



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### L'arbitrato e le attività della Camera arbitrale

#### 1. Le innovazioni del 2017

Il d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56, recante il c.d. correttivo al codice dei contratti pubblici contenuto nel d.lgs. n. 50/2016, ha apportato una sola, ma essenziale, innovazione per quanto riguarda l'arbitrato nella materia dei contratti pubblici di appalto.

Completando infatti quanto già previsto in punto di diritto intertemporale dall'art. 216, comma 22, del codice e sgombrando nel contempo il campo da possibili interpretazioni opportunistiche che avrebbero potuto minare la certezza, prevedibilità e credibilità complessiva del sistema, l'art. 128, comma 1, del d.lgs. n. 56/2017 ha disposto che "le procedure di arbitrato di cui all'articolo 209 si applicano anche alle controversie su diritti soggettivi, derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici di cui al medesimo art. 209, comma 1, per i quali i bandi o avvisi siano stati pubblicati prima della entrata in vigore del presente codice".

La descritta novità è importante perché vale a precludere l'avverarsi dei rischi per l'arbitrato e per le sue specifiche esigenze di integrità, legalità e responsabilità nella materia dei contratti pubblici - come già rappresentate alla stregua di criteri direttivi nella legge delega n. 11 del 2016 - che erano insiti in una indiscriminata estensione del regime dell'ultrattività del codice del 2006 come regola prioritaria per la definizione del diritto intertemporale; rischi che venivano a toccare, in particolare, alcune delle principali innovazioni introdotte dal codice del 2016, quali l'unificazione delle procedure di arbitrato, che ha cancellato la precedente distinzione tra arbitrato "amministrato" e arbitrato "libero", la più stringente definizione delle cause di incompatibilità, che ha portato alla determinazione di regole di vera e propria inconfirabilità dell'incarico arbitrale, la ricomposizione dei limiti alla quantificazione dei compensi arbitrali, evidentemente cruciale per la economicità delle procedure arbitrali (altro criterio direttivo stabilito dalla legge delega). Rischi, del resto, che la Camera arbitrale aveva potuto più volte cogliere nella sua concreta operatività nel corso del periodo successivo alla entrata in vigore del nuovo codice e che in un caso - quello della elusione o del superamento dei limiti ai compensi arbitrali - avevano addirittura indotto la Camera stessa a presentare apposita *Segnalazione* (la *Segnalazione* n. 1 del 2017) all'ANAC e alla Cabina di regia ai sensi dell'art. 210, comma 6, del d.lgs. n. 50/2016); e a tale *Segnalazione* aveva per il vero fatto seguito una proposta espressamente avanzata dall'ANAC in occasione dell'audizione del suo Presidente presso le competenti commissioni parlamentari, sostanzialmente molto simile alla nuova norma di diritto transitorio introdotta con il d.lgs. n. 57/2017 e sopra riportata.

Non è certamente da escludere che possano venire ancora sollevate questioni richiedenti particolare attenzione circa la applicazione a fattispecie pregresse della nuova disciplina del 2016 come ora disposta dalla testé riportata novella del 2017: tale è possibile ritenere, ad esempio, il

caso della permanenza o meno dell'obbligo dell'autorizzazione espressa – nella forma della c.d. autorizzazione postuma – da parte dell'organo di governo del soggetto pubblico al deferimento in arbitrato per le controversie inerenti a contratti stipulati prima della entrata in vigore della legge n. 190/2012 (che tale autorizzazione, come è noto, nella forma dell'atto previo all'inserimento nel contratto della clausola compromissoria aveva introdotto), ma la cui domanda di arbitrato non sia stata presentata in vigenza del codice del 2006 e delle sue modifiche e integrazioni, bensì solo successivamente alla entrata in vigore del codice del 2016. Alla Camera arbitrale è infatti ben presente che, a seguito della intervenuta abrogazione ad opera dell'art. 217 del d.lgs. n. 50/2016 del comma 25 (insieme ad altri commi rilevanti in materia di arbitrato) dell'art. 1 della citata legge n. 190/2012, su cui era stato fondato (anche dalla Determinazione ANAC n. 6/2013 e s.m.i.) tale obbligo di autorizzazione “postuma”, sono stati formulati orientamenti diversi appunto quanto alla permanenza o meno dell'obbligo in questione. Nondimeno si ritiene che, previa attenta e doverosa valutazione di tutti gli atti concretamente posti in essere per ogni specifica vicenda contrattuale dalle parti interessate, sia possibile pervenire in via interpretativa e pur nel rispetto degli indirizzi espressi dalla Corte costituzionale a una equilibrata soluzione soddisfacente per tutti gli interessi in gioco, pubblici e privati, in coerenza con le regole di decisione che la Camera arbitrale ha seguito ogni qual volta abbia dovuto procedere all'assunzione in questo periodo delle proprie determinazioni al riguardo ed anche in occasione della presentazione di una apposita risoluzione contenente proposta per la revisione della Determinazione ANAC.

Altre innovazioni intercorse nel 2017 concernono piuttosto l'attività della Camera arbitrale, anche al di fuori del tradizionale perimetro dei contratti pubblici.

Per un verso, infatti, alla Camera arbitrale - si può ritenere come riconoscimento e valorizzazione della sua particolare posizione di organismo neutro e imparziale collocato presso l'ANAC - sono state assegnate rilevanti funzioni regolatorie per l'applicazione dell'arbitrato all'erogazione da parte del Fondo di solidarietà di prestazioni in favore degli investitori in banche soggette a procedure di risoluzione (ma si veda in proposito il paragrafo 4 di questo capitolo).

Per altro verso, e questa volta nuovamente con riguardo alla materia dei contratti pubblici, la Camera arbitrale ha continuato, in funzione della massima trasparenza, l'opera (già illustrata nella *Relazione* precedente) di definizione delle regole generali per la conformazione della propria attività, esternalizzate nella forma dei *Comunicati*.

Da un lato, la Camera arbitrale ha preso in debita considerazione l'orientamento del legislatore volto a prescrivere sempre più diffuse e puntuali forme di pubblicità e trasparenza, anche mediante un ampio avvalimento degli strumenti della tecnologia informatica, circa lo svolgimento dell'attività contrattuale delle pubbliche amministrazioni (ivi compreso l'eventuale momento del contenzioso), in funzione di rafforzamento delle finalità istituzionali di integrità e di legalità in settori che presentano più alti gradi di rischio di fenomeni corruttivi. La Camera, pertanto, con il *Comunicato* n. 1 del 2017 ha portato a pieno compimento la *ratio* sottesa in conformità a tale impostazione alla disposizione contenuta nell'art. 210, comma 13, del nuovo codice; con il suddetto *Comunicato*, infatti, è stata disposta, oltre alla pubblicazione dell'elenco degli arbitrati in corso e definiti, dei dati relativi alle vicende dei medesimi (comprese le eventuali soluzioni conciliative della controversia), dei nominativi e dei compensi degli arbitri e dei periti,

anche la pubblicazione integrale dei testi dei lodi depositati, nel rispetto della normativa circa la garanzia della riservatezza dei dati personali, in particolare previa anonimizzazione d'ufficio dei dati personali relativi alle persone fisiche che siano soggetti terzi rispetto alle parti interessate e agli altri soggetti impegnati nei ruoli funzionali tipici dei giudizi arbitrali.

