotesi di c.d. diritto amministrativo paritario; la conclusione è agevolmente desumibile da tutta una serie di disposizioni normative (art. 27 l. 8 giugno 1990 n. 142; art. 2, 20° comma l. 14 novembre 1985 n. 481[2]) ed è rispecchiata anche dalle deleghe previste dalla l. l. 15 marzo 1997 n. 59 (c.d. Bassanini uno) e dal conseguente decreto legislativo di riforma del pubblico impiego (d.lgs. 31 marzo 1998 n. 80) che hanno assicurato un considerevole spazio alla conciliazione stragiudiziale ed all'arbitrato in materia di rapporti di lavoro pubblici e privati.

In un quadro generale complessivamente orientato per il potenziamento dell'istituto arbitrale, la più forte resistenza all'affermazione dell'arbitrato nei rapporti con la p.a. è indubbiamente individuabile nella cattiva prova che l'istituto arbitrale ha dato in alcune vicende (come, ad es., quella della ricostruzione delle zone interessate dagli eventi sismici del 1980) venute all'attenzione della grande stampa; cattiva prova rispecchiata da una serie di disposizioni legislative (l. 11 febbraio 1994 n. 109 nella versione originale; art. 3, 2° comma d.l. 11 giugno 1998 n. 180, conv. in l. 3 agosto 1998 n. 267; art. 1, comma 2-*quater*, del d.l. 7 febbraio 2003 n. 15, conv. in l. 8 aprile 2003 n. 62), chiara espressione di un certa logica di sospetto per l'istituto. Le disposizioni richiamate, probabilmente a carattere episodico, non possono peraltro alterare la tendenza normativa di fondo per il potenziamento delle forme stragiudiziali di risoluzione dei conflitti, anche nel campo della pubblica Amministrazione[3].

2. L'arbitrato tra legge speciale e diritto comune.

L'affermazione dell'istituto arbitrale in campo amministrativo è, da sempre, caratterizzata da un forte dualismo tra la tendenza legislativa ad intervenire in materia (dettando una disciplina specifica, spesso fortemente derogatoria rispetto ai principi ordinari) e l'opposta aspirazione (prevalentemente rispecchiata dagli orientamenti della Corte Costituzionale e di una parte degli autori che si sono occupati della questione) a riportare l'istituto allo "schema ordinario" fornito dal c.p.c..

Il primo orientamento è certamente espressione di una certa tendenza alla limitazione della capacità negoziale delle parti, nei rapporti amministrativi: tendenza spesso così incisiva da indurre la dottrina a temere che possa essere "offuscato il ruolo dell'autonomia negoziale delle parti imponendo condizioni certamente incostituzionali[4]" e rispecchiata da previsioni normative, tendenti, di volta in volta, a favorire il ricorso all'arbitrato (rendendolo, ad es., obbligatorio; art. 16 l. 10 dicembre 1981 n. 741), a regolamentarne alcuni aspetti (ad es., composizione dei collegi arbitrali) o, in alternativa, a limitare o vietare il ricorso all'istituto (art. 3, 2° comma d.l. 11 giugno 1998 n. 180, conv. in l. 3 agosto 1998 n. 267; art. 1, comma 2-*quater*, del d.l. 7 febbraio 2003 n. 15, conv. in l. 8 aprile 2003 n. 62).

Al contrario, il secondo orientamento, rispecchiato da alcune importanti decisioni della Corte Costituzionale[5], tende ad individuare la fonte dell'opzione per la sede arbitrale esclusivamente nella volontà concorde delle parti di derogare alla giurisdizione ordinaria, così optando per una risoluzione della controversia in una sede diversa da quella giurisdizionale ordinaria: secondo questa impostazione, "la fonte dell'arbitrato non può più ricercarsi e porsi in una legge ordinaria o, in generale, in una volontà autoritativa[6]", ma nel rinvio alla volontà negoziale delle parti operato dall'art. 806, 1° comma c.p.c.

La dicotomia, presente nel nostro ordinamento da oltre un secolo[7], caratterizza l'istituto determinando, di volta in volta, la prevalenza dell'una o dell'altra ricostruzione. L'esposizione dei profili applicativi dell'istituto deve pertanto essere preceduta da una sintetica ricostruzione della storia dell'istituto arbitrale nei suoi rapporti con l'Amministrazione pubblica ed in particolare, nella materia dei lavori pubblici che ha costituito il campo privilegiato di elaborazione di categorie dogmatiche fondamentali, poi utilizzate in tutto il campo dei contratti della p.a..

2.1. Dalla legge sui lavori pubblici al capitolato generale delle opere pubbliche (d.p.r. 16 luglio 1962 n. 1063).

Punto di partenza della ricostruzione storica è certamente l'art. 349 della l. 20 marzo 1865 n. 2248 All. F (l. sui lavori pubblici) che introdusse la possibilità, per le parti, di deferire ad arbitri le controversie tra Amministrazione pubblica e appaltatori privati: "nei capitoli di appalto potrà prestabilirsi che le questioni tra l'Amministrazione e gli appaltatori siano decise da arbitri".

La finalità fondamentale della previsione legislativa della legge sui lavori pubblici[8] era indubbiamente da individuarsi nell'esigenza di deflazionare il contenzioso davanti all'Autorità Giudiziaria Ordinaria (gravata di nuove competenze per effetto della previsione dell'art. 2 dell'All. E della stessa legge) e di devolvere il contenzioso in materia di appalti pubblici ad un giudice fornito di particolari cognizioni tecniche; l'opzione per la sede arbitrale non era però necessitata, essendo rimessa alla scelta dell'Amministrazione pubblica in sede di predisposizione del capitolato d'appalto.

Si trattava, con tutta evidenza, di un sistema di risoluzione delle controversie "predisposto", ma non imposto dalla legge; il significato della previsione legislativa era quindi quello di attribuire "espressamente all'amministrazione il potere di stabilire con disposizione di capitolato la competenza arbitrale per la risoluzione delle controversie, con effetto di svincolarle- in ragione del pubblico interesse - dallo svolgere l'altrimenti necessario procedimento autorizzativo preventivo[9]".

Nei primi anni di applicazione della legge (anni dal 1865 al 1889) la scelta dell'Amministrazione per la sede arbitrale veniva ad essere esercitata, mediante introduzione, nei singoli capitolati speciali d'appalto, di apposite clausole compromissorie.

La prospettiva cambiava però nel 1889, con l'introduzione, ad opera del d.m. 14 maggio 1889, di apposita previsione nel capitolato generale del Ministero dei lavori pubblici del 1870 (d.m. 31 agosto 1870), destinata alla disciplina della "definizione delle controversie": la disposizione rimetteva ad un "arbitramento, non soggetto a gravame di appello o di ricorso in Cassazione" tutte le "questioni tecniche" sorte in sede di esecuzione dell'appalto[10].

L'introduzione, nel capitolato generale sulle opere pubbliche, di una specifica previsione in materia di

competenza arbitrale istituiva un sostanziale legame tra la problematica della natura dei capitolati generali[11] e la questione della qualificazione (obbligatoria o volontaria) dell'arbitrato; una volta scartata la qualificazione in termini di giurisdizione speciale della competenza arbitrale, in virtù della natura non legislativa delle previsioni in materia di arbitrato[12], la soluzione della problematica della natura, obbligatoria o facoltativa, dell'arbitrato derivava, infatti, dalle diverse opzioni in ordine alla controversa questione della natura, normativa o contrattuale, dei capitolati generali[13].

La prassi favorevole all'introduzione, nei capitolati generali, di previsioni in materia di competenza arbitrale diveniva una costante dell'ordinamento italiano ed era riproposta nei capitolati generali del Ministero dei lavori pubblici del 1895 (r.d. 29 maggio 1895 n. 350) e del 1962 (d.p.r. 16 luglio 1962 n. 1063).

Il capitolato generale del 1962 affrontava però la problematica in modo innovativo, prevedendo una disposizione (l'art. 47 del d.p.r. 1063 del 1962) che, "accordando alla parte attrice la possibilità di adire direttamente il giudice ordinario oppure consentendo alla parte convenuta in arbitrato di escludere la competenza arbitrale[14]", attribuiva espressamente all'arbitrato natura volontaria, così superando lo stretto legame, istituito da dottrina e giurisprudenza, tra natura del capitolato generale e caratterizzazione (obbligatoria o facoltativa) dell'arbitrato[15].

La disposizione era anzi citata dalla Corte Costituzionale, nella fondamentale sentenza del 14 luglio 1977, n. 127 in materia di arbitrato obbligatorio, come esempio di disposizione pienamente in linea con i principi costituzionali che impongono una caratterizzazione volontaria dell'istituto arbitrale: "l'art. 47 del nuovo capitolato generale di appalto per le opere pubbliche di competenza del Ministero dei lavori pubblici (approvato con d.p.r. 16 luglio 1962 n. 1063) contiene una normativa che consente sia alla parte attrice che alla parte convenuta di escludere la competenza arbitrale. Si è così affermata, anche su questo piano, la necessità di tutelare l'autonomia delle parti[16]".

2.2. La legge 10 dicembre 1981 n. 741 e la sentenza n. 152 del 1996 della Corte Costituzionale.

Nel 1981, il testo originario dell'art. 47 del capitolato generale del Ministero dei Lavori pubblici era sostituito da una previsione di rango legislativo (l'art. 16 della l. 10.12.1981 n. 741) che disponeva: "in deroga alle disposizioni degli articoli 43 e seguenti la competenza arbitrale può essere esclusa solo con apposita clausola inserita nel bando o invito di gara, oppure nel contratto in caso di trattativa privata. Quando sia esclusa la competenza arbitrale, la domanda è proposta, entro il termine di cui all'articolo precedente, davanti al giudice competente a norma delle disposizioni del codice di procedura civile e del testo unico 30 ottobre 1933, n. 1611, e successive modifiche".

La nuova disposizione spostava quindi al tempo della formulazione del bando di gara o dell'invito alla licitazione privata (o della stipulazione del contratto, nella trattativa privata) il momento dell'opzione definitiva per la giurisdizione arbitrale (opzione che, secondo il vecchio testo dell'art. 47 d.p.r. 1063 del 1962, era modificabile anche successivamente, secondo i meccanismi della cd. declinatoria della competenza arbitrale).

La *ratio* della modifica legislativa era indubbiamente da individuarsi nella necessità di ridurre, anche e soprattutto nell'interesse delle imprese[17], i tempi del contenzioso, obbligando l'Amministrazione pubblica ad esercitare definitivamente, al più tardi al momento del perfezionamento del contratto, l'opzione per la sede arbitrale o per il giudizio ordinario e così ponendo fine ad alcuni inconvenienti, evidenziati dalla pratica e costituiti dall'utilizzo del meccanismo della declinatoria della giurisdizione arbitrale (art. 47 d.p.r. 1063 del 1962, nel testo originario) in funzione defatigatoria.

Il risultato era però conseguito, non tramite modifica del capitolato generale, bensì mediante utilizzazione dello strumento legislativo: l'utilizzazione dello strumento legislativo, evidenziava però, con immediata evidenza, il sostanziale ritorno, verso la tendenza, ampiamente stigmatizzata dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 127 del 1977, ad istituire i c.d. arbitrati da legge[18].

Il ruolo preminente attribuito all'Amministrazione pubblica nella predisposizione della clausola arbitrale dava poi vita a forti dubbi in ordine alla stessa legittimità costituzionale di una simile strutturazione[19]; la questione di costituzionalità, sollevata dalla Corte di Cassazione, era decisa dalla Corte Costituzionale, con l'importante sentenza 9 maggio 1996 n. 152[20], nel senso dell'illegittimità costituzionale "dell'art. 16 della l. 10 dicembre 1981 n. 741 che ha sostituito l'art. 47 del d.p.r. 16 luglio 1962 n. 1063, nella parte in cui non stabilisce che la competenza arbitrale può essere derogata anche con atto unilaterale di ciascuno dei contraenti".

