



DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO DELL'ARBITRATO INTERNO ED
INTERNAZIONALE

XXV CICLO

*LA DISCIPLINA ARBITRALE NEI CONTRATTI
PUBBLICI*

TUTOR

CHIAR.MA PROF.SSA ROBERTA TISCINI

DOTTORANDO

DOTT. GIOVANNI BATTISTA DE LUCA

ANNO ACCADEMICO 2012/2013

INDICE

CAPITOLO PRIMO

L'ARBITRATO NEI LAVORI PUBBLICI: DALLA LEGGE N. 2248/1865 AL D. LGS. N. 163/2006

1.	Premessa	4
2.	Le origini dell'arbitrato in materia di opere pubbliche.....	6
3.	La risoluzione delle controversie mediante arbitrato e il sistema della c.d. declinatoria alla luce del D.P.R. 16 luglio 1962, n. 1063 e della legge n. 741/1981.....	14
4.	L'alternanza delle sorti dell'arbitrato: la legge quadro 109/1994 e la legge Merloni- <i>bis</i>	20
5.	La Merloni ter (l. 18 novembre 1998 n. 415) e le disposizioni successive.	27
6.	L'assetto dell'arbitrato nel decreto legislativo n. 190 del 2002 (c.d. legge obiettivo). .	32
7.	La sentenza 17 ottobre 2003 n. 6335 del Consiglio di Stato e la crisi del sistema.....	40
8.	La regolamentazione dell'arbitrato secondo la legge di competitività (legge n.80/2005).....	46
9.	La nuova disciplina dell'arbitrato negli appalti di opere pubbliche così come delineato dal codice dei contratti pubblici (D. Lgs. 12 aprile 2006 n. 163).	52

CAPITOLO SECONDO

LA DISCIPLINA ARBITRALE NEL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

SEZIONE PRIMA

CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI E SUE SUCCESSIVE MODIFICHE

1.	Premessa	55
2.	Disciplina comunitaria. Il susseguirsi di direttive comunitarie in materia fino alla adozione della Direttiva ricorsi 2007/66/CE.	58
3.	Il divieto di arbitrato nella legge finanziaria 2008.	64
4.	La legge comunitaria del 2008 e la delega per la riforma dell'arbitrato in materia di contratti pubblici.....	69
5.	Attuazione della legge comunitaria 2008: il Decreto Legislativo n. 53 del 20 marzo 2010.	73
6.	Segue. I profili di maggiore novità apportati in materia dal Decreto Legislativo n. 53 del 20 marzo 2010.	75
7.	L'esclusione dell'arbitrato in materia di appalti pubblici dal D. Lgs. 104/2010 (cd. Codice del Processo Amministrativo).	87

SEZIONE SECONDA

L'ACCESSO ALLA DISCIPLINA ARBITRALE

1.	La volontarietà dell'arbitrato ed il problema della "effettiva" volontarietà.....	92
2.	La ricusazione della clausola compromissoria.	96
3.	Segue. Le modalità di ricusazione della clausola compromissoria.	99

Tesi di dottorato "*La disciplina arbitrale nei contratti pubblici*"
Dott. Giovanni Battista De Luca discussa presso l'Università Luiss
Guido Carli. Non riproducibile, in tutto o in parte, se non con il
consenso scritto dell'autore.

4.	La compromettibilità in arbitri delle controversie concernenti diritti soggettivi.....	103
5.	Le controversie derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici.....	107

SEZIONE TERZA

IL PROCEDIMENTO

1.	Il principio di libertà delle forme.....	111
2.	La designazione degli arbitri.	113
3.	La composizione del collegio arbitrale e le modalità di nomina degli arbitri.	113
4.	La nomina degli arbitri di parte e la fase introduttiva del procedimento.	117
5.	Il “mancato accordo” delle parti per la nomina del terzo arbitro.	124
6.	La nomina del terzo arbitro da parte della Camera arbitrale: la valutazione di amministrabilità dell'arbitrato.....	129
7.	Il provvedimento della Camera arbitrale di accoglimento o di rigetto della richiesta di nomina del terzo arbitro.....	132
8.	La sede dell'arbitrato (art. 243, terzo comma, c.c.p.).	137
9.	Il regime istruttorio.....	140
10.	La Camera arbitrale e l'albo degli arbitri (art. 242 c.c.p.).	145

CAPITOLO TERZO

IL LODO ARBITRALE E LA SUA IMPUGNAZIONE

1.	Premessa.....	149
2.	Gli effetti del lodo arbitrale.	153
3.	Il deposito del lodo arbitrale.....	162
4.	La comunicazione del lodo arbitrale.	166
5.	L'esecutività del lodo arbitrale.....	170
6.	L'impugnabilità del lodo arbitrale.....	175
7.	L'impugnazione per nullità lodo.	177
8.	Segue . La sospensione dell'efficacia del lodo e decisione dell'impugnazione.....	181
9.	Le impugnazioni per revocazione e per opposizione di terzo.	184

CAPITOLO QUARTO

LE SPESE DEL PROCEDIMENTO ARBITRALE NEI CONTRATTI PUBBLICI

1.	I costi del giudizio arbitrale di diritto comune	187
2.	I costi del giudizio arbitrale amministrato.....	194
3.	Le spese nel giudizio arbitrale in materia di opere pubbliche.	199
GUIDA BIBLIOGRAFICA.....	 206

CAPITOLO PRIMO

L'ARBITRATO NEI LAVORI PUBBLICI: DALLA LEGGE N. 2248/1865 AL D. LGS. N. 163/2006

SOMMARIO: 1. Premessa. 2. Le origini dell'arbitrato in materia di opere pubbliche. 3. La risoluzione delle controversie mediante arbitrato e il sistema della c.d. declinatoria alla luce del D.P.R. 16 luglio 1962, n. 1063 e della legge n. 741/1981. 4. L'alternanza delle sorti dell'arbitrato: la legge quadro 109/1994 e la legge Merloni-bis. 5. La Merloni-ter (l. 18 novembre 1998 n. 415) e le disposizioni successive. 6. L'assetto dell'arbitrato nel decreto legislativo n. 190 del 2002 (c.d. legge obiettivo). 7. La sentenza 17 ottobre 2003 n. 6335 del Consiglio di Stato e la crisi del sistema. 8. La regolamentazione dell'arbitrato secondo la legge di competitività (legge n.80/2005). 9. La nuova disciplina dell'arbitrato negli appalti di opere pubbliche così come delineato dal codice dei contratti pubblici (D. Lgs. 12 aprile 2006 n. 163).

1. Premessa

Con la locuzione “arbitrato nel diritto amministrativo” si suole fare riferimento ad un ambito di applicazione di tale istituto piuttosto vasto che abbraccia tanto situazioni giuridiche soggettive di diritto pubblico, fino alle controversie in materia di contratti pubblici, quanto ai

Tesi di dottorato “*La disciplina arbitrale nei contratti pubblici*”
Dott. Giovanni Battista De Luca discussa presso l'Università Luiss
Guido Carli. Non riproducibile, in tutto o in parte, se non con il
consenso scritto dell'autore.

diritti rientranti nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

In ogni caso, prima di poter cogliere la problematicità dell'inserimento dell'arbitrato quale mezzo alternativo alla soluzione giurisdizionale delle controversie nell'ambito del diritto amministrativo, occorre capire, previamente, cosa si intenda per controversie amministrative.

Non possono di certo essere definite tali quelle controversie scaturenti dall'essere oppure dall'agire della Pubblica Amministrazione come un soggetto privato, al di fuori delle sue incombenze istituzionali, rientrando *tout court* nel diritto privato, e perciò devolute alla giurisdizione del giudice ordinario.

Parimenti, non rientrano *strictu sensu* tra le controversie amministrative quelle derivanti da un'attività della Pubblica Amministrazione diretta all'attuazione dei propri fini istituzionali per mezzo non già della sua posizione di supremazia, ma servendosi degli strumenti di diritto privato che danno luogo a rapporti contraddistinti da diritti soggettivi perfetti. Con tale assimilazione non si porrebbe alcun problema circa l'applicabilità o meno delle norme regolanti l'istituto dell'arbitrato, essendo dette controversie liberamente arbitrabili come lo sono le controversie che insorgono tra soggetti privati.

Di certo lo stesso non può dirsi per le controversie aventi ad oggetto contratti pubblici, ovvero di quelle in cui viene in gioco l'esercizio di un pubblico potere, che si estrinsechi o meno nell'adozione di un provvedimento amministrativo, o ancora di quelle che, riguardando diritti soggettivi fortemente connessi o comunque legati all'esercizio del potere amministrativo, ovvero a situazioni

giuridiche soggettive di diritto pubblico, siano devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Tali controversie, che andiamo a definire come controversie amministrative, generano particolari problemi relativi all'inquadramento sistematico dell'arbitrato tra gli strumenti di risoluzione delle stesse, non solo in riferimento alla questione dell'arbitrabilità stessa, ma anche al modo di essere dell'arbitrato, una volta che lo si sia ammesso come strumento di soluzione della questione insorta tra Pubblica Amministrazione e soggetti privati.

Nell'ambito di tali controversie, ad emergere per le loro caratteristiche peculiari risultano, senz'altro, quelle aventi ad oggetto contratti pubblici, che in materia di arbitrato sono state oggetto nel corso degli anni di ripetuti e contraddittori interventi normativi, e che pertanto, necessitano di una particolare attenzione, formando così l'oggetto della prima parte del presente studio.

2. Le origini dell'arbitrato in materia di opere pubbliche.

L'arbitrato nei lavori pubblici è un istituto molto travagliato tanto che ad oggi è ancora viva la *querelle* relativa alla sua ammissibilità per la risoluzione delle controversie in materia di contratti pubblici e, in particolare, in materia di opere pubbliche.

Nel corso degli anni si sono susseguite numerose norme che lo hanno ampiamente ridefinito. Appare,

dunque, opportuna in prima battuta un'attenta analisi dell'evoluzione normativa in materia¹.

Prima ancora della proclamazione del Regno d'Italia², competenti a conoscere delle controversie tra Amministrazione ed appaltatore in materia di appalti di

¹ Per una ricostruzione storica dell'arbitrato in materia di opere pubbliche, che va di pari passo con l'evoluzione normativa del diritto amministrativo sostanziale e processuale, si veda Capaccioli E., *L'arbitrato nel diritto amministrativo*, I, *Le fonti*, Padova, 1957; Benvenuti F. e Miglio G. (a cura di), *L'unificazione amministrativa ed i suoi protagonisti*, in *Atti del congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione*, Vicenza, 1969, pp. 65-216; Cianflone A., *L'appalto di opere pubbliche*, 8ª ed., Milano, 1988, 1101, ss.; Laschena R., voce *Arbitrato: II) Arbitrato nelle controversie amministrative*, in *Enc. giur.*, vol. II, Roma, 1988; Acquarone L. e Mignone C., voce *Arbitrato nel diritto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, IV, ed., vol. I, Torino, 1987, 367; Caia G., *Arbitrati e modelli arbitrali nel diritto amministrativo, I presupposti e le tendenze*, Milano, 1989; Picozza E., *I lavori pubblici*, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da Santaniello G., vol. X, Padova, 1990, 469 ss.; Lodigiani A., *Arbitrato in materia di opere pubbliche*, in *Riv. trim. app.*, 1991, 177 ss.; Mele E., *L'arbitrato nelle controversie degli appalti di opere pubbliche: obbligatorietà e facoltatività*, *Dir. proc. amm.*, 1991, 469 ss.; Recchia G., *Arbitrati di diritto comune ed amministrazioni pubbliche*, *Dir. proc. amm.*, 1998, 7 ss. (anche in *Scritti in onore di Giuseppe Guarino*, vol. III, Padova, 1988, 317 ss.); Fazzalari E., *Una vicenda singolare: l'arbitrato in materia di opere pubbliche*, in *Riv. arb.*, 1998, 813 ss.; Punzi C., *L'arbitrato per la risoluzione delle controversie negli appalti di opere pubbliche*, in AA.VV., *L'appalto fra pubblico e privato*, Milano 2001, 87 ss..