Dall'altro lato, la Camera arbitrale ha proceduto, con due delibere dell'11 maggio 2017 e del 15 novembre 2017, all'aggiornamento di due suoi precedenti *Comunicati* (rispettivamente, il n. 5 del 2016 e il n. 1 del 2016) in ragione della necessità di adeguarli compiutamente alle modifiche intervenute nella normativa primaria e nel contempo di garantire il buon andamento della funzione di amministrazione dei procedimenti arbitrali. In particolare, con la prima sono state apportate integrazioni in punto di adempimenti per il perfezionamento del procedimento di nomina del collegio arbitrale, con la seconda sono state introdotte regole di contrasto alla eventuale inerzia delle parti, tali da salvaguardare comunque la prerogativa insita nel potere di nomina in specie del terzo arbitro con funzione di presidente del collegio stesso di cui è titolare la Camera stessa.

## **2. Una prima rassegna dei dati sull'arbitrato e qualche valutazione di sistema**

Nondimeno anche quest'anno rimane confermato il dato di incertezza nel quale, come rilevato nelle precedenti *Relazioni* annuali, vive da qualche tempo l'istituto dell'arbitrato per le controversie insorte nell'esecuzione dei contratti pubblici, questa volta affiancato, sul piano esterno, dalle difficoltà che ha incontrato l'effettiva applicazione dell'intero codice del 2016, orientato da indirizzi in parte non secondaria diversi dal passato.

Lo stesso dato costituito dal numero, pari a 9, delle domande di arbitrato "amministrato" dalla Camera arbitrale che sono state introdotte nel 2017 con istanza di nomina del terzo arbitro, guardato nel confronto con quello degli anni precedenti (v. Fig. 1), va infatti considerato nel nuovo quadro della unificazione delle procedure arbitrali disposto dal codice e dunque in questo contesto viene a rilevare nella suddetta direzione.

Del pari in diminuzione (qui senza momento alcuno di discontinuità) risulta il trend degli arbitrati "liberi", vale a dire quelli per i quali il presidente del collegio arbitrale è stato scelto d'accordo tra le parti (o su loro mandato dagli arbitri di parte). Il dato rilevante in proposito – pur non pienamente omogeneo con il precedente, ma l'unico che è conoscibile dalla Camera arbitrale sulla base dell'adempimento inerente al deposito del lodo previsto dal comma 13 dell'art.209 del d.lgs. n. 50/2016, e che per il 2017 è pari a 16 – contrassegna infatti in modo vistoso un ulteriore momento della flessione in atto negli ultimi quattro anni (vale a dire dal 2014 in poi), che ha portato in sostanza a ridurre a poco più di un terzo il numero medio di lodi pronunciati all'esito di una procedura libera rispetto alla quota 100 raggiunta (e superata) fino al 2011, e comunque a fronte di una media dei quattro anni precedenti che era appunto quasi uguale a 100 (v. ancora Fig. 1).

Almeno parzialmente nella stessa direzione di senso risulta essere orientata una seconda serie di dati, peraltro questa volta più strettamente omogenea al suo interno. Il valore delle controversie risolte con i lodi emessi a seguito di procedura amministrata (7 nel 2017) ha presentato un valore medio di circa 5.658.400 euro (formato da importi disposti tra un valore minimo di poco

inferiore a 197.098 euro e un valore massimo pari a 19.508.264 euro, con un forte intervallo tra i valori più bassi e i due valori più alti), che porta a un netto decremento rispetto al dato rilevato per l'anno precedente (pari a circa 15.816.777 euro, pareggiato solo ove si prendessero in considerazione i due valori contrattuali più alti). Per converso, lo stesso dato per il 2017 relativo ai 16 lodi depositati presso la Camera arbitrale a seguito di procedura libera espone un valore medio delle controversie pari a circa 3.193.516,93 (formato da importi disposti tra un valore minimo di 365,46 euro e un valore massimo di 10.500.000 euro), anche in questo caso con una evidente flessione (che tale rimane anche eliminando l'anomalo valore minimo, relativo a una pretesa di credito maturata al tempo della lira) rispetto al dato rilevato per l'anno precedente (pari a circa 8.241.940 euro, che rappresentava dal canto suo una flessione parimenti evidente soprattutto rispetto agli oltre 14 milioni di euro costituente la media del 2014) (v. Tab. 1, che ricomprende nel VI e nel V scaglione come definiti sulla base del d.m. 398/2000 i suddetti valori medi per il 2017 rispettivamente per i lodi "amministrati" e i lodi "liberi", ripartiti, a loro volta all'interno dello scaglione di riferimento, rispettivamente, tra valori sotto e sopra media).

Meno univoci, per l'anno 2017, sono gli elementi desumibili dall'esame dell'andamento delle funzioni di competenza della Camera arbitrale relativamente alla gestione dell'albo degli arbitri e dell'elenco dei periti per i giudizi arbitrali, tenuto conto dell'elemento normativo per il quale la durata della validità dell'iscrizione ai suddetti albo ed elenco è triennale (con una interruzione obbligatoria di un biennio prima di una eventuale, nuova iscrizione: art. 210, c. 10, del d.lgs. n. 50/2016). In effetti, nel 2017 solo per l'elenco dei periti (come negli ultimi anni) le "uscite" dal sistema non sono state compensate dalle "entrate" (con 45 cancellazioni a fronte di sole 24 nuove iscrizioni). L'albo degli arbitri, invece, segnando un prima inversione di tendenza, ha visto per il 2017 44 cancellazioni a fronte di 50 nuove iscrizioni.

Nel loro complesso questi primi dati, comunque, sembrano sufficienti per rappresentare una situazione di sostanziale stasi in cui è costretto l'arbitrato per il contenzioso dei contratti pubblici provocata dalle sinergie che si sono venute a realizzare tra alcuni fattori di indole anche diversa e che sono stati ampiamente analizzati nelle *Relazioni* degli ultimi anni.

Per converso, occorrerebbe muovere in proposito dalla consapevolezza (del resto confermata pure dai contenuti delle domande di introduzione di arbitrati, anche solo con riguardo a quelli amministrati decisi nel 2017, e relativi a motivi quali carenze nella compiuta progettazione dei lavori con conseguenti maggiori costi per varianti, anomalo andamento dei lavori, mancato riconoscimento di prestazioni o mancata contabilizzazione di lavori, se non addirittura domande di risoluzione del contratto per inadempimento della amministrazione) che i fattori di criticità si annidano in ogni momento dell'azione contrattuale pubblica, a partire dalla fase della programmazione e della progettazione delle prestazioni che saranno assunte a oggetti contrattuali, a seguire nelle procedure di aggiudicazione dei contratti, nella redazione delle clausole contrattuali, nella gestione dell'esecuzione del regolamento contrattuale, e che quindi le eventuali criticità nel momento del contenzioso sono spesso solamente l'ultima "coda" se non la sommatoria delle risultanze precedenti; come anche del fatto che quei fattori possono trovare la loro origine in comportamenti della parte pubblica o in comportamenti della parte privata o nell'interazione perversa tra i comportamenti di entrambe le parti (come può ancora verificarsi nella stessa fase dell'arbitrato in caso di mancato versamento dell'acconto previsto per legge, che provoca una situazione di quiescenza – in numero di 4 per il 2017 – del relativo procedimento, situazione sulla quale la Camera arbitrale ha cercato di intervenire per quanto di sua competenza

con l'aggiornamento del *Comunicato* n. 1/2016 deciso nel novembre 2017). Se è vero che obiettivo della più recente regolamentazione dell'azione contrattuale pubblica contenuta nel nuovo codice dei contratti pubblici deve essere quello di favorire e promuovere la flessibilità e l'adeguatezza delle scelte delle stazioni appaltanti, anche perché questo è l'obiettivo dichiaratamente formulato dal legislatore europeo al momento dell'adozione delle direttive 2014, di cui il suddetto codice è anche e soprattutto strumento del recepimento, allora anche la gestione del contenzioso deve poter svolgersi secondo quelle modalità di flessibilità e adeguatezza compatibili con le peculiari caratteristiche di questa fase di ogni vicenda contrattuale, per dare corpo anche per questa parte alla ricerca di modelli di *best practices*.

