

Ministero per i Beni e le Attività Culturali

AG 10/2011

8 aprile 2011

Oggetto: Convenzione per la realizzazione in regime di concessione di progetti finanziati con deliberazione del CIPE del 12 maggio 1988. Richiesta di parere.

In esito a quanto richiesto con nota n. 4775 del 9 marzo u.s. si comunica che il Consiglio dell'Autorità nell'adunanza del 7-8 aprile 2011 ha approvato le seguenti considerazioni.

Al fine di definire la fattispecie sembra opportuno - in via preliminare - delineare brevemente (per gli aspetti che qui rilevano) la disciplina in materia di arbitrato succedutasi nel tempo dal 1988 ad oggi. Al riguardo occorre richiamare, in primo luogo, il D.P.R. n. 1063/1963 (Approvazione del capitolato generale d'appalto per le opere di competenza del Ministero dei lavori pubblici) il quale prevedeva, all'art. 43, la devoluzione ad un collegio arbitrale di tutte le controversie insorte tra Amministrazione ed appaltatore, precisando, all'art. 47 (nella versione modificata dall'art. 16 della legge n. 741/1981), che in deroga alle disposizioni degli articoli 43 e segg., 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.

Su tali disposizioni è intervenuta la Corte Costituzionale con decisione n.152/1996, nella quale è stato osservato che in base al combinato disposto degli artt. 24, primo comma e 102, primo comma, della Costituzione, il fondamento di qualsiasi arbitrato è da rinvenirsi unicamente nella libera scelta delle parti e non nella legge, o più generalmente in una volontà autoritativa; pertanto, è in contrasto con tali parametri costituzionali l'art. 16 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, prevedendo che la competenza arbitrale può essere derogata solo con clausola inserita nel bando o invito di gara, oppure nel contratto in corso di trattativa privata, non consente che la competenza possa essere derogata anche con atto unilaterale di ciascuno dei contraenti, come invece avveniva nel vecchio testo dell'art. 47 del capitolato generale in questione (avviso confermato anche in successive decisioni del giudice costituzionale, *ex multis* n. 221/2005)

Pertanto, a seguito di tale declaratoria, la competenza arbitrale prevista dall'indicata disposizione non deve più considerarsi vincolante, con la conseguenza che una delle parti contraenti può legittimamente manifestare la propria volontà di deroga, rivolgendosi all'Autorità giudiziaria ordinaria, senza che la controparte abbia facoltà di opporsi (Cass. Civ. n. 349/1997, Cass. Sez. Unite Civili n. 10873/2008).

In conformità a tale indirizzo, l'art. 32 della legge n. 109/1994 (e relativo regolamento attuativo, D.P.R. 554/1999), nella versione modificata dalla legge 14 maggio 2005, n. 80 (di conversione del d.l. 14 marzo 2005, n. 35), ha previsto la possibilità di devolvere al collegio arbitrale le controversie insorte tra le parti - rimettendo dunque la scelta alle parti - mediante un sistema "binario", a seconda che queste ultime fossero o meno d'accordo sul nominativo del terzo arbitro [in caso di accordo, il procedimento seguiva il modello dell'arbitrato libero, ai sensi del codice di procedura civile; nell'ipotesi di mancato accordo, l'arbitrato si svolgeva secondo il modello di arbitrato amministrato dalla Camera arbitrate, ai sensi del DM n. 398/2000 e, solo per quanto da esso non disciplinato, le norme del codice di procedura. Lo stesso art. 32 ha disposto, al comma 4, la cessazione dell'efficacia degli articoli da 42 a 51 del D.P.R. n. 1063/1962 a decorrere dall'entrata in vigore del regolamento attuativo.

Il D.Lgs. 163/2006, nel confermare il predetto sistema [ex artt. 241 e 243, la Camera arbitrate interviene solo nell'ipotesi in cui manca l'accordo delle parti sulla nomina del terzo arbitro, mentre con il consenso delle parti il giudizio arbitrate avviene in forma libera] e l'applicazione delle norme del codice di procedura civile, prevede all'art. 241, nella versione modificata dal D.Lgs. n. 53/2010, che le controversie sui diritti soggettivi derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici possono essere deferite ad arbitri; la stazione appaltante indica nel bando o nell'avviso con cui indice la gara ovvero, per le procedure senza bando, nell'invito, se il contratto conterrà, o meno, la clausola compromissoria. L'aggiudicatario può recusare la clausola compromissoria, che in tale caso non è inserita nel contratto comunicandolo alla stazione appaltante entro venti giorni dalla conoscenza dell'aggiudicazione.

Il citato D.Lgs. 53/2010 ha previsto, inoltre, all'art. 15, comma 6, che "La disciplina introdotta dagli articoli 4 e 5 [che modificano gli articoli 240, 241, 243 del Codice] si applica ai bandi, avvisi di gara e inviti pubblicati successivamente alla entrata in vigore del presente decreto, nonché ai contratti aggiudicati sulla base di essi e ai relativi giudizi arbitrali". Tale ultima disposizione è stata abrogata dal D.L. n. 40/2010, conv. in L. n. 73/2010, che all'art. 4, comma 7, ultimo periodo, dispone che "La disciplina introdotta dagli articoli 4 e 5 [che modificano gli articoli 240, 241, 243 del Codice] del decreto legislativo 20 marzo 2010, n. 53, non si applica per i collegi arbitrali già costituiti alla data di entrata in vigore del predetto decreto legislativo e il comma 6 dell'articolo 15 del citato decreto legislativo è abrogato".