² La legge del Reame di Napoli, 21 marzo 1817 attribuiva alla cognizione degli organi del contenzioso amministrativo le controversie relative alle opere e lavori pubblici, nonché le questioni fra l'amministrazione e gli appaltatori e quelle per danni arrecati ai privati dagli appaltatori nell'esecuzione del contratto. Analoga disposizione era prevista, per il Regno di Sardegna, nel decreto legislativo del 30 ottobre 1959, n. 3708, che attribuiva ai Tribunali del contenzioso amministrativo le controversie in materia di validità, interpretazione, esecuzione dei contratti di appalto o di fornitura. Sul punto, per tutti, Ranelletti O., *Le garanzie della giustizia nella pubblica amministrazione*, 4ª ed., Milano, 1934, spec. 280-374; Vacchelli G., *La difesa giurisdizionale dei diritti dei cittadini verso l'autorità amministrativa*, in V.E. Orlando (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, vol. III, Milano, 1907, spec. 332 ss., ai tribunali del contenzioso amministrativo, i quali, come noto, vennero aboliti dall'All. E della legge 20 marzo 1865, n. 2248; conseguentemente, tali controversie avrebbero dovuto seguire la medesima sorte riservata a quelle già di competenza degli organi del contenzioso amministrativo rientrando nella «competenza» del Giudice ordinario.

opere pubbliche erano i Tribunali del contenzioso amministrativo. Tale competenza appariva una vera anomalia, trattandosi di controversie concernenti rapporti posti in essere dall'Amministrazione sotto il regime del diritto privato e quindi, in quanto tali, dovevano considerarsi devolute alla cognizione degli organi giurisdizionali ordinari.

L'anomalia si spiegava in dipendenza dell'interesse pubblico indirettamente connesso a tali rapporti che, al pari di quelli derivanti da pubbliche forniture e servizi, avevano carattere strumentale rispetto alla soddisfazione di bisogni collettivi. Fu probabilmente in virtù di tale considerazione che la competenza degli organi della giurisdizione ordinaria venne limitata ai rapporti inerenti alla gestione dei beni *iure privatorum* (ossia l'attività di diritto privato della Pubblica Amministrazione), escludendola invece per i rapporti sopradescritti (attività amministrativa di diritto privato della Pubblica Amministrazione).

Un cambiamento di prospettiva si ebbe con l'entrata in vigore della legge del 20 marzo 1865 n. 2248 con la quale il legislatore tentava di uniformare il nuovo Stato da un punto di vista amministrativo di fronte alla varietà dei sistemi vigenti negli Stati preunitari.

A tale fine l'art.1 della legge 20 marzo 1865, allegato E, abolì in via definitiva i Tribunali del contenzioso amministrativo devolvendo le controversie ad essi attribuite alla giurisdizione ordinaria oppure all'autorità amministrativa sulla base di criteri dettati dall'art. 2 della stessa legge. Ciò valse, ovviamente, anche per le controversie in materia di opere pubbliche, le quali,

quindi, seguirono tale sorte, spettando al giudice ordinario o alla Pubblica Amministrazione a seconda che in esse si facesse “*questione di diritto civile o politico*” (art.2) oppure che, invece, rientrassero “*negli affari non compresi*” (art. 3)³.

Tuttavia la stessa legge, che all'allegato E aveva abolito il contenzioso amministrativo, con l'allegato F, e precisamente all'art. 349, aveva permesso alle Amministrazioni pubbliche di sottrarre tali controversie alla cognizione dei giudici ordinari, prevedendo che “*nei capitolati di appalto potrà prestabilirsi che le questioni tra l'amministrazione e gli appaltatori siano decise da arbitri*”⁴.

Avvalendosi di tale autorizzazione, quasi tutte le Amministrazioni statali nei loro capitolati generali per gli appalti di opere avevano previsto, con formula più o meno identica, la devoluzione ad un collegio arbitrale di tutte le controversie che eventualmente insorgessero tra Amministrazione ed appaltatore e non definite in via amministrativa, indipendentemente dalla loro natura tecnica o giuridica⁵.

³ V. Punzi C., *L'arbitrato per la risoluzione delle controversie negli appalti di opere pubbliche*, op. cit., 87 ss.

⁴ Per una chiara ricostruzione dei dibattiti, tra gli anni che vanno dal 1865 al 1889, in tema di arbitrato, e sugli opposti orientamenti del Consiglio di Stato e dell'Avvocatura dello Stato, si veda G. Recchia, *Arbitrati di diritto comune ed amministrazioni pubbliche*, op. cit., 20-21 il quale riteneva che “*veniva in tal modo configurata una possibile alternativa alla competenza decisoria altrimenti attribuita ai Tribunali ordinari*”.

⁵ Sull'arbitrato previsto dall'art. 43 del Capitolato generale del Ministero dei Lavori Pubblici del 1962, si veda De Neapoli S. G., *Considerazioni sul nuovo capitolato di appalto sulle opere pubbliche*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1962, 1464 ss.; Sambataro S., *L'abolizione del contenzioso nel sistema di giustizia amministrativa*, Milano, 1977, 91 ss.

Alquanto complesso risulta il rapporto tra le due disposizioni. In particolare ci si chiedeva se l'esplicita concessione all'Amministrazione, sia pure riservata ad una specifica categoria di controversie, della facoltà di avvalersi della clausola compromissoria fosse in armonia con le scelte generali del legislatore finalizzate ad un sistema di giurisdizione unica.

Dopo un ampio e acceso dibattito si giunse nel corso degli anni ad affermare la coerenza della previsione di cui all'art. 349 con la scelta abolitiva e soprattutto con il principio di libertà dell'amministrazione che la animava; attraverso l'arbitrato, infatti, si consentiva alla Pubblica Amministrazione di rinunciare all'autorità giudiziaria ordinaria e di scegliere per la risoluzione delle proprie controversie dei giudici privati al pari della generalità dei soggetti dell'ordinamento⁶.

La previsione di un arbitrato per le opere pubbliche, assente nel primo Capitolato generale, approvato con decreto ministeriale 31 agosto 1870 (anche se della facoltà concessa dall'art. 349 si avvalsero quasi tutte le amministrazioni statali⁷) è invece presente nei successivi Capitolati generali del 1889 e del 1895.

In particolare, nel capitolato generale del 1889, venne sancito all'art. 40 il deferimento di tutte le controversie "in via di arbitrato" ai sette membri effettivi più anziani

⁶ Secondo autorevole dottrina, invece, l'art. 349 della legge sui lavori pubblici sarebbe stato previsto dal legislatore del 1865 per la poca dimestichezza dell'Amministrazione con il giudice ordinario, e quindi per superare l'incognita che derivava dalla sostituzione dei tribunali del contenzioso con il giudice ordinario (Scoca F.G., *La capacità dell'amministrazione di compromettere in arbitri*, in *Arbitrato e pubblica amministrazione*, a cura di Draetta U., Milano, 1991, 95 ss.).

⁷ Vedi Cianflone-Giovannini, *L'appalto di opere pubbliche, op. cit.*, p. 1066.

del Consiglio Superiore dei Lavori Pubblici e si precisò, all'art. 43, che gli articoli del Capitolato relativi all'arbitrato “*costituiscono per l'amministrazione, parti essenziali del contratto, senza i quali essa non sarebbe divenuta alla stipulazione dello stesso*”.

Il successivo Capitolato generale del Ministero dei Lavori Pubblici del 1895⁸, approvato con decreto ministeriale 28 maggio 1895, recava al Capo V (rubricato “*Definizione delle controversie*”) la disposizione trasfusa nell'art. 42, secondo la quale “... *tutte le controversie tra l'Amministrazione e l'appaltatore, ... sono deferite, giusto gli articoli 806 e seguenti del codice di procedura civile, e 348 della legge sui lavori pubblici 20 marzo 1865, n. 2248, All. F, al giudizio di cinque arbitri*”⁹.

A cambiare non fu solo il numero degli arbitri, ma anche, e soprattutto, le loro modalità di scelta, giacché per due di essi il potere di nomina venne rimesso al presidente del Consiglio di Stato, per altri due al presidente della Corte d'Appello di Roma¹⁰.

Sembrava così che le previsioni dei capitolati introdotte dopo l'art. 349 avessero stravolto la *ratio* e la lettera della norma: da un lato, la facoltatività indicata dall'art. 349 diveniva “*obbligatorietà*” nell'art. 50 del Capitolato del

⁸ Sul punto si veda G. Caia, *Arbitrati e modelli arbitrali*, op. cit., 66.

⁹ Si veda, sugli artt. 42-50 del decreto ministeriale 28 maggio 1895, La Torre M., *L'arbitrato nel diritto amministrativo*, in *Riv. dir. pubbl.* 1935, I, 334-335.

¹⁰ Per quanto concerne il collegio arbitrale, a norma dell'art. 43 del nuovo Capitolato, il collegio doveva essere presieduto dal consigliere di Stato più anziano o più elevato in grado. E nel caso in cui nel corso del giudizio fosse venuto a mancare uno degli arbitri, il presidente del collegio ne doveva dare notizia alle parti ed al presidente del corpo a cui apparteneva l'arbitro mancante affinché si potesse procedere alla sua sostituzione.

1895. Sotto altro aspetto, invece, i collegi arbitrali, per come composti in forza della disposizione del capitolato, si qualificavano come dei collegi istituzionali vicini agli interessi della Pubblica Amministrazione.

L'arbitrato in materia di opere pubbliche si distaccava, dunque, dalle norme codicistiche sia sul piano della volontarietà, sia sul piano della struttura dell'organo giudicante che, in virtù della sua particolare composizione, diveniva una sorta di giudice-arbitro, tanto che parte della dottrina dell'epoca soleva parlare di una sorta di giudice speciale¹¹.

In particolare, il nuovo capitolato, nonostante prevedesse una diversa composizione del collegio arbitrale rispetto a quanto previsto nel capitolato del 1889, non fece venir meno lo squilibrio esistente a favore dell'Amministrazione. Infatti il collegio era composto da due membri del Consiglio di Stato, due membri tecnici effettivi del Consiglio superiore dei lavori pubblici e da un consigliere della Corte d'appello di Roma e di conseguenza non consentiva all'appaltatore di partecipare alla nomina di nessun componente del collegio arbitrale.

Soluzione conforme all'orientamento giurisprudenziale, che ha sempre individuato il discrimine tra le giurisdizioni speciali e gli arbitri obbligatori nella circostanza che la formazione del collegio giudicante fosse o meno sottratta all'iniziativa delle parti. Circa il criterio in base al quale

¹¹ In questo senso si veda Punzi C., *L'arbitrato per la risoluzione delle controversie negli appalti di opere pubbliche*, op. cit., 89 ss., secondo il quale con le previsioni dei capitoli del 1889 e del 1895 “*si voleva tornare alla situazione quo antea, cioè precedente l'abolizione del contenzioso amministrativo, e quindi sottrarre ancora queste controversie, di cui è parte l'Amministrazione, alla cognizione del giudice ordinario per deferirla ad un giudice arbitro, che si vuole più tecnico e che si spera più amico*” e anche Scoca F.G., *La capacità dell'amministrazione di compromettere in arbitri*, op. cit., 96.

effettuare tale distinzione non vi era, però, uniformità di opinioni.

Secondo una prima opinione la qualifica di giurisdizione speciale spettava solo ai collegi permanenti e preordinati alla controversia da decidere, mentre dovevano essere considerati come collegi arbitrali obbligatori quelli che si formavano in occasione della controversia e si scioglievano appena emessa la decisione¹².

Per altri interpreti, invece, assumevano rilevanza decisiva le modalità di scelta dei componenti del collegio; in tale prospettiva si riteneva che andassero qualificati in termini di arbitrato obbligatorio i casi in cui la scelta fosse affidata alle parti, ed in termini di giurisdizione speciale quelli in cui invece la legge l'avesse attribuita ad un'autorità pubblica estranea alla lite¹³.