La decisione parte dalla rilevazione della sostanziale differenziazione tra la previsione dell'art. 16 della l. 741 del 1981 e l'originaria formulazione dell'art. 47 del d.p.r. 1063 del 1962; previsione che

indubbiamente prevedeva una forma di arbitrato volontario ed era già stata favorevolmente valutata dalla Corte Costituzionale nella precedente sentenza n. 127 del 1977.

In particolare, una differenziazione di non poco conto derivava dall'anticipazione, al momento della formulazione del bando o dell'invito di gara (o della stipulazione del contratto nella trattativa privata), dell'opzione irrevocabile per la sede arbitrale; meccanismo che finiva di fatto per attribuire alla sola pubblica amministrazione la facoltà di scelta tra arbitrato e giurisdizione ordinaria[21].

Nell'impostazione prescelta da Corte cost. 9 maggio 1996 n. 152, il carattere volontario dell'arbitrato è quindi garantito o dall'attribuzione, a ciascuna delle parti, della facoltà di derogare unilateralmente alla competenza arbitrale (così come previsto dal testo originario dell'art. 47 del d.p.r. 1063 del 1962[22]) o da altre soluzioni normative (come quella seguita dalla cd. Merloni *bis*; vedi § 2.3) che comunque assicurino, magari mediante rinvio alla disciplina del c.p.c. in materia di arbitrato, il carattere volontario dell'istituto arbitrale.

Il sistema delineato da Corte cost. 9 maggio 1996 n. 152 era poi completato da importante giurisprudenza della Corte di cassazione, che riconosceva, con riferimento ai problemi di diritto transitorio, l'applicabilità della sentenza anche ai giudizi proposti direttamente davanti al giudice ordinario, in violazione della norma prevista dall'art. 16 della l. 741 del 1981[23]; del resto, la possibilità, per una delle parti contraenti, di derogare alla clausola arbitrale, adendo direttamente il giudice ordinario, costituiva certamente la conseguenza giuridica più importante di Corte cost. 152 del 1996[24].

Per quello che riguarda la normativa, il sistema di arbitrato volontario delineato da Corte Cost. 152 del 1996 era recepito anche dalle modificazioni ai capitolati successive all'intervento della sentenza della Corte; in particolare, il nuovo art. 58 del Capitolato d'onori generali per le forniture ed i servizi eseguiti a cura del Provveditorato generale dello Stato (d.m. Min. Tesoro 28 ottobre 1985, come, da ultimo modificato, dal d.m. Min. Tesoro 4 agosto 1997) delineava un sistema di possibile deroga alla giurisdizione arbitrale, del tutto analogo al meccanismo previsto dal testo originario dell'art. 47 d.p.r. 1063 del 1962[25]. Analoga soluzione era poi recepita dall'art. 48[26] del d.m. 14 aprile 2000 n. 200 (nuovo capitolato generale d'onori per i contratti stipulati dall'Amministrazione della difesa).

2.3. La legge quadro sui lavori pubblici.

Come già rilevato, gli ultimi anni sono stati caratterizzati da una certa attenzione dell'opinione pubblica per alcuni fenomeni degenerativi nel campo dei giudizi arbitrali in materia di appalti pubblici. La rilevazione di alcuni inconvenienti del sistema arbitrale portava pertanto alla formulazione, nell'art. 32, 2° comma ult. parte della l. 11 febbraio 1994 n. 109 (legge quadro in materia di lavori pubblici, c.d. legge Merloni), di un divieto di deferire a collegi arbitrali la soluzione delle controversie in materia di lavori pubblici: "nei capitolati generali o speciali non può essere previsto che la soluzione delle controversie sia deferita ad un collegio arbitrale ai sensi degli articoli 806 e seguenti del codice di procedura civile".

La disposizione era in evidente controtendenza rispetto al *favor arbitrati* che si era manifestato, appena pochi giorni prima, con l'emanazione della l. 5 gennaio 1994 n. 25 in tema di riforma dell'arbitrato[27]; proprio per questo, una parte della dottrina[28] riteneva di poter riferire il divieto in questione alla sola previsione *ante litem* di clausole arbitrali, ammettendo quindi la legittimità di patti compromissori stipulati dopo l'insorgere della controversia.

La questione era però superata dalla modifica dell'art. 32 disposta (dopo la successione dei decreti che sospendevano l'efficacia di una serie di disposizioni della l. 109 del 1994) dall'art. 9 *bis* del d.l. 3 aprile 1995 n. 101, convertito in l. 2 giugno 1995 n. 216 (c.d. legge Merloni *bis*); nuova previsione che ripristinava, in sostanza, la possibilità di compromettere in arbitri le controversie in materia di lavori pubblici: "ove non si proceda all'accordo bonario ai sensi del comma 1 dell'articolo 31 *bis* e l'affidatario confermi le riserve, la definizione delle controversie è attribuita ad un arbitrato ai sensi delle norme del titolo VIII del libro quarto del codice di procedura civile".

La non precisa formulazione della disposizione ha dato vita ad una serie di dubbi interpretativi. Una parte della dottrina[29] ha infatti ritenuto di poter rintracciare nella fattispecie una nuova ipotesi di arbitrato obbligatorio; al contrario, altra parte della dottrina ha individuato, nel rinvio al codice di procedura civile contenuto nella disposizione, un significativo indizio del carattere volontario dell'arbitrato: "il rinvio alle disposizioni del codice di procedura civile consente di ritenere che l'indicativo "è" significa "può essere", ossia la suddetta definizione può essere attribuita ad un arbitrato, per effetto di compromesso o clausola compromissoria, la cui ammissibilità nella nuova

disciplina non può essere contestata, senza prescindere dai principi[30]”.

L'opzione per la natura facoltativa dell'arbitrato previsto dalla legge quadro in materia di lavori pubblici trovava poi un decisivo avallo nell'orientamento della Corte Costituzionale (da ultimo ribadito proprio con la sentenza n. 152 del 1996 richiamata al § precedente) per il carattere volontario dell'arbitrato[31]; e proprio il riferimento alla sentenza della Corte Costituzionale n. 152 del 1996 era utilizzato, dalla circolare del Ministero dei Lavori Pubblici 7 ottobre 1996 prot. 4488/UL (si tratta della c.d. circolare Di Pietro[32]), per avvalorare la tesi della natura facoltativa dell'arbitrato previsto dal nuovo art. 32 della legge quadro sui lavori pubblici: “dopo l'entrata in vigore dell'art. 32 l. n. 109/94, anche l'arbitrato in materia di lavori pubblici richiede come presupposto necessario ed essenziale la presenza di un compromesso o di una clausola compromissoria che trova il suo fondamento nella libera scelta delle parti. D'altra parte questa interpretazione dell'art. 32 è l'unica che può non essere costituzionalmente illegittima alla luce del principio della statualità della giurisdizione affermato dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 152/1996 proprio nella materia del contenzioso delle opere pubbliche”.

2.4. La Merloni *ter* (l. 18 novembre 1998 n. 415) e le disposizioni successive.

La problematica della natura obbligatoria o volontaria dell'arbitrato nei confronti della p.a. è stata poi ulteriormente interessata dalle modifiche disposte dalla l. 18 novembre 1998 n. 415 (si tratta della c.d. Merloni *ter*); in particolare, l'art. 10 della l. 415 del 1998 ha sostituito l'art. 32, 1° comma della l. 109 del 1994 con una disposizione dal seguente tenore: “tutte le controversie derivanti dall'esecuzione del contratto, comprese quelle conseguenti al mancato raggiungimento dell'accordo bonario previsto dal comma 1 dell'art. 31 *bis*, possono essere deferite ad arbitri”.

La nuova formulazione della disposizione prevede indubbiamente una forma di arbitrato volontario in linea con la giurisprudenza della Corte Costituzionale ed in particolare, con quanto ritenuto nella sentenza n. 152 del 1996; particolarmente rilevante, a questo proposito, il riferimento alla *possibilità* (“possono”) di compromettere in arbitri le controversie relative ai lavori pubblici, in contrapposizione all'ambigua formulazione della Merloni *bis* (“la definizione delle controversie è attribuita ad un arbitrato”) che poteva dare vita a qualche dubbio interpretativo[33].

Per questo aspetto la modifica legislativa merita pertanto approvazione.

Purtroppo non altrettanto è possibile dire per altri aspetti della disposizione ed in particolare, per quanto disposto dal nuovo 2° comma della l. 109 del 1994 (come sostituito dall'art. 10 l. 415 del 1998) che rimandava ad un regolamento, da emanarsi entro tre mesi dall'entrata in vigore della legge, la fissazione delle “norme di procedura del giudizio arbitrale nel rispetto dei principi del codice di procedura civile”; è quindi di tutta evidenza come la problematica della natura volontaria o obbligatoria dell'arbitrato in materia di lavori pubblici dovesse tenere conto anche delle scelte operate in sede regolamentare[34].

La complessiva sistemica del nuovo art. 32 della l. 109 del 1994 (come modificato dall'art. 10 della l. 415 del 1998) ruotava poi intorno ad un sistema che attribuiva la scelta del terzo componente del Collegio arbitrale (per il resto, costituito da arbitri scelti dalle parti) ad una Camera arbitrale per i lavori pubblici, istituita presso l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici prevista dall'art. 4 della legge; e, sotto questo profilo, sono stati abbastanza consistenti, in dottrina[35], i dubbi in ordine alla reale facoltatività di un sistema di arbitrato che non prevede che “la scelta degli arbitri sia interamente rimessa alla volontà delle parti[36]”.

Il quadro delle fonti normative relative all'arbitrato nella materia dei lavori pubblici non sarebbe poi completo ove non si menzionassero gli artt. 150 e 151 del d.p.r. 21 dicembre 1999 n. 554[37] (regolamento di attuazione della l. 11 febbraio 1994 n. 109), gli artt. 33 e 34 del d.m. 19 aprile 2000 n. 145[38] (nuovo capitolato generale d'appalto dei lavori pubblici) e il d.m. 2 dicembre 2000 n. 398[39] (regolamento recante le norme di procedura del giudizio arbitrale, ai sensi dell'articolo 32, 2° comma della l. 11 febbraio 1994 n. 109); fonti normative che hanno completato l'“ossatura” del nuovo arbitrato in materia di lavori pubblici prevista dall'art. 32 l. 109 del 1994.

In definitiva, ed a prescindere dalla problematica della legittimità e/o costituzionalità di singoli aspetti del nuovo rito arbitrale in materia di opere pubbliche (rimessione alla Camera arbitrale dell'individuazione del terzo arbitro; utilizzazione dello strumento del regolamento ministeriale come fonte di disciplina del processo arbitrale; singole disposizioni del regolamento, ecc.), il “disegno” del nuovo arbitrato in materia di opere pubbliche che emerge dalle fonti normative sopra richiamate è sostanzialmente riportabile all'istituto del cd. “arbitrato amministrato (o istituzionalizzato)”, costituito

dalle ipotesi in cui "la disciplina del procedimento non è fissata direttamente dalle parti o dagli arbitri ma è rimessa al regolamento predisposto dall'istituzione arbitrale[40]".

In questa prospettiva, il carattere facoltativo dell'arbitrato è garantito dal fatto che la scelta dell'opzione arbitrale è pur sempre riportabile "alla libera scelta di entrambe le parti (ognuna delle quali potrà decidere di adire il giudice ordinario)[41]"; si tratterebbe, quindi, di una scelta "fondata sul consenso delle parti[42]" e non imposta normativamente.