Sembra dunque necessario continuare ancora nell'impegno teso alla creazione delle condizioni per un diffuso mutamento di opinione sulla sostenibilità dell'arbitrato anche nella particolare materia dei contratti pubblici (e in questo senso la Camera arbitrale ha organizzato nel 2017 un apposito incontro con le maggiori stazioni appaltanti del Paese); impegno che del resto può rinvenire più pronto terreno di accoglimento e di sviluppo nel contesto nel quale si trova ad operare dal 2014 appunto la stessa Camera arbitrale, quale organo ausiliario dell'ANAC, posta a sua volta a presidio istituzionale delle *policies* per la trasparenza e l'integrità dell'azione amministrativa pubblica (e *in primis* di quella contrattuale).

Nell'auspicata direzione non v'è dubbio che operi innanzitutto, come già evidenziato, la preclusione a procedure arbitrali diverse da quelle amministrative, disposta dal d.lgs. n. 50/2016 e da ultimo rafforzata quanto al regime transitorio dal decreto correttivo. Sullo stesso piano va opportunamente considerata anche l'altra innovazione, apportata dal comma 8 dell'art. 209 laddove ha intestato alla Camera arbitrale, oltre alla scelta del presidente, la nomina dell'intero collegio, ferma restando la designazione degli arbitri di parte ad opera dei soggetti interessati dalla controversia deferita all'arbitrato. Ciò infatti necessariamente presuppone un potere di verifica ad opera della Camera della sussistenza degli elementi almeno formali prescritti dalle norme per la valida costituzione del collegio e quindi per l'efficace incardinamento della procedura arbitrale, a pena di nullità del successivo lodo (comma 7), con particolare attenzione al possesso di quei requisiti di integrità, imparzialità e responsabilità degli arbitri (nonché dei loro eventuali ausiliari) che costituisce uno degli obiettivi essenziali della razionalizzazione della disciplina delle procedure arbitrali disposta come criterio direttivo dalla lett. aaa) dell'art. 1 della legge delega a cui le disposizioni del decreto delegato (in particolare il comma 6 dell'art. 209) danno attuazione (disposizioni, quelle appena richiamate, alle quali la Camera arbitrale ha dato seguito con il *Comunicato* n. 4/2016, relativo al codice deontologico, e con il *Comunicato* n. 5/2016, aggiornato nel 2017, quanto alle modalità di esercizio della verifica dell'assenza di cause ostative alla nomina). E proprio l'osservanza di siffatte regole applicate – secondo quanto ha fatto la Camera arbitrale nel corso di questo primo periodo di vigenza del nuovo codice, individuando concrete situazioni di preclusione all'incarico arbitrale - come imperative e quindi inderogabili può dunque favorire (insieme al pieno rispetto della nuove norme sulle incompatibilità in senso stretto disposte dal comma 10 dell'art. 210 e indicate successivamente) il ristabilirsi di un clima di fiducia nei confronti dell'arbitrato anche nella materia dei contratti pubblici. Tutto questo potrebbe segnare la ripresa di un percorso virtuoso quale quello che condusse all'opzione ordinamentale che il legislatore nazionale aveva compiuto nel 2009 con la legge n. 88; quando, cioè, in occasione del recepimento delle rilevanti modifiche all'originario testo delle "direttive ricorsi" apportate dalla dir. 2007/66/Ce, aveva posto tra i principi della delega in

materia, tra l'altro, la previsione dell'arbitrato come "ordinario rimedio alternativo al giudizio civile" e il contenimento dei costi del giudizio arbitrale..

Nella valutazione complessiva possono poi rientrare altre due serie di dati pertinenti. La prima concerne la durata dei procedimenti conclusi con il deposito del lodo presso la Camera arbitrale nel 2017. Trattasi in media di oltre 425 gg. per gli arbitrati condotti secondo il rito amministrato e di circa 505 gg. per quelli condotti secondo il rito libero, medie risultanti da una serie di dati compresa, rispettivamente, tra un valore minimo di 240 gg. e un valore massimo di 940 gg., e tra un valore minimo di 160 gg. a un valore massimo di 1.430 gg. Ma comunque pochissimi sono i giudizi conclusi entro il termine ordinario di 240 gg. previsto dal c.p.c. (2 per ciascun rito).

Con riguardo infine agli oggetti delle controversie arbitrali, merita di essere evidenziato che, in effetti, i dati riferiti al 2017 e relativi alla tipologia di contratto interessata dal ricorso all'arbitrato confermano, come risultava già pure dalle *Relazioni* precedenti, la vocazione tradizionale dell'istituto, vale a dire di essere utilizzato come metodo alternativo di risoluzione delle controversie concernenti soprattutto l'appalto di lavori e tutte quelle prestazioni che con i lavori sono connesse. Per quanto si riferisce ai lodi pronunciati all'esito di una procedura amministrata, in particolare, dei 7 arbitrati conclusi nel 2017, 6 hanno riguardato appalti di lavori e 1 una concessione di costruzione e gestione; dai 16 lodi pronunciati all'esito di una procedura libera, continua a risultare che il settore dei lavori corrisponde a più della metà del dato totale (in specie si è trattato di pronunce relative a 9 arbitrati per appalti di lavori, 5 per i servizi, 2 per concessioni di costruzione e gestione). Si conferma altresì ancora la inesistenza di arbitrati su controversie riguardanti solo contratti per forniture

### **3. L'andamento delle attività della Camera arbitrale**

#### *3.1. Le funzioni attuali della Camera arbitrale*

Le funzioni esercitate dalla Camera arbitrale con l'entrata in vigore del d.lgs. n. 50/2016, come è noto, sono indicate negli artt. 209 e 210 del decreto stesso. In particolare, tali disposizioni prevedono: la formazione e la tenuta dell'albo degli arbitri, dell'elenco dei periti al fine della nomina dei consulenti d'ufficio nei giudizi arbitrali ove sia stata disposta la CTU dai relativi collegi, nonché dell'elenco dei segretari dei collegi arbitrali al fine della nomina ove ritenuta necessaria (si veda al riguardo il *Comunicato* n. 4/2015); la redazione del codice deontologico degli arbitri camerali; la cura degli adempimenti necessari alla costituzione e al funzionamento del collegio arbitrale, oltre alla rilevazione annuale dei dati emergenti dal contenzioso in materia di contratti pubblici per la successiva trasmissione all'Autorità e alla Cabina di regia. Inoltre, in forza delle stesse disposizioni, la Camera provvede alla determinazione del compenso degli arbitri, dei consulenti tecnici d'ufficio e dei segretari, nonché della misura dell'acconto e del saldo per la decisione della controversia; provvede alla amministrazione del deposito dei lodi; cura le attività necessarie per la pubblicazione sul sito web dell'ANAC dei dati relativi agli arbitrati in corso e definiti. Infine – ed è questa una novità del codice del 2016 – la Camera arbitrale è titolare della funzione attinente alla formulazione di una lista di 5 esperti per la individuazione dell'esperto da nominare ai fini dell'accordo bonario (ed anche, in caso di disaccordo, alla nomina diretta), nonché alla determinazione del relativo compenso (art. 205, comma 5: si veda anche il

*Comunicato* n. 3/2016; le regole in materia hanno avuto nel 2017 applicazione come risultante dai verbali n. 430 e n. 437 della Camera arbitrale).