Non mancavano, peraltro, posizioni intermedie, come quella secondo la quale il criterio principale avrebbe dovuto essere quello dell'espressa previsione normativa delle necessità o meno del decreto pretorile (arbitrato obbligatorio nel primo caso, giurisdizione speciale nel secondo)¹⁴.

¹² Zanobini G., *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, a cura di Orlando V. E., II, 3, Milano, 1935, 235 ss., 592 ss., 594; Id., *L'esercizio delle pubbliche funzioni e l'organizzazione degli enti pubblici*, in *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano, 1955, 99. In giurisprudenza, si veda Cass., sez. Un., 21 giugno 1945, n. 448, in *Foro amm.*, 1945, II, 77 ss.

¹³ Bracci M., *Della potestà regolamentare di un ente pubblico in rapporto all'arbitrato e alle giurisdizioni speciali*, in *Riv. dir. proc.*, 1925, II, 302 ss.; Calamandrei P., *Contributo alla dottrina dell'arbitraggio necessario nel diritto pubblico*, in *Giur. it.* 1924, I, 759 ss.; Id., *Il significato costituzionale delle giurisdizioni di equità*, in *Arch. Giur.*, 1921, 224 ss.; La Torre M., *L'arbitrato nel diritto amministrativo*, op. cit., 329.

¹⁴ Lipari F. G., *Sui criteri distintivi tra arbitrati obbligatori e giurisdizioni speciali*, in *Giur. It.*, 1925, I, 1, 296 ss.

Tale quadro composito si era prolungato fino all'approvazione del nuovo capitolato generale per gli appalti delle opere di competenza del Ministero dei Lavori Pubblici, approvato in forma di regolamento con D.P.R. 16 luglio 1962, n. 1063.

3. La risoluzione delle controversie mediante arbitrato e il sistema della c.d. declinatoria alla luce del D.P.R. 16 luglio 1962, n. 1063 e della legge n. 741/1981.

Il decreto presidenziale del 16 luglio 1962 n. 1063 aveva approvato il nuovo capitolato generale d'appalto per le opere di competenza del Ministero dei Lavori Pubblici.

L'art. 43 prevedeva che le controversie tra l'appaltatore e l'Amministrazione fossero deferite al giudizio di cinque arbitri con il rinvio agli artt. 806 e ss. del codice di procedura civile e all'art. 349 della legge sui lavori pubblici 20 marzo 1865 n. 2248 allegato F¹⁵.

Il Capitolato tutelava il privato, non solo per la possibilità di nomina del proprio arbitro¹⁶, ma anche

¹⁵ Vedi sul punto, Basilico G., *La risoluzione arbitrale di controversie in materia di pubblici appalti: dagli arbitrati obbligatori agli arbitrati amministrati*, in *Giust. civ.* 2000, II, p. 35 ss.; Cannada Bartoli E., *Lodo arbitrale da capitolato generale d'appalto per le OO.PP. e giudizio d'ottemperanza*, in *Riv. arb.*, 1992, p. 209 ss., ed in particolare, p. 217; Occhipinti E. *L'arbitrato delle opere pubbliche*, in *Aa.Vv., L'arbitrato*, a cura di Cecchella C., Torino, 2005, pp. 446-449.

¹⁶ L'art. 45 così prevedeva la composizione del collegio: "a) un magistrato del Consiglio di Stato, che lo presiede, nominato dal Presidente del Consiglio stesso; b) un magistrato giudicante della Corte d'Appello di Roma, nominato dal Primo Presidente della Corte stessa; c) un componente tecnico del Consiglio Superiore dei LL.PP. nominato dal Presidente del Consiglio stesso; d) un funzionario della carriera direttiva, amministrativa o tecnica del Ministero dei Lavori

perché aveva inserito la possibilità della c.d. declinatoria della competenza arbitrale.

L'art. 47 del D.P.R. n. 1063/1962, infatti, consentiva alla parte interessata all'instaurazione della controversia di proporre l'azione avanti il giudice ordinario entro un termine predeterminato¹⁷, così come consentiva alla parte convenuta nel giudizio arbitrale di escludere la competenza arbitrale entro trenta giorni dalla notifica della domanda di arbitrato notificando alla parte attrice la propria determinazione di escludere la competenza arbitrale.

Contro la decisione erano consentite le impugnazioni previste dal codice di rito; l'arbitrato non era, quindi, "obbligatorio".

Il meccanismo della declinatoria assicurava, così, la volontarietà dell'arbitrato, sottraendosi così ai dubbi di legittimità costituzionale che erano stati sollevati in ordine alla disciplina dettata dal nuovo capitolato.

A tal proposito appare opportuno fare una precisazione. Con l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana e con l'entrata in funzione della Corte Costituzionale si iniziava a porre il problema della legittimità dell'istituto arbitrale ed, in particolare, dell'arbitrato obbligatorio, imposto cioè da previsioni normative inderogabili per le parti. Il bene da tutelare era il diritto, sancito dall'art. 24, primo comma, della Costituzione, dell'accesso agli organi di giustizia ordinaria che poteva essere esclusa solo dalla

Pubblici o da un avvocato dello Stato, nominato dal Ministero dei Lavori Pubblici o da un suo delegato; e) un libero professionista, iscritto nel relativo albo professionale, nominato dall'appaltatore".

¹⁷ Ovvero entro sessanta giorni dalla notifica del provvedimento dell'Amministrazione che aveva risolto la controversia in sede amministrativa.

Tesi di dottorato "*La disciplina arbitrale nei contratti pubblici*"
Dott. Giovanni Battista De Luca discussa presso l'Università Luiss
Guido Carli. Non riproducibile, in tutto o in parte, se non con il
consenso scritto dell'autore.

espressa volontà dei soggetti interessati e non da previsione normativa.

In recepimento di tali principi il Giudice delle leggi, con sentenza 14 luglio 1977 n. 127, aveva ritenuto illegittimo l'art. 25 del testo delle disposizioni legislative in materia di brevetti per convenzioni industriali (R.D. 29 giugno 1939 n. 1127) nella parte in cui non riconosceva la facoltà dell'inventore e del datore di lavoro di adire l'autorità giudiziaria ordinaria¹⁸.

La decisione aveva ritenuto, invece, rispettosa dei principi costituzionali la disciplina del Capitolato Generale in quanto l'art. 47 del D.P.R. 1063/62 consentiva, nel rispetto dell'autonomia delle parti, la declinatoria¹⁹.

Tuttavia, quand'anche la disciplina concernente l'arbitrato recata dal capitolato del 1962 fosse da ritenersi, per quanto affermato dalla Corte Costituzionale, conforme a Costituzione, essa è stata oggetto di ulteriori modifiche.

¹⁸ In *Giur. cost.*, 1977, p. 1103, con nota di Andrioli V., *L'arbitrato obbligatorio e la Costituzione*.

¹⁹ In *Giur. cost.*, 1977, I, 1103, con nota di Andrioli V., *L'arbitrato obbligatorio e la costituzione*, p. 1143 e ss. È da precisare che la questione di legittimità costituzionale decisa dalla Corte concerneva il Regio Decreto 29 giugno 1939, n. 1127 (*Testo Unico delle disposizioni legislative in materia di brevetti per invenzioni industriali*); la sentenza, nondimeno, reca un *obiter dictum* riferito specificamente all'art. 47, a tenore del quale "... l'art. 47 del nuovo capitolato generale di appalto per le opere pubbliche di competenza del Ministero dei lavori pubblici (...) contiene una normativa che consente sia alla parte attrice che alla parte convenuta di escludere la competenza arbitrale. Si è così affermata, anche su questo piano, la necessità di tutelare l'autonomia delle parti". Per ampi rilievi critici in ordine alla compatibilità costituzionale dell'arbitrato nel diritto amministrativo cfr. Caia G., *Arbitrati e modelli arbitrali*, cit., 80 ss. e ivi ulteriori richiami bibliografici; Carullo A., *L'arbitrato nella legge quadro sulle opere pubbliche*, in *Riv. trim. app.*, 1996, 172., la Corte costituzionale ha invero ritenuto da un lato che, con la disposizione recata dall'art. 47, fosse garantita l'autonomia delle parti, dall'altro lato che fosse mantenuta "la concentrazione della funzione giurisdizionale sia nei confronti delle giurisdizioni speciali sia contro altri congegni di sostanziale svuotamento".

L'art. 16 della l. 10 dicembre 1981, n. 741, ha modificato l'art. 47 del capitolato del 1962 generale concedendo la facoltà di declinatoria dall'arbitrato solo a favore della Pubblica Amministrazione “*con apposita clausola inserita nel bando o invito di gara, oppure nel contratto in caso di trattativa privata*”²⁰.

La clausola era stata ritenuta “di tipo inverso” in quanto consentiva solo alla Pubblica Amministrazione, e non più anche alla parte privata come nella previgente normativa, la facoltà di deroga.

L'arbitrato era, quindi, almeno per la parte privata, obbligatorio in quanto al momento del bando e della sottoscrizione dell'offerta il potere contrattuale dell'imprenditore con la Pubblica Amministrazione era, in concreto, inesistente²¹.

Dall'art. 47 conseguiva un consistente limite all'autonomia negoziale della parte privata del potere di modificare le intese contrattuali predisposte unilateralmente dalla Pubblica Amministrazione; al contrario, se l'Amministrazione non intendeva privilegiare

²⁰ In tal senso si esprimono de Lise P., *L'arbitrato nel diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1990, 1195 ss., spec. 1206-1208; Mele E., *L'arbitrato nelle controversie degli appalti di opere pubbliche*, *op. cit.*, 473; Giallongo N., *L'arbitrato nelle controversie dei contratti pubblici (già lavori pubblici)*, in *www.GiustAmm.it*, 7-2007, rilevando che nelle fasi di predisposizione del bando il potere della parte privata o è assente, o è recessivo, residuando il potere esclusivamente nella discrezionalità dell'amministrazione. L'arbitrato ritornava così ad essere obbligatorio almeno per la parte privata.

²¹ Così, Cannada Bartoli E., *Lodo arbitrale da capitolato generale d'appalto per le OO.PP. e giudizio d'ottemperanza*, *op. cit.*, p. 218; Fazzalari E., *Contro l'arbitrato obbligatorio*, *op. cit.*, p. 211 ss.; Odorisio E., *La risoluzione delle controversie negli appalti di opere pubbliche: dall'arbitrato obbligatorio al divieto di arbitrato. Brevi note alla sentenza n. 152/96 della Corte Costituzionale*, in *Riv. Amm. App.*, 1996, p. 355 ss ed, in particolare, p. 365 (ed in *La disciplina del contenzioso nel contratto di appalto di opere pubbliche*, Roma, 1997, p. 93 ss.).

il giudizio arbitrale, il privato aveva solo la possibilità di rinunciare alla gara e/o al contratto. La scelta doveva, comunque, avvenire al momento della stipula del contratto o dell'aggiudicazione in quanto non era più prevista la facoltà delle parti private della declinatoria²².

La *ratio* della disposizione era stata individuata nell'esigenza di agevolare le imprese alla partecipazione alla gara stante il regime accelerato per la definizione di un eventuale contenzioso; infatti i tempi del giudizio davanti al giudice ordinario avrebbero, altrimenti, sconsigliato l'assunzione dei lavori. L'istituto della declinatoria era ritenuto finalizzato ad intenti (per lo più, invero, perseguiti dall'Avvocatura dello Stato) meramente dilatori.

La disposizione era rimasta in vigore per oltre quindici anni, con la previsione di un arbitrato che trovava origine non dalla sottoscrizione (più o meno volontaria) di un capitolato ma dalla legge; almeno per la parte privata era, quindi, in concreto, obbligatorio.