Del resto, l'opzione normativa per la preregolazione di alcuni aspetti dell'istituto arbitrale è sicuramente scelta che trova giustificazione negli "interessi pubblici perseguiti dal legislatore nello specifico settore di intervento (uniformità di giudizi, trasparenza, controllo sull'espletamento della funzione arbitrale nel settore delle opere pubbliche, ecc)[43]".

In definitiva, quindi, la strutturazione del giudizio arbitrale in materia di opere pubbliche costituiva, in sostanza, un bilanciamento tra il principio di autonomia privata desumibile dagli artt. 41-46 Cost. e alcune limitazioni (espresse dal carattere "amministrato" dell'istituto) che trovavano giustificazione, alla fine, nei principi di "legalità, imparzialità e buona amministrazione dettati dall'art. 97 Cost.[44]".

A questa impostazione si contrapponeva la posizione di una parte della dottrina che, avendo riferimento, in verità, più alla regolamentazione concreta dell'istituto arbitrale (come desumibile, soprattutto, dal d.m. 398 del 2000), che all'impostazione teorica dell'istituto, sottolineava come la morale della favola fosse "sempre meno a lieto fine; e sempre più si rafforza la sensazione che tutta la disciplina dell'arbitrato delle controversie in materia di lavori pubblici sia nettamente finalizzata alla tutela di interessi disomogenei rispetto a quelli propri dell'arbitrato[45]".

Il quadro delle novità normative in materia di arbitrato nei confronti della p.a. non sarebbe poi completo ove non si richiamasse l'importantissima previsione dell'art. 6, 2° comma l. 21 luglio 2000 n. 205[46] (disposizioni in materia di giustizia amministrativa) che ha introdotto nell'ordinamento (o confermato, secondo alcune impostazioni dottrinali) la possibilità di compromettere in arbitri (ma nelle sole forme dell' "arbitrato rituale di diritto") "le controversie concernenti diritti soggettivi devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo".

Per quello che riguarda la giurisprudenza della Corte costituzionale, un momento importante di dibattito è stato originato da una decisione[47] che ha rigettato la questione di costituzionalità di una norma (art. 6 della l. 12 luglio 1923 n. 1511) che prevedeva la devoluzione (obbligatoria?) delle controversie tra l'Ente Parco Nazionale d'Abruzzo e i proprietari di terreni siti nel parco ad una "Commissione di arbitri nominati: uno dall'Ente, l'altro dal proprietario, ed il terzo dal pretore del luogo".

La questione di costituzionalità era rigettata sulla base della rilevazione della natura volontaria della "scelta della via arbitrale per la soluzione della lite...rimessa ad una libera opzione delle parti, cui è data facoltà di attivare la procedura nominando gli arbitri"; il carattere obbligatorio di una disposizione in materia di arbitrato deve infatti essere dedotto dall'individuazione, in via interpretativa, di "una chiara deroga al principio secondo cui la giurisdizione statale sulle controversie costituisce la regola fissata dal nostro ordinamento[48]".

Al proposito, la dottrina[49] ha esattamente rilevato come la decisione della Corte costituzionale modificò sostanzialmente (ed in maniera non irrilevante) il filo dell'evoluzione giurisprudenziale intercorsa (e tutta orientata per l'incostituzionalità delle disposizioni prevedenti forme di arbitrato obbligatorio), deferendo sostanzialmente agli interpreti il compito di proporre una qualche forma di interpretazione adeguatrice tesa a privilegiare il carattere facoltativo dell'arbitrato (e limitando effettivamente l'intervento della Corte ai soli casi in cui il carattere obbligatorio dell'arbitrato sia talmente evidente da non poter essere "superato" dall'interpretazione adeguatrice).

Nella stessa linea concettuale si è posta la più recente Corte cost. 8 giugno 2005 n. 221[50] che ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 13 del r.d.l. 28 agosto 1930 n. 1345 (conv. in l. 6 gennaio 1931 n. 80 e relativo alla costruzione e all'esercizio dell'acquedotto del Monferrato) in quanto "la previsione di un arbitrato rituale e obbligatorio per la risoluzione delle controversie relative alla costruzione o all'esercizio dell'acquedotto del Monferrato e all'applicazione dello stesso decreto-legge, si pone in contrasto con l'art. 24 cost., in quanto il fondamento di qualsiasi arbitrato è da rinvenirsi solo nella libera scelta delle parti, con l'ulteriore precisazione che l'arbitrato può ritenersi effettivamente non obbligatorio solo quando sia consentito a ciascuna delle parti in contesa, con decisione anche unilaterale, di adire il g.o., mentre la norma censurata preclude alle parti la possibilità di adire il giudice statale".

In sostanziale applicazione dei principi già enunciati in Corte cost. 13 aprile 2000 n. 115, l'intervento del giudice di costituzionalità è stato preceduto dalla penetrante ricostruzione della "formulazione

della norma...tale da escludere, come osserva il rimettente, ogni possibilità, per entrambe le parti, di adire i giudici statuali per la risoluzione di qualsiasi controversia tra di esse potesse insorgere: e cioè prevede(n)te) un arbitrato rituale obbligatorio, il cui lodo - emesso da un collegio di tre arbitri, uno dei quali "nominato dal Ministro per l'interno di concerto con quello per le finanze" - non è impugnabile per violazione delle norme di diritto che gli arbitri sono tenuti ad applicare[51]".

2.5. L'arbitrato previsto dall'art. 12 del d.lgs. 20 agosto 2002 n. 190 (cd. legge obiettivo).

L'art. 1, 2° comma della l. 21 dicembre 2001 n. 443 (delega al governo in materia di infrastrutture ed insediamenti produttivi strategici e altri interventi per il rilancio delle attività produttive, cd. legge obiettivo) ha delegato il Governo ad emanare "uno o più decreti legislativi volti a definire un quadro normativo finalizzato alla celere realizzazione delle infrastrutture e degli insediamenti individuati al comma 1" (si tratta, in particolare, delle "infrastrutture pubbliche e private e (degli) insediamenti produttivi strategici e di preminente interesse nazionale da realizzare per la modernizzazione e lo sviluppo del Paese").

La delega è stata esercitata con il d.lgs. 20 agosto 2002 n. 190 (attuazione della l. 21.12.2001 n. 443, per la realizzazione delle infrastrutture e degli insediamenti produttivi strategici e di interesse nazionale) che ha previsto anche una disposizione (l'art. 12) specificamente destinata alla disciplina delle procedure arbitrali che dovessero nascere dall'esecuzione degli interventi rientranti nella cd. legge obiettivo.

La previsione, per un verso, riproduce alcune acquisizioni del nuovo sistema normativo in materia di opere pubbliche, e quindi, per questi aspetti, non dovrebbe dare vita a problematiche giuridiche autonome; per altri aspetti, prevede però una disciplina divergente rispetto a quella prevista dalle fonti normative in materia di opere pubbliche e, per di più, tale da "rinverdire vecchie polemiche[52]"; è quindi forte il rischio che, per questi aspetti, la nuova disposizione dia vita a problematiche giuridiche autonome.

Per quello che riguarda l'ambito applicativo della disposizione, il 1° comma dell'art. 12 d.lgs. 190 del 2002 individua l'oggetto del contenzioso arbitrale in "tutte le controversie relative all'esecuzione dei contratti (e alla) realizzazione delle infrastrutture"; è quindi evidente come l'ambito applicativo della disposizione sia quello stesso dell'art. 32 l. 109 del 1994 e come, quindi, non sussistano differenziazioni degne di nota rispetto alla disciplina in materia di lavori pubblici.

Sempre il 1° comma dell'art. 12 d.lgs. 190 del 2002 limita poi al solo "arbitrato rituale di diritto" le clausole compromissorie che le parti possono scegliere di stipulare relativamente agli interventi rientranti nella disciplina della cd. legge obiettivo; sotto questo profilo, si evidenzia, quindi, una possibile differenziazione rispetto alla disciplina dell'arbitrato in materia di opere pubbliche, ove, però dovesse optarsi per la soluzione (contestata da una parte della dottrina) che considera ammissibile la stipulazione di clausole compromissorie che abilitino le parti a decidere secondo equità.

Per quello che riguarda lo svolgimento del giudizio, l'art. 12 del d.lgs. 190 del 2002 prevedeva:

- 1) l'applicazione delle disposizioni del codice di procedura civile e non del d.m. 398 del 2000 (art. 12, 1° comma d.lgs. 190 del 2002);
- 2) l'obbligo, per ciascuna delle parti, di nominare l'arbitro di propria competenza, scelto fra professionisti aventi particolare esperienza nella materia dei lavori pubblici, nella domanda di arbitrato o nell'atto di resistenza (art. 12, 2° comma d.lgs. 190 del 2002);
- 3) la devoluzione dell'arbitrato ad un collegio composto da tre membri, di cui due nominati dalle parti ed il terzo, con funzioni di presidente del collegio arbitrale, nominato, d'accordo, dagli arbitri di parte o dalle parti stesse, tra i magistrati amministrativi e contabili, nonché tra gli avvocati dello Stato nel caso in cui non ne sia stato nominato uno quale arbitro di parte e l'Avvocatura dello Stato non sia difensore di una delle parti in giudizio (art. 12, 3° e 4° comma d.lgs. 190 del 2002);
- 4) la devoluzione della nomina del terzo arbitro, ove le parti non si siano accordate al proposito, alla Camera arbitrale per i lavori pubblici, tra i soggetti iscritti all'albo degli arbitri previsto dal d.p.r. 554 del 1999 (art. 12, 4° comma d.lgs. 190 del 2002);
- 5) l'attribuzione del potere di nomina del Segretario al Collegio (e non al Presidente dello stesso), tra persone "di propria fiducia";
- 6) l'eventuale nomina del consulente d'ufficio, all'interno dell'apposito elenco tenuto dalla Camera arbitrale (art. 12, 4° comma d.lgs. 190 del 2002);
- 7) la liquidazione dei compensi spettanti agli arbitri nella misura prevista in apposito regolamento emanato ai sensi dell'art. 15 del d.lgs. 190 del 2002 e non secondo la tariffa allegata al d.m. 398 del

2000 (art. 12, 6° comma d.lgs. 190 del 2002).

In definitiva, dall'esame dell'art. 12 del d.lgs. 190/2002 emergono alcune significative differenze rispetto alla strutturazione "ordinaria" dell'arbitrato in materia di opere pubbliche dell'epoca (strutturazione esaminata al § precedente), costituite:

dal ritorno alla disciplina del codice di procedura civile, così superando "le perplessità relative alla sede dell'arbitrato, al rigido sistema di preclusioni, all'improcedibilità della domanda di arbitrato in caso di mancato deposito dell'acconto[53]" ingenerate da alcune previsioni del d.m. 398 del 2000;

dalla restituzione alle parti del potere di scelta anche del terzo arbitro, limitando l'intervento della Camera arbitrale alla sola ipotesi del disaccordo delle parti in ordine alla scelta (così riproducendo soluzioni proprie delle Camere arbitrali operanti nel settore privatistico);

dal ritorno al meccanismo previsto dall'art. 814 c.p.c. per quello che riguarda la liquidazione dei compensi spettanti agli arbitri, sia pure sulla base di apposito regolamento da emanarsi ai sensi dell'art. 15 d.lgs. 190 del 2002[54];

da una maggiore libertà del Collegio nella scelta del segretario.

