

MASSIMO POGGI

*ARBITRATO E RISOLUZIONE DELLE CONTROVERSIE
NEGLI APPALTI DI OPERE PUBBLICHE*

SOMMARIO

1. *Dalla legge 11 febbraio n. 109 alle recenti modifiche introdotte dalla legge n. 216/1995 con specifico riferimento all'arbitrato – L'incostituzionalità.* 2. *L'art. 150 del D.P.R. n. 554 del 1999.* 3. *Arbitrato in opere pubbliche in riferimento al D.M. 2 dicembre 2000 n. 398.* 4. *Problemi applicativi e conclusioni.*

1. *Dalla legge 11 febbraio 1994 n. 109 alle recenti modifiche introdotte dalla legge n. 216/1995 con specifico riferimento all'arbitrato – L'incostituzionalità*

L'istituto dell'arbitrato costituisce uno strumento privato di risoluzione delle controversie in alternativa alla giurisdizione ordinaria; la legge, infatti, prevede che le parti possano rivolgersi ad arbitri ossia a soggetti privati anziché alle competenti autorità giurisdizionali, ogni volta che si ritiene di poter risolvere la controversia affidandosi a persone dotate *di particolari tecniche*, specifiche, del caso.

Il ricorso al giudizio arbitrale presenta vantaggi sia da un punto di vista di celerità del procedimento e di preparazione tecnica delle persone incaricate di decidere la controversia e sia da un punto di vista della decisione emessa, visto che sono proprio le parti a scegliere, liberamente, gli arbitri. Esistono, però, anche degli svantaggi legati soprattutto al rischio di una non effettiva imparzialità e costituzionalità del giudizio. Tuttavia, l'arbitrato, nell'attuale attività della pubblica amministrazione, ha assunto un ruolo importante tanto da portare il legislatore ad adeguare la normativa esistente, in materia, alla realtà economico e sociali in continua evoluzione. In base all'art. 806 del codice di procedura civile, le parti possono far decidere da arbitri le controversie insorte tra di loro tranne in quelle previste negli art 409 e 442 c.p.c. in quelle che riguardano questioni di stato e di separazione personale tra coniugi e altre che non possono formare oggetto di transazione. In sostanza dall'art 806 c.p.c. si evince che l'arbitrato non deve essere considerato strumento antagonista al processo civile ma

una strada alternativa di risoluzione delle controversie adesso, più flessibile e semplificata. Di regola, la disciplina legislativa si occupa del cosiddetto arbitrato rituale in cui arbitri privati decidono la controversia con un provvedimento che assume efficacia di sentenza¹.

Nella prassi si è però diffusa un'altra forma, quella dell'arbitrato irrituale² o libero. Le parti conferiscono agli arbitri il compito di risolvere la lite mediante atto negoziale. Dunque, con il primo agli arbitri si attribuisce una funzione giurisdizionale, con il secondo invece la decisione dell'arbitro assume una valenza di atto negoziale. In specie, nell'ambito di appalti di opere pubbliche sia le vecchie norme sia le attuali, conferiscono all'arbitrato natura rituale; infatti, espressamente l'art 150, comma 1, del D.P.R. 554/99 enuncia che ad esito della procedura prevista, il lodo assume efficacia di sentenza. L'esame delle disposizioni in materia di contenzioso, elaborate nell'iter della legge quadro sui lavori pubblici, evidenziano altresì diverse applicazioni dell'istituto dell'arbitrato³. In particolar modo, la definizione delle controver-

¹ VITOLO R., *Introduzione al diritto dell'arbitrato*, Napoli, 2001.

² Cfr. A. GUARDINA, Voce arbitrato, in *Enciclopedia Treccani*, I, pagg. 2 e ss., 1995.

³ Nella sostanza, si ha l'incompetenza assoluta del collegio arbitrale per la mancanza dell'essenziale presupposto costituito dal conferimento agli arbitri stessi di ogni relativo potere che risulta effettuato dalle parti nell'esercizio di una libera determinazione e la nullità del lodo anche ritenendo la sussistenza della clausola compromissoria in virtù della mera riproduzione di una siffatta clausola così come disciplinata dal predetto capitolato generale di appalto, la stessa fosse nulla prevedendo un arbitrato obbligatorio, in spregio al principio, più volte affermato dalla Corte Costituzionale e dalla Corte di Cassazione, secondo il quale solo in virtù della concorde volontà delle parti liberamente formatasi sono consentite deroghe alla statualità della giurisdizione. Giova al riguardo notare come, secondo un risalente indirizzo della Corte di Cassazione (su cui, da ultimo, Cass. 20 maggio 1997, n. 4474; Cass. ord. 23 febbraio 2000, n. 15), ancorché caratterizzato dalla presenza di talune pronunce di segno contrario (così, ad esempio, Cass. 1 giugno 1990, n. 5144), il contrasto circa l'attribuzione della cognizione della controversia al collegio arbitrale o al giudice ordinario integrasse una questione di competenza (e non già di giurisdizione), richiamandosi il principio del "convogliamento" dell'arbitrato nell'ambito del giudizio ordinario attraverso l'impugnazione del lodo (art. 827 c.p.c.), oltreché attraverso il controllo giurisdizionale in sede di omologazione dello stesso (art. 825 c.p.c., nonché art. 51 del d.P.R. n. 1063 del 1962).

All'opposto, sulla base dell'orientamento accolto dalle Sezioni Unite della stessa Corte con la sentenza n. 527 del 3 agosto 2000 e successivamente ribadito dalla prevalente giurisprudenza di legittimità (Cass. 5 dicembre 2000, n. 1251; Cass. 1 febbraio 2001, n. 1403; Cass. 5 marzo 2001, n. 3144; Cass. 13 aprile 2001, n. 5527; contra, Cass. 15 settembre 2000, n. 12175; Cass. 21 febbraio 2001, n. 2490), si ritiene che,

