

LODO ARBITRALE PARZIALE R.L. n. 16 del 2020 depositato il 22 dicembre 2020

R.G.A. n. 07 del 2019: Servizi Dragona S.r.l., Latte & Biscotti Società Cooperativa Sociale O.N.L.U.S., Ludus Cooperativa c/ FARMACAP, Azienda Speciale Farmasociosanitaria Capitolina

Presidente Prof. Avv. Saitta, Arbitri: Avv. Ciminelli, Avv. Costantini

Per Servizi Dragona S.r.l., Latte & Biscotti Società Cooperativa Sociale O.N.L.U.S., Ludus Cooperativa: Avv. Virgallita, Avv. Tassone

Per FARMACAP, Azienda Speciale Farmasociosanitaria Capitolina: Avv. Catalano

Validità ed efficacia della clausola compromissoria

Art. 209, comma 3, d.lgs. n. 50 del 2016

Art. 216, comma 22, d.lgs. n. 50 del 2016

L'art. 209 del d.lgs. n. 50 del 2016 va letto in combinato disposto con l'art. 216 del medesimo decreto, al fine di desumere la disciplina applicabile alle clausole arbitrali contenute nei contratti anteriori all'entrata in vigore del codice del 2016. Emerge, in tal modo, un regime transitorio secondo il quale 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 articolo 209, comma 1, per i quali i bandi o avvisi siano stati pubblicati prima della data di entrata in vigore del presente codice.

La giurisprudenza ha valorizzato l'elemento ermeneutico testuale dell'art. 216, comma 22, d.lgs. n. 50 del 2016, nel quale si fa un riferimento che sembra essere circoscritto alle sole norme procedurali contenute nell'art. 209 ("le procedure di arbitrato", appunto) quali la composizione del Collegio (comma 4), la nomina degli arbitri (comma 5), l'incompatibilità (comma 6, etc.) e non anche a quelle sostanziali quali devono essere considerate quelle che disciplinano la volontà negoziale delle parti (in specie, per quanto attiene all'inserimento della clausola arbitrale e in particolare al comma 3). La norma processuale è infatti quella che disciplina i tempi e le modalità di svolgimento del procedimento giurisdizionale, non quella che precisa particolari forme o modalità necessarie ai fini della validità ed efficacia della norma contrattuale.

Da ciò consegue che in base al principio *tempus regit actum*, va affermata la validità ed efficacia della clausola compromissoria, pur non previamente autorizzata dalla stazione appaltante, in forza della quale è stato avviato il giudizio arbitrale, radicando la competenza del Collegio arbitrale.

(Nel caso di specie, il Collegio, con giudizio non unanime in ragione della valutazione di incoerenza nei confronti della interpretazione data al diritto transitorio in materia per gli esiti di diversità di trattamento riservato alle clausole compromissorie precedentemente stipulate in dipendenza del momento di azionamento, ha dichiarato valida ed efficace la clausola compromissoria in oggetto, sulla cui base le parti si sono rivolte alla Camera Arbitrale presso l'A.N.A.C. presso la quale si è ritualmente incardinato il presente procedimento).

Pregiudizialità del giudicato esterno nascente da lodo sul procedimento arbitrale in corso
Art. 817 c.p.c.

Le statuizioni di carattere processuale (come quelle relative alla natura e ai limiti della *potestas iudicandi* attribuita agli arbitri) producono effetti limitatamente al rapporto processuale nel quale sono state emanate, perché viene in rilievo la regola generale di cui all'art. 817 c.p.c. (principio di kompetenz-kompetenz) secondo cui ciascun giudice è giudice della propria competenza.

I superiori principi trovano conferma nella giurisprudenza della suprema Corte, secondo la quale solo nel caso in cui il giudice affermi la propria giurisdizione la decisione sulla validità della clausola compromissoria ha efficacia di giudicato. In particolare, la sentenza dichiarativa dell'improponibilità della domanda, perché devoluta alla cognizione degli arbitri, non vincola questi ultimi quanto alla giuridica esistenza ed alla validità della clausola compromissoria, spettando ad essi di verificare la regolarità della loro investitura ad opera dei contraenti; ne consegue che il giudicato derivante dall'omessa impugnazione di quella statuizione è meramente formale, preclusivo della riproposizione della medesima questione davanti al giudice dello stesso processo, ma non in un diverso giudizio promosso dalle parti

dinanzi ad altra autorità giudiziaria, né spiega efficacia vincolante nel successivo procedimento arbitrale, che non è la prosecuzione di quello originariamente instaurato, ma costituisce una definizione negoziale della lite, la cui previsione comporta l'improponibilità suddetta per effetto della rinuncia delle parti alla giurisdizione.

A ciò si aggiunga che in tema di efficacia di giudicato esterno del lodo arbitrale, la forza del giudicato sostanziale assiste soltanto le pronunzie giurisdizionali a contenuto decisorio di merito, vale a dire quelle che statuiscano in ordine all'esistenza delle posizioni soggettive tutelate e dedotte in giudizio, ma non assiste le statuizioni di carattere processuale, attinenti cioè alla costituzione del giudice, o alla determinazione dei suoi poteri, ovvero allo svolgimento del processo, decisioni che producono effetti limitati al rapporto processuale nel quale sono emanate; pertanto, la decisione circa la natura ed i limiti della potestas iudicandi attribuita agli arbitri, appartenendo alle statuizioni di carattere processuale, non spiega alcuna efficacia esterna con riguardo ad un successivo giudizio, neppure se vertente tra le stesse parti e concernente il medesimo rapporto sostanziale.

Ed inoltre, la sentenza che declina la propria competenza trattandosi di controversia devoluta ad arbitri non contiene alcun accertamento vincolante in ordine alla giuridica esistenza e alla validità della clausola compromissoria, essendo rimessa agli arbitri la verifica della regolarità della loro investitura ad opera dei contraenti.

(Nel caso di specie, il Collegio ha ritenuto che non è ravvisabile alcuna forma di pregiudizialità da giudicato esterno nascente da un lodo precedente, poiché ogni Collegio è tenuto a deliberare preliminarmente la propria competenza in riferimento alla legge ed alla clausola arbitrale a norma dell'art. 817, primo comma, c.p.c., non potendo restare condizionato sul punto da un lodo assunto da un altro Collegio che, peraltro, si è dichiarato del tutto privo di competenza in riferimento allo specifico rapporto contrattuale)