Il ruolo preminente attribuito all'Amministrazione pubblica nella predisposizione della clausola arbitrale dava poi vita a forti dubbi in ordine alla stessa legittimità costituzionale di una simile strutturazione; la questione di costituzionalità dell'art. 16 della legge n. 741 del 1981,

²² Cannada Bartoli E., *Lodo arbitrale*, op. cit., p. 219 aveva proposto una lettura, prima della sentenza della Corte Costituzionale 127/77, secondo cui la parte privata avrebbe avuto la facoltà, come la Pubblica Amministrazione, di declinare la competenza arbitrale “*in quanto rispettosa del criterio generale di riparto della giurisdizione e per la necessità di una comune volontà per l'esistenza di una valida clausola arbitrale*”. Opinione diversa era stata espressa da Clarizia A. (*Legge 10 dicembre 1981, n. 747, in Nuove leggi civili commentate*, Milano, 1983, p. 1019 ss.) secondo cui “*da arbitrato volontario si è passato ad una forma di arbitrato obbligatorio. Infatti comunque si voglia intendere, una delle parti (l'appaltatore) si trova in una posizione di soggezione, perché costretto ad accettare la competenza arbitrale*”.

sollevata dalla Corte di Cassazione, venne decisa dalla Corte Costituzionale, con l'importante sentenza 9 maggio 1996 n. 152, nel senso dell'illegittimità costituzionale “dell'art. 16 della l. 10 dicembre 1981 n. 741 che ha sostituito l'art. 47 del d.p.r. 16 luglio 1962 n. 1063, nella parte in cui non stabilisce che la competenza arbitrale può essere derogata anche con atto unilaterale di ciascuno dei contraenti”.

La decisione dei giudici della Consulta partiva dalla rilevazione della sostanziale differenziazione tra la previsione dell'art. 16 della l. 741 del 1981 e l'originaria formulazione dell'art. 47 del d.p.r. 1063 del 1962; la predetta previsione indubbiamente prevedeva una forma di arbitrato volontario ed era già stata favorevolmente valutata dalla Corte Costituzionale nella precedente sentenza n. 127 del 1977. L'intervento della Consulta aveva suscitato numerosi interrogativi in ordine alla sua effettiva portata.

Innanzitutto si è posto il problema se la sentenza in esame poteva essere invocata per quei rapporti ai quali le disposizioni del capitolato si applicavano in quanto volontariamente richiamate dalle stesse parti in virtù di un accordo anteriore all'intervento della Corte Costituzionale. Al riguardo l'orientamento giurisprudenziale non era univoco.

Da un lato è stato affermato che, anche laddove il capitolato generale delle opere pubbliche del 1962 operi in forza di un rinvio pattizio effettuato dalle parti, la sentenza in esame avrebbe ripristinato il contenuto precettivo originario dell'art. 47 del capitolato, così consentendo ad entrambe le parti di agire davanti al giudice ordinario

anziché davanti agli arbitri, senza che la controparte potesse opporsi²³.

Secondo altra giurisprudenza, invece, nei casi in cui il richiamo del capitolato generale del 1962, e in particolare della competenza arbitrale ivi stabilita, avesse origine pattizia non assume alcuna rilevanza la sentenza n. 152 del 1996 della Corte Costituzionale, la quale concernerebbe solo i casi in cui ricorra una obbligatoria devoluzione delle controversie al giudizio arbitrale²⁴.

Tuttavia la sentenza additiva della Corte Costituzionale andò ad incidere su un sistema che apparteneva ormai al passato. Infatti, il legislatore, prima di tale pronuncia, nell'ambito di una più ampia regolamentazione dell'intera materia dei lavori pubblici, era già intervenuto per dettare una nuova disciplina delle modalità di risoluzione delle controversie in materia che sostituisse quella risultante dal capitolato del 1962 e della legge del 1981. Si trattava della legge 11 febbraio 1994 n. 109 ovvero della meglio conosciuta legge Merloni.

4. L'alternanza delle sorti dell'arbitrato: la legge quadro 109/1994 e la legge Merloni-bis.

Con la legge Merloni del 11 febbraio 1994, n. 109 recante "*legge quadro in materia di lavori pubblici*", si è operata una netta inversione di tendenza rispetto al *favor* per l'arbitrato che aveva invece caratterizzato la normativa precedente.

²³ Cass. sez. un., 25 maggio 1998, n. 5200, in *Corr. giur.*, 1999, 354 ss.; Cass. 21 aprile 2000, n. 5240, in *Foro it.*, 2001, I, 218 ss..

²⁴ Cass., 21 aprile 1999, n. 3929, in *Giust. Civ.*, 1999, I, 2987 ss.; Cass. 16 aprile 1999, n. 3802; Cass. 28 agosto 2000 n. 11218; Cass. 8 agosto 2001, n. 10295.

Tale ostracismo nei confronti dell'arbitrato nasceva dall'esigenza di donare trasparenza al settore delle opere pubbliche al fine di evitare ogni possibile ingerenza nell'automaticità e pubblicità degli appalti, sia nella fase di scelta del contraente, che nella fase esecutiva e contenziosa²⁵.

Il testo originario dell'art. 32, il quale era dedicato alla definizione delle controversie, prevedeva al suo secondo comma la devoluzione delle controversie al giudice ordinario e l'applicazione del rito del lavoro in caso di mancato accordo sulle riserve²⁶.

La disposizione ribadiva che “*nei capitolati generali o speciali non può essere previsto che la soluzione delle controversie sia deferita ad un collegio arbitrale ai sensi dell'art. 806 e seguenti c.p.c.*”²⁷”.

²⁵ Vedi Cannada-Bartoli E., *L'arbitrato nella legge quadro sui lavori pubblici*, in *Riv. Arb.* 1994, 426; Punzi C., *L'arbitrato per la risoluzione delle controversie negli appalti di opere pubbliche*, *op. cit.*, spec. 94; G. Verde, *Arbitrato e pubblica amministrazione*, in *Riv. Arb.* 2001, 215.

²⁶ Vaccarella R., *Commento dell'art. 32 l. 11 febbraio 1994, n. 109*, in A.A.V.V., *La legge quadro in materia dei lavori pubblici*, (a cura di) A. Carullo e A. Clarizia, Padova, 1994, p. 627 ss.; Steccanella M., Robaldo E., *La legge quadro in materia di lavori pubblici*, Milano, 1994, p. 124 ss., specialmente p. 142 al quale si rinvia anche per la disamina dei lavori preparatori della legge.

²⁷ Secondo Verde, *Arbitrato e pubblica amministrazione*, in *Dir proc. amm.*, 1996, p. 216, con tale disposizione il legislatore è sembrato manifestare “*una sfiducia totale verso l'istituto dell'arbitrato, quantomeno nel settore dei lavori pubblici, quale conseguenza di una diffusa diffidenza nei confronti dell'istituto da parte dell'opinione pubblica molto sensibile alla denuncia di abusi e distorsioni nell'applicazione pratica dell'istituto*”; v. anche Steccanella M., Robaldo E., *op. cit.*, p. 131. In senso critico alla soppressione dell'istituto dell'arbitrato dal settore delle opere pubbliche si sono espressi Di Cagno M., *Commento all'art. 32 della legge Merloni*, in A.A.V.V., *La legge quadro in materia di lavori pubblici*, (a cura di) Carullo-Clarizia, II, Padova, 2000, p. 1022. Il divieto di arbitrato è ritenuto “*una scelta emotiva*” da Napolitano S., *L'arbitrato nel settore delle opere pubbliche*, in *Riv. amm. app.*, 1997, p. 332.

Secondo la maggioranza della dottrina, dal testo dell'art. 32 risultava chiaramente la volontà del legislatore di vietare l'arbitrato nelle controversie in materia di lavori pubblici²⁸. Per quanto riguarda gli arbitrati pendenti, invece, in considerazione di quanto previsto dall'art. 38 comma 1²⁹, si riteneva che il divieto non riguardasse anche gli arbitrati nei quali una parte avesse notificato all'altra la nomina del proprio arbitro ovvero la domanda di arbitrato³⁰.

Il divieto di arbitrato di cui all'art. 32 non ha mancato di suscitare, inoltre, aspre polemiche relative alla sua legittimità costituzionale.

In particolare vi è stato chi ha sostenuto l'illegittimità costituzionale con riferimento in primo luogo agli artt. 24 e 103 Cost., sulla base della considerazione per cui, dato che le controversie sui lavori pubblici potevano concernere sia di diritti soggettivi, sia interessi legittimi, la norma *de qua* rischiava di determinare una sorta di

Sull'argomento v. anche Occhipinti E., *L'arbitrato nelle opere pubbliche*, op. cit., pp. 450-452.

²⁸ Briguglio A., *Dell'arbitrato*, in *Codice di procedura civile commentato* a cura di Vaccarella R. e Verde G., Torino, 1997, 793; Carbone B.G., *La nuova disciplina dell'arbitrato per gli appalti di lavori pubblici*, in *Arch.giur. opere pubbliche*, 2001, 795 ss.; Carullo A., *L'arbitrato nella legge quadro sulle opere pubbliche*, op. cit., 1996, 172; Id. *Commento all'art. 32, I*, in Aa. Vv., *La legge quadro in materia di lavori pubblici (11 febbraio 1994, n. 109)*, op. cit., 334; Domenichelli V., *Le prospettive dell'arbitrato nei rapporti amministrativi (tra marginalità, obbligatorietà e consensualità)*, in *Dir. proc. amm.* 1998, 241 ss.; La Torre A., *L'arbitrato in materia di lavori pubblici*, Milano, 2007, 6; Napolitano S., *L'arbitrato nel settore delle opere pubbliche*, in *Riv. amm. app.*, 1997, p. 331 ss.

²⁹ A norma del quale le disposizioni di legge "ad eccezione di quelle di cui all'articolo 8, nonché di quelle che fanno rinvio al regolamento" si applicavano "ai contratti di appalto di lavori pubblici, alle concessioni di lavori pubblici e agli incarichi di progettazione stipulati o affidati a decorrere dalla data di entrata in vigore della legge stessa".

³⁰ Vaccarella R., *Commento dell'art. 32 l. 11 febbraio 1994, n. 109*, op. cit., 636; Cannada-Bartoli E., *L'arbitrato nella legge quadro sui lavori pubblici*, op. cit., 430 ss.

Tesi di dottorato "La disciplina arbitrale nei contratti pubblici"
Dott. Giovanni Battista De Luca discussa presso l'Università Luiss
Guido Carli. Non riproducibile, in tutto o in parte, se non con il
consenso scritto dell'autore.

giurisdizione esclusiva del giudice ordinario, attribuendogli la cognizione anche su interessi legittimi, il che è precluso dalla Costituzione³¹.

In secondo luogo, il suddetto divieto di arbitrato avrebbe integrato, altresì, una violazione degli articoli 3 e 97 della Costituzione, con riferimento ai tempi lunghissimi della giurisdizione ordinaria. La tesi in questione, tuttavia, è stata in breve tempo soppiantata da una immediatamente successiva che negava che l'art. 32 possa incorrere in possibili sanzioni di incostituzionalità.

La devoluzione delle controversie al giudice ordinario, poteva essere considerata una scelta più o meno opportuna e ragionevole, ma di certo non idonea a configurare una violazione di norme costituzionali.

Indipendentemente dai dubbi suscitati dall'art. 32, era l'intera legge quadro ad essere oggetto di numerose divergenze interpretative che ne rendevano estremamente difficoltosa l'applicazione. Queste incertezze, portarono il Governo dapprima a differirne l'entrata in vigore mediante l'emanazione di due decreti legge, mai convertiti³²; successivamente, a sostituirla *in toto* con il decreto legge del 3 aprile 1995, n. 101, convertito nella legge 2 giugno 1995, n. 216 (c.d. Merloni-*bis*).

³¹ De Lise P., Sub. art. 32, *Definizione delle controversie*, in *Commento alla legge quadro sui lavori pubblici sino alla Merloni-ter* a cura di Giampaolino L., Sandulli M. A., Stancanelli G., Milano, 1999, p. 540.