anche nell'arbitrato rituale, al pari di quanto accade in quello irrituale, la pronuncia arbitrale abbia natura di atto di autonomia privata, configurandosi pur sempre la devoluzione della controversia ad arbitri come rinuncia all'azione: giudiziaria ed alla giurisdizione dello Stato e come opzione per la soluzione della controversia sul piano privatistico, secondo il dictum di soggetti privati, onde, nella specie, il contrasto sulla deferibilità della controversia medesima agli arbitri per essere quest'ultima devoluta alla giurisdizione del giudice ordinario, ovvero lo stabilire se detta controversia appartenga alla cognizione del secondo oppure dei primi (i quali, non svolgendo una forma sostitutiva della giurisdizione, non sono suscettibili di venire inquadrati in termini di organi giurisdizionali dello Stato), costituisce una questione, non già di competenza in senso tecnico, ma di merito, siccome direttamente inerente alla validità o all'interpretazione del compromesso o della clausola compromissoria, ovvero, in definitiva, del lodo, laddove, rispetto a siffatta questione, è inammissibile l'istanza di regolamento di competenza, essendo il relativo mezzo esperibile con esclusivo riferimento alle questioni riconducibili al paradigma di cui all'art. 38 c.p.c., Ciò posto, è tuttavia noto come venga correntemente riconosciuta, fatta salva l'osservanza delle relative formalità (quale appunto l'avvenuta fissazione della pubblica udienza di discussione) afferenti le facoltà spettanti alle parti, la possibilità di convertire il regolamento di competenza inammissibile in ricorso ordinario per cassazione, essendo a tal fine sufficiente (come esattamente nel caso di specie) che il ricorso stesso presenti tutti i requisiti richiesti per quest'ultima forma di impugnazione (quali la procura speciale e l'iscrizione del difensore nell'apposito albo) e che il ricorrente non abbia inequivocabilmente espresso la propria volontà di porre istanza di regolamento di competenza con dichiarata esclusione del ricorso ordinario (Cass. 20 maggio 1982, n. 3123; Cass. 29 aprile 1993, n. 5069; Cass. 18 aprile 1994, n. 3665; Cass. 1 marzo 1995, n. 2336; Cass. 20 novembre 1999, n. 803). Se per un verso è quindi indubitabile che le parti possano fare richiamo alla normativa generale in materia di appalti di opere pubbliche senza alcuno specifico riferimento alle norme che disciplinano la risoluzione delle relative controversie, sono per altro verso tuttavia censurabili le conseguenze che da ciò ha preteso di trarre la Corte, nel senso cioè di ritenere, da un lato, che difetti "così l'essenziale presupposto della volontà delle parti, nell'esercizio espresso della loro libera determinazione, di conferire agli arbitri il potere di risolvere la controversia", nonché, dall'altro lato, che, anche reputando la sussistenza della clausola compromissoria in virtù della mera riproduzione della clausola come disciplinata dal capitolato generale di appalto, la clausola stessa sia nulla contemplando un arbitrato obbligatorio. Al contrario, infatti, basterà notare come, qualora in un contratto di appalto concluso a seguito di relativa gara da un Comune, gli stipulanti, come nella specie, per regolare il relativo rapporto, abbiano fatto espresso richiamo, quale parte integrante del contratto medesimo, alle norme dei capitolato generale per le opere pubbliche approvato con d.P.R. 16 luglio 1962, n. 1063, fra cui sono comprese quelle relative alla competenza arbitrale per la definizione delle controversie, non vi è necessità di una separata clausola compromissoria, posto che la volontà dei contraenti trova già la sua espressione, "per relationem perfectam", nel richiamo pattizio, onde, in tal caso, la fonte della competenza arbitrale va individuata non nella legge, bensì in una convenzione compromissoria concretamente intercorsa fra le parti, dalla quale deriva anche la forza vincolante della convenzione stessa, laddove, formatasi la volontà contrattuale secondo la disciplina dettata nel capitolato generale vigente nel momento in cui il contratto è stato con-

sie in materia di opere pubbliche contemplata dall'art 32 della legge 11 febbraio 199⁴ n. 109⁵, citando che “qualora insorgano controversie

cluso, l'intero rapporto è retto e deve svolgersi secondo quella disciplina e le eventuali modificazioni sopravvenute di tale capitolato, così come gli interventi “abrogativi” della Corte Costituzionale, non possono alterare il regime pattizio dei contratti in corso, ciò valendo sia per le previsioni di carattere sostanziale sia per le previsioni di carattere processuale, come, ad esempio, quelle concernenti la competenza del collegio arbitrale (Cass. 21 giugno 2000, n. 8420; Cass. 17 maggio 2000, n. 6394; Cass. 21 aprile 1999, n. 3929; Cass. 16 aprile 1999, n. 3802; Cass. 28 maggio 1998, n. 5289).

Più in particolare, in tema di controversie nascenti da un contratto di appalto di opere pubbliche, deferite, in via generale, ad arbitri dall'art. 43 del relativo capitolato generale approvato con d.P.R. n. 1063 del 1962, la facoltà, riconosciuta ad entrambi i contraenti, di chiedere la deroga a tale competenza arbitrale, esclusa dall'art. 16 della legge 10 dicembre 1981, n. 741, il quale aveva modificato il testo dell'art. 47 del capitolato medesimo, è stata ripristinata a seguito della dichiarazione di illegittimità costituzionale del detto art. 16 (Corte Cost., sentenza n. 152 del 1996 sopra citata), onde la necessità di operare una distinzione tra gli appalti dello Stato (ovvero degli enti pubblici tenuti per legge all'osservanza dei capitolati generali per le opere statali) e gli altri appalti pubblici, atteso che, nel primo caso, la pronuncia della Corte Costituzionale produce, del tutto legittimamente, i suoi effetti ex tunc anche nei casi in cui la clausola compromissoria trovi la sua fonte nella volontà negoziale delle parti che abbiano recepito la normativa caducata attraverso il rinvio materiale alle disposizioni del capitolato generale (salvo il limite delle situazioni esaurite), mentre, nel secondo caso, come nella specie, il richiamo alle norme del capitolato medesimo operato dalle parti, le quali abbiano testualmente pattuito che quest'ultimo faccia parte integrante del contratto, assume la stessa natura e la stessa portata (negoziale appunto) dell'atto che richiama tali disposizioni, perdendo, quindi, qualsiasi collegamento con la fonte normativa di provenienza (art. 47 del d.P.R. n. 1063-62), così da conservare efficacia indipendentemente dalle successive modifiche della norma da cui sono tratte (esattamente in ragione dell'effetto vincolante che, liberamente, attraverso cioè una convenzione compromissoria intervenuta tra i contraenti, questi ultimi hanno attribuito al loro contenuto) ed, in particolare, dalla pronuncia di illegittimità costituzionale di cui alla sentenza della Corte Costituzionale n. 152 del 1996, concernente la devoluzione obbligatoria al giudizio arbitrale, dovendosi quindi conferire alla clausola in oggetto valore di clausola concordata e riconoscerne così la validità (Cass. 17 gennaio 2001, n. 563; Cass. 7 giugno 2000, n. 7705; Cass. 3929-99, cit.; Cass. 3802-99, cit.), anche indipendentemente dalla mancata approvazione specifica per iscritto ex art. 1341 c.c. (Cass. 3929-99, cit.) ed ancorché le previsioni del capitolato richiamato contemplino l'inderogabilità dell'arbitrato e (financo) la non impugnabilità del lodo per violazione di legge (Cass. 6394-2000, cit.).

⁴ Sul tema si veda, CARULLO A., *I sistemi di risoluzione delle controversie: accordo bonario ed arbitrato*, pp. 391 e ss., in *Il nuovo ordinamento dei lavori pubblici*, MASTRAGOSTINO F., Torino, 2001.

⁵ Sul quale di recente di veda, Decreto Presidente della Repubblica del 21 dicembre 1999, n. 554, in MAZZOCCO, ANGELETTI, COSTANTINI, GALLI, GUMONE, LEGGIADRO, ZOPPOLATO, *Il regolamento della legge sui lavori pubblici*, Milano, 2000.

relative ai lavori pubblici, le parti ne danno comunicazione al responsabile del procedimento che propone una conciliazione per l'immediata soluzione della controversia medesima". Qualora non raggiungano un accordo, entro sessanta giorni dalla comunicazione di cui al comma 1, la soluzione è attribuita al giudice competente; dinnanzi al giudice ordinario, nel caso dei lavori in corso, si applicano gli articoli 413 e seguenti del codice di procedura civile. 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 formulazione di tale norma risultò, però, essere oggetto di diverse critiche poiché essa senza apportare alcuna innovazione ai criteri di riparto della giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo, stabiliva semplicemente l'applicabilità del rito del lavoro ai "lavori in corso" ed escludeva il ricorso al procedimento arbitrale per la risoluzione delle controversie insorte tra pubblica amministrazione e privato imprenditore con riferimento all'esecuzione di opere pubbliche; quindi escludeva proprio il procedimento, quello arbitrale, che rispetto al giudizio ordinario ed a quello amministrativo, risultava essere il preferito per la specializzazione e la rapidità.