In sostanza, quindi, l'intera operazione può essere sintetizzata in quadro ricostruttivo fondato su "due diverse discipline dell'arbitrato, a seconda delle opere pubbliche che si eseguono, e se quello previsto dalla l. 109/94 è un arbitrato rituale di diritto, volontario ed amministrato, l'altro presenta le medesime caratteristiche solo che è amministrato in maniera meno estesa ed incisiva e lo si può definire mini-amministrato[55]".

Rimane, comunque, il dubbio di fondo costituito dall'opportunità di dettare una simile disciplina derogatoria relativamente ad interventi che comunque potevano essere riportati, senza alcuna difficoltà, al più ampio *genus* dei lavori pubblici; e sarebbe forse stato preferibile evitare il rischio di dettare una disciplina derogatoria di problematica giustificazione, attraverso un mero rinvio all'arbitrato previsto dall'art. 32 l. 109 del 1994[56].

2.6. La sentenza 17 ottobre 2003 n. 6335 del Consiglio di Stato e la crisi del sistema.

Già l'intervento del cit. art. 12 del d.lgs. 20 agosto 2002 n. 190 era indicativo (soprattutto, per gli aspetti relativi alla nomina del terzo arbitro) di una crisi ormai imminente del sistema di arbitrato amministrato previsto dall'art. 32 della l. 109 del 1994 (e dagli atti normativi attuativi) e della necessità di incamminarsi verso nuove strade.

Il colpo definitivo all'intero sistema veniva da una decisione della IV Sezione del Consiglio di Stato[57] che, su ricorso di alcuni "professionisti ed imprese (operanti) da tempo nel settore dei lavori pubblici", disponeva l'annullamento dell'art. 150, 3° comma del d.p.r. 21 dicembre 1999 n. 554 "nella parte in cui sottrae alla libera determinazione delle parti la scelta del terzo arbitro con funzioni di presidente, attribuendola alla camera arbitrale"; era poi disposto l'annullamento anche di alcune disposizioni connesse costituite dalle previsioni dell'art. 151, 5°, 7° (relativi alla formazione e tenuta dell'albo degli arbitri istituito presso la Camera arbitrale dei lavori pubblici) e 8° comma (durata dell'iscrizione e incompatibilità derivanti dall'iscrizione all'albo) del d.p.r. 554 del 1999.

I motivi che hanno condotto all'annullamento alle previsioni del d.p.r. 554 del 1999 relative all'albo degli arbitri istituito presso la Camera arbitrale dei lavori pubblici sono assai complessi e sono stati efficacemente sintetizzati dalla migliore dottrina che si è occupata della questione: "il regolamento esorbita dai limiti fissati dalla legge (art. 32, comma 3 l. 109/1994) che non prevede l'attribuzione alla potestà regolamentare del governo di fissare i criteri per la composizione del collegio arbitrale e di sottrarre alle parti il potere di scegliere, d'accordo tra di loro, il terzo arbitro; se si volesse ritenere che il regolamento è rispettoso dei limiti stabiliti dall'art. 32 l. n. 109/1994, vi sarebbe contrasto con i principi essenziali stabiliti dagli artt. 809 e ss. c.p.c., espressamente richiamati dalla legge, e che rimettono alle parti il potere di stabilire il numero e le modalità di nomina degli arbitri; la Corte costituzionale, nell'affermare il carattere volontario dell'arbitrato, lo ritiene tale per la scelta delle parti non solo di fare risolvere le controversie con un arbitrato, ma anche di nominare liberamente gli arbitri perché, diversamente, si sarebbe in presenza di una giurisdizione speciale[58]".

La parte più interessante della decisione è indubbiamente costituita dal valore determinante attribuito alle norme del c.p.c. (art. 809 e ss. c.p.c.) in materia di nomina degli arbitri; norme che assumono la funzione fondamentale "di garantire la libera espressione della volontà delle parti (e)..... assurgono al rango di veri e propri principi di carattere essenziale e strutturale[59]".

La garanzia del carattere volontario dell'arbitrato, tante volte riaffermata dalla Corte costituzionale è pertanto strutturalmente incompatibile con un sistema che affida in via esclusiva ad un organo

amministrativo, come la Camera arbitrale dei lavori pubblici, la scelta del terzo arbitro: "la nomina degli arbitri, compreso - *a fortiori* - il presidente del collegio, non può che essere attribuita alle parti, alla stregua del principio fondante, contenuto nel codice di procedura civile (art. 810), secondo il quale la nomina è compiuta dal presidente del tribunale soltanto nei casi in cui una parte abbia omesso di nominare il proprio arbitro ovvero le parti non abbiano trovato l'accordo entro una dato termine ovvero abbiano demandato ad un terzo che non vi abbia provveduto o al presidente stesso la nomina di uno o più arbitri. Questi principi sono indefettibili in quanto attengono alla natura stessa dell'istituto arbitrale, quale riconosciuta dalla Corte costituzionale. Ma quand'anche si potesse configurare una deroga allorchè la nomina sia attribuita ad un organo giurisdizionale (presidente di corte d'appello, presidente del Consiglio di Stato), come avveniva nel precedente capitolato generale, ciò non sarebbe sicuramente consentito allorchè l'organo che procede alla nomina - come nel caso della camera arbitrale - sia un organo che, pur operando in piena autonomia ed indipendenza, è pur sempre amministrativo, facente parte della pubblica amministrazione, che nella maggioranza dei casi è parte in causa nel giudizio arbitrale. Trattasi comunque di un organo che non risponde a quei requisiti di terzietà che il titolo IV della parte seconda della Costituzione richiede per tutti i giudici e per tutti i giudizi[60]".

Sotto il profilo applicativo, la decisione del Consiglio di Stato ha indubbiamente aperto un "vuoto" normativo al centro del complicato sistema arbitrale dei lavori pubblici, originando almeno tre consistenti aspetti problematici, relativi:

alla sorte dei procedimenti pendenti e che vedevano all'opera collegi arbitrali in cui il Presidente era stato nominato dalla Camera dei lavori pubblici: in questo caso, "si è superata la questione con la scelta del terzo arbitro d'accordo tra le parti che hanno confermato, in quasi tutti i casi, l'arbitro già nominato dalla Camera arbitrale per i lavori pubblici; in mancanza di una soluzione concordata, il procedimento si sarebbe dovuto definire con una pronuncia di improcedibilità per illegittima composizione del Collegio[61]";

alla scelta del terzo arbitro, nel periodo successivo all'annullamento delle disposizioni del d.p.r. 554 del 1999 da parte del Consiglio di Stato: in questo caso, è nettamente prevalsa la soluzione che attribuiva alle parti, d'accordo tra loro, o al Presidente del Tribunale il potere di nomina[62];

alla legittimità degli arbitrati già definiti: a questo proposito, è nettamente prevalsa in dottrina[63] la tesi che, sulla base della previsione dell'art. 829, 1° comma n. 2 c.p.c., escludeva che la questione relativa alla nomina degli arbitri potesse essere sollevata se la relativa nullità non fosse "stata dedotta nel giudizio arbitrale".

Sempre per quello che riguarda le questioni di diritto transitorio, deve poi essere richiamata in questa sede (anche se cronologicamente dovrebbe essere inserita nel paragrafo successivo) la previsione dell'art. 5, comma 16 *septies* del d.l. 14 marzo 2005 n. 35 (inserita in sede di conversione dalla l. 14 maggio 2005 n. 80) che ha fatto salve "le procedure arbitrali definite o anche solo introdotte alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, purché risultino rispettate le disposizioni relative all'arbitrato contenute nel codice di procedura civile o nell'articolo 32 della legge 11 febbraio 1994, n. 109, come modificato dal comma 16-*sexies* del presente articolo".

La previsione è stata commentata con stupore da una parte della dottrina che ha rilevato una contraddizione logica ineliminabile: "come fa una legge a far salvo, di quanto esistente prima della sua vigenza, solo ciò che sarebbe stato attuato secondo le disposizioni che la stessa legge prevede e che entrano in vigore, dopo la *vacatio*, dalla sua pubblicazione?[64]".

Al contrario, altra parte della dottrina ha preferito concludere attribuendo all'"espressione...infelice" del legislatore il valore di un richiamo sostanziale alla nuova disciplina contenuta nel comma 16-*sexies*: "in sostanza, la norma non ha operato un richiamo formale al comma 16-*sexies*, ma alla disciplina da quest'ultimo fissata[65]".

Quello che è certo è che il punto maggiormente problematico della previsione di sanatoria è costituito dall'individuazione delle "procedure arbitrali introdotte alla data di entrata in vigore" della legge di conversione del decreto legge; a questo proposito, infatti, se si dovesse utilizzare il criterio della notificazione della domanda giudiziale *ex art.* 39 c.p.c., gli arbitrati fatti salvi sarebbero quelli in cui, alla data di entrata in vigore della legge di conversione, era già stata notificata la domanda di arbitrato; al contrario, se si dovesse utilizzare il criterio previsto dall'art. 3, 5° comma del d.m. 398 del 2000 ("la costituzione del collegio determina a tutti gli effetti la pendenza della lite"), il momento rilevante ai fini della sanatoria sarebbe spostato in avanti al momento della costituzione del collegio[66].

2.7. La legge sulla competitività e l'opzione per una struttura bipolare.

Come già rilevato al § precedente, la cd. legge sulla competitività è intervenuta anche sull'arbitrato in materia di lavori pubblici, dettando, sia una disciplina di sanatoria dei collegi arbitrali che si erano ritrovati in una situazione di incertezza per effetto di Cons. Stato, sez. IV, 17 ottobre 2003 n. 6335, sia una vera e propria "miniriforma" dell'istituto; "miniriforma" che si presentava obiettivamente necessaria ed era stata auspicata, sia dalla stessa sentenza del Consiglio di Stato n. 6335 del 2003, sia dalla segnalazione al Governo e al Parlamento 6 novembre 2003 dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici che aveva esattamente rilevato il "vuoto nel quadro normativo di riferimento all'istituto arbitrale" derivante dall'intervento demolitorio del giudice amministrativo.

In particolare, l'art. 5, comma 16 *sexies* del d.l. 14 marzo 2005 n. 35 (inserita in sede di conversione dalla l. 14 maggio 2005 n. 80) modificava il secondo comma dell'art. 32 della l. 11 febbraio 1994 n. 109, introducendo anche un comma 2-*bis* e un comma 2-*ter*, destinati a dettare una disciplina più articolata dell'istituto arbitrale.

Dalla modifica legislativa[67] emerge una sistematica complessiva fondata su due modelli diversificati. Il primo modello riguarda le ipotesi in cui le parti si siano accordate per la nomina del terzo arbitro; in questo caso, al giudizio arbitrale si applicano le disposizioni del codice di procedura civile, salvo quanto previsto all'articolo 9, 4° comma del d.m. 2 dicembre 2000 n. 398 (obbligo di depositare il lodo presso la Camera arbitrale dei lavori pubblici entro dieci giorni dall'ultima sottoscrizione) "nonché l'obbligo di applicazione da parte del collegio arbitrale delle tariffe di cui all'allegato al predetto regolamento" (art. 32, 2° comma, l. 109 del 1994, come modificato dall'art. 5, comma 16 *sexies* del d.l. 14 marzo 2005 n. 35).

In questo caso, è quindi evidente come l'istituto arbitrale si avvicini fortemente alla sistematica del c.p.c., tanto da perdere quasi la caratterizzazione fondamentale in termini di arbitrato amministrato: "il primo non è...arbitrato amministrato, ma rimesso alla libertà ed autonomia delle parti, in applicazione delle norme del codice di procedura civile, con i due correttivi di cui si è detto e che non gli fanno assumere il carattere dell'arbitrato amministrato[68]".