³² Trattasi del decreto legge 31 maggio 1994 che sospese fino al 31 dicembre 1994 l'intera legge quadro; tale decreto non venne convertito nei termini previsti costituzionalmente, ma venne reiterato con quattro decreti legge che prorogarono il periodo di sospensione fino al 30 giugno 1995. In sede di conversione dell'ultimo dei quattro decreti legge (31 gennaio 1995, n. 26), venne soppressa la disposizione che prevedeva la sospensione degli effetti della legge quadro.

Con la seconda versione (legge 266/95), il legislatore decise di intervenire su entrambi le fasi relative alla risoluzione delle controversie disciplinate dalla legge Merloni, e quindi sia su quella precontenziosa, sia su quella contenziosa.

Le due fasi, mentre in precedenza erano disciplinate in un unico articolo (l'art. 32), con la legge Merloni-*bis* il legislatore affidò la loro regolamentazione a due diverse disposizioni: l'art. 31-*bis*, comma 1, relativo alla fase precontenziosa e l'art. 32 che si occupava, invece, di quella contenziosa.

L'art. 31-*bis* prevedeva un procedimento di “accordo bonario”, cioè di risoluzione delle controversie in via bonaria da attivarsi con riferimento soltanto alle questioni relative a riserve che comportassero una modifica del valore dell'importo del contratto superiore al 10% del valore dello stesso globalmente considerato³³.

Per quanto concerne la fase contenziosa, invece, l'art. 32, nella sua riformulazione introdotta con la legge n. 216 del 1995, stabiliva che “*ove non si proceda all'accordo bonario ai sensi del comma 1° dell'articolo 31-bis e l'affidatario confermi le riserve, la definizione delle controversie è attribuita ad un arbitrato ai sensi delle norme del titolo VIII del libro quarto del codice di procedura civile*”³⁴.

³³ Tra l'altro, l'art. 31-*bis*, comma 1, a differenza di quanto previsto dall'art. 32, comma 1, individuò più precisamente il termine per la proposta di accordo bonario, fissandolo in novanta giorni dalla iscrizione dell'ultima riserva.

³⁴ Carbone B.G., *La disciplina delle controversie nella l. 109/94, op. cit.*, 154. Sulle disposizioni in materia di procedimento arbitrale nei pubblici appalti introdotte dalla l. n. 216 del 1995, Di Marzio C., *La risoluzione delle riserve con particolare riguardo all'accordo bonario*, in *Riv. amm. R.1*, 1996, 217, spec. 224 ss.

Si assisteva dunque, nel breve volgere di nemmeno un anno, ad un netto capovolgimento di disciplina, che sembrava rispondere alla necessità di offrire all'Amministrazione tempi brevi e certi per definire il quadro economico-finanziario dell'opera pubblica.

Con la legge n. 216 del 1995, il legislatore tornava ad esprimere quel *favor* per l'arbitrato che era stato del tutto accantonato nel dettato dell'art. 32 di cui alla legge n. 109 del 1994. Tuttavia, la non precisa formulazione della disposizione aveva dato vita ad una serie di dubbi interpretativi.

Parte della dottrina³⁵ aveva infatti ritenuto di poter rintracciare nella fattispecie una nuova ipotesi di arbitrato obbligatorio, soffermandosi su quella parte della disposizione in cui il legislatore prevedeva che “*la definizione della controversia è attribuita ad un arbitrato*”.

Al contrario, altra parte della dottrina, consapevole del fatto che questa interpretazione dell'art. 32 lo avrebbe condannato ad una dichiarazione di incostituzionalità, ben conoscendo l'orientamento della Corte Costituzionale in ordine alla legittimità dell'arbitrato obbligatorio, individuava nel rinvio al codice di procedura civile contenuto nella disposizione un significativo indizio del

³⁵ Basilico G., *La risoluzione arbitrale di controversie in materia di pubblici appalti*, op. cit., p.42; Berlinguer A., *A proposito della compromettibilità delle controversie in materia di lavori pubblici, della nomina di arbitri per relationem, dei requisiti di forma ex art. 1341 c.c., ed altro ancora*, in *Riv. Arb.*, 1997, p. 759 ss.; D'Angeli F., *L'arbitrato convenzionale ed imposto, facoltativo ed inverso*, Torino, 1996; Fazzalari E., *L'arbitrato nei lavori pubblici: il giudice togato come arbitro ed altri problemi*, in *Riv.arb.*, 1996, p.314; La Torre A., *L'arbitrato in materia di lavori pubblici*, Milano, 2007, 6; Luiso F.P., *E' obbligatorio l'arbitrato previsto dalla legge quadro in materia di lavori pubblici*, in *Riv. arb.*, 1998, 324; Punzi C., *Disegno sistematico dell'arbitrato*, 2a ed., Padova 2012, 25.

carattere volontario; infatti il rinvio alle disposizioni del codice di procedura civile consente di ritenere che l'indicativo "è" significava "può essere", subordinando così l'arbitrato pur sempre alla volontà delle parti³⁶. Questa dottrina, tuttavia, era divisa al suo interno in ordine alle modalità con le quali avrebbero dovuto formarsi il consenso delle parti.

Secondo una prima tesi l'accordo compromissorio si sarebbe dovuto realizzare attraverso un compromesso o una clausola compromissoria³⁷.

Secondo altri autori, invece, ciascuna parte avrebbe potuto proporre domanda sia al giudice ordinario che

³⁶ Sul punto si veda Briguglio A., *Gli arbitrati obbligatori e gli arbitrati da legge*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 2003, 86; Cannada-Bartoli E., *L'arbitrato nella legge quadro sui lavori pubblici*, *op. cit.*, 466; Caravita di Toritto B., in *L'arbitrato e i lavori pubblici*, in *Italia Oggi*, 28 ottobre 1996, 17; Carra S., *Legittimi gli incarichi arbitrali ai magistrati per gli appalti anteriori alla legge n. 109/94*, in *Corr. Giur.* 1997, 92 ss.; Carullo A., *L'arbitrato nella legge quadro sulle opere pubbliche*, *op. cit.*, 173; Consolo C., *L'oscillante ruolo dell'arbitrato al crescere della giurisdizione esclusiva e nelle controversie sulle opere pubbliche (fra semi-obbligatorietà ed esigenze di più salde garanzie)* in *Aa.Vv., Arbitrato e pubblica amministrazione*, Milano 1999, 133 ss.; Crivellaro A., *Note critiche sulle modalità di svolgimento degli arbitrati in materia di opere pubbliche*, in *Diritto del commercio internazionale*, Milano, Giuffrè, 1998, 88; Domenichelli V., *Le prospettive dell'arbitrato nei rapporti amministrativi (tra marginalità, obbligatorietà e consensualità)*, in *op. cit.* 1998, 241 ss.; Napolitano S., *L'arbitrato nel settore delle opere pubbliche*, *op. cit.*, 333; Odorisio E., *La risoluzione delle controversie negli appalti di opere pubbliche: dall'arbitrato obbligatorio al divieto di arbitrato. Brevi note alla sentenza n. 152/96 della Corte Costituzionale*, in *Riv. trim. app.*, 1996, 365; Recchia G., *Arbitrato di diritto comune e amministrazioni pubbliche*, *op. cit.*, 29; Robles M., *Arbitrato e lavori pubblici tra normativa statale e regionale: profili problematici*, in *Riv. trim. app.*, 1998, 74; Sanino M., *La nuova disciplina del contenzioso tra amministrazione committente e appaltatore in materia di opere pubbliche*, in *Riv. Amm. Appalti*, 1996, n. 2, 138; Steccanella M., Robaldo E., *La legge quadro in materia di lavori pubblici*, *op. cit.*, 152; Viola L., *L'arbitrato nei confronti della Pubblica Amministrazione*, Piacenza, 2003, 23 ss.

³⁷ Cannada-Bartoli E., *L'arbitrato nella legge quadro sui lavori pubblici*, *op. cit.*, 466; Carra S., *Legittimi gli incarichi arbitrali ai magistrati per gli appalti anteriori alla legge n. 109/94*, *op. cit.*, 93; Sanino M., *La nuova disciplina del contenzioso tra amministrazione committente e appaltatore in materia di opere pubbliche*, *op. cit.*, 138.

all'arbitro e in tale ultima ipotesi tale domanda sarebbe valsa come proposta di arbitrato, che la controparte avrebbe potuto anche non accettare³⁸.

Tuttavia le perplessità espresse in ordine al fatto che tale normativa sembrava imporre il ricorso all'istituto *de quo* ogni qualvolta le parti non fossero riuscite ad addivenire alla conclusione di un accordo bonario, rendendone, conseguentemente incerto il carattere bonario, hanno indotto il legislatore ad intervenire nuovamente e modificarla.

Infatti, la disciplina dei lavori pubblici risultante dalla legge Merloni-*bis* venne nuovamente revisionata ed integrata nel 1998 e negli anni seguenti ad opera della legge 18 novembre 1998, n. 415 (cd. Merloni-*ter*), e dalla normativa di attuazione.

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

Nel percorso normativo in materia di lavori pubblici la terza tappa è costituita dalla legge 18 novembre 1998, n. 415 (c.d. Merloni-*ter*) la quale esprimeva la volontà del legislatore di ampliare quanto più possibile il ricorso all'arbitrato rendendolo esperibile per tutte le controversie derivanti dall'esecuzione del contratto di appalto,

³⁸ Bernini A.M., *Opere pubbliche e composizione delle controversie: quale spazio per l'arbitrato? Qualche riflessione*, in *Riv. trim. app.*, 1998, 96; Carullo A., *L'arbitrato nella legge quadro sulle opere pubbliche*, *op. cit.*, 174; Id. *Commento all'art. 32, I*, in Aa. Vv., *La legge quadro in materia di lavori pubblici (11 febbraio 1994, n. 109)*, *op. cit.*, 974.

comprese quelle derivanti dal mancato raggiungimento dell'accordo bonario.

In particolare l'art. 10 della sopra citata legge modificava il testo dell'art. 32 della legge n. 109/1994, stabilendo che *"tutte le controversie³⁹ derivanti dall'esecuzione del contratto, comprese quelle conseguenti al mancato raggiungimento dell'accordo bonario previsto dal comma primo dell'art. 31-bis, possono essere deferite ad arbitri"*.

Emergeva chiaramente la volontà del legislatore di evidenziare la facoltatività dell'arbitrato, eliminando i dubbi di legittimità che avevano riguardato la legge Merloni-bis, adeguandosi al costante insegnamento della Corte Costituzionale (sentenza n. 152 del 1996) in ordine alla legittimità costituzionale del solo arbitrato volontario⁴⁰.

Il legislatore, inoltre, non si limitò ad adottare una formula che ribadiva il principio generale della volontarietà dell'arbitrato di cui agli artt. 806 ed 808 del codice di rito, ma, nel secondo comma dell'art. 32, stabiliva anche che, nel caso in cui le parti avessero optato per l'arbitrato, la gestione del giudizio fosse demandata alla Camera Arbitrale istituita presso l'Autorità Garante per i lavori pubblici ed affidava ad un decreto ministeriale la disciplina del procedimento *"nel rispetto dei principi*

³⁹ Il riferimento a tutte le controversie, e quindi non solo a quelle per le quali non si era perfezionato l'accordo bonario, consentì il superamento del problema sorto in precedenza e che aveva portato in dottrina a configurare una duplice parallela disciplina della risoluzione delle controversie.

⁴⁰ Anche i giudici del Supremo Consesso Amministrativo (Cons. Stato, sez. IV, 17 ottobre 2003, n. 6335) evidenziarono che uno dei tratti salienti della Merloni-ter era costituito dalla natura facoltativa, volontaria o consensuale dell'arbitrato.

del codice di procedura civile” (nonché la determinazione degli onorari per gli arbitri).