Le nuove norme in materia di lavori pubblici, introdotte con la legge n. 216/1995, hanno poi profondamente innovato le disposizioni in materia. Infatti, l'articolo 32 è stato riformulato dal legislatore del 1995 in maniera tale da far sì che da una originaria esclusione del giudizio arbitrale, quale mezzo per risolvere le controversie in tema di lavori pubblici, si arrivasse all'individuazione e specializzazione di un collegio arbitrale, quale tendenziale ed esclusivo giudice non solo per gli appalti ma anche per altri istituti⁶.

Nel testo finale dell'articolo 32, così come previsto dalla legge n. 216/1995, al comma 1, di fatti si dispone che "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".

Con tale formulazione il legislatore ha tenuto quindi conto dell'orientamento sfavorevole della Corte Costituzionale nei confronti del così detto "arbitrato obbligatorio" ed ha voluto precisare che il ricor-

⁶ Per il caso si veda: sentenze n. 488 del 18 dicembre 1991 e n. 49 del 23 febbraio 1994 della Corte Costituzionale; e Ordinanza della Cassazione civile del 28 settembre 1993, n. 716.

so al procedimento arbitrale non è obbligatorio ma facoltativo, nel senso che, in presenza di apposita clausola compromissoria – generalmente si ritiene che la clausola compromissoria non consiste in un *pactum de compromittendo* e cioè non pone in essere, un contratto preliminare per cui, nascendo la controversia, sia necessaria la stipulazione del compromesso per demandare la decisione agli arbitri. Essa contiene già e di per sé determina, il deferimento della controversia al giudizio degli arbitri. Ha natura costitutiva, non semplicemente obbligatoria e non occorre, sorta la controversia, la stipulazione di un apposito accordo per l'assoggettamento di questa alla decisione degli arbitri; per la specificazione delle controversie e per la nomina degli arbitri e cioè, in definitiva, per provocare la pronuncia, è sufficiente l'iniziativa di una delle parti, il giudice competente potrà essere il collegio arbitrale costituito presso la camera arbitrale per i lavori pubblici.

Con l'introduzione della disposizione normativa di cui si tratta, nella nuova formulazione dell'articolo 32, senz'altro, si è compiuta una notevole innovazione nel procedimento di definizione delle controversie relativa ai lavori pubblici rispetto alle categorie procedurali e processuali tradizionali.

L'articolo 32, comma 1, nel testo come modificato nell'articolo 9 bis, legge n. 216/95, rappresenta, pertanto, il risultato di una assoluta inversione di rotta rispetto la prima stesura della norma. La norma introduce, il principio procedimentale e processuale della devoluzione, alla competenza arbitrale, delle controversie in materia di appalti e concessioni non risolte tramite l'accordo bonario ex art. 31 bis.

L'obiettivo perseguito dal legislatore, mediante l'introduzione della norma in questione, sembra essere, pertanto, quello di offrire all'amministrazione tempi brevi e certi per definire il quadro economico finanziario dell'opera pubblica.

Il legislatore quindi, ha voluto con l'art. 31 bis e, poi, con l'art. 32, imprimere al contenzioso sulle opere pubbliche un'accelerazione tale da consentire agli amministratori di avere un quadro economico e finanziario certo e non suscettibile di sostanziali mutamenti.

La formulazione di tale norma, tuttavia, ha destato non pochi problemi di ordine costituzionale, in relazione alla interpretazione dell'arbitrato come mezzo di composizione delle controversie obbligatorio ovvero facoltativo in conformità ai dettami sanciti dalle sentenze in materia della Corte Costituzionale⁷.

⁷ CIANFLONE A. – GIOVANNINI G., *L'appalto di opere pubbliche*, Milano, 2003.

Appare pertanto del tutto legittimo sollevare il dubbio circa la legittimità costituzionale dell'art 32 così come modificato dall'art. 9 bis, della legge n. 216/95. La locuzione, utilizzata nella legge quadro, "*la definizione delle controversie*", è ambivalente nel senso che può intendersi come "può essere" devoluta o "deve essere" devoluta.

Nel primo caso sono le parti a poter scegliere se la cognizione del mancato accordo bonario è da devolvere agli arbitri, nel secondo è il legislatore che decide sulla base di una scelta imposta. Quest'ultima interpretazione solleva evidenti indici di l'incostituzionalità.

La disciplina relativa agli arbitrati obbligatori, si pone in contrasto proprio con l'art. 24 della Costituzione ("*Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti ed interessi legittimi. La difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento...*"), poiché si tratta di casi nei quali la deroga alla giurisdizione ordinaria non trova la propria fonte nella volontà delle parti, ma è imposta da una norma di legge o da altre fonti, comunque esterne alle parti. Non poche perplessità desta, poi, anche, l'art 32 L. 11 febbraio 1994, n. 109, in tema di esecuzione di opere pubbliche, nel testo modificato dalla Legge 2 giugno 1995, n. 216, nella parte in cui prevede che la definizione delle controversie tra gli enti pubblici e gli affidatari è attribuita ad un arbitro ai sensi delle norme del titolo VIII del libro quarto del c.p.c., in quanto si preclude alle parti la possibilità di adire l'autorità giudiziaria ordinaria.

Nel caso invece degli arbitrati volontari, la questione di conformità al dettato dell'art. 24 Cost., si pone solo con riferimento all'essenza del contraddittorio nel procedimento per la dichiarazione di esecutività del lodo, poiché la rinuncia al giudizio ordinario trova la propria fonte in una libera scelta delle parti e non in una imposizione esterna⁸.

Peraltro anche la Corte costituzionale in tempi passati ha osservato che in virtù del combinato disposto degli artt. 24, comma 1, della Costituzione (diritto all'effettività della tutela giurisdizionale), 102, comma 1, della Cost. (riserva delle funzioni giurisdizionali ai giudici ordi-

⁸ In specie, la Corte di Cassazione nel corso di un processo civile tra il Comune di Alleronia e l'impresa di Giovanni Martini, ha denunciato la detta norma, sospettando il contrasto con gli artt. 24 e 102 Cost., prevedendo un caso di arbitrato obbligatorio nel quale la facoltà di scelta del giudice sarebbe rimessa solo ad un atto autoritativo della Pubblica Amministrazione appaltatrice, senza alcuna possibilità per il privato che partecipa alla gara o alla trattativa, di modificare tale scelta.

nari, salve le eccezioni di cui all'art. 103 della costituzione), il fondamento di qualsiasi arbitrato non può che rinvenirsi nella libera e concorde scelta delle parti.

In specie, si è ritenuto costituzionalmente illegittimo l'art. 16 legge 10 dicembre 1981, n. 741 (*Ulteriori norme per l'accelerazione delle procedure per la esecuzione di opere pubbliche*), che ha sostituito l'art. 47 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 contraenti⁹. La norma impugnata, prevedendo che la competenza arbitrale può essere derogata solo con una clausola inserita nel bando (o invito di gara) oppure nel caso di trattativa privata