Infine, l'art. 253, comma 34, del D.Lgs. 163/2006, prevede una disciplina transitoria per l'applicazione degli articoli 241, 242, 243 agli arbitrati contemplati in contratti d'appalto stipulati in

epoca precedente all'entrata in vigore del Codice. In particolare (per quanto qui rileva) si prevede che dalla data di entrata in vigore del d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554, il richiamo ai collegi arbitrali da costituire ai sensi della normativa previgente di cui al d.P.R. 16 luglio 1962, n. 1063, contenuto nelle clausole dei contratti di appalto già stipulati, deve intendersi riferito ai collegi da nominare con le nuove procedure secondo le modalità previste dal codice e i relativi giudizi si svolgono secondo la disciplina ivi fissata.

Alla luce del quadro normativo sopra delineato, pertanto, le disposizioni di cui agli articoli 241 e seguenti del D.Lgs. 163/2006 trovano applicazione per i collegi arbitrali da costituire e previsti in contratti stipulati in epoca precedente all'entrata in vigore del Codice (ex art. 253, comma 34 del Codice e art. 4, comma 7, D.L. 40/2010).

Tali disposizioni appaiono in linea con l'illustrato indirizzo giurisprudenziale in materia, posto che l'art. 241 del Codice prevede la possibilità - e non l'obbligo - di ricorrere al giudizio arbitrale per la soluzione delle controversie tra PA ed appaltatore ed inoltre la competenza arbitrale può essere derogata da ciascuno dei contraenti. Infatti, tale disposizione prevede per la PA la possibilità di scegliere a monte della procedura detta competenza, manifestando tale volontà negli atti di gara, mentre l'aggiudicatario ha facoltà di recusare la clausola compromissoria (che quindi non è inserita nel contratto), comunicandolo alla stazione appaltante entro venti giorni dalla conoscenza dell'aggiudicazione. Le posizioni delle parti appaiono, dunque, equilibrate in relazione alla possibilità - riconosciuta ad entrambe - di derogare alla competenza arbitrale.

Sulla base delle considerazioni che precedono, in relazione alla fattispecie in esame, possibile osservare quanto segue.

La clausola compromissoria contenuta nella convenzione del 1988, che rinvia al D.P.R. 16 luglio 1962, n. 1063 per la definizione delle controversie tra PA ed appaltatore, deve essere letta alla luce dell'avviso del giudice costituzionale in materia che - come chiarito dalla Corte di Cassazione nelle decisioni richiamate in premessa - ha comportato il recupero della facoltà di declinare la competenza arbitrale da parte dei contraenti.

Il fondamento di qualsiasi arbitrato, infatti, e da rinvenirsi unicamente nella libera scelta delle parti e, pertanto, il rinvio al D.P.R. 1062/1963 contenuto nella clausola *de qua*, deve essere letto come possibilità sia per la PA sia per il privato di derogare alla competenza arbitrale anche con atto unilaterale di ciascuno dei contraenti. Una simile lettura trova peraltro conforto nella disciplina attualmente in vigore la quale, come visto, prevede (art. 241 del Codice) per entrambe le parti la possibilità di ricorrere o meno alla competenza arbitrale (la PA in sede di redazione del bando e l'impresa entro 20 giorni dall'aggiudicazione).

Ed è evidente che nel caso di specie tale facoltà di deroga - non esercitata *ab origine* per effetto dell'obbligatoria devoluzione delle liti al collegio arbitrale sancita dal D.P.R. n. 1063/1962 - possa essere esercitata *al momento* dalle parti, essendo insorta solo nel gennaio 2011 una lite tra le stesse.

A ciò si aggiunga che sulla base dell'illustrato quadro normativo, ove le parti decidano di ricorrere al giudizio arbitrale per la definizione della predetta lite, posto che nella fattispecie il collegio non è ancora costituito, per tale nomina e per il relativo giudizio, deve trovare applicazione la disciplina attualmente in vigore in materia di arbitrato, come contenuta negli articoli 241 e seguenti del Codice; in tal senso dispone - come visto - l'art. 253, comma 34 del Codice e l'art. 4, comma 7, del D.L. n. 40/2010 (conv. in L. n. 73/2010), sopra richiamato.

Ai fini dell'esercizio dell'attività di vigilanza di competenza di questa Autorità, si richiede a codesta Amministrazione, ai sensi dell'art. 6, comma 9, lettera a) del d.lgs. 163/2006, l'invio, entro e non oltre 20 giorni dalla ricezione della presente, della convenzione stipulata il 18 ottobre 1988 con l'impresa ICLA SpA e una dettagliata relazione sull'andamento delle lavorazioni, con particolare riguardo ad eventuali aspetti di criticità che hanno dato luogo a contenziosi con l'impresa appaltatrice, riserve, varianti o, comunque, ad una modifica nell'andamento delle lavorazioni.

Avv. Giuseppe Busia