### *3.2. La tenuta dell'albo e degli elenchi e la nomina degli arbitri e degli ausiliari del collegio*

Le disposizioni di cui all'art. 210, commi da 7 a 10 e comma 12, del d.lgs. n. 50/2016, in particolare, contengono le prescrizioni circa l'iscrizione all'albo e agli elenchi previsti dallo stesso decreto. In specie possono essere iscritti all'albo degli arbitri gli appartenenti alle seguenti categorie: a) avvocati iscritti agli albi ordinari e speciali abilitati al patrocinio davanti alle magistrature superiori e in possesso dei requisiti per la nomina a consigliere di cassazione (si veda al riguardo anche il *Comunicato* n. 1/2015); b) tecnici in possesso del diploma di laurea in ingegneria e architettura abilitati all'esercizio della professione da almeno 10 anni e iscritti ai relativi albi; c) professori universitari di ruolo nelle materie giuridiche e tecniche e dirigenti delle pubbliche amministrazioni, con provata esperienza nella materia dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture.

Peraltro, come già osservato, l'innovazione forse più importante in materia è contenuta nel comma 6 dell'art. 209, e consiste nel riordino ed estensione delle regole di inconferibilità dell'incarico arbitrale già presenti nella normativa previgente, che dunque vale la pena ricordare. Non possono pertanto essere nominati:

- a) i magistrati ordinari, amministrativi contabili e militari in servizio o a riposo nonché gli avvocati e procuratori dello stato, in servizio o a riposo, e i componenti delle commissioni tributarie;
- b) coloro che nell'ultimo triennio hanno esercitato le funzioni di arbitro di parte o di difensore in giudizi arbitrali disciplinati dal presente articolo, ad eccezione delle ipotesi in cui l'esercizio della difesa costituisca adempimento di dovere d'ufficio del difensore dipendente pubblico;
- c) coloro che, prima del collocamento a riposo, hanno trattato ricorsi in sede civile, penale, amministrativa o contabile presentati dal soggetto che ha richiesto l'arbitrato;
- d) coloro che hanno espresso parere, a qualunque titolo, nelle materie oggetto dell'arbitrato;
- e) coloro che hanno predisposto il progetto o il capitolato di gara o dato parere su esso;
- e) coloro che hanno diretto, sorvegliato o collaudato i lavori, i servizi, o le forniture a cui si riferiscono le controversie;
- f) coloro che hanno partecipato a qualunque titolo alla procedura per la quale è in corso l'arbitrato.

È poi da aggiungere la menzione della regola di vera e propria incompatibilità, contenuta nel comma 10 dell'art. 210, e per la quale durante il periodo di appartenenza, e nei successivi tre anni, i soggetti iscritti all'albo non possono espletare incarichi professionali in favore delle parti dei giudizi arbitrali da essi decisi, ivi compreso l'incarico di arbitro di parte.

Le regole per la nomina ad arbitro desumibili dalle disposizioni appena richiamate sono da intendersi applicabili, per la parte in cui possano venire in rilievo, anche per le nomine ad opera delle amministrazioni dei dirigenti pubblici come arbitri di parte, secondo la previsione

originariamente introdotta dall'art. 1, cc. 22-24, legge n. 190/2012 e mantenuta con parziale ridefinizione dall'art. 209, c. 5, del nuovo codice. Al rispetto di tale ultima norma le amministrazioni sono tenute con obbligo diversamente graduato a seconda della natura della controparte in lite, fermi restando altresì in ogni caso gli obblighi di pubblicità e rotazione nelle nomine stesse, ove facciano uso, con atto motivato, della facoltà loro lasciata dalla norma di procedere alla designazione di arbitro con requisito soggettivo diverso purché con scelta operata nell'ambito dell'albo. In proposito, peraltro, si ritiene di dover segnalare, come nelle *Relazioni* degli ultimi anni, l'opportunità che le amministrazioni procedano alle nomine di loro competenza individuando il dirigente pubblico da designare, specialmente nei casi nei quali la controversia sia insorta con un soggetto privato, all'interno di un comparto di inquadramento del personale pubblico diverso da quello cui afferisce l'amministrazione parte in lite. Criterio, quello prospettato, del resto, di facile attuabilità, considerato che in tutti i procedimenti amministrati conclusi con lodo depositato nel 2017 parte pubblica era un ente operante in ambito locale (lo scorso anno 8 su 9 casi); per i procedimenti liberi, la percentuale è anche per quest'anno – come nei due anni precedenti - leggermente più bassa, ma pur sempre attestata al 75 per cento).

L'individuazione del terzo arbitro è effettuata dal Consiglio della Camera arbitrale secondo una procedura a due fasi (ora disciplinata con i *Comunicati* n. 2 e n. 8 del 2016): nella prima fase, mediante sorteggio con modalità elettronica, è formato un elenco di quindici soggetti che garantisca la presenza, tra i primi undici, di tre estratti ricompresi in ciascuna delle categorie indicate nelle lettere a) e b), e di cinque estratti nelle categorie di cui alla lett. c) dell'art. 210, comma 7, del codice, mentre per i rimanenti quattro il sorteggio è effettuato tra tutte le categorie predeterminate dalla legge; nella seconda fase, fatte salve eventuali motivate controindicazioni provenienti dalle parti interessate, è determinato il nominativo del presidente del collegio arbitrale secondo criteri predeterminati ed oggettivi, risultanti dal curriculum personale dei sorteggiati, e predefiniti dalla Camera stessa.

Per quanto riguarda l'iscrizione all'elenco dei periti, le innovazioni rispetto al codice del 2006, contenute nel comma 8 dell'art. 210 del codice del 2016, sono due, che sembrano corrispondere entrambe a un intento di allargamento della platea dei soggetti potenzialmente interessati. Nel nuovo testo è venuta meno la delimitazione dell'ambito dei soggetti legittimati a domandare l'iscrizione in questo elenco operata, come nel testo precedente, con espresso riferimento alla categoria dei tecnici individuati per l'esercizio della funzione arbitrale con l'aggiunta dei dottori commercialisti; ora si tratta solo di soggetti in possesso del diploma di laurea e comprovata esperienza professionale, maturata in almeno un quinquennio di attività (e questa è la seconda innovazione, rispetto al precedente limite decennale), con relativa iscrizione all'albo se richiesta.

Anche per il 2016 è stata confermata – e si è anzi rafforzata - la tendenza per la quale le concrete nomine nelle funzioni in oggetto ricadono in prevalenza più o meno marcata, per il terzo arbitro, su soggetti titolari di competenze ed esperienze giuridiche (per quest'anno, 7 nomine su 8); per il consulente d'ufficio, su soggetti titolari di competenze ed esperienze ingegneristiche (prendendo come riferimento i lodi amministrati depositati nel 2017, anche qui per tutti e due i casi nei quali è stata disposta la consulenza). Peraltro, per quanto riguarda in specie la nomina dei CTU, anche al fine di agevolare l'orientamento dei collegi arbitrali nella richiesta alla Camera di nomina dei periti per specifiche competenze professionali e quindi di facilitare la gestione del relativo elenco da parte della Camera stessa in funzione dei provvedimenti conseguenti, con il

*Comunicato* n. 6/2016 la Camera, tra l'altro, ha disposto che è facoltà del richiedente l'iscrizione indicare, oltre alla qualificazione professionale posseduta, anche la propria specializzazione professionale, nell'ambito della prima e in numero anche superiore a uno ma comunque non superiore a cinque, per la quale si presenta la domanda previa menzione dei pertinenti codici di riferimento ivi segnalati. Tenendo conto appunto del carattere meramente facoltativo di questa innovazione, essa sembra aver riscontrato tra gli interessati una discreta attenzione.