⁹ Il ricorso, con il quale è stato promosso il giudizio di legittimità costituzionale dal Commissario dello Stato per la Regione Sicilia presso la Corte Costituzionale, con sentenza n. 35, 2 maggio 1958, si è così concluso che è costituzionalmente illegittima la norma contenuta in legge regionale siciliana che implichi l'esclusione della competenza dell'Autorità giudiziaria rispetto a determinate controversie e come tale incida in senso negativo sulla giurisdizione (la fattispecie si riferisce al deferimento ad un Collegio arbitrale delle vertenze tra Amministrazione ed appaltatore di opere pubbliche); così come con sentenza n. 2 del 1963 si pronuncia l'infondatezza della questione di legittimità costituzionale del titolo VIII del libro IV c.p.c. in relazione agli articoli 102 e 25 Cost., dovendo escludersi che l'istituto arbitrale intacchi la riserva dell'esercizio della funzione giurisdizionale a magistrati istituiti e regolati dalle norme sull'ordinamento giudiziario (art. 102 Cost.), o deroghi alla norma che vieta di distogliere dal giudice naturale preconstituito per legge (art. 25 Cost.) la funzione arbitrale non contraddice al principio della statualità della giurisdizione, posto dall'art. 102 Cost. Tale norma riservando solo a magistrati l'esercizio della funzione giurisdizionale non vieta ad ogni soggetto giuridico a svolgere la propria autonomia per la soluzione delle controversie di suo interesse, e di ricorrere ad un mezzo, come quello dell'arbitrato, legittimato da un regolamento del diritto di azione valido nel limite in cui su questo diritto la volontà singola opera efficacemente. Anche in seguito poi con sentenza n. 448 del 1991, la Corte si pronuncia disponendo che è costituzionalmente illegittimo, in riferimento agli artt. 24 e 102 Cost., nella parte in cui prevede un arbitrato obbligatorio. La corte ribadisce il suo orientamento secondo cui gli arbitrati obbligatori o necessari non sono conformi a Costituzione. La fonte dell'arbitrato non può risiedere nella legge o generalmente in una volontà autoritativa, in quanto solo le parti possono scegliere arbitri per la tutela dei loro diritti al posto dei giudici. Successivamente con sentenze n. 49, 206, 232 e 493 del 1994 e n. 54 del 1996, si è confermato l'orientamento della Corte per cui l'arbitrato obbligatorio è costituzionalmente legittimo solo nelle ipotesi in cui la fonte dell'obbligatorietà sia non eteronoma rispetto alle parti, bensì conseguente alla concorde volontà delle stesse di vincolarsi a derogare al fondamentale principio della statualità della giurisdizione. L'eventuale previsione di una ipotesi di arbitrato obbligatorio *ex lege* rappresenta una inammissibile compressione del diritto di azione e di difesa ad una negazione della tutela giurisdizionale.

nel contratto, finisce con il rendere obbligatorio l'arbitrato, in spregio al principio, più volte ribadito secondo cui solo a fronte della concorde e specifica volontà delle parti (liberamente formatasi), sono consentite deroghe alla regola della statualità della giurisdizione.

Anche la Corte Costituzionale con decisione n. 152 del 1996, e poi, in altre sue pronunce¹⁰, ha ribadito che la facoltà di denegare l'accesso agli arbitri deve permanere sempre, in quanto l'istituto si fonda sulla concorde "e specifica volontà delle parti (liberamente formatasi)" perché "sono consentite deroghe alla regola della statualità della giurisdizione" solo a fronte della espressione specifica della parte privata e di quella pubblica.

Dunque da ciò si desume che, in ambito di opere pubbliche, nonostante la posizione di supremazia dell'amministrazione, la facoltà di scelta deve comunque e sempre essere garantita in ogni situazione e grado del giudizio e quindi anche in quella disciplinata dall'art. 32.

Solo la volontà delle parti, nei termini e per gli effetti di cui agli art. 806 ss., c.p.c., può infatti derogare al principio costituzionale di riserva delle funzioni giurisdizionali alla magistratura ordinaria.

La fonte dell'arbitrato non può essere costituita da una legge ordinaria né da qualunque altra tipologia di volontà eteronoma. La competenza arbitrale può derivare esclusivamente da una cosiddetta "co-attribuzione" autonoma delle parti in lite che concordemente optano per la compromissione in arbitri della controversia, in virtù dell'art. 806 c.p.c.

Tale norma assume il carattere di principio generale, costituzionalmente garantito, per cui per evitare il deferimento al giudizio arbitrale della controversia, è sufficiente che una parte voglia il giudizio ordinario¹¹.

Altre questioni di costituzionalità sono state poste anche in relazione all'art. 25 della Costituzione che investe direttamente il problema della riserva della giurisdizione. Si osserva, infatti, che "la garanzia costituzionale del giudice naturale opera rispetto a giudici precostituiti

¹⁰ V. BARILE, *L'arbitrato e la Costituzione*, in *Giur. Cost.*, 1963, 22 e più di recente ANDRIOLI, *L'arbitrato rituale e la Costituzione* ora in *Studi della Giustizia Costituzionale*, Milano, 1992, 350.

¹¹ CAPPELLETTI M., *La pregiudizialità costituzionale nel processo civile*, Milano, 1957, 71; BARILE P., *L'arbitrato rituale e la Corte Costituzionale*, in *Riv. Arbitrato*, 1992, 229 ss. e 232 ss.

nell'ambito dell'organizzazione giurisdizionale e non impedisce la risoluzione della controversia in via arbitrale”.

La giurisdizione, riservata allo Stato, si intende non nel senso di formulare la decisione di una controversia ma come potere dello stesso di dare efficacia esecutiva alla decisione; ciò sta a significare che esclusiva dello Stato non è la decisione della controversia ma la tutela coattiva del diritto¹².

La Corte Costituzionale a convalida di quanto sopra, si è pronunciata con sentenza n. 440 del 27 maggio 2002 e n. 441 del 3 maggio 2003¹³.

I dubbi d'incostituzionalità, sono stati poi superati dal nuovo testo dell'art. 32 così come riformulato e introdotto dall'art. 10, comma 1, della legge n. 415 del 1998 che ha configurato, chiaramente, come facoltativo il ricorso all'arbitrato; infatti “tutte le controversie derivanti dall'esecuzione del contratto, comprese quelle conseguenti al mancato raggiungimento dell'accordo bonario previsto dal comma 1 dell'art. 31

¹² Con sentenza n. 440 del 2002, il convenuto ha eccepito l'incompetenza arbitrale in ragione dell'applicabilità al giudizio dell'art. 3 del D.L. n. 180/98, convertito in legge 3 agosto 1998 n. 267, il quale recita: “*Le controversie relative all'esecuzione di opere pubbliche comprese in programmi di ricostruzione di territori colpiti da calamità naturali non possono essere devolute ai collegi arbitrali. Sono fatti salvi lodi già emessi e le controversie per le quali sia stata già notificata la domanda di arbitrato alla data di entrata in vigore del presente decreto*”. L'attrice ha sollevato la questione di costituzionalità della norma innanzi citata assumendone il contrasto con l'art. 25 della Cost. Essa assume che con la disciplina dell'arbitrato rituale dettato dal nostro codice civile la scelta del giudice naturale, è dalla legge, demandata alla parte, la quale la esercita con la sottoscrizione della clausola compromissoria. Una volta effettuata tale scelta con la previsione di accesso all'arbitrato la norma successivamente emanata che proibisce detto accesso lede il principio tutelato dall'art. 25 della Cost. e si pone in contrasto a questo. Alla luce dell'evoluzione normativa nonché dei più recenti orientamenti sia della dottrina che della giurisprudenza anche della Corte Costituzionale, sussiste una sempre più marcata assimilazione, come organo giudicante, del Collegio arbitrale, specie quando si tratti di arbitrato rituale, all'autorità giurisprudenziale ordinaria con una sostanziale equiparazione del lodo alla sentenza giudiziale. Si dichiara rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale sollevata nei confronti dell'art. 3, comma 2, del Decreto legge 11 giugno 1998, n. 180 convertito con modificazione nella legge 3 agosto 1998, n. 267, in relazione all'art. 25 della Cost. Così anche con sentenza n. 441 del 31/05/2002 la Corte ribadisce la non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale nei confronti della citata normativa.