Al regolamento di esecuzione era stata demandata anche la “disciplina per la costituzione, cognizione e modalità di funzionamento della Camera, i criteri di ammissione all'albo, della nomina di arbitri secondo i principi di trasparenza, imparzialità e correttezza”.

In dottrina si faceva notare che in tal modo il legislatore aveva dato vita ad un arbitrato “obbligatoriamente amministrato”, intendendo alludere con questa espressione non solo al fatto che si trattava di un arbitrato libero nell’ “*an*” ma obbligato nel “*quomodo*”, ma anche, e soprattutto, al fatto che l’unica forma di arbitrato consentita alle parti era quella di un arbitrato amministrato⁴¹.

⁴¹ Cfr. Ulisse G., *Art. 32. Definizione della controversia*, in Barbieri A., Bucci A., Ulisse G., *Commentario della nuova normativa dell'appalto di opere pubbliche*, Padova, 201, 194; Borghesi D., *La camera arbitrale per i lavori pubblici: dall'arbitrato obbligatorio all'arbitrato obbligatoriamente amministrato*, in *Riv. arb.* 2000, p. 682; Buonfrate A., *Appalti pubblici: l'arbitrato amministrato dalla Camera arbitrale per i lavori pubblici e il nuovo sistema di risoluzione alternativa delle controversie*, in *Giur. It.*, 2001, 877; Buonfrate - A. Leogrande, *L'arbitrato nei lavori pubblici: dubbi di legittimità e altre questioni aperte*, in *Riv. trim. app.*, 2002, 85 ss; Carpi F., Zucconi Galli Fonseca E., *Art. 806. Del compromesso*, in *Aa. Vv., Arbitrato*, a cura di Carpi F., Bologna 2007, 98; Carullo A., *Commento all'art. 32, I*, in *Aa. Vv., La legge quadro in materia di lavori pubblici (11 febbraio 1994, n. 109)*, a cura di Carullo A. e Clarizia A., Padova, 1994, 1002; Domenichelli V., *La risoluzione in via giudiziaria o arbitrale delle controversie in materia di opere pubbliche*, in *L'appalto di opere pubbliche*, a cura di Villata R., Padova, 2001, 879; Luiso F. P., *La Camera arbitrale per i lavori pubblici*, in *Riv. arb.*, 2000, 419; Matassa N., *L'arbitrato nei lavori pubblici dopo la <<Merloni-ter>> e aspettando il regolamento*, in *Urbanistica e Appalti*, 1999, 243 ss.; Punzi C., *L'arbitrato per la risoluzione delle controversie negli appalti di opere pubbliche*, in *Aa. Vv., L'appalto tra pubblico e privato*, Milano 2001, 97 ss.; Ruffini G., *Profili costituzionali della nuova disciplina degli appalti dell'arbitrato negli appalti pubblici*, in *L'appalto fra pubblico e privato*, Milano, 2001, 161 ss.; Scoca F.G., *Osservazioni sulla disciplina dell'arbitrato di lavori pubblici*, in *Riv. trim. app.*, 2002, 609; Spagnolo A., *In tema di rifiuto di nomina presidenziale*

Si trattava di un arbitrato chiaramente di diritto speciale, con un proprio regolamento di procedura, con proprie tariffe stabilite per la prestazione dell'attività di arbitro, che si proponeva di evitare i condizionamenti che avrebbero potuto, anche sulla scorta dell'esperienza passata, incidere sull'imparzialità degli arbitri.

Il meccanismo delineato dalla legge "Merloni-ter" e dalle norme regolamentari di attuazione contenute nel D.P.R. n. 554 del 1999 era così articolato.

Le parti che avessero deciso di deferire agli arbitri le proprie controversie avrebbero dovuto nominare ciascuna l'arbitro di propria pertinenza e avrebbero dovuto chiedere alla Camera arbitrale per i lavori pubblici la nomina del terzo arbitro con funzioni di presidente del collegio.

In ogni caso, sia per gli arbitri di parte, sia per il presidente, la scelta doveva cadere *“tra soggetti di particolare esperienza nella materia oggetto del contratto cui l'arbitrato si riferisce”*⁴².

Questa complessiva qualificazione dei membri del collegio arbitrale non trovava riscontro nelle norme del

dell'arbitro [nota a Cons. Stato, (ord.) 23 giugno 1999, n. 1412], in *Corr. Giur.* 2000, 817; Verde G., *L'arbitrato e la giurisdizione ordinaria*, in Aa. Vv., *Diritto dell'arbitrato rituale*, a cura di G. Verde, 2° ed., Torino, 2000, p. 11.

⁴² La Camera arbitrale avrebbe dovuto designare il terzo arbitro, traendone il nominativo da un albo da essa tenuto, al quale potevano essere iscritti magistrati ordinari amministrativi e contabili, nonché avvocati dello Stato, in servizio e a riposo, avvocati libero professionisti abilitati al patrocinio avanti alle magistrature superiori, e tecnici laureati in ingegneria e architettura con dieci anni di iscrizione all'albo, professori universitari di ruolo nelle materie giuridiche e tecniche esperti nella materia. Era fissato un regime di incompatibilità per gli arbitri iscritti nell'albo nonché una durata triennale della iscrizione stessa; la fissazione della misura del compenso dovuto dalle parti per la decisione della controversia sarebbe spettata alla Camera arbitrale, alla quale il compenso era peraltro destinato, secondo una particolare tabella tariffaria. La stessa Camera arbitrale avrebbe poi provveduto a liquidare il compenso agli arbitri.

Tesi di dottorato *“La disciplina arbitrale nei contratti pubblici”*
Dott. Giovanni Battista De Luca discussa presso l'Università Luiss
Guido Carli. Non riproducibile, in tutto o in parte, se non con il
consenso scritto dell'autore.

codice di procedura civile e mostrava la preoccupazione del legislatore di assicurare che la funzione giustiziale dell'istituto venisse esercitata da soggetti pienamente idonei sul piano della professionalità e della indipendenza, tenuto conto anche dei suoi riflessi, in termini di costi, sulle pubbliche finanze.

Lo svolgimento del giudizio avrebbe dovuto seguire un suo regolamento, fissato con decreto del Ministro dei Lavori Pubblici di concerto con il Ministro di Grazia e Giustizia (poi emanato con decreto ministeriale 2 dicembre 2000, n. 398), che avrebbe dovuto muoversi nel rispetto del codice di rito, e che in concreto dettò una disciplina molto più puntuale e rigorosa rispetto ai principi di libertà delle forme e di disponibilità che vigevano nel normale giudizio arbitrale.

Si trattava di un arbitrato (obbligatoriamente *ex lege*) amministrato ma non volontaristico per le regole procedurali; l'istituzione non aveva, comunque, alcuna facoltà di sindacare il lodo né la validità della clausola compromissoria⁴³.

In più veniva definitivamente sancita la fine della disciplina dell'arbitrato contenuta nel vecchio capitolato e la sua sostituzione con la nuova a far data dall'entrata in vigore del regolamento di attuazione, con automatica sostituzione delle clausole contenute nei contratti già stipulati.

⁴³ TAR Lazio, 14 aprile 2003, n. 3383 (massima redazionale 2003) aveva ritenuto illegittima la sindacabilità di una clausola compromissoria sul presupposto che “è compito della Camera arbitrale verificare l'esistenza delle condizioni formali richieste per la nomina del terzo arbitro e non svolgere un sindacato, sostanziale ed a contenuto giurisdizionale – quindi non riconoscibile ad un organismo amministrativo, stante il divieto costituzionale di istituzione di giudici speciali - sulla sufficienza o meno dei contenuti contrattuali a costituire idonea clausola arbitrale”.

Tuttavia, anche in ordine a questa nuova formulazione dell'articolo 32 si era posta però, sotto un altro profilo una questione intertemporale, controvertendosi sul punto se, una volta entrato in vigore il regolamento di esecuzione richiamato, la nuova disciplina si rendesse applicabile pur in presenza di una domanda di arbitrato già proposta in vigenza della preesistente normativa ma non ancora seguita dalla costituzione del collegio arbitrale.

La risposta è stata, prevalentemente, in senso affermativo, argomentandosi dalla testuale previsione del comma 4, seconda parte, dell'articolo citato, secondo cui dalla data di entrata in vigore del regolamento predetto “... *il richiamo ai collegi arbitrali da costituire ai sensi della normativa abrogata, contenuto nelle clausole dei contratti di 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 fissata*⁴⁴”.

6. *L'assetto dell'arbitrato nel decreto legislativo n. 190 del 2002 (c.d. legge obiettivo).*

⁴⁴ Vedi Matassa N., *op. cit.*, 737. Nello stesso senso si è anche pronunciata la Camera arbitrale con determinazione 15 novembre 2000, n. 52. Nel senso, invece, che va applicata la vecchia normativa qualora, antecedentemente all'entrata in vigore del regolamento di esecuzione, vi sia stata la mera proposizione della domanda di arbitrato, vedi la circ. Min. ll.pp.7 settembre 2000, n. 1329/400/19. Ancora più radicalmente lodo arbitrale (Matera) 24 febbraio 2001, in *Arch. giur. oo.pp.*, 2001, 1078, che ha affermato che in caso di controversia arbitrale risultante non ancora pendente alla data del 28 luglio 2000, la composizione del collegio può avvenire conformemente a quanto previsto nella clausola compromissoria (nella specie risalente al 1992).

Tra le fonti che regolavano la definizione delle controversie in materia di opere pubbliche, un ruolo importante era assunto dal capitolato generale d'appalto dei lavori pubblici, nella nuova versione contenuta nel decreto ministeriale del 19 aprile 2000, n. 145.

In particolare l'art. 33 del capitolato, norma rubricata "*Tempo del giudizio*", non soltanto stabiliva che la domanda (sia innanzi agli arbitri, sia davanti al giudice ordinario) andava proposta dall'appaltatore entro un termine di decadenza esplicitamente previsto in sessanta giorni⁴⁵, ma prescriveva, altresì, che la controversia non poteva svolgersi, almeno in sede arbitrale, prima che fossero decorsi i termini accordati alla stazione appaltante dall'art. 32 del citato decreto ministeriale n. 145 del 2000, per vagliare le pretese e le riserve dell'appaltatore, sempre che non avessero ad oggetto questioni la cui definizione non fosse differibile nel tempo e non vi fosse un diverso accordo delle parti (art. 33, comma 2, decreto ministeriale n. 145 del 2000).

Infine, il comma 3 dell'art. 33 prescriveva che le domande di arbitrato formulate nell'ambito dello stesso appalto in relazione a diverse procedure di accordo bonario andavano decise in un unico giudizio "*ai sensi del comma 2*".

Quanto al regolamento n. 398 del 2000, era possibile rilevare come, *ex art. 32, comma 2, della legge n. 109 del*

⁴⁵In argomento vedi Sciumè A., Tassan Mazzocco D., *Il nuovo capitolato generale di appalto dei lavori pubblici. Commento al d.m. 19 aprile 2000, n. 145*, in *Le nuove leggi amministrative, commenti coordinati da V. Italia*, Milano, 2001; vedi anche Borghesi D., *La camera arbitrale per i lavori pubblici: dall'arbitrato obbligatorio all'arbitrato obbligatoriamente amministrato*, *op. cit.*, p. 688; Id., *Il regolamento di procedura della camera arbitrale per i lavori pubblici*, in *Corr. giur.*, 2001, p. 944 ss., spec. p. 946.

1994, le norme di procedura del giudizio arbitrale erano determinate con decreto ministeriale *“nel rispetto dei principi del codice di procedura civile”*.

Ciò significava che il suindicato *«Regolamento recante le norme di procedura del giudizio arbitrale»* (decreto ministeriale n. 398 del 2000) assolveva la funzione di disciplinare il procedimento arbitrale che l'art. 816 c.p.c. (attualmente art. 816-bis c.p.c., introdotto dal decreto legislativo n. 40 del 2006) lasciava invece alla libera volontà delle parti, o, in subordine, a quella degli arbitri, ma si doveva comunque ispirare ai principi posti alla base del codice di rito, anche se non alle particolari norme ivi stabilite.