Infine, all'elenco dei segretari dei collegi arbitrali possono essere iscritti i funzionari in possesso di diploma di laurea in materia giuridica o economica o equipollenti e, ove necessario, in materie tecniche, inseriti nei ruoli delle pubbliche amministrazioni di cui al d.lgs. n. 165/2001, aventi un'anzianità di servizio in ruolo non inferiore a cinque anni (art. 210, comma 12, del nuovo codice: si veda anche il *Comunicato* n. 7/2016). Rispetto al regime precedente, la disciplina ha optato, ai fini della delimitazione dell'area dei funzionari legittimati a presentare domanda di iscrizione all'apposito elenco, per la espressa menzione di una delle leggi – appunto quella sul rapporto di lavoro presso le pubbliche amministrazioni – che contengono una definizione legale di pubblica amministrazione, mantenendo nel contempo una indicazione specifica relativa ai funzionari dell'ANAC (art. 209, comma 8). Nel 2017 si sono registrate 9 iscrizioni, di cui in effetti 2 hanno riguardato funzionari ANAC (e in questo senso il rapporto quanto ad amministrazione di provenienza del funzionario risulta largamente invertito rispetto all'anno precedente, quando 9 erano stati i funzionari ANAC richiedenti l'iscrizione su di un totale di 13).

### *3.3. I compensi degli arbitri e dei consulenti tecnici d'ufficio e il riparto delle spese del giudizio arbitrale*

Fin dall'inizio il regime di diritto transitorio disposto sul punto dei compensi dei collegi arbitrali dal d.lgs. n. 50/2016 mediante il combinato disposto dell'art. 209, comma 16, e dell'art. 216, comma 22, ha contemplato la permanenza in essere della disciplina precedente, imperniata a sua volta sul rinvio recettizio al decreto del Ministro dei lavori pubblici n. 398/2000 e alla tariffa ivi allegata e dunque ai parametri e ai limiti da questo fissati o come a questo riferiti e conformati da norme successive. Trattasi di quei parametri e limiti che sono stati oggetto di presa in considerazione nella *Segnalazione* n. 1/2017 della Camera arbitrale già menzionata in precedenza laddove constatava una prassi di elusione e superamento nella determinazione dei compensi dei collegi arbitrali nominati per le procedure c.d. libere come risultante dall'osservazione dei lodi e dalle apposite ordinanze depositate presso la stessa Camera ai sensi di legge. Si sono potute rilevare, infatti, le seguenti tipologie di anomalia (peraltro in taluni casi riferite allo stesso giudizio arbitrale):

- a) la determinazione del compenso per il collegio arbitrale non sulla base dell'applicazione del d.m. n. 398/2000 e del suo articolato sistema tariffario, ma del d.m. 10 marzo 2014, n. 55, recante parametri per la determinazione dei compensi per la professione forense;
- b) la determinazione largamente diffusa del compenso in misura comunque più o meno largamente sproporzionata rispetto ai parametri stabiliti con il d.m. 398/2000 (solo per circa un terzo di questi casi la differenza è poco significativa), anche in ragione del fatto che per alcuni di essi non sembra che sia stato operato il dimezzamento del compenso disposto dalla legge ;

c) in tre casi il superamento dell'importo massimo di 100.000 (e in uno di questi in misura anche di 5 volte superiore), anche questo disposto dalla legge.

Siffatta situazione di incertezza è peraltro destinata ad essere superata con l'emanazione dell'apposito decreto del Ministero delle infrastrutture (aggiornabile con cadenza triennale quanto al limite massimo dei compensi del collegio) previsto dal d.lgs. n. 50/2016 e attualmente in gestazione (sul relativo schema anche la Camera arbitrale ha avuto modo di esprimere il suo avviso: v. il verbale n. 436 del 2017); ma si ritiene di poter dire fin da ora che sembra assicurata la permanenza dei limiti già disposti in precedenza dal combinato disposto del decreto n. 398/2000 e dalle norme successive.

In questo contesto, comunque, per il momento appare significativa l'osservazione dell'andamento delle liquidazioni dei compensi, che consente di mettere in rilievo gli esiti dell'opera di razionalizzazione messa in campo dalla Camera arbitrale a partire dal 2015 (si vedano i *Comunicati* n. 2 e 3 del 2015). I compensi riconosciuti a favore dei collegi arbitrali dalla Camera arbitrale per i 7 lodi amministrati depositati e liquidati nel 2017 ammontano a 307.557,12 euro per una media pari a 43.936,73 euro, a sua volta calcolata tenendo conto di un compenso minimo pari a 10.000 euro e di un compenso massimo pari a 90.000 euro; lo scostamento in diminuzione rispetto alle richieste dei collegi arbitrali è risultato complessivamente pari al 38,47 per cento.

Nei tre anni immediatamente precedenti i dati rilevanti erano, rispettivamente, quanto a valore medio del compenso, pari nel 2016 a 40.504,53 euro, nel 2015 a 28.562,50 euro, nel 2014 a 32.974,14 euro (v. Fig. 2), e quanto a scostamento in diminuzione, pari nel 2016 al 39,15 per cento, nel 2015 al 53,40 per cento, nel 2014 al 29,62 per cento (v. Fig. 5)

Per quanto concerne i compensi per i consulenti tecnici d'ufficio, la normativa attualmente vigente sul punto (art. 209, c. 18, del d.lgs. n. 50/2016), confermando la disciplina precedente, dispone il rinvio agli articoli da 49 a 58 del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 2002, n. 115, e alla misura derivante dall'applicazione delle tabelle ivi previste.

I compensi (comprensivi degli onorari degli eventuali collaboratori e delle spese riconosciute) liquidati a favore dei 2 consulenti d'ufficio nominati dalla Camera arbitrale ammontano nel 2017 a 27.438,58 euro, per una media pari a 13.719,29 euro, a sua volta calcolata tenendo conto del compenso più basso pari a 9.000 euro e del compenso più alto pari a 18.438 euro; lo scostamento in diminuzione rispetto alle richieste dei consulenti stessi è risultato complessivamente pari al 44,83 per cento. Nei tre anni immediatamente precedenti i dati rilevanti erano, rispettivamente, quanto a valore medio del compenso, pari nel 2016 a 10.620,94 euro, nel 2015 a 10.584,75 euro, nel 2014 a 22.599,53 euro (Fig. 3), e quanto a scostamento medio in diminuzione, pari nel 2016 al 64,54 per cento, nel 2015 al 70,80 per cento, nel 2014 al 21,12 per cento (v. Fig. 5). Qui rilevante è anche il dato per il 2017 concernente gli incrementi ultratabellari richiesti dai consulenti, in un caso nella misura massima del 100 per cento, nell'altro del 50 per cento: solo nel primo caso l'incremento è stato concesso, ma nella misura del 25 per cento. Anche per questa parte è utile il confronto con i dati immediatamente precedenti, ove può rilevarsi che se nessun incremento era stato riconosciuto nel 2016 e nel 2015, nel 2014 in tutti i casi nei quali era stata avanzata richiesta di tale incremento, esso era stato sempre riconosciuto (salvo uno); in 5 casi, inoltre, la richiesta

era stata totalmente accolta (ma mai relativamente a richieste formulate nella misura massima) (v. Fig. 4).