¹³ Cfr. BIAGETTI V., D'OTTAVI F., MASTROPASQUA S., *I lavori pubblici nella normativa vigente*, Torino, 2001.

bis, possono essere deferite ad arbitri. Qualora sussista la competenza arbitrale, il giudizio è demandato ad un collegio arbitrale costituito presso la camera arbitrale per i lavori pubblici, istituita presso l'Autorità di cui all'art. 4 della presente legge. Con decreto del Ministro dei lavori pubblici, di concerto con il Ministro di grazia e giustizia, da emanare entro tre mesi dalla data di entrata in vigore del regolamento, sono fissate le norme di procedura del giudizio arbitrale nel rispetto dei principi del codice di procedura civile, e sono fissate le tariffe per la determinazione dei corrispettivi dovuti dalle parti per la decisione della controversia.

Il regolamento definisce altresì, ai sensi e con gli effetti di cui all'art. 3 della presente legge n. 415 del 1998, la composizione e le modalità di funzionamento della camera arbitrale per i lavori pubblici; disciplina i criteri cui la camera arbitrale dovrà attenersi nel fissare i requisiti soggettivi e di professionalità per assumere l'incarico di arbitro, nonché la durata dell'incarico stesso, secondo principi di trasparenza, imparzialità e correttezza.

Dalla data di entrata in vigore del regolamento cessano di avere efficacia gli articoli 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50 e 51 del capitolato generale d'appalto approvato con il decreto del Presidente della Repubblica 16 luglio 1962, n. 1063. Dalla medesima data il richiamo ai collegi arbitrali da costituire ai sensi della normativa abrogata, contenuto nelle clausole dei contratti d'appalto già stipulati, deve intendersi riferito ai collegi da nominare con la procedura camerale secondo le modalità previste dai commi precedenti ed i relativi giudizi si svolgono secondo la disciplina da essi fissata¹⁴.

Del resto, la necessità di rinvenire il fondamento dell'arbitrato solo nella libera scelta delle Parti e non piuttosto in una volontà autoritaria, è soluzione obbligata anche in virtù degli artt. 24 e 102 della Costituzione¹⁵.

¹⁴ Vedi Cassazione Civile, Sez. I, 24 aprile 2002, n. 5969.

¹⁵ Sia con sentenza n. 488 del 1991, sia con sentenze nn. 232, 493, 206 e 49 del 1994, e di più recente formulazione con sentenze n. 152 e n. 54 del 1996, la Corte ritiene costituzionalmente illegittimo l'art. 16 legge 10 dicembre 1981, n. 741, che ha sostituito l'art. 47 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 norma impugnata, prevedendo che la competenza arbitrale può essere derogata solo con una clausola inserita nel bando o invito di gara oppure nel contratto nel caso di trattativa privata, finisce con il rendere obbligatorio l'arbitrato, in spreco al principio, più volte ribadito secondo cui solo a fronte della concorde volontà delle parti sono consentite deroghe alla regola della statualità della giurisdizione.

Il costituente ha voluto la concentrazione della funzione giurisdizionale in capo a predeterminati organi statali, lasciando all'autonomia delle parti ogni eventuale e possibile strumento alternativo di soluzione delle controversie, escludendo così ogni imposizione per legge. Lo spostamento di competenza è quindi l'effetto di una scelta compiuta dalle parti; non dovrebbe mai essere imposta per legge, né costituire un obbligo proveniente da altra autorità statale rimanendo non conforme ai principi costituzionali un eventuale rinvio di controversie a Commissioni arbitrali predeterminate e pre individuate per legge¹⁶.

È dunque ipotizzabile una disparità di trattamento tra parte pubblica e privata e un contrasto con gli art. 3 e 97 della Costituzione poiché la posizione d'uguaglianza delle parti in conflitto, necessaria nel procedimento arbitrale, ed il principio d'imparzialità dell'azione amministrativa, vengono a mancare quando si considera che parti del contratto, sull'esecuzione del quale è sorta una controversia, sono una parte pubblica ed una privata. Infatti, è vero che ciascuna delle parti in causa sceglie uno degli arbitri, ma l'autorità di vigilanza, che è parte pubblica, preposta alla cura dell'interesse della pubblica amministrazione, in stretto accordo con il Ministero dei lavori pubblici, attraverso meccanismi di controllo, piuttosto più che garantire la concorrenzialità o l'equilibrio tra le parti contrattuali, assume un ruolo determinante nella fase contenziosa con la scelta del terzo. È quindi evidente che la parte pubblica si trova in una condizione privilegiata rispetto alla parte privata, venendo così meno quel principio di assoluta parità fra le parti propria dell'arbitrato quale procedimento, in contraddittorio, informato di reale imparzialità¹⁷.

2. *L'art. 150 del D.P.R. 554 del 1999*

A conferma di quanto disposto dagli art. 3 e 97 della Costituzione, è intervenuto poi il regolamento d'attuazione della legge quadro in materia di lavori pubblici n. 109/99, ossia il D.P.R. 554/99¹⁸, prevedendo all'art. 150 che le parti, nelle controversie sorte dall'esecuzione

¹⁶ Cfr. FAZZALARI, *Ancora sulla imparzialità dell'arbitrato*, in *Riv. Dell'Arbitrato*, 1998, 813.

¹⁷ F. MASTRAGOSTINO, *Il nuovo ordinamento dei lavori pubblici*, cit. 411.

¹⁸ Per il caso si veda: sentenza CONSIGLIO DI STATO, sez. IV, 17 ottobre 2003, n. 6335, sulla quale il commento di MONTEDORO, in *Urbanistica e appalti*, 2004, 60.

dell'appalto, possono scegliere l'arbitro in alternativa alla cognizione del giudice civile, rivolgendosi all'apposita camera arbitrale, istituita presso l'autorità dei lavori pubblici, organo a livello centrale, lasciando però la facoltà delle parti di determinare la sede del collegio arbitrale presso le sezioni regionali dell'osservatorio dei lavori pubblici.

Con l'art. 150 è quindi riconfermato il principio già stabilito dall'art. 32 della legge n. 109/94, che riconosce alle parti la facoltà di rimettere ad arbitri le controversie tra loro insorte nel corso di esecuzione del rapporto, ivi comprese quelle che non si siano potute risolvere mediante lo strumento conciliativo apprestato dall'art. 31 bis della legge. La giurisprudenza amministrativa, con sentenza del Consiglio di Stato 17 ottobre 2003 n. 6335, ha dichiarato illegittima la norma regolamentare primaria (art. 32 comma 3 della legge n. 109/1994) in quanto non contiene nessuna previsione circa l'attribuzione alla potestà regolamentare del Governo della fissazione dei criteri per la composizione dei collegi arbitrali, e tanto meno della sottrazione alle parti del potere di scegliere d'accordo fra di loro il terzo arbitro, che sovente costituisce l'ago della bilancia.

Inoltre la norma è in contrasto con gli artt. 809 e ss., c.p.c. che rientrano tra quelli fondamentali il cui rispetto è prescritto dall'art. 32, comma 2, legge n. 109/1994. I predetti articoli prevedono che il potere di stabilire il numero e le modalità di nomina degli arbitri è rimesso alle parti con il solo limite del rispetto dell'ordine pubblico. Da ciò si può dedurre che l'arbitrato non può essere che facoltativo e volontario sia per la scelta del procedimento arbitrale sia per la scelta degli arbitri, perciò se i componenti del collegio sono designati con criteri diversi da quelli di libera scelta si tratterebbe di un vero e proprio organo di giurisdizione speciale e quindi illegittimo. "Quindi l'art. 150, comma 3 del regolamento, nella parte in cui sottrae alla libera determinazione delle parti la scelta del terzo arbitro con funzione di presidente attribuendola alla camera arbitrale, è illegittimo e deve essere annullato. In ultimo si osserva che la deroga alla volontà delle parti, potrebbe al più ritenersi ragionevole ove affidata ad organo giurisdizionale ma non certo ad organo amministrativo come la camera arbitrale, organo non in grado di garantire la terzietà del giudice, in considerazione della sua natura non giurisdizionale"¹⁹.