Per tale ragione si è sostenuto che si trattava di una procedura arbitrale speciale, da intendersi non nel senso che essa si contrapponeva a quella ordinaria regolata nel codice di rito, quanto piuttosto nel senso che *“non può essere liberamente plasmata dalle parti”*, come di solito succedeva, dato che *“lo spazio lasciato a queste dall'art. 816 c.p.c.”* veniva ampiamente occupato dalle disposizioni previste in maniera vincolante dal regolamento della camera arbitrale e soprattutto da quello di procedura (decreto ministeriale n. 398 del 2000).

Il lungo, e travagliato, iter formativo dell'art. 32 si concludeva con la legge 166/2002 (c.d. Merloni-*quater*) che aveva novellato, senza modifiche rilevanti, l'istituto con l'abrogazione di tutte *“le disposizioni che, in contrasto con i precedenti commi, prevedono limitazioni ai mezzi di risoluzione delle controversie nella materia dei lavori pubblici”* (comma 4 bis). Si trattava di una legge in cui la scelta fra il perseguimento degli obiettivi

imprescindibili del rigore, trasparenza e imparzialità da un lato, e della semplificazione, flessibilità, celerità e informalità delle procedure, dall'altro, pendeva certamente a favore di questi ultimi⁴⁶.

Veniva introdotto un doppio regime arbitrale: l'arbitrato secondo il codice di procedura civile, e l'arbitrato amministrato a cui obbligatoriamente doveva farsi ricorso ogni qualvolta una delle parti in lite fosse uno dei soggetti pubblici indicati all'art. 2, comma 2, lettera a), della legge n.109/1994⁴⁷.

Particolarmente interessante risultava l'art. 7 della legge in questione che aveva sostituito il comma 1 del suddetto art. 31-*bis* della legge n. 109/1994 (e successive modificazioni), con i commi da 1 a 1-*quater*.

In forza della nuova normativa veniva stabilito che in materia di appalti e di concessioni, quando a seguito di iscrizioni di riserve il valore economico dell'opera potesse variare in misura sostanziale e in ogni caso in misura non inferiore al 10% dell'importo contrattuale, o comunque in

⁴⁶ Clarich M., *La legge Merloni quater tra instabilità e flessibilità*, in *Corr. giur.*, 2002, p. 1401 ss.; vedi anche Breganze M., *Pianificazione urbanistica degli enti locali e programmazione triennale dei lavori pubblici dopo la legge Merloni quater*, in *Riv. giur. urbanistica*, 2003, p. 67. È da notare che l'esigenza di semplificazione, espressa dalla legge Merloni-*quater*, viene condivisa anche da un recente decreto del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti del 22 giugno 2004 (pubblicato sulla G.U. n. 151 del 30.6.2004) che prevede la pubblicazione sui siti internet predisposti dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, dalle regioni e dalle province autonome del programma triennale e dell'elenco annuale dei lavori pubblici, nonché dei relativi aggiornamenti.

⁴⁷ Luiso F. P., *La Camera arbitrale per i lavori pubblici*, *op. cit.* 411 ss.; Id., *Il regolamento del processo arbitrale per i lavori pubblici*, *op. cit.*; G. Verde, *Le funzioni «paragiurisdizionali» della Camera arbitrale per i lavori pubblici*, *ivi*, 2001, 155 ss.; Pelillo S., *Il nuovo arbitrato in materia di opere pubbliche*, in *Riv. arb.* 2001, 789 ss.; Biavati P., *Gli arbitrati nei lavori pubblici: la procedura*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, 31 ss.; Buonfrate A. – Leogrande A., *L'arbitrato nei lavori pubblici: dubbi di legittimità e altre questioni aperte*, *op. cit.*, 2002, 85 ss.

misura indipendente dall'importo, in presenza del certificato di collaudo o di regolare esecuzione, il responsabile del procedimento doveva promuovere la costituzione di una commissione affinché formulasse proposta motivata di accordo bonario entro novanta giorni dall'apposizione dell'ultima delle riserve.

La legge 1 agosto 2002, n.166 modificò anche l'art. 32 delle legge Merloni relativo all'arbitrato restringendone enormemente il campo di applicazione⁴⁸.

Il giudizio arbitrale amministrato, prima previsto per quasi tutti i soggetti destinatari della legge quadro, venne infatti limitato alle sole amministrazioni dello Stato, agli enti pubblici anche economici, alle amministrazioni e agli enti locali, e agli organismi di diritto pubblico.

Nel medesimo periodo di tempo venne emanata la legge 20 agosto 2002, n. 190 (c.d. legge obiettivo)⁴⁹ recante la disciplina della concessione di costruzione e di gestione, nonché per l'affidamento al contraente generale di opere pubbliche ritenute di particolare rilevanza strategica⁵⁰.

L'art. 12, rubricato "risoluzione delle controversie" si occupava della disciplina dell'arbitrato.

Per quanto riguarda l'ambito applicativo della disposizione, il primo comma dell'art. 12 individuava

⁴⁸ De Nictolis R., *La nuova riforma dei lavori pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, 2002, 1290 ss.

⁴⁹ Sul punto Di Pace R., *Gli appalti di opere pubbliche. Dal collegato infrastrutture alla legge obiettivo*, in Montedoro G. - Di Pace R (a cura di), Milano, 2003, 175 ss.; Volpe C., *Risoluzione delle controversie e norme processuali nella legge obiettivo. Alcune considerazioni sugli artt. 12 e 14 del d.lgs. 20 agosto 2002, n. 190*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, n. 10-2002.

⁵⁰ Vedi Volpe C., *op. cit.*; De Nictolis R., *Il nuovo contenzioso in materia di appalti pubblici*, *op. cit.*, pp. 480-482; Montedoro G. - Di Pace R., *Gli appalti di opere*, *op. cit.*, p. 343.

l'oggetto del contenzioso arbitrale in tutte le controversie relative all'esecuzione dei contratti e alla realizzazione delle infrastrutture⁵¹.

Era quindi evidente come l'ambito applicativo della disposizione fosse quello stesso dell'art. 32 della legge 109 del 1994 e come, quindi, non sussistevano differenziazioni degne di nota rispetto alla disciplina in materia di lavori pubblici.

Sempre il primo comma dell'art. 12 del decreto legislativo n. 190 del 2002 limitava poi al solo arbitrato rituale di diritto⁵² le clausole compromissorie che le parti potevano scegliere di stipulare relativamente agli interventi rientranti nella disciplina della cd. legge obiettivo.

Sotto questo profilo si evidenziava, quindi, una possibile differenziazione rispetto alla disciplina dell'arbitrato in materia di opere pubbliche ove, però, si optava per la soluzione che considerava ammissibile la stipulazione di clausole compromissorie che abilitavano le parti a decidere secondo equità⁵³.

⁵¹ Per quanto concerne l'ambito di applicazione della disciplina di cui all'art. 12 si veda Carullo A., *Commento all'art. 32*, II, in Aa. Vv., *La legge quadro in materia di lavori pubblici (11 febbraio 1994, n. 109)*, a cura di Carullo A. e Clarizia A., Padova, 1994, 1575; Di Pace R., *Gli appalti di opere pubbliche*, op. cit., 343; Domenichelli V., *La risoluzione in via giudiziaria o arbitrale delle controversie in materia di opere pubbliche*, op. cit., 1051; Volpe C., *Risoluzione delle controversie e norme processuali nella legge obiettivo. Alcune considerazioni sugli artt. 12 e 14 del d.lgs. 20 agosto 2002, n. 190*, op. cit., 729 ss.

⁵² Al riguardo si può notare come, mentre l'art. 32 della legge quadro ed anche la normativa di attuazione non vincolavano le parti ad un giudizio di diritto, l'articolo in commento, derogando all'art. 822 c.p.c. imponeva la decisione secondo diritto.

⁵³ Per quello che riguarda lo svolgimento del giudizio, l'art. 12 del d.lgs. 190 del 2002 prevedeva: 1) l'applicazione delle disposizioni del codice di procedura civile e non del d.m. 398 del 2000 (art. 12,1° comma d.lgs. 190 del 2002); 2) l'obbligo, per ciascuna delle parti, di nominare l'arbitro di propria competenza, scelto fra professionisti

Dall'esame dell'art. 12 in commento, emergevano alcune significative differenze rispetto alla strutturazione "ordinaria" dell'arbitrato in materia di opere pubbliche dell'epoca costituite: (i) dal ritorno alla disciplina del codice di procedura civile, così superando "*le perplessità relative alla sede dell'arbitrato, al rigido sistema di preclusioni, all'improcedibilità della domanda di arbitrato in caso di mancato deposito dell'acconto*"⁵⁴ ingenerate da alcune previsioni del decreto ministeriale n. 398 del 2000; (ii) dalla restituzione alle parti del potere di scelta anche del terzo arbitro, limitando l'intervento della Camera arbitrale alla sola ipotesi del disaccordo delle parti in ordine alla scelta (così riproducendo soluzioni proprie delle Camere arbitrali operanti nel settore privatistico); (iii) dal ritorno al meccanismo previsto dall'art. 814 c.p.c. per quello che riguardava la liquidazione dei compensi

aventi particolare esperienza nella materia dei lavori pubblici, nella domanda di arbitrato o nell'atto di resistenza (art. 12, 2° comma d.lgs. 190 del 2002); 3) la devoluzione dell'arbitrato ad un collegio composto da tre membri, di cui due nominati dalle parti ed il terzo, con funzioni di presidente del collegio arbitrale, nominato, d'accordo, dagli arbitri di parte o dalle parti stesse, tra i magistrati amministrativi e contabili, nonché tra gli avvocati dello Stato nel caso in cui non ne sia stato nominato uno quale arbitro di parte e l'Avvocatura dello Stato non sia difensore di una delle parti in giudizio (art. 12, 3° e 4° comma d.lgs. 190 del 2002);

4) la devoluzione della nomina del terzo arbitro, ove le parti non si siano accordate al proposito, alla Camera arbitrale per i lavori pubblici, tra i soggetti iscritti all'albo degli arbitri previsto dal d.p.r. 554 del 1999 (art. 12, 4° comma d.lgs. 190 del 2002); 5) l'attribuzione del potere di nomina del Segretario al Collegio (e non al Presidente dello stesso), tra persone "di propria fiducia"; 6) l'eventuale nomina del consulente d'ufficio, all'interno dell'apposito elenco tenuto dalla Camera arbitrale (art. 12, 4° comma d.lgs. 190 del 2002); 7) la liquidazione dei compensi spettanti agli arbitri nella misura prevista in apposito regolamento emanato ai sensi dell'art. 15 del d.lgs. 190 del 2002 e non secondo la tariffa allegata al d.m. 398 del 2000 (art. 12, 6° comma d.lgs. 190 del 2002).

⁵⁴ De Nictolis R., *L'arbitrato delle pubbliche amministrazioni, dalla legge Merloni alla legge 166/2002 op. cit.*, 1021 e *L'arbitrato in materia di opere pubbliche op. cit.*, 1697; Follieri E., *Le modifiche apportate all'arbitrato negli appalti dei lavori pubblici dalla legge 80/2005 op. cit.*, 259.

Tesi di dottorato "*La disciplina arbitrale nei contratti pubblici*"
Dott. Giovanni Battista De Luca discussa presso l'Università Luiss
Guido Carli. Non riproducibile, in tutto o in parte, se non con il
consenso scritto dell'autore.

spettanti agli arbitri (sia pure sulla base di apposito regolamento da emanarsi ai sensi dell'art. 15 d.lgs. 190 del 2002⁵⁵) e (iv) da una maggiore libertà del Collegio nella scelta del segretario.