Per quanto riguarda poi i compensi dei 3 CTU nominati nell'ambito di procedure libere dei quali si dispone dei relativi dati, e che, come noto, venivano determinati dallo stesso collegio arbitrale, risultano essere complessivamente pari a 90.787,66 euro, per una media pari a 30.262,55 euro, calcolata tenendo conto di un compenso minimo pari a 15.352 euro e di un compenso massimo pari a 57.435 euro.

In definitiva, anche per questa parte si evidenziano con forza le opportunità aperte da un meccanismo di unificazione delle procedure di arbitrato in materia e da operazioni di assestamento dei comportamenti conseguenti, idonei a favorire una attenta gestione pure di questo profilo dell'istituto arbitrale, conformemente, del resto, al criterio direttivo del contenimento dei costi del giudizio arbitrale sancito dalla legge n. 11/2016.

Va infine segnalato sul punto delle spese per il giudizio arbitrale (quasi sempre trattate in modo comprensivo dei compensi per il collegio arbitrale e delle altre voci di spesa), come dai lodi amministrati depositati nel 2017 risulti che in nessun caso il riparto ha penalizzato la parte privata, in 2 casi è stato paritario tra le parti, nei 5 rimanenti ha penalizzato la parte pubblica (una volta, diversamente dall'anno precedente, nella misura del 100 per cento). Dai lodi liberi depositati risulta che in 2 casi il riparto ha penalizzato la parte privata, in 10 casi è stato paritario, in 4 casi ha penalizzato la parte pubblica (in 2 casi nella misura del 100 per cento) (v. Fig. 6; in altri termini, dunque, l'imputazione al 50 per cento delle spese è stata deliberata nel 28,57 per cento dei giudizi nelle procedure amministrative, nel 62,50 per cento dei giudizi nelle procedure libere, con una composizione diversa rispetto all'anno precedente, che vedeva numeri molto più equilibrati, vale a dire rispettivamente 55,56 e 56,52 per cento).

### *3.4. Il deposito dei lodi.*

Per quanto riguarda l'innovazione in punto di deposito dei lodi disposta con il comma 13 dell'art. 209, laddove prevede la possibilità che il deposito medesimo venga effettuato in forma telematica, la Camera arbitrale, al termine di approfondita istruttoria condotta in interlocuzione con gli uffici competenti dell'ANAC, ha provveduto alla formulazione di una proposta all'Autorità circa le modalità di attuazione della norma medesima, che è stata sottoposta al parere dell'Agenzia delle entrate per la parte concernente gli adempimenti ai fini dell'osservanza degli obblighi fiscali da parte dei soggetti gravati degli stessi.

Ancora in tema di deposito dei lodi altra iniziativa è stata assunta allo scopo di implementare, attraverso la modalità della riscossione mediante ruolo, l'osservanza dell'adempimento a carico delle parti del giudizio arbitrale del versamento di una somma pari all'uno per mille del valore della controversia, disposto dall'art. 209, comma 12, del codice. A fronte del non modesto grado di inottemperanza verificato in proposito, è evidente la rilevanza di tale innovazione in funzione del buon andamento della funzione di amministrazione dell'arbitrato per i contratti pubblici e del principio di responsabilità in materia.

## **4. L'arbitrato a favore degli investitori bancari**

La fonte normativa originaria di attribuzione alla Camera arbitrale della funzione in materia è costituita dall'art. 1, comma 859, l. 28 dicembre 2015 (legge di stabilità 2016), cui hanno fatto

seguito il decreto del Presidente del Consiglio 28 aprile 2017 n. 82, che reca il regolamento disciplinante criteri e modalità di nomina degli arbitri, supporto organizzativo alle procedure arbitrali e modalità di funzionamento del collegio arbitrale per l'erogazione, da parte del Fondo di solidarietà di prestazioni in favore degli investitori, e il decreto del Ministro dell'economia e delle finanze 9 maggio 2017 n. 83, che reca il regolamento disciplinante la procedura di natura arbitrale di accesso al Fondo di solidarietà.

In particolare, il d.P.C.M. ha assegnato alla Camera arbitrale (art. 4) la funzione di disporre linee guida al fine di rendere omogenea, da parte dei collegi arbitrali, l'applicazione degli indici e degli elementi di valutazione della sussistenza delle violazioni degli obblighi di informazione, diligenza, correttezza e trasparenza previsti dal testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 nella prestazione dei servizi e delle attività di investimento relativi alla sottoscrizione e al collocamento degli strumenti finanziari subordinati, nonché la funzione, nel caso di costituzione di più collegi arbitrali, di disciplinare i criteri per la distribuzione dei procedimenti tra i singoli collegi in ragione dell'omogeneità oggettiva o soggettiva delle questioni o, ancora, dell'identità della banca emittente gli strumenti finanziari subordinati; mentre il d.m. ha assegnato alla Camera arbitrale funzioni di supporto amministrativo ai procedimenti arbitrali. Le linee guida, approvate con delibera del 27 luglio 2017, sono poi state pubblicate nella Gazzetta Ufficiale Serie Generale n.186 del 10 agosto 2017, mentre i criteri, approvati con delibera del 15 novembre 2017, sono stati pubblicati nell'apposita sezione dedicata alla Camera arbitrale nell'ambito del sito web dell'ANAC; le misure funzionali al supporto amministrativo sono state assicurate mediante apposite convenzioni con il Fondo di solidarietà e la Presidenza dell'Autorità nonché con la Banca d'Italia e ancora la Presidenza dell'Autorità. Il numero dei procedimenti attivati dagli investitori in rapporto con le singole banche interessate dagli arbitrati e gli importi richiesti a titolo di indennizzo sono esposti nella Tabella n. 2: vale comunque la pena subito di segnalare che il numero totale delle domande è pari a 1.744, per un valore complessivo pari a 81.875.184 euro (le richieste di ristoro variano da un minimo di 516,00 euro ad un massimo di 1.960.409,61 euro).

Le domande nei confronti di Banca Etruria sono 859, per un totale di 30.432.173,71 euro (le richieste di ristoro variano da un minimo di 955,89 euro ad un massimo di 553.000,00 euro con mediana 276.977,94 euro; 8 ricorsi sono sopra la mediana).

I ricorsi concernenti la Cassa di Risparmio di Ferrara sono 402, per un totale di 8.249.532,16 euro (le richieste di ristoro variano da un minimo di 516,00 euro ad un massimo di 1.152.000,00 euro con mediana 576.258,00 euro; 1 ricorso è sopra la mediana).

I procedimenti avviati nei confronti di Banca Marche sono 359, per un totale di 36.063.013,45 euro (le richieste di ristoro variano da un minimo di 2.500,00 euro ad un massimo di 1.960.409,61 euro con mediana 981.454,80; 4 ricorsi sono sopra la mediana).

Quanto alla Cassa di Risparmio di Chieti, sono pervenute 116 domande di ristoro, per un totale di 6.028.873,14 euro (le richieste di ristoro variano da un minimo di 2.500,00 euro ad un massimo di 960.000,00 euro con mediana 481.250,00 euro; 3 ricorsi sono sopra la mediana).