¹⁹ Cfr. ANGELETTI C., *La definizione delle controversie e l'arbitrato*, in TASSAN MAZZOCCO, ANGELETTI, ZOPPOLATO, *Il regolamento della legge sui lavori pubblici*, Milano, 2000.

L'art. 32 della legge si fa tuttavia carico di precisare ulteriormente, che possono essere deferiti ad arbitri non solo le controversie non definite per mezzo dell'accordo bonario ma anche quelle che a tale fase non sono neppure approdate, vuoi per mancanza dei presupposti di legge (inferiorità rispetto alla soglia del 10%), vuoi per estraneità dell'oggetto della pretesa dell'onere di riserva, come ad esempio per gli interessi dovuti a seguito di ritardo nel pagamento degli acconti in corso d'opera, secondo quanto espressamente sancito dall'art. 116, comma 4, del Regolamento, riprodotto dall'art. 4, comma 1, della legge 10 dicembre 1981, n. 741, abrogato dall'art. 231 del regolamento stesso.

Notevoli, quindi, sono le vicende che ha subito l'istituto dell'arbitrato: in una prima fase, da modalità facoltativa di risoluzione delle controversie a strumento unilateralmente imposto dalla parte pubblica; nella fase storica, aperta dalla legge 11 febbraio 1994 n. 10919, con l'art. 32 che nella sua formulazione originaria vietava il ricorso all'arbitrato, assegnando al giudice competente la soluzione delle controversie relative ai lavori pubblici e in particolare, alle controversie insorte durante l'esecuzione del contratto si sarebbe dovuto applicare il rito del lavoro (art. 413 e ss. del c.p.c.), da modalità di definizione delle liti vietata a modalità ammessa.

Infatti, la Corte costituzionale con sentenza n. 152 del 1996, chiarisce che, laddove la clausola compromissoria sia disposta da una delle parti, deve comunque essere garantita, a ciascuna, la facoltà di declinare la competenza arbitrale, mediante l'esercizio dell'azione giudiziaria innanzi al giudice competente²⁰.

3. Arbitrato in opere pubbliche in riferimento al D.M. 2 dicembre 2000 n. 398

Passando ora all'esame delle disposizioni in materia di contenzioso contenute nella legge quadro sui lavori pubblici, risulta essere assai complessa la nuova disciplina del giudizio arbitrale così come definita dal D.M. 2 dicembre 2000, n. 398. Infatti, occorre preliminarmente distinguere la fase della costituzione del collegio arbitrale da quella

²⁰ Vedi *Foro italiano*, 1996, 1, 1905 e cfr. COSTANTINI, *L'esecuzione del contratto e la risoluzione delle controversie*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 2/1999, pag. 129 e ss.

dello svolgimento del giudizio vero e proprio. Le due fasi della costituzione del collegio arbitrale e dello svolgimento del giudizio vanno tenute distinte sia sul piano concettuale che su quello sistematico dal momento che la rispettiva disciplina è posta da differenti fonti regolamentari.

Conformemente al dettato legislativo, l'art. 150, comma 5, del Regolamento, adottato con D.P.R. 554/99 stabilisce che conclusi "gli adempimenti necessari alla costituzione del collegio, il giudizio si svolge secondo le norme fissate dal decreto interministeriale di cui all'art. 32, secondo comma, della legge" che ha trovato attuazione recentemente con l'emanazione da parte del Ministro dei lavori pubblici, di concerto con il Ministro della Giustizia, del decreto 2 dicembre 2000, n. 398, il quale costituisce un vero e proprio regolamento di procedura con cui il quadro normativo del giudizio arbitrale nel settore dei lavori pubblici, può ritenersi completato²¹.

La ratio di fondo del provvedimento è il superamento della tradizionale impostazione dell'arbitrato inteso come procedimento quasi del tutto libero nelle forme, ritenendo preferibile percorrere la strada del rigore procedimentale per adeguare le regole del giudizio arbitrale a quelle che governano il giudizio ordinario.

In questa ottica vanno inquadrare, in particolare, le disposizioni che contemplan istituti prettamente processuali, quali, la consulenza tecnica, la conciliazione, il regime delle spese e tutti quegli istituti rimasti ancora sprovvisti di una regolamentazione nella disciplina dell'arbitrato di opere pubbliche.

Le norme del decreto in oggetto regolano la procedura arbitrale sin dagli atti introduttivi, sia sotto il profilo del contenuto sia sotto quello delle modalità di presentazione.

Più precisamente, in relazione alla domanda di arbitrato, il decreto stabilisce che essa va notificata nelle forme degli atti processuali civili e deve contenere a pena di nullità rilevabile d'ufficio, la determinazione dell'oggetto della domanda con la specificazione delle somme eventualmente richieste e l'esposizione degli elementi di fatto e di diritto costituenti la ragione della domanda (art. 2 comma 1).

Per quanto riguarda le decadenze, il decreto prevede l'onere, nei confronti della parte che intende resistere all'arbitrato, di provvedere entro sessanta giorni dalla notifica, alla nomina del proprio arbitro di

²¹ BUONFRATE e LEOGRANDE, *L'arbitrato negli appalti pubblici. Commento al Decreto interministeriale 2 dicembre 2000, n. 398*, Milano, 2001.

parte e del proprio atto di resistenza; in tale atto, pena la decadenza, devono essere formulate eventuali domande riconvenzionali, rispetto alle quali si riconosce il potere di controdedurre da parte dell'istante; da esercitarsi nel termine di trenta giorni dalla ricezione dell'atto di resistenza (art. 2, comma 2).

Gli atti introduttivi, ossia la domanda d'arbitrato, l'atto di resistenza e le eventuali controdeduzioni, vanno trasmessi alla Camera arbitrale e delimitano inderogabilmente la materia del contendere, con conseguente inammissibilità, rilevabile anche d'ufficio, di eventuali nuove domande proposte nel corso del giudizio (art. 2, comma 3).

Il decreto interministeriale provvede poi alla disciplina della fase di costituzione del collegio arbitrale attraverso un rinvio alle disposizioni del regolamento 554/99; in specie, indica le mansioni del segretario nominato dal Presidente del Collegio giudicante, e stabilisce che la formazione del collegio determina la pendenza della lite agli effetti processuali e sostanziali. L'art. 3 dispone, infatti, che effettuata la nomina degli arbitri, a norma dell'art. 150, nonché il deposito in acconto, di cui all'art. 150, comma 5, di detto regolamento, il collegio arbitrale si costituisce in prima convocazione, ad iniziativa del presidente il quale designa il segretario del collegio arbitrale a cui compete la custodia degli atti e dei documenti dell'arbitrato.