In sostanza, quindi, come ha affermato la migliore dottrina, l'intera operazione poteva essere sintetizzata in un quadro ricostruttivo fondato su *“due diverse discipline dell'arbitrato, a seconda delle opere pubbliche che si eseguono, e se quello previsto dalla l. 109/94 è un arbitrato rituale di diritto, volontario ed amministrato, l'altro presenta le medesime caratteristiche solo che è amministrato in maniera meno estesa ed incisiva e lo si può definire mini-amministrato”*⁵⁶.

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

⁵⁵ In questo senso già De Nictolis R., *L'arbitrato in materia di opere pubbliche* op. cit., 1697; Follieri E., *Le modifiche apportate all'arbitrato negli appalti dei lavori pubblici dalla legge 80/2005* op. cit., 259.

⁵⁶ De Nictolis R., *L'arbitrato delle pubbliche amministrazioni, dalla legge Merloni alla legge 166/2002* op. cit., 1021 e *L'arbitrato in materia di opere pubbliche* op. cit., 1696.

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

Il quadro normativo sino ad ora descritto relativo all'arbitrato in materia di appalti pubblici, venne parzialmente stravolto dalla nota sentenza del Consiglio di Stato n. 6335 del 17 ottobre 2003.

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

Il colpo definitivo all'intero sistema venne dato dalla decisione della IV Sezione del Consiglio di Stato n. 6335 del 17 ottobre 2003, con cui i giudici di Palazzo Spada hanno inciso nell'arbitrato regolamentato dalla legge n. 109/1994 annullando alcune norme secondarie dettate dal d.P.R. n. 554/1999 in quanto ritenute illegittime.

In particolare il Consiglio di Stato venne chiamato a pronunciarsi in ordine alla legittimità di diverse norme regolamentari e precisamente (i) quelle riguardanti la nomina del terzo arbitro (art. 150, comma 3)⁵⁷, (ii) la formazione dell'albo degli arbitri della Camera arbitrale

⁵⁷ I giudici amministrativi ritennero illegittimo, e perciò annullarono l'art. 150, comma 3, del regolamento nella parte in cui "*sottrae alla libera determinazione delle parti la scelta del terzo arbitro con funzioni di presidente, attribuendola alla Camera arbitrale*". Parte della dottrina (La Torre A., *L'arbitrato in materia di lavori pubblici*, op. cit., 86) ha affermato che, a differenza di quanto precisato dal Consiglio di Stato, la disposizione in questione non costituiva una novità nell'ordinamento, in quanto in materia di appalti pubblici, da sempre, una parte del collegio arbitrale era nominata da soggetti differenti dalle parti.

(art. 151, commi 5 e 7, quest'ultimo limitatamente agli arbitri) e (iii) la durata dell'iscrizione all'albo, e alcune incompatibilità conseguenti all'iscrizione stessa (art. 151, comma 8, limitatamente agli arbitri)⁵⁸.

La parte più interessante della pronuncia adottata dai giudici del Supremo Consesso Amministrativo è indubbiamente costituita dal valore determinante attribuito alle norme del codice di rito in materia di nomina degli arbitri (art. 809 e ss. c.p.c.).

Se si volesse ritenere che il regolamento era rispettoso dei limiti stabiliti dall'art. 32 della legge n. 109/1994, vi sarebbe contrasto con i principi essenziali stabiliti dagli artt. 809 e seguenti del codice di rito, espressamente richiamati dalla legge, e che rimettevano alle parti il potere di stabilire il numero e le modalità di nomina degli arbitri.

In *primis* il giudice amministrativo, dopo aver ribadito l'orientamento dei giudici costituzionali in merito alla legittimità dell'arbitrato volontario, hanno affermato che il carattere volontario dell'arbitrato è tale per la scelta delle parti non solo di far risolvere le controversie con un arbitrato, ma anche di nominare liberamente gli arbitri perché, diversamente, si sarebbe in presenza di una giurisdizione speciale e come tale illegittima⁵⁹.

La garanzia del carattere volontario dell'arbitrato è pertanto strutturalmente incompatibile con un sistema che

⁵⁸ Il Consiglio di Stato, sez. V, con la sentenza n. 6335 del 17 ottobre 2003 ha annullato la sentenza del TAR Lazio che ha ritenuto legittime le previsioni regolamentari; cfr. il commento alla sentenza del TAR Lazio in *Riv. Trim. App.*, 2003, 727, con nota adesiva di Giacobbe D., *La camera arbitrale per i lavori pubblici non viola l'autonomia negoziale delle parti*, in *Foro Amm.*, Tar 2002, 2092 ss.

⁵⁹ Sul punto, parte della dottrina (La Torre A., *L'arbitrato in materia di lavori pubblici*, *op. cit.*, 2007, 89) ritiene che, anche la disciplina dell'arbitrato societario di cui al d. lgs. n. 5 del 2003 sottraeva alle parti il potere di nominare gli arbitri.

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

⁶⁰ Cons. Stato, Sez. IV, 17 ottobre 2003 n. 6335.

Il Consiglio di Stato, cioè, ha dichiarato l'illegittimità del sistema di scelta del terzo arbitro rimesso esclusivamente alla Camera arbitrale perché confliggente con i principi costituzionali i quali consentivano la giustizia arbitrale solo se frutto della libera scelta delle parti, non solo nell'individuazione dell'arbitrato come strumento di risoluzione delle controversie, ma anche nella scelta degli arbitri; e, in specie, del terzo arbitro per il quale, in caso di disaccordo tra le parti, può ammettersi la nomina ad opera di un organo terzo e giurisdizionale che non può identificarsi nella Camera arbitrale, organo amministrativo anche se operante in piena autonomia ed indipendenza.

In secondo luogo, il Consiglio di Stato ha ritenuto illegittimo l'art. 150, comma 3, in quanto ha osservato che l'art. 32 non aveva autorizzato il regolamento a fissare i criteri di composizione dei collegi arbitrali ⁶¹.

Infatti il regolamento di attuazione, a norma dell'art. 32, si sarebbe dovuto occupare della composizione e delle modalità di funzionamento della Camera arbitrale, nonché della fissazione dei criteri per assumere l'incarico di arbitro, e, infine, della durata dell'incarico stesso. Pertanto, nulla che avesse a che fare con la composizione del collegio arbitrale o con le modalità di nomina dei suoi componenti.

Infine, i giudici amministrativi hanno osservato che la disciplina delle modalità di composizione del collegio

⁶¹ Sulla mancanza di copertura legislativa dell'art. 150 del regolamento nella parte in cui si occupava della composizione del collegio arbitrale e la nomina del terzo arbitro, si veda Scoca F.G., *Osservazioni sulla disciplina dell'arbitrato di lavori pubblici*, in *Riv. trim. app.*, 2002, 609; Spagnolo A., *La riforma dell'arbitrato delle opere pubbliche*, in *Urb. e appalti*, n. 9/2001, 947.

Tesi di dottorato "*La disciplina arbitrale nei contratti pubblici*"
Dott. Giovanni Battista De Luca discussa presso l'Università Luiss
Guido Carli. Non riproducibile, in tutto o in parte, se non con il
consenso scritto dell'autore.

avrebbe potuto anche essere oggetto del regolamento, ma in ogni caso non sarebbe stato mai possibile derogare agli articoli 809 e seguenti del codice di procedura civile i quali, attribuendo alle parti il potere di decidere il numero e le modalità di nomina degli arbitri, assurgevano al rango di veri e propri principi di carattere essenziale e strutturale⁶².

La pronunzia del giudice amministrativo ha aperto una lacuna in un punto rilevante e delicato quale è quello della nomina del terzo arbitro ed ha posto, in concreto, tre problemi: (i) la sorte dei procedimenti non definiti e per i quali la nomina del terzo arbitro era avvenuta da parte della Camera arbitrale per i lavori pubblici; (ii) come scegliere il terzo arbitro per gli arbitrati da iniziare e (iii) la legittimità degli arbitrati già definiti.

Per quelli pendenti, si è superata la questione con la scelta del terzo arbitro d'accordo tra le parti che hanno confermato, in quasi tutti i casi, l'arbitro già nominato dalla Camera arbitrale per i lavori pubblici⁶³; in mancanza di una soluzione concordata, il procedimento si sarebbe dovuto definire con una pronunzia di improcedibilità per illegittima composizione del Collegio.

Per gli arbitrati da iniziare, il terzo arbitro è stato scelto d'accordo tra le parti e, in mancanza, è stato

⁶² Vedi Spagnolo A., *La riforma dell'arbitrato delle opere pubbliche*, *op. cit.*, 948. In senso discordante rispetto a quanto deciso dai giudici del Consiglio di Stato, v. La Torre A., *L'arbitrato in materia di lavori pubblici*, *op. cit.*, 2007, 88.

⁶³ Secondo parte della dottrina, in caso di mancata ratifica della nomina del terzo arbitro nominato dalla Camera arbitrale, le parti potevano procedere alla nomina di un nuovo terzo arbitro con facoltà di ratificare o meno gli atti già compiuti dal collegio. Sul punto si veda Carbone L., *L'arbitrato in materia di lavori pubblici: libero, amministrato o entrambe le cose?*, in *Arch. giur. OO.PP.*, 2003, 829.

nominato dal Presidente del Tribunale⁶⁴. Per il resto, l'arbitrato ha continuato ad essere amministrato dalla Camera arbitrale per i lavori pubblici.

Quanto ai lodi arbitrali già definiti, la tesi prevalente fu quella secondo la quale il lodo arbitrale era da considerarsi viziato ai sensi dell'art. 829, comma 1, n. 2, c.p.c.⁶⁵ sicché i lodi arbitrali ancora impugnabili avrebbero potuto essere impugnati solamente se, in ossequio a quanto previsto nell'art. 829, comma 1, n. 2 c.p.c., nel corso del giudizio arbitrale fosse stata sollevata la relativa eccezione per cui il vizio non poteva essere fatto valere se non fosse stato dedotto nel giudizio arbitrale⁶⁶. Invece, i lodi arbitrali divenuti non più impugnabili non potevano più essere impugnati⁶⁷.

⁶⁴ Per la competenza territoriale, il Presidente del Tribunale di Roma ha, su espressa eccezione, declinato la propria competenza, dovendo decidere, a seguito dell'annullamento da parte del Consiglio di Stato delle norme dettate dal D.P.R. n. 554/99 sulla nomina del terzo arbitro, il «presidente del tribunale del luogo in cui è stato stipulato il compromesso o il contratto al quale si riferisce la clausola compromissoria» (art. 810 c.p.c.): ordinanza inedita del 27/28 luglio 2004 che ha dichiarato la competenza territoriale del Tribunale di Lucera perché il luogo di conclusione del contratto è stato Volturino (FG).

⁶⁵ Lombardini I., *La parola al Consiglio di Stato: la recente svolta nella disciplina dell'arbitrato nei lavori pubblici*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2004, 1595. In senso contrario, invece, Vaccarella L., *Gli effetti sentenza n. 6335 del Consiglio di Stato sugli arbitrati in corso: una deflagrazione?*, in *Riv. amm. app.*, 2003, 217 ss.

⁶⁶ Carbone L., *L'arbitrato in materia di lavori pubblici: libero, amministrato o entrambe le cose?*, *op. cit.*, 829; Follieri E., *Le modifiche apportate all'arbitrato negli appalti dei lavori pubblici dalla legge 80/2005* *op. cit.*, 260; Lombardini I., *La parola al Consiglio di Stato: la recente svolta nella disciplina dell'arbitrato nei lavori pubblici*, *op. cit.*, 1595 ss.

⁶⁷ Carbone L., *L'arbitrato in materia di lavori pubblici: libero, amministrato o entrambe le cose?*, *op. cit.*, 829; Lombardini I., *La parola al Consiglio di Stato: la recente svolta nella disciplina dell'arbitrato nei lavori pubblici*, *op. cit.*, 1595 ss. Vi era anche chi in dottrina (Buonfrate A., *Arbitrato negli appalti pubblici: il terzo arbitro è neutrale solo se nominato d'accordo tra le parti*, *