Il secondo modello riguarda le ipotesi in cui le parti non si siano accordate per la nomina del terzo arbitro; in questo caso, alla nomina provvede la Camera arbitrale, ad iniziativa della parte più diligente, scegliendolo nell'albo previsto dal d.p.r. 21 dicembre 1999 n. 554 ed il giudizio è integralmente regolamentato dalle norme di cui al d.m. 2 dicembre 2000 n. 398 (art. 32, comma 2-*ter*, l. 109 del 1994, introdotto dall'art. 5, comma 16 *sexies* del d.l. 14 marzo 2005 n. 35).

In sostanza, il secondo modello è quindi caratterizzato da quelle profonde deroghe all'istituto di diritto comune previste dal d.p.r. 21 dicembre 1999 n. 554 e dal d.m. 2 dicembre 2000 n. 398 (nomina del terzo arbitro da parte della Camera arbitrale; preclusioni alle modificazioni della domanda o dell'atto di resistenza; prerogative rigide dello svolgimento del giudizio; ecc.) che hanno indotto la dottrina ad inquadrare pienamente l'istituto all'interno della categoria del cd. arbitrato amministrato.

La dottrina più avvertita ha esattamente rilevato come il sistema dualistico previsto dalla legge sulla competitività presentasse aspetti importanti di differenziazione rispetto all'istituto previsto dalla cd. legge obiettivo (art. 12 del d.lgs. 20 agosto 2002 n. 190) che, in realtà, cumulava aspetti propri di ambedue i modelli e aspetti propri di originalità[69]; in buona sostanza, quindi, i modelli presenti nell'ordinamento, dopo la cd. legge sulla competitività, erano almeno tre (i due previsti dall'art. 32 l. 109 del 1994 e quello previsto dall'art. 12 del d.lgs. 190 del 2002) "e, francamente non si comprende la logica di soluzioni differenziate, visto che gli interessi, sia dell'appaltatore che della stazione appaltante, sia privati che pubblici, hanno la medesima sostanza, per cui il diverso modello non trova giustificazione in esigenze funzionali di tutela sul piano sostanziale[70]".

Se si guarda poi al cd. secondo modello (vero e proprio punto critico dell'intera architettura dell'istituto), il senso più profondo dell'intera operazione balza immediatamente agli occhi e si evidenzia nel tentativo di superare i limiti normativi che avevano indotto Cons. Stato, sez. IV, 17 ottobre 2003 n. 6335 ad annullare le previsioni del d.p.r. 554 del 1999 in materia di nomina del terzo arbitro ad opera della Camera arbitrale, "stabilendo con legge formale che la scelta compete alla Camera arbitrale, sostituendo così la norma regolamentare di cui all'art. 150 del d.p.r. n. 554/1999, annullata dal Consiglio di Stato"; la norma legislativa non è però ovviamente inattuabile ed è fortemente sospetta di incostituzionalità per le stesse ragioni poste a base dell'annullamento delle previsioni regolamentari da parte del Consiglio di Stato: "se è la Costituzione che richiede la nomina del terzo arbitro ad opera di un soggetto terzo ed imparziale, nemmeno la legge statale ordinaria può rendere legittima la scelta del terzo arbitro da parte di un'autorità amministrativa. Ne consegue che la

soluzione legislativa è di sospetta costituzionalità[71]”.

La modifica legislativa è pertanto strutturalmente inidonea a superare quei dubbi in ordine all'imparzialità della Camera arbitrale che erano a base dell'annullamento disposto da Cons. Stato, sez. IV, 17 ottobre 2003 n. 6335: “la Camera arbitrale per i lavori pubblici potrà essere autorevole, di fatto imparziale (lo è), ma istituzionalmente non è terzo perché è un'autorità amministrativa che deve scegliere un arbitro in una controversia nella quale, normalmente, una delle parti è una pubblica amministrazione, come rilevato dal giudice amministrativo[72]”.

Del resto, la sostanziale irrazionalità della scelta del legislatore è stata ben colta della dottrina che ha rilevato l'indiscutibile “contraddizione” derivante dal ricorso alla nomina del terzo arbitro da parte della Camera arbitrale, in un contesto che, in prima battuta, restituisce alle parti il potere di scelta del terzo componente del Collegio; in un contesto orientato per la definitiva valorizzazione della libertà negoziale delle parti, sarebbe stato, infatti, più logico aspettarsi la devoluzione del potere di nomina ad organo effettivamente terzo ed imparziale, come l'autorità giudiziaria e non ad organo caratterizzato dall'indubbia origine “amministrativa: “stupisce come il legislatore, dopo aver rimesso alla maggior diligenza di una delle parti lo scioglimento del problema causato dal mancato accordo per la nomina del terzo arbitro, proprio in quel mancato accordarsi delle parti scopre la *causa legis* per riportare tutto alla precedente procedura arbitrale in materia di appalti pubblici, cioè quella del D.M. 398/00, ed azzerare così la maxi-riforma[73]”.

Anche sotto il profilo gestionale, la riforma non brilla poi per soluzioni organizzative; una volta rammentato che la sentenza del Consiglio di Stato (Cons. Stato, sez. IV, 17 ottobre 2003 n. 6335) aveva disposto l'annullamento, non solo della previsione relativa alla nomina del terzo arbitro da parte della Camera arbitrale, ma anche delle previsioni relative alla formazione e tenuta dell'albo degli arbitri istituito presso la Camera arbitrale dei lavori pubblici (art. 151, 5° e 7° comma d.p.r. 554 del 1999) ed alla durata dell'iscrizione ed alle incompatibilità derivanti dall'iscrizione all'albo (art. 151, 8° comma d.p.r. 554 del 1999), è fin troppo semplice chiedersi “come può la legge stabilire che il terzo arbitro sia scelto in un albo che non c'è più per essere state annullate le norme che prevedono i requisiti soggettivi e la durata dell'iscrizione nonché le incompatibilità?[74]”.

La successiva legge finanziaria relativa all'anno 2006 (l. 23 dicembre 2005 n. 266, art. 1, 70° e 71° comma) ha poi modificato, su punti non essenziali, le previsioni normative relative ai corrispettivi dovuti alla Camera arbitrale per la decisione delle controversie in materia di lavori pubblici.

3. Il nuovo Codice dei contratti pubblici.

Il nuovo “Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE” (d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163) ha regolamentato, agli artt. 241 e ss., anche la materia dell'arbitrato, recependo la strutturazione dell'istituto derivante dalla legge sulla competitività (art. 5, comma 16 *sexies* del d.l. 14 marzo 2005 n. 35, inserita in sede di conversione dalla l. 14 maggio 2005 n. 80), ma anche prevedendo una serie di modificazioni di non poco momento.

A base dell'intero istituto è una previsione di apertura (l'art. 241, 1° comma d.lgs. 163 del 2003) che ammette il possibile ricorso all'arbitrato con riferimento a tutte le “controversie su diritti soggettivi, derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi, forniture, concorsi di progettazione e di idee, comprese quelle conseguenti al mancato raggiungimento dell'accordo bonario previsto dall'articolo 240”.

La prima innovazione, di non poco momento, è pertanto costituita dall'estensione all'intero settore della contrattualistica pubblica di una strutturazione nata con esclusivo riferimento alla materia dei lavori pubblici; al nuovo Codice dei contratti pubblici deve pertanto essere riconosciuto, almeno, il merito più evidente costituito dall'uniformazione dell'intero settore della contrattualistica pubblica, in un modello unitario che supera le partizioni prima sussistenti (fatto salvo, però quanto oltre si dirà in ordine al possibile eccesso di delega di una simile soluzione).

Il campo di applicazione del nuovo istituto arbitrale regolamentato dagli artt. 241 e ss. del d.lgs. 163 del 2006 non è pertanto più limitato ai soli appalti di lavori, ma investe anche le altre tipologie (forniture, servizi, ecc.) della contrattualistica pubblica, finora oggetto di una disciplina differenziata (o, nella materia dell'arbitrato, molto spesso, di un vero e proprio vuoto di disciplina).

In mancanza di una specifica disciplina normativa, il primo dubbio originato dalla nuova disciplina dell'arbitrato prevista dal Codice dei lavori pubblici è costituito dalla possibilità di riportare la disciplina in questione anche ai contratti previsti dalla Parte I, Titolo II del Codice, destinata ai cd. “contratti esclusi in tutto o in parte dall'ambito di applicazione del Codice[75]”; è opinione di chi

scrive che le relative previsioni normative (che prevedono espressamente l'inapplicabilità dell'intero Codice alle tipologie contrattuali in discorso) e la disposizione dell'art. 27 del d.lgs. 163 del 2006 (che prevede che l'affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi forniture, esclusi, in tutto o in parte, dall'applicazione del Codice, avvenga nel rispetto dei soli "principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità") diano vita ad un sistema normativo che esclude l'applicabilità delle previsioni degli artt. 241 e ss. del d.lgs. 163 del 2006:

ai contratti relativi alla produzione e al commercio di armi, munizioni e materiale bellico (art. 16 d.lgs. 163 del 2006);

ai contratti segreti o che esigono particolari misure di sicurezza previsti dall'art. 17 del d.lgs. 163 del 2006 (regolamentati da appositi regolamenti adottati dagli organismi di cui agli articoli 3, 4 e 6 della l. 24 ottobre 1977 n. 801, entro un anno dall'entrata in vigore del Codice; art. 17, 8° comma d.lgs. 163 del 2006);

ai contratti aggiudicati in base a norme internazionali (art. 18 d.lgs. 163 del 2006);

alle diverse tipologie di contratti di servizi esclusi previste dall'art. 19 del d.lgs. 163 del 2006);

ai contratti aventi ad oggetto i servizi elencati nell'allegato II B al Codice (soggetti all'applicabilità delle sole previsioni degli artt. 65, 68 e 225 del Codice; art. 20 e 21 d.lgs. 163 del 2006);

ai contratti esclusi nel settore delle telecomunicazioni previsti dall'art. 22 del d.lgs. 163 del 2006;

ai contratti relativi a servizi al pubblico di autotrasporto mediante autobus previsti dall'art. 23 del d.lgs. 163 del 2006;

agli appalti aggiudicati a scopo di rivendita o di locazione a terzi (art. 24 del d.lgs. 163 del 2006);

agli appalti aggiudicati per l'acquisto di acqua e per la fornitura di energia o di combustibili destinati alla produzione di energia previsti dall'art. 25 del d.lgs. 163 del 2006;

ai contratti di sponsorizzazione (art. 26 del d.lgs. 163 del 2006)[76].

Sotto il profilo sistematico, la già citata previsione dell'art. 241, 1° comma Cod. contratti pubblici conferma poi espressamente il fondamentale carattere *volontario* ("le controversie.....possono essere deferite ad arbitri") dell'arbitrato, con una formulazione assolutamente identica a quella già prevista dall'art. 32, 1° comma della l. 11 febbraio 1994 n. 109 (come modificato dall'art. 10 della l. 18 novembre 1998 n. 415, cd. Merloni *ter*).

Sotto il profilo strutturale, la disciplina di base dell'istituto è sempre quella dualistica prevista dalla legge sulla competitività, a questo punto, probabilmente destinata ad una durata non effimera nel nostro ordinamento.