Importanti disposizioni sono dedicate poi all'istituto della ricusazione, disciplinato dall'art. 4 che prevede che gli arbitri possono essere ricusati dalle parti solo per motivi previsti dall'art. 51 c.p.c. e dall'art. 151 del regolamento, comma 9, in base al quale "non possono essere nominati arbitri coloro che abbiano compilato il progetto e dato parere su di esso, ovvero diretto, sorvegliato o collaudato i lavori cui si riferiscono le controversie né coloro che in qualsiasi modo abbiano espresso un giudizio o parere sulle controversie stesse"; e che rispetto alla normativa ordinaria in materia di arbitrato (art. 815 c.p.c.) si arricchisce con la previsione oltre che delle cause di incompatibilità previste dall'art. 51 anche di quelle previste dall'art. 151 del regolamento generale.

Risulta invece invariato il regime dei termini per la presentazione delle relative istanze da parte degli interessati e per la decisione della camera arbitrale sulle stesse, stante l'espreso rinvio all'art. 815 comma 2, c.p.c.

All'art. 5 il decreto interministeriale introduce poi l'istituto della conciliazione prevedendo che al fine di realizzare il tentativo di pacifico componimento della vertenza, il collegio arbitrale deve obbligato-

riamente convocare le parti e i loro difensori mediante il verbale di costituzione del collegio, non escludendo però la facoltà delle parti di giungere alla conciliazione nel corso del giudizio, da esercitarsi comunque prima della discussione della causa.

Nel caso fallisca il tentativo di conciliazione, l'art. 6 prevede che il "collegio arbitrale assegna alle parti i termini per il deposito dei documenti e delle memorie"; e al comma 2 prevede che i provvedimenti del collegio sono assunti con ordinanza con cui sono risolte in particolare le questioni che possono sorgere nel corso del procedimento (così come l'art. 816 ultimo comma c.p.c.; art. 175 segg. c.p.c.). Questa ordinanza ha stretta analogia con quella prevista per i giudizi ordinari, non pregiudica la decisione della causa (art. 177 c.p.c.) e può anche essere implicitamente modificata e revocata²²; Può concernere tutte le questioni eccetto quelle che non possono formare oggetto di compromesso (art. 816 ultimo comma c.p.c.); in questi ultimi casi, qualora il giudizio arbitrale dipenda dalla definizione: di tale questione il collegio sospende il procedimento²³.

Il decreto interministeriale, in ordine allo svolgimento del giudizio vero e proprio, trova un giusto equilibrio tra snellezza delle procedure e pieno rispetto del contraddittorio; infatti consente l'ammissibilità di tutti i mezzi di prova previsti nel c.p.c., ad eccezione del giuramento in tutte le sue forme, e la possibilità di arricchire la fase istruttoria attraverso l'espletamento di consulenze tecniche disposte d'ufficio (art. 7). Inoltre l'art. 8 al secondo comma, prevede l'oralità dell'udienza di discussione, di fatti dispone che il presidente dichiara aperta la discussione, nel corso della quale i difensori delle parti illustrano oralmente le relative difese, esaurita la fase istruttoria".

Nella fase istruttoria, sono tre i punti fondamentali che occorre mettere in luce; il primo punto è che dovendo il collegio arbitrale giudicare secondo diritto, nell'esame dell'ammissibilità dei mezzi istruttori, non può prescindere dai limiti posti dall'ordinamento giuridico.

Il secondo punto concerne la mancanza, negli arbitri, dei poteri coercitivi propri degli organi giurisdizionali, idonei ad assicurare il pieno espletamento dei mezzi istruttori²⁴.

²² Cass., 13 febbraio 1969, n. 493, in *Mass. Foro it.*, 1969, 143; Cass, 15 aprile 1971, n. 1060, 1971, 323.

²³ Sul punto cfr. FAZZALARI E., *La riforma dell'arbitrato*, in *Riv. Arbitrato*, 1994, 1, 7. È stato in passato generalmente escluso.

²⁴ CHIOVENDA, *Ist. Dir. Proc. Civ.*, 1, 72; ANDRIOLI V., *Commento al codice di*

Il collegio arbitrale non può ad esempio chiedere l'esibizione di documenti detenuti da terzi ovvero la ispezione di cose di terzi²⁵, né può demandare all'autorità giudiziaria l'espletamento dell'atto istruttorio o l'applicazione di misure coercitive²⁶.

Questi poteri coercitivi mancano al collegio arbitrale anche di fronte alle parti contendenti; tuttavia dal rifiuto di queste il collegio può desumere argomenti di prova ai sensi dell'art. 116 secondo comma c.p.c.²⁷.

Il terzo punto infine è che le difficoltà nell'acquisizione delle prove e nell'espletamento dei mezzi istruttori, non liberano il collegio arbitrale dal pronunciare e non lo autorizzano a sottrarsi a questo dovere con un non liquet.

L'attività istruttoria è documentata in verbali, sottoscritti da tutti gli arbitri costituendo così atti del giudizio anche se è controverso se ad essi si possa assegnare valore di atti pubblici, e la loro redazione è una garanzia per i contendenti pur non costituendo motivo di nullità del relativo giudizio²⁸.

Con riferimento alla decisione finale dell'arbitrato, ossia il lodo, l'art. 9 dispone che la sua pronuncia, coincidente non con l'apposizione di tutte le firme dei componenti il collegio arbitrale ma con il suo deposito presso la Camera arbitrale per i lavori pubblici, prevede il termine di 180 giorni a decorrere dalla costituzione del collegio; tale termine rimane sospeso in pendenza dell'eventuale istanza di ricusazione ed è prorogabile nei casi e con le modalità di cui all'art. 820 c.p.c.. Il lodo non viene consegnato come di regola, ai diretti interessati, ma viene depositato alla camera arbitrale visto che tutti i rapporti arbitrali sono intrattenuti dalle parti con la camera arbitrale e non con il collegio.

Novità rilevante e che esprime chiaramente l'intento del legislatore di differenziare l'arbitrato nelle opere pubbliche rispetto a quello ordi-

procedura civile, vol. 4, Napoli; sul punto cfr. anche VECCHIONE R., *L'arbitrato nel sistema del processo civile*, Napoli, 1974 e MIRABELLI G. e GIACOBBE D., *Diritto dell'arbitrato*, Napoli, 1997.

²⁵ ANDRIOLI V., *op. cit.*; D'ONOFRIO, Comm., II; VECCHIONE R., *op. cit.*

²⁶ Su questo cfr. CODOVILLA E., *Del compromesso e del giudizio arbitrale*, Torino, 1915; D'ONOFRIO, Comm., II, 292; ANDRIOLI, Comm. Cit., IV, 830; VECCHIONE, *op. cit.*, 326.

²⁷ ANDRIOLI, Comm. Cit, IV, 831. Lodo arbitrale 23 luglio 1996, n. 119, in *Arch. giur. oo.pp.*, 1998, 944.

²⁸ Cass, 8 ottobre 1969, n. 3212, in *Mass. Foro It.*, 1969, 942.

nario, è la previsione di tariffe speciali per la determinazione delle spese dell'arbitrato; infatti, all'art. 10 il decreto prevede che il corrispettivo dovuto dalle parti è determinato ai sensi dell'art. 32 della legge quadro e deve essere ancorato ai parametri fissati in via generale cui si riferisce l'art. 151 comma 10 del regolamento costituito dalle tariffe allegate al decreto. Nella determinazione dei compensi ad essi spettanti, dunque risulta esserci una rilevante discrezionalità dei collegi arbitrali, ciò per ridurre al minimo gli abusi connessi all'impiego di denaro pubblico.

La predeterminazione delle tariffe speciali (l'allegato prevede otto scaglioni di valore crescenti, per ciascuno dei quali sono indicati un minimo ed un massimo) rappresenta un fattore di certezza ed elimina ogni rischio di fughe dall'arbitrato e di spese ingenti per la pubblica amministrazione. Il decreto, di fatti, statuisce che il corrispettivo è dovuto dalle parti in relazione al valore della controversia e al numero e alla importanza delle questioni trattate.