Risultano altresì pervenuti 8 ricorsi nei confronti della Banca Popolare di Vicenza e di Veneto Banca, poste in liquidazione coatta amministrativa nel giugno del 2017. Di questi, 6 ricorsi

riguardano la Popolare di Vicenza, per un totale di 325.850,00 euro (le richieste di ristoro variano da un minimo di 4.375,00 euro ad un massimo di 300.000,00 euro con mediana 152.187,50 euro; 1 ricorso è sopra la mediana). Gli altri 2 ricorsi riguardano infine Veneto Banca, per un totale di 634.428,53 euro (le richieste di ristoro variano da un minimo di 34.428,53 euro ad un massimo di 600.000,00 euro con mediana 317.214,26 euro; 1 ricorso è sopra la mediana).

Come noto, la legge di bilancio 2018 ha attribuito alla Camera arbitrale (art. 1, comma 1106) la competenza anche relativamente a questi ultimi intermediari, per le domande di ristoro relative ai quali è tuttavia attesa l’emanazione del d.P.C.M. appositamente previsto.

Figura 1. Trend lodi “amministrati”, “liberi” e domande di arbitrato amministrato

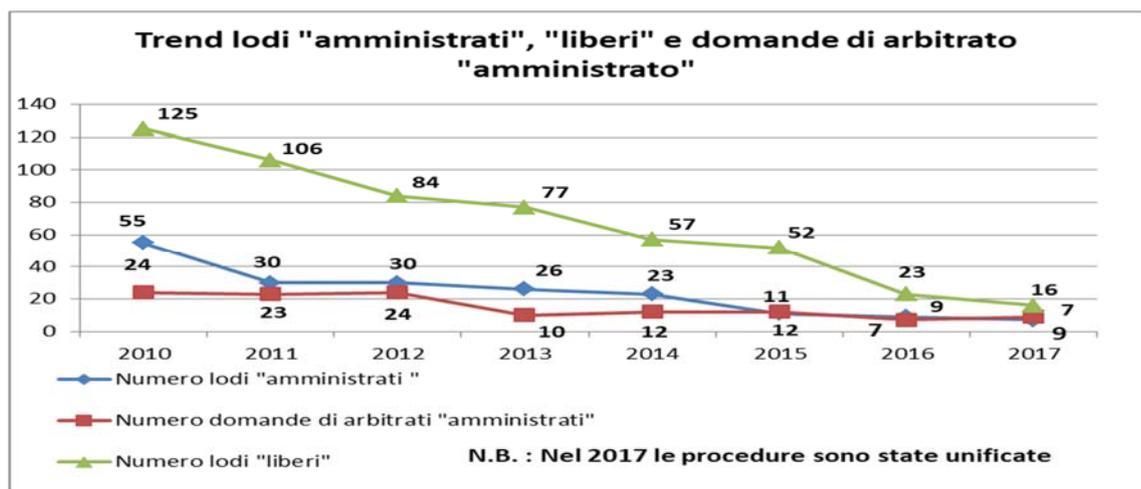


Tabella 1. Valore delle controversie in base alla Tariffa allegata al D.M. n. 398/2000

Valore delle controversie in base alla Tariffa	Arbitrati amministrati	Arbitrati liberi
I scaglione (fino a € 103.291,38 )	/	1
II scaglione (da € 103.291,38 a € 258.228,45)	1	1
III scaglione (da € 258.228,45 a € 516.456,90)	/	4
IV scaglione (da € 516.456,90 a € 2.582.284,49)	2	3
V scaglione (da € 2.582.284,49 a € 5.164.568,99)	2	3 (3+0)
VI scaglione (da € 5.164.568,99 a € 25.822.844,95)	2 (2+0)	4
VII scaglione (da € 25.822.844,95 a € 51.646.689,91)	/	/
VIII scaglione (oltre € 51.646.689,91 )	/	/

Figura 2. Compensi collegi arbitrali rito amministrato (anni 2014 - 2017)

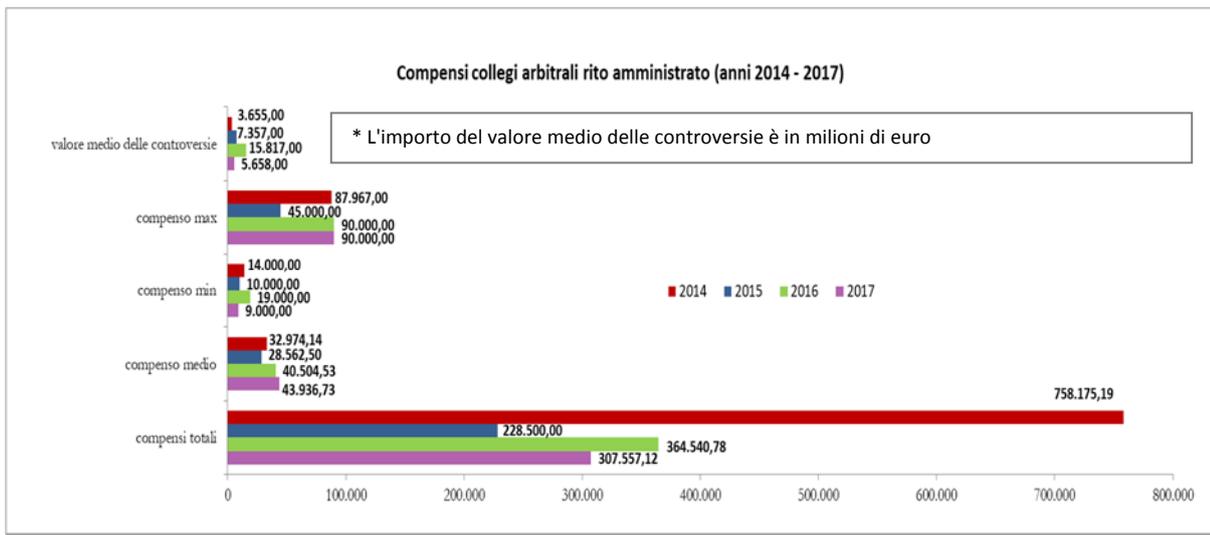


Figura 3. Compensi liquidati a favore dei CTU nominati dalla Camera arbitrale (anni 2014 - 2017)

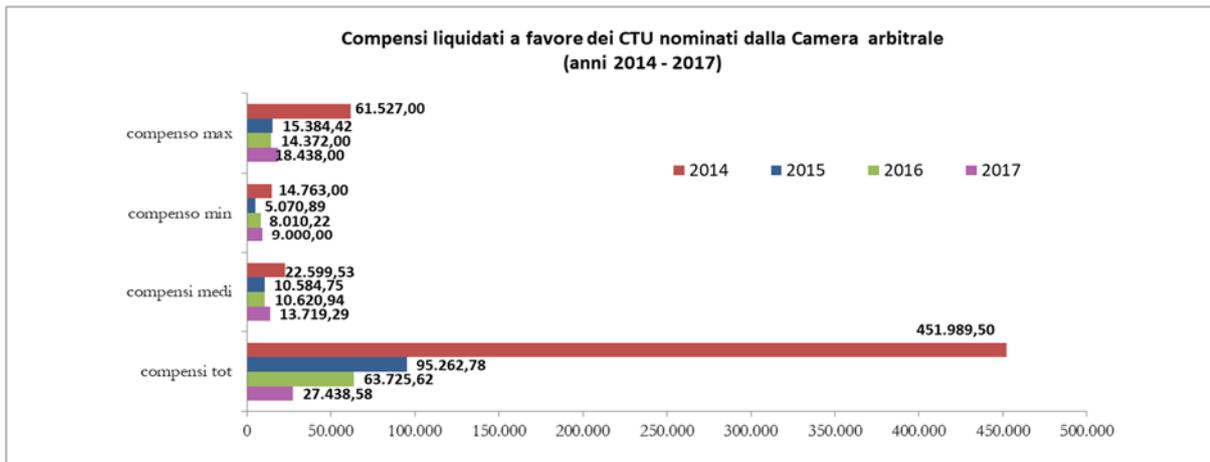


Figura 4. Incrementi ultratabellari richiesti dai CTU e riconosciuti dalla Camera arbitrale (anni 2014 - 2017)