In particolare, un primo modello di disciplina è riservato alle ipotesi in cui le parti si accordino per la nomina del terzo arbitro; in questo caso, al giudizio arbitrale si applicano le disposizioni del codice di procedura civile ed una serie di disposizioni specificamente destinate alla regolamentazione della fattispecie:

il Presidente del collegio arbitrale deve essere scelto dalle parti, o su loro mandato dagli arbitri di parte, "tra soggetti di particolare esperienza nella materia oggetto del contratto cui l'arbitrato si riferisce" (art. 241, 5° comma d.lgs. 163 del 2006);

in aggiunta ai casi di astensione previsti dal codice di procedura civile, non possono essere nominati arbitri coloro che abbiano compilato il progetto o dato parere su di esso, ovvero diretto, sorvegliato o collaudato i lavori, i servizi, le forniture cui si riferiscono le controversie, né coloro che in qualsiasi modo abbiano espresso un giudizio o parere sull'oggetto delle controversie stesse (art. 241, 6° comma d.lgs. 163 del 2006);

sono ammissibili tutti i mezzi di prova previsti dal codice di procedura civile, con esclusione del giuramento in tutte le sue forme (art. 241, 8° comma d.lgs. 163 del 2006);

il lodo deve essere depositato, entro dieci giorni dalla data dell'ultima sottoscrizione, presso la Camera arbitrale per i contratti pubblici (art. 241, 9° e 10° comma d.lgs. 163 del 2006);

all'atto del deposito del lodo deve essere corrisposta direttamente all'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, a cura degli arbitri, una somma pari all'uno per mille del valore della controversia (art. 241, 11° comma d.lgs. 163 del 2006);

il compenso spettante agli arbitri è liquidato dal Collegio arbitrale, con ordinanza costituente titolo esecutivo, sulla base dei criteri previsti dall'art. 10 e dalla tabella allegata al d.m. 2 dicembre 2000 n. 398 (art. 241, 12° comma d.lgs. 163 del 2006);

gli onorari e le spese di consulenza tecnica sono liquidati dal Collegio arbitrale, con ordinanza costituente titolo esecutivo, secondo i criteri dettati dal decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 2002 n. 115 per gli ausiliari del magistrato (art. 241, 13° comma d.lgs. 163 del 2006);

le parti sono tenute solidalmente al pagamento del compenso dovuto agli arbitri e delle spese relative

al collegio e al giudizio arbitrale, salvo rivalsa fra loro (art. 241, 13° comma d.lgs. 163 del 2006).

Rispetto al primo modello previsto dall'art. 32 della l. 109 del 1994, come modificato dalla legge sulla competitività (art. 5, comma 16 *sexies* del d.l. 14 marzo 2005 n. 35, inserita in sede di conversione dalla l. 14 maggio 2005 n. 80), sono quindi evidenti una serie di modificazioni, tali da potenziare il carattere amministrato dell'arbitrato; in particolare:

è richiesta una "particolare esperienza nella materia oggetto del contratto cui l'arbitrato si riferisce" del Presidente del Collegio arbitrale (art. 241, 5° comma d.lgs. 163 del 2006); con tutta evidenza, si tratta però di una previsione di scarsa rilevanza pratica e di impossibile sindacato giurisdizionale; sono espressamente richiamate alcune ipotesi specifiche di astensione, già contenute nell'art. 151, 9° comma del d.p.r. 554 del 1999

è riprodotta la contestata previsione dell'art. 7, 2° comma del d.m. 398 del 2000 ed in particolare l'esclusione, dal novero dei mezzi di prova ammissibili, del giuramento in tutte le sue forme (art. 241, 8° comma d.lgs. 163 del 2006); previsione che era stata sostanzialmente espunta dal primo modello, per effetto del generico riferimento alla disciplina del c.p.c. contenuto nella legge sulla competitività. Con tutta evidenza, quindi, il primo modello di arbitrato previsto dal Codice dei contratti pubblici è caratterizzato da una più marcata "amministrativizzazione" rispetto al precedente normativo più recente e, soprattutto, dal forzato ripristino di alcune previsioni (l'esclusione del giuramento dai mezzi di prova), in stridente contraddizione con la normativa del codice di procedura civile.

Anche il secondo modello di disciplina, segue le movenze della cd. legge sulla competitività, con alcune sostanziali innovazioni.

In caso di mancato accordo per la nomina del terzo arbitro, alla nomina provvede, ad iniziativa della parte più diligente, la nuova Camera arbitrale per i contratti pubblici relativi a lavori, servizi, forniture (istituita presso l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture) "sulla base di criteri oggettivi e predeterminati, scegliendolo nell'albo di cui all'articolo 242" (art. 241, 7° e 15° comma d.lgs. 163 del 2006).

L'intervento della Camera arbitrale per i contratti pubblici importa poi una serie di modificazioni alla disciplina del codice di procedura civile, in aggiunta a quelle già previste dall'art. 241 d.lgs. 163 del 2006 (e proprie del cd. primo modello); modificazioni costituite:

dall'obbligo di trasmettere alla Camera arbitrale, ai fini della nomina del terzo arbitro, la domanda di arbitrato, l'atto di resistenza e le eventuali controdeduzioni (art. 242, 2° comma d.lgs. 163 del 2006);

dall'obbligo per le parti di determinare la sede del collegio arbitrale, anche presso uno dei luoghi in cui sono situate le sezioni regionali dell'Osservatorio dei contratti pubblici relativi a lavori servizi e forniture; se non vi è alcuna indicazione della sede del collegio arbitrale, ovvero se non vi è accordo fra le parti, questa deve intendersi stabilita presso la sede della Camera arbitrale (art. 242, 3° comma d.lgs. 163 del 2006);

dalla possibilità, per le parti di ricusare gli arbitri, oltre che per i motivi previsti dall'art. 51 del codice di procedura civile, anche per i motivi di cui all'articolo 242, 9° comma del Codice (art. 242, 4° comma d.lgs. 163 del 2006);

dall'attribuzione alla Camera arbitrale del potere di determinare il corrispettivo dovuto dalle parti "su proposta formulata dal collegio, in base alla tariffa allegata al decreto ministeriale 2 dicembre 2000 n. 398" e le modalità del deposito in acconto del corrispettivo arbitrale (art. 242, 5° e 6° comma d.lgs. 163 del 2006);

dall'obbligo, per il Presidente del Collegio arbitrale, di nominare il Segretario, scegliendolo nell'elenco di cui all'articolo 242, 10° comma del Codice contratti pubblici (art. 242, 7° comma d.lgs. 163 del 2006);

dall'obbligo per le parti di versare alla Camera arbitrale il corrispettivo a saldo per la decisione della controversia, nel termine di trenta giorni dalla comunicazione del lodo (art. 242, 8° comma d.lgs. 163 del 2006);

dall'attribuzione alla Camera arbitrale del potere di provvedere alla liquidazione degli onorari e delle spese di consulenza tecnica (art. 242, 9° comma d.lgs. 163 del 2006).

L'innovazione più importante relativa al cd. secondo modello di giudizio arbitrale è immediatamente evidente dall'elencazione sopra fornita ed è costituita dal sostanziale "pensionamento" del d.m. 2 dicembre 2000 n. 398 che, oltre a non essere più richiamato dalle previsioni degli artt. 241 e ss. del Codice contratti pubblici (se non per le previsioni relative alla determinazione del compenso del Collegio arbitrale), è espressamente abrogato dall'art. 256, 1° comma del d.lgs. 163 del 2006 (ad eccezione delle previsioni dell'art. 10, 1°, 2°, 4° 5° e 6° comma e della tariffa allegata, sempre relative alla determinazione del compenso del Collegio arbitrale).

Mentre, quindi, il primo modello si muove verso una maggiore "amministrativizzazione" dell'istituto, il secondo modello di arbitrato previsto dal nuovo Codice dei contratti pubblici, si muove, al contrario, verso una minore "amministrativizzazione" e soprattutto, verso una decisiva omogeneizzazione al modello generale previsto dal c.p.c.; omogeneizzazione che deriva dall'indubbio superamento delle tante previsioni del d.m. 2 dicembre 2000 n. 398 che derogavano alla disciplina del c.p.c. (e che continuavano a trovare applicazione al secondo modello previsto dalla legge sulla competitività).

Sempre per quello che riguarda le abrogazioni, degna di nota è anche la previsione dell'art. 256, 1° comma del d.lgs. 163 del 2006 che ha abrogato l'intero d.lgs. 20 agosto 2002 n. 190; viene pertanto superato anche il terzo modello di giudizio arbitrale previsto dall'art. 12 del d.lgs. 190 del 2002 con indubbi vantaggi per la coerenza sistematica e la "gestibilità" dell'intero sistema.

Per quello che riguarda i punti problematici delle nuove previsioni in materia di arbitrato del Codice, è obbligatorio un rinvio alla trattazione più specifica contenuta nei singoli capitoli del lavoro; siano però consentite due considerazioni, relative a due problematiche generali e "di base".

La prima considerazione riguarda la stessa legittimità delle numerose disposizioni del d.lgs. 163 del 2006 relative all'arbitrato, caratterizzate, come già rilevato, dal marcato carattere innovativo (per quello che riguarda, ad es. la generalizzazione della disciplina relativa agli appalti di lavori, all'intera contrattualistica pubblica; all'amministrativizzazione di alcuni aspetti del primo modello, all'abrogazione del d.m. 398 del 2000; ecc.) rispetto alla strutturazione dell'istituto prevista dalla legge sulla competitività e, in generale, dalla normativa previgente.

In dottrina[77], è già stato prospettato qualche dubbio in ordine alla possibile illegittimità costituzionale, per eccesso di delega, di alcune disposizioni del Codice dei contratti pubblici ed in particolare, di tutte le previsioni non direttamente interessate dal procedimento di recepimento delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE: "la portata della delega, pertanto, potrebbe essere ritenuta essere stata quella dell'immissione, nel nostro ordinamento, della sola disciplina portata dalle direttive ed il loro coordinamento con la disciplina esistente, nonché una semplificazione delle procedure di affidamento che non costituiscono diretta applicazione delle normative comunitarie. In verità, dall'anzidetta espressione atecnica, nel parere del Consiglio di Stato, si è tratto un argomento per una più ampia interpretazione della delega[78]".

L'intera operazione di "rilegificazione" della normativa in materia di arbitrato è giustificata, nella relazione al Codice degli appalti[79], sulla base della stretta attinenza della materia a "profili "processuali" e di giustizia, che è opportuno regolare con fonte primaria" ed alla forte restrizione dell'"ambito delle previsioni regolamentari ancora applicabili all'arbitrato" derivante dall'intervento della decisione 17 ottobre 2003 n. 6335 del Consiglio di Stato e della legge n. 80 del 2005.

È quindi sostanzialmente confermato come l'intera operazione possa essere riportata, con estrema difficoltà, sia ai criteri di esercizio della delega previsti dall'art. 25 della l. 18 aprile 2005 n. 62 (compilazione di unico testo normativo recante le disposizioni legislative in materia di procedure di appalto disciplinate dalle due direttive oggetto di recepimento; semplificazione procedure di affidamento; conferimento dei poteri di vigilanza all'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici; adeguamento della normativa alla sentenza della Corte di giustizia delle Comunità europee del 7 ottobre 2004 nella causa C-247/02), sia alle previsioni delle due direttive oggetto di recepimento (l'art. 72 della direttiva CE Parlamento e Consiglio 31 marzo 2004 n. 17 e l'art. 81 della direttiva CE Parlamento e Consiglio 31 marzo 2004 n. 18 si limitano, infatti, a prevedere "meccanismi efficaci, accessibili e trasparenti" di controllo dell'applicabilità della direttiva, senza prevedere alcuna disposizione specifica in materia di arbitrato[80]).

Le disposizioni più direttamente innovative della nuova disciplina dell'arbitrato prevista dagli artt. 241 e ss. del d.lgs. 163 del 2006 sono pertanto caratterizzate da un "dubbio di legittimità" originario che non può essere superato, se non sulla base di un'interpretazione assai estesa e ricomprensiva dell'ambito della delega prevista dall'art. 25 della l. 62 del 2005.