Ciò che suscita qualche perplessità nell'art. 10 è la previsione della non irripugnabilità dell'ordinanza con cui la camera arbitrale liquida il corrispettivo dovuto dalle parti ed il fatto che costituisce titolo esecutivo; ciò è in aperto contrasto con i fondamentali principi del nostro ordinamento, introducendo nel sistema, con un decreto interministeriale, un titolo esecutivo in contrasto con l'elencazione riportata nell'art. 474 c.p.c.

Ulteriormente risulta essere controverso se sia consentita l'ammissione al gratuito patrocinio nel giudizio arbitrale in genere²⁹ e quindi, nell'arbitrato relativo ad opere pubbliche.

Pure controverso è se possa ritenersi ipotizzabile nel giudizio arbitrale il fenomeno della contumacia³⁰; in tal senso la dottrina risponde in senso affermativo.

4. Problemi applicativi

Le sentenze del Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale, ribadiscono l'appartenenza alla disponibilità delle parti di regolare lo svolgimento del giudizio arbitrale nel modo che ritengono più opportuno.

²⁹ Sulla questione cfr. CODOVILLA, *Compr.*, 390; VECCHIONE, *op. cit.*, 518.

³⁰ Ancora sulla questione cfr. CODOVILLA, *Compr.*, 386; PARRELLA, *La contumacia nel giudizio arbitrale*, in *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 1928, I, 315.

In tal senso con ricorso 2 giugno 2000 gli appellanti impugnavano davanti al TAR del Lazio le norme regolamentari che nell'ambito della riforma dell'ordinamento dei lavori pubblici attuata in esecuzione della Legge 11 febbraio 1994 n. 109, avevano disciplinato il procedimento arbitrale (in particolare gli art. 32, 149, 150, 151 del D.P.R. n. 554/99 e l'art. 34 del Capitolo generale approvato con D.M. n. 145 del 2000).

Con successivi motivi aggiunti gli stessi soggetti impugnavano, sostenendone l'illegittimità derivata, il D.M. 2 dicembre 2000 n. 398, contenente le norme di procedura arbitrale ai sensi dell'art. 3 della Legge n. 109/94 confermando che il nuovo sistema di definizione delle controversie si sarebbe posto in contrasto con la disciplina del nostro ordinamento. Sul piano strettamente giuridico avrebbe ecceduto dai limiti della delega legislativa violando i principi generali in tema di disciplina processuale dell'arbitrato e ponendosi in contrasto con una molteplicità di principi costituzionali.

Sulla base delle varie premesse in precedenza illustrate, viene in primo luogo in rilievo la censura che investe le regole procedurali del giudizio arbitrale in materia di lavori pubblici, che vengono dagli appellanti ritenute in contrasto con i principi del c.p.c. (tra le altre art. 2 del D.M. 398/2000; art. 150, commi 5 e 6; art. 151, comma 11 del D.P.R. n. 554/1994).

La censura non trova accoglimento, in quanto l'individuazione delle norme che devono essere osservate nel procedimento arbitrale, "appartiene alla disponibilità delle parti (art. 816 comma 2 c.p.c.), salvo la facoltà degli arbitri, in caso di mancanza di tali norme, di regolare lo svolgimento del giudizio nel modo che ritengono più opportuno (art. 816, comma 3), fatti salvo il diritto di difesa delle parti o il principio del contraddittorio"³¹.

³¹ Consiglio di Stato, Sentenza n. 200306335 del 17 ottobre 2003; e così anche Corte di Cassazione con sentenze n. 923 del 29 gennaio 1992 e n. 6866 del 4 giugno 1992, si pronuncia a riguardo sostenendo che nell'arbitrato rituale, secondo equità e senza obbligo di osservanza delle formalità procedurali, non sussiste violazione del principio del contraddittorio con riferimento alla nomina di C.T.U., allorché gli arbitri, dopo il deposito della relazione peritale, concedono alle parti termine per predisporre, in relazione alle risultanze della stessa, note e deduzioni. La corte, in motivazione, ulteriormente specifica che la dispensa dall'osservanza delle regole processuali trova un limite nel terzo comma dell'art. 816 c.p.c. "ma non impone la concessione della facoltà di affiancare all'attività del C.T.U. quella del consulente di parte, purché, ovviamente, non sia preclusa alle parti la facoltà di discutere le risultanze della C.T.U.

Quanto, poi, ai principi di diritto processuale generale che costituiscono l'intelaiatura fondamentale dell'intero codice di procedura civile, essi come tali sono applicabili anche al procedimento arbitrale e, quindi, non possono costituire oggetto di discussione, anche perché estranei all'ambito delle censure dedotte.

Quanto, infine, alle disposizioni che sono frutto di scelta legislativa per il solo processo ordinario, esse non possono assurgere al rango di capisaldi del diritto processuale e, come tali, sono derogabili attraverso una scelta legislativa di pari rango quale quella effettuata dall'art. n. 32 della Legge n. 109/94.

Non può ritenersi che tale scelta violi la libertà delle parti, atteso che il ricorso all'arbitrato in materia di lavori pubblici è facoltativo e quindi rimesso alla libera scelta delle parti, consapevoli che, per volontà del legislatore, in questa materia, si opera con procedura predefinita, adottata con scelta insindacabile, in quanto attinente al merito dell'azione amministrativa con l'unico limite della non violazione dei principi inderogabili del Codice di procedura civile.

In riferimento all'art. 32 della legge n. 109/94 non è ravvisabile alcun profilo di illegittimità costituzionale, in quanto esso non prevede un arbitrato c.d. obbligatorio e risultando quindi rispettoso dei principi affermati dalla Corte Costituzionale circa il fondamento dell'arbitrato sull'accordo delle parti; attribuisce all'arbitrato il carattere di "amministrato" il che – qualora esso sia correttamente inteso ed "applicato" – non appare in contrasto con nessuna delle disposizioni della Costituzione.

Quindi le proposte censure di illegittimità costituzionale sono inammissibili, alla stregua del costante insegnamento della Corte costituzionale, secondo cui il giudizio di legittimità costituzionale di norme aventi natura regolamentare eccede i vincoli di giurisdizione della Corte, secondo la definizione che di questa data dall'art. 134 della Costituzione, il quale la limita al caso della legittimità costituzionale delle leggi e degli atti aventi forza di legge.

In conclusione si deve ritenere che l'istituto dell'arbitrato in ambi-

anche tramite propri tecnici di fiducia". E tali determinazioni, che consentono di avere precisi punti di riferimento circa le implicazioni della nomina di C.T.U. negli arbitrati rituali, secondo equità e senza obbligo di rispetto di formalità processuale, sono giustificate dalla stessa Corte attraverso l'utilizzazione della giurisprudenza formatasi con riguardo all'assunzione, nei procedimenti arbitrali, dei mezzi di prova, sebbene si tenda generalmente ad escludere la possibilità di ricondurre ad essi la C.T.U.

to di appalti di opere pubbliche ha natura rituale e ciò si desume anche dalle continue e recenti modifiche in materia. Le diverse problematiche poste dall'istituto in relazione ai recenti orientamenti legislativi e giurisprudenziali in tema di lavori pubblici, hanno evidenziato la rilevanza dell'arbitrato in ragione della sua specificità nonché della sua particolare funzionalità e hanno portato a ritenere l'arbitrato quale procedimento ordinario di risoluzione delle controversie individuando meccanismi che lo rendano accessibile in termini di costi, procedure e professionalità.