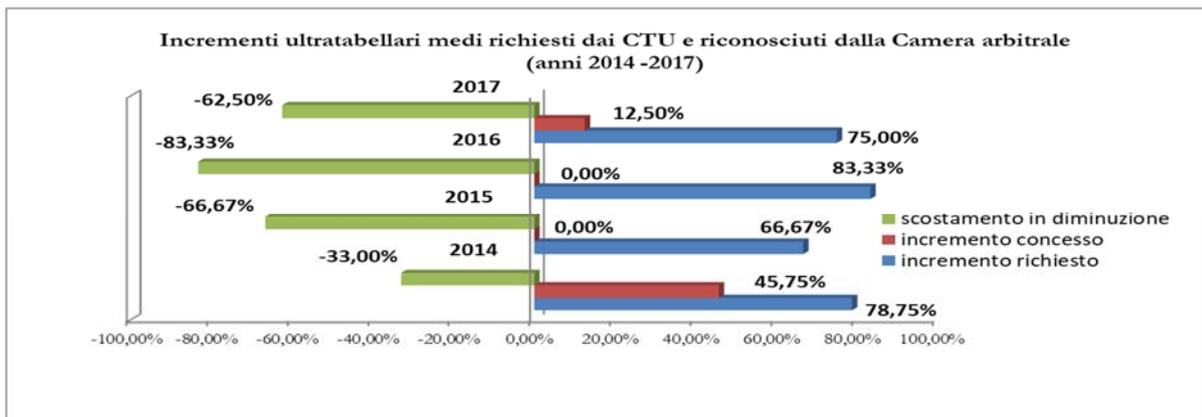


Figura 5. Scostamenti percentuali compensi collegi arbitrali e CTU

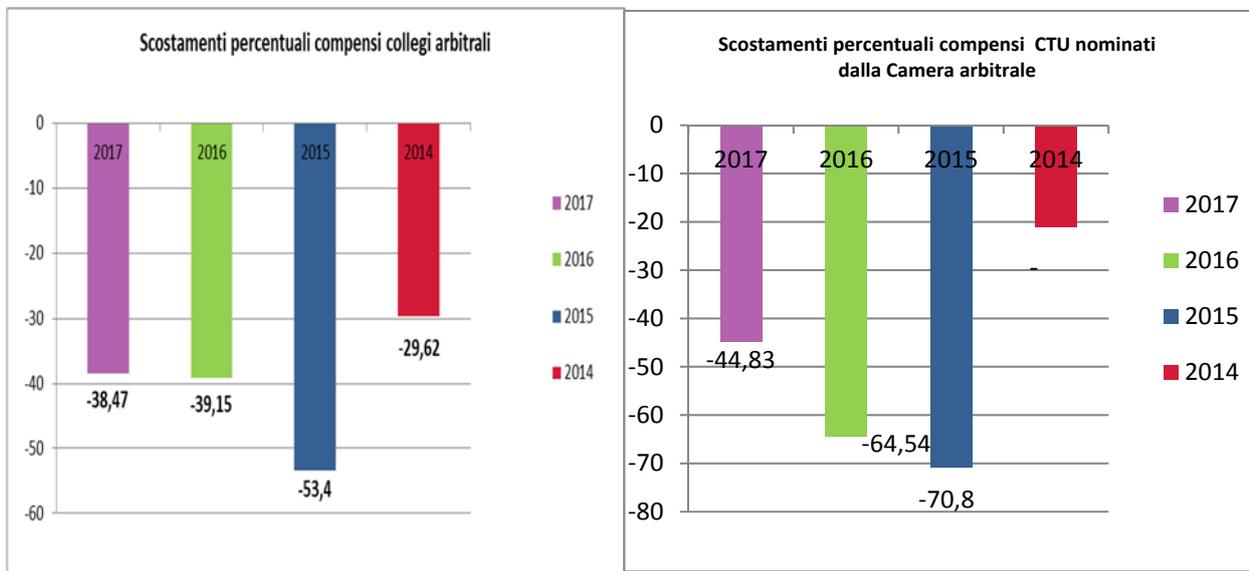


Figura 6. Soccombenze negli arbitrati amministrati e liberi

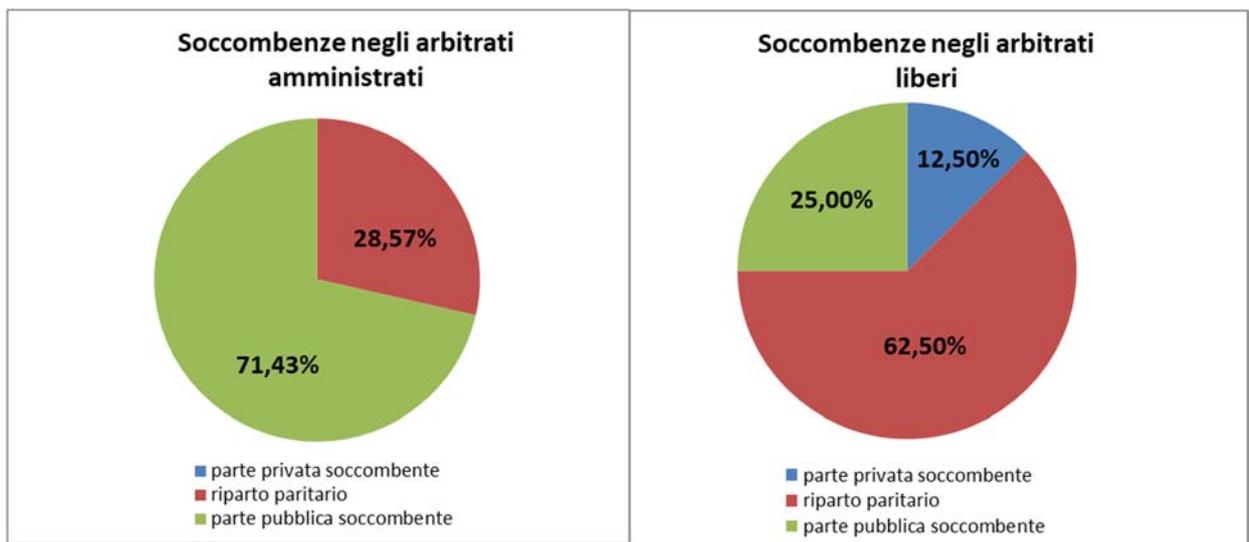


Tabella 2. Arbitrati bancari

Istituto bancario	Procedimenti pervenuti	Importo richiesto	Val min.	Val. Max	Mediana
Banca Etruria	859	30.432.173,71	955,89	553.000,00	276.977,94
Cassa di Risparmio di Ferrara	402	8.249.532,16	516,00	1.152.000,00	576.258,00
Banca Marche	359	36.063.013,45	2.500,00	1.960.409,61	981.454,80
Cassa di Risparmio di Chieti	116	6.028.873,14	2.500,00	960.000,00	481.250,00
Banca Popolare di Vicenza	6	325.850,00	4.375,00	300.000,00	152.187,50
Veneto Banca	2	634.428,53	34.428,53	600.000,00	317.214,26
<b>Totale</b>	<b>1744</b>	<b>81.733.870,99</b>			<b>464.223,75</b>