La seconda considerazione è già stata sostanzialmente affrontata al § precedente; l'intera operazione di "salvataggio" della Camera arbitrale per i lavori pubblici effettuata dalla l. 80 del 2005 è fortemente sospetta di incostituzionalità per le stesse ragioni poste a base di Cons. Stato, Sez. IV 17 ottobre 2003 n. 6335: "se è la Costituzione che richiede la nomina del terzo arbitro ad opera di un soggetto terzo ed imparziale, nemmeno la legge statale ordinaria può rendere legittima la scelta del terzo arbitro da parte di un'autorità amministrativa. Ne consegue che la soluzione legislativa è di sospetta costituzionalità[81]".

Dubbi di costituzionalità che oggi continuano ad investire anche il sistema del "doppio binario" previsto dagli artt. 241 e ss. del d.lgs. 163 del 2006 e non sono certo stati sopiti dal recepimento delle

disposizioni in discorso all'interno del nuovo Codice dei contratti pubblici.

-
- (*) Lo scritto riproduce, con alcune modificazioni, il primo capitolo del libro *L'arbitrato nel nuovo codice dei contratti pubblici. Guida al giudizio arbitrale nei confronti della p.a.* Giuffrè, Milano, 2007.
- [1] RECCHIA G. *Arbitrato di diritto comune e amministrazioni pubbliche* in *Riv. trim. appalti*, 1998, 7.
- [2] Per ulteriori indicazioni normative si rinvia a RECCHIA G. *Arbitrato di diritto comune e amministrazioni pubbliche cit.*, 8 e 13.
- [3] Al proposito, deve anzi essere ricordata la forte attenzione per l'istituto arbitrale presente negli accordi internazionali, anche con riferimento ai rapporti tra privati e p.a., RECCHIA G. *Arbitrato di diritto comune e amministrazioni pubbliche cit.*, 8.
- [4] RECCHIA G. *Arbitrato di diritto comune e amministrazioni pubbliche cit.*, 18.
- [5] Corte cost. 14 luglio 1977 n. 127 in *Giur. cost.*, 1977, 1103; *Giust. civ.*, I, 1977, 297.
- [6] RECCHIA G. *Arbitrato di diritto comune e amministrazioni pubbliche cit.*, 18; la previsione dell'art. 806, 1° comma c.p.c. assumerebbe quindi il valore di " principio generale, costituzionalmente garantito, dell'intero ordinamento".
- [7] Si vedano, al proposito, le diverse opinioni già emerse davanti alla Commissione speciale del Consiglio di Stato per i capitolati per gli appalti dei lavori di costruzione delle ferrovie complementari, nel periodo 1880-1881; RECCHIA G. *Arbitrato di diritto comune e amministrazioni pubbliche cit.*, 21.
- [8] Per alcuni autori ancora vigente, anche dopo l'intervento della l. 109 del 1994, ma poi formalmente abrogato dall'art. 231 del d.p.r. 21 dicembre 1999 n. 544.
- [9] GRISOSTOMI TRAVAGLINI L. *Rilievi sulla parziale illegittimità costituzionale del sistema declinatorio della competenza arbitrale in materia di opere pubbliche* in *Giust. civ.* 1996, I, 2498.
- [10] RECCHIA G. *Arbitrato di diritto comune e amministrazioni pubbliche cit.*, 20.
- [11] CIANFLONE A. *L'appalto di opere pubbliche*, VIII ed., 1993, Milano, Giuffrè, 166.
- [12] La tendenza a ravvisare una qualche forma di giurisdizione speciale nelle previsioni in materia di arbitrato contenute nelle leggi sui lavori pubblici è però destinata a riemergere periodicamente; si veda, ad es., la posizione di FAZZALARI E. *Una vicenda singolare: l'arbitrato in materia di opere pubbliche* in *Riv. arbitrato*, 1998, 813 e ss. Sulle tesi che individuano, nelle previsioni in materia di arbitrato contenute nelle leggi sui lavori pubblici, delle vere e proprie ipotesi di giurisdizione speciale, si rinvia oggi a RUFFINI G. *Volontà delle parti e arbitrato nelle controversie relative agli appalti pubblici* in *Riv. arbitrato*, 2001, 643 e ss.
- [13] RECCHIA G. *Arbitrato di diritto comune e amministrazioni pubbliche cit.*, 22. Sulla tematica della natura, normativa o contrattuale, dei capitolati generali, si rinvia a VIOLA L. *Condizioni generali di contratto e pubblica amministrazione* 2000, Padova, CEDAM, 80 e ss.
- [14] RECCHIA G. *Arbitrato di diritto comune e amministrazioni pubbliche cit.*, 22.
- [15] GRISOSTOMI TRAVAGLINI L. *La declinatoria della competenza arbitrale ex art. 16 l. 10 dicembre 1981 n. 741 al vaglio delle Sezioni Unite della Corte di cassazione* in *Giust. civ.*, 1995, I, 2646.
- [16] Corte cost. 14 luglio 1977 n. 127, *cit.*
- [17] SANDULLI A.M. *Prime considerazioni sulla l. n. 741 del 1981* in *Riv. giur. edilizia* 1982, II, 285.
- [18] RECCHIA G. *Arbitrato di diritto comune e amministrazioni pubbliche cit.*, 24.
- [19] Per i dubbi giurisprudenziali in ordine alla natura dell'arbitrato ex art. 16 l. 741 del 1981, si rinvia a GRISOSTOMI TRAVAGLINI L. *La declinatoria della competenza arbitrale ex art. 16 l. 10 dicembre 1981 n. 741 al vaglio delle Sezioni Unite della Corte di cassazione cit.*, 2647 e a RECCHIA G. *Arbitrato di diritto comune e amministrazioni pubbliche cit.*, 25.
- [20] In *Riv. trim. appalti*, 1996, 503 con note di LASCARO e GIACOBBE; *Foro pad.*, 1996, I, 255 con nota di RUBINO SAMMARTANO; *Giust. civ.* 1996, I, 2491 con nota di GRISOSTOMI TRAVAGLINI; *Riv. arbitrato*, 1996, 501 con nota di RECCHIA; *Cons. St.*, 1996, II, 840; *Foro it.*, 1996, I, 1905; *Giur. it.*, 1996, I, 430; *Giur. cost.*, 1996, 1452. L'ordinanza di rimessione (Cass. ord. 21 luglio 1995 n. 575) è pubblicata in *Riv. giur. edilizia*, 1996, I, 613.
- [21] "Il silenzio serbato dalla Pubblica amministrazione riguardo alla deroga alla competenza arbitrale -pur a fronte di un rinvio ricognitivo al Capitolato generale presente nel bando di gara- o l'inserimento di una clausola compromissoria nella proposta di appalto a trattativa privata, attribuiscono, di fatto, alla sola Pubblica amministrazione la scelta in favore della competenza arbitrale, che la controparte, se vuole partecipare alla gara è tenuta ad accettare": Corte cost. 9 maggio 1996 n. 152, *cit.*

- [22] "L'arbitrato può invece ritenersi non obbligatorio quando -come prevedeva l'originaria formulazione dell'art. 47- anche dopo l'aggiudicazione dell'appalto e fino alla nomina degli arbitri per la decisione sull'insorta controversia, sia consentita la facoltà, all'una o all'altra parte del rapporto, di scegliere ancora la competenza ordinaria"; Corte cost. 9 maggio 1996 n. 152, *cit.*
- [23] Cass. 20 maggio 1997 n. 4474 in *Mass. Giust. civ.*, 1997, 798.
- [24] Cass. 3 gennaio 1997 n. 549 in *Mass. Giust. civ.*, 1997, 64.
- [25] Sulla modifica del capitolato del Provveditorato generale dello Stato, si veda GALLI D. *La risoluzione delle controversie sugli appalti di competenza del Provveditorato Generale dello Stato* in *Giornale dir. amm.*, 1998, 310.
- [26] Sul nuovo capitolato generale dell'Amministrazione della difesa, si rinvia al commento di LUISO F.P. *L'arbitrato per i contratti stipulati dall'Amministrazione della difesa (d.m. 14 aprile 2000, n. 200)* in *Riv. arbitrato*, 2001, 349.
- [27] CANNADA BARTOLI E. *L'arbitrato nella legge quadro sui lavori pubblici* in *Riv. arbitrato*, 1994, 423 e RECCHIA G. *Arbitrato di diritto comune e amministrazioni pubbliche cit.*, 11.
- [28] CANNADA BARTOLI E. *L'arbitrato nella legge quadro sui lavori pubblici cit.*, 427.
- [29] FAZZALARI E. *L'arbitrato nei lavori pubblici: il giudice togato come arbitro ed altri problemi (Nota a T.A.R. Lazio, sez. I, ord., 5 giugno 1996, n. 1487, De Tommaso c. Min. giust.)* in *Riv. arbitrato*, 1996, 314.
- [30] CANNADA BARTOLI E. *L'arbitrato nella legge 2 giugno 1995 n. 216 sui lavori pubblici* in *Riv. arbitrato* 1996, 465.
- [31] CANNADA BARTOLI E. *L'arbitrato nella legge 2 giugno 1995 n. 216 sui lavori pubblici cit.*, 465; VERDE *Arbitrato e pubblica amministrazione* in *Dir. proc. amm.*, 1996, 224.
- [32] In *Urbanistica e appalti*, 1997, 21. Sulla circolare Di Pietro, si veda LOCATI M. *La circolare Di Pietro sulla legge Merloni* in *Urbanistica e appalti*, 1997, 28 e ss.
- [33] SANINO M. *La nuova disciplina del contenzioso tra amministrazione committente e appaltatore in materia di opere pubbliche* in *Riv. trim. appalti*, 1996, 137.
- [34] L'art. 32 della l. 109 del 1994 è infatti norma di principio che non regola tutti gli aspetti dell'istituto arbitrale, MATASSA N. *L'arbitrato nei lavori pubblici dopo la "Merloni ter" e aspettando il regolamento* in *Urbanistica e appalti*, 1999, 247.
- [35] Si vedano, soprattutto, le posizioni di CANNADA BARTOLI E. *L'arbitrato nella legge 2 giugno 1995 n. 216 sui lavori pubblici cit.*, 467 e di MATASSA N. *L'arbitrato nei lavori pubblici dopo la "Merloni ter" e aspettando il regolamento cit.*, 251.
- [36] RUFFINI G. *Volontà delle parti e arbitrato nelle controversie relative agli appalti pubblici cit.*, 649.
- [37] Sulla Camera arbitrale dei lavori pubblici, VERDE G. *Le funzioni "paragiurisdizionali" della Camera arbitrale per i lavori pubblici* in *Riv. arbitrato*, 2001, 161 e LUISO F.P. *La Camera arbitrale per i lavori pubblici, ivi*, 2000, 411.
- [38] PELILLO S. *Il nuovo arbitrato in materia di opere pubbliche* in *Riv. arbitrato*, 2001, 802.
- [39] Per un commento al d.m. 398 del 2000, si rinvia a LUISO F.P. *Il regolamento del processo arbitrale per i lavori pubblici* in *Riv. arbitrato*, 2001, 1 e ss.; PELILLO S. *Il nuovo arbitrato in materia di opere pubbliche cit.*, 819; VERDE G. *Le funzioni "paragiurisdizionali" della Camera arbitrale per i lavori pubblici cit.*, 161.
- [40] Le citazioni sono da MATASSA N. *L'arbitrato nei lavori pubblici dopo la "Merloni ter" e aspettando il regolamento cit.*, 249, ove è anche un riferimento all'esperienza internazionale ed italiana (soprattutto, per quello che riguarda le Camere arbitrali istituite dalle Camere di commercio in questi anni) ed un tentativo di inquadramento codicistico dell'istituto. PELILLO S. *Il nuovo arbitrato in materia di opere pubbliche cit.*, 828 aggiunge anche l'ulteriore coloritura costituita dall'aspirazione alla riduzione dei costi: si tratterebbe quindi di "arbitrato facoltativo, rituale, amministrato anche per i compensi agli arbitri e calmierato nei costi".
- [41] MATASSA N. *L'arbitrato nei lavori pubblici dopo la "Merloni ter" e aspettando il regolamento cit.*, 249; nello stesso senso, anche RUFFINI G. *Volontà delle parti e arbitrato nelle controversie relative agli appalti pubblici cit.*, 651.
- [42] RUFFINI G. *Volontà delle parti e arbitrato nelle controversie relative agli appalti pubblici cit.*, 651.
- [43] MATASSA N. *L'arbitrato nei lavori pubblici dopo la "Merloni ter" e aspettando il regolamento cit.*, 250.
- [44] RUFFINI G. *Volontà delle parti e arbitrato nelle controversie relative agli appalti pubblici cit.*,

654. Più difficile la giustificazione delle scelte operate dalle fonti normative in materia di arbitrato nelle opere pubbliche, ove si aderisca all'impostazione che desume l'esistenza di un "diritto all'arbitrato" dalla previsione dell'art. 24, 1° comma Cost.; sul punto RUFFINI G. *Volontà delle parti e arbitrato nelle controversie relative agli appalti pubblici cit.*, 652, nt. 38.

[45] LUIISO F.P. *Il regolamento del processo arbitrale per i lavori pubblici cit.*, 7; il giudizio e ribadito anche in LUIISO F.P. *La Camera arbitrale per i lavori pubblici, cit.*, 424.

[46] Per un primo commento alla previsione, si vedano VERDE G. *Ancora su arbitri e pubblica amministrazione (in occasione della l. 21 luglio 2000 n. 205 art. 6)* in *Riv. arbitrato*, 2000, 387; ROMANO TASSONE A. *Giurisdizione amministrativa ed arbitrato nella l. n. 20/2000 ivi*, 2001, 636; VERDE G. *Arbitrato e pubblica amministrazione, ivi*, 2001, 407; LUIISO F.P. *Arbitrato e giurisdizione nelle controversie devolute al giudice amministrativo ivi*, 2001, 421.

[47] Si tratta di Corte cost. 13 aprile 2000 n. 115 in *Riv. arbitrato*, 2000, 275 con nota di AULETTA F. *Tra illegittimità costituzionale e non fondatezza della questione: una terza via per le leggi di arbitrato "obbligatorio"?*

[48] Corte cost. 13 aprile 2000 n. 115, *cit.*

[49] AULETTA F. *Tra illegittimità costituzionale e non fondatezza della questione: una terza via per le leggi di arbitrato "obbligatorio"?* in *Riv. arbitrato*, 2000, 27.

[50] In *Giur. cost.* 2005, fasc. 3; *Foro amm. CDS* 2005, 1653; *Riv. arbitrato* 2005, 515 con nota di VERDE; *Riv. giur. ed.* 2005, I, 1043 con nota di ANTONIOLI; *D&G - Dir. e Giust.* 2005, fasc. 27, 52.

[51] Corte cost. 8 giugno 2005 n. 221 *cit.*

[52] DE NICTOLIS R. *L'arbitrato delle pubbliche amministrazioni, dalla legge Merloni alla legge 166/2002* in *Urbanistica e appalti*, 2002, 1021 e *L'arbitrato in materia di opere pubbliche* in CARINGELLA F. e DE MARZO G. *La nuova disciplina dei lavori pubblici*, 2003, IPSOA, 1697, VOLPE C. *Risoluzione delle controversie e norme processuali nella legge obiettivo. Alcune considerazioni sugli artt. 12 e 14, d.lgs. 20 agosto 2002 n. 190* in *Riv. trim. app.*, 2002, 729; FOLLIERI E. *Le modifiche apportate all'arbitrato negli appalti dei lavori pubblici dalla legge 80/2005* in *Urbanistica e appalti*, 2006, 258.

[53] DE NICTOLIS R. *L'arbitrato delle pubbliche amministrazioni, dalla legge Merloni alla legge 166/2002 cit.*, 1021 e *L'arbitrato in materia di opere pubbliche cit.*, 1697; FOLLIERI E. *Le modifiche apportate all'arbitrato negli appalti dei lavori pubblici dalla legge 80/2005 cit.*, 259.

[54] In questo senso già DE NICTOLIS R. *L'arbitrato in materia di opere pubbliche cit.*, 1697; FOLLIERI E. *Le modifiche apportate all'arbitrato negli appalti dei lavori pubblici dalla legge 80/2005 cit.*, 259.

[55] FOLLIERI E. *Le modifiche apportate all'arbitrato negli appalti dei lavori pubblici dalla legge 80/2005 cit.*, 259.

[56] DE NICTOLIS R. *L'arbitrato delle pubbliche amministrazioni, dalla legge Merloni alla legge 166/2002 cit.*, 1021 e *L'arbitrato in materia di opere pubbliche cit.*, 1696.

[57] Cons. Stato, sez. IV, 17 ottobre 2003 n. 6335 in *D&G - Dir. e Giust.* 2003, f. 39, 72 con note di CASSANO e NISATI; *Foro amm. CDS* 2003, 2941; *Giur. it.* 2004, 61 con note di CASSANO e NISATI; *Foro it.* 2004, III, 73 con note di CARROZZA e FRACCHIA; *Studium Juris* 2004, 265; *Riv. arbitrato* 2004, 743 con nota di LUIISO; *Giur. it.* 2004, 535 con nota di BUONFRATE; *Foro padano* 2003, I, 511; sulla sentenza, si veda anche STUMPO G. *Appalti pubblici di lavori ed arbitrato: alcune considerazioni sull'evoluzione del meccanismo di risoluzione, anche alla luce della pronuncia del Consiglio di Stato 17 ottobre 6335* in *Riv. trim. app.*, 2004, 627.

[58] FOLLIERI E. *Le modifiche apportate all'arbitrato negli appalti dei lavori pubblici dalla legge 80/2005 cit.*, 259.

[59] Cons. Stato, sez. IV, 17 ottobre 2003 n. 6335 *cit.*

[60] Cons. Stato, sez. IV, 17 ottobre 2003 n. 6335 *cit.*

[61] FOLLIERI E. *Le modifiche apportate all'arbitrato negli appalti dei lavori pubblici dalla legge 80/2005 cit.*, 260.

[62] Per i problemi di competenza territoriale originati dalla soluzione si rinvia a FOLLIERI E. *Le modifiche apportate all'arbitrato negli appalti dei lavori pubblici dalla legge 80/2005 cit.*, 260, nt. 10.

[63] FOLLIERI E. *Le modifiche apportate all'arbitrato negli appalti dei lavori pubblici dalla legge 80/2005 cit.*, 260 sulle orme di Cass. 3 ottobre 2002 n. 14182 in *Giust. civ. Mass.* 2002, 1762; *Giust. civ.* 2003, I, 1283 con nota di GIACOBBE; *Dir. e giur.* 2002, 208; *Bollettino legisl. tecnica* 2002, 1054; *Riv. arbitrato* 2003, 293 con nota di CECHELLA.

[64] CANCRINI A. *Risoluzione del contratto di appalto e giudizi arbitrali dopo la legge 80/2005* in *Urbanistica e appalti* 2005, 1000.

- [65] FOLLIERI E. *Le modifiche apportate all'arbitrato negli appalti dei lavori pubblici dalla legge 80/2005 cit.*, 260.
- [66] FOLLIERI E. *Le modifiche apportate all'arbitrato negli appalti dei lavori pubblici dalla legge 80/2005 cit.*, 261 che opta decisamente per l'interpretazione più lata possibile della disposizione di sanatoria e quindi per la prima alternativa. CLARIZIA A. *L'arbitrato negli appalti di lavori pubblici: il nuovo regime introdotto dal decreto sulla competitività* in *Giustizia amministrativa* 2005, 859 rileva però come il problema sia "superato dall'ampio ambito oggettivo di operatività della norma, riferentesi all'osservanza delle norme di procedura civile, che quindi non possono assumere nessun rilievo ostativo nella fase intercorrente tra la notifica della domanda di arbitrato e la costituzione del collegio, momento nel quale si stabilisce la sede, il segretario e l'articolazione procedimentale" ..
- [67] Per un primo commento alle disposizioni, si vedano FOLLIERI E. *Le modifiche apportate all'arbitrato negli appalti dei lavori pubblici dalla legge 80/2005 cit.*, 261; CANCRINI A. *Risoluzione del contratto di appalto e giudizi arbitrali dopo la legge 80/2005 cit.*, 1000; CLARIZIA A. *L'arbitrato negli appalti di lavori pubblici: il nuovo regime introdotto dal decreto sulla competitività cit.*, 857.
- [68] FOLLIERI E. *Le modifiche apportate all'arbitrato negli appalti dei lavori pubblici dalla legge 80/2005 cit.*, 261.
- [69] Per un quadro riassuntivo delle differenziazioni si rinvia a FOLLIERI E. *Le modifiche apportate all'arbitrato negli appalti dei lavori pubblici dalla legge 80/2005 cit.*, 261.
- [70] FOLLIERI E. *Le modifiche apportate all'arbitrato negli appalti dei lavori pubblici dalla legge 80/2005 cit.*, 261.
- [71] Le citazioni sono da FOLLIERI E. *Le modifiche apportate all'arbitrato negli appalti dei lavori pubblici dalla legge 80/2005 cit.*, 262.
- [72] FOLLIERI E. *Le modifiche apportate all'arbitrato negli appalti dei lavori pubblici dalla legge 80/2005 cit.*, 262.
- [73] CANCRINI A. *Risoluzione del contratto di appalto e giudizi arbitrali dopo la legge 80/2005 cit.*, 1000.
- [74] FOLLIERI E. *Le modifiche apportate all'arbitrato negli appalti dei lavori pubblici dalla legge 80/2005 cit.*, 262.
- [75] BALDI M. *Contratti esclusi in tutto o in parte dall'ambito di applicazione del codice in Urbanistica e appalti*, 2006, 758.
- [76] Per un più approfondito commento al settore dei contratti esclusi dall'applicabilità del Codice, si rinvia a BALDI M. *Contratti esclusi in tutto o in parte dall'ambito di applicazione del codice cit.*, 758.
- [77] GIAMPAOLINO L. *Il nuovo Codice degli appalti: rischi ed opportunità* in *www.GiustAmm.it Rivista di diritto pubblico*; l'espressione più netta dell'orientamento favorevole all'interpretazione estensiva della delega prevista dall' art. 25 della l. 18 aprile 2005 n. 62 è costituita dal parere del Consiglio di Stato sul Codice dei contratti pubblici (Cons. Stato Sez. cons. atti normativi 6 febbraio 2006 n. 355/06 in *www.GiustAmm.it Rivista di diritto pubblico*).
- [78] GIAMPAOLINO L. *Il nuovo Codice degli appalti: rischi ed opportunità cit.*
- [79] In *www.GiustAmm.it Rivista di diritto pubblico*.
- [80] Né maggiori lumi possono ottenersi dal richiamo alle previsioni della dir. Consiglio CE 21 dicembre 1989 n. 665 che riguarda solo le "disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori" e non la fase esecutiva del contratto che è interessata dall'arbitrato.
- [81] FOLLIERI E. *Le modifiche apportate all'arbitrato negli appalti dei lavori pubblici dalla legge 80/2005 cit.*, 262.

(pubblicato il 10.1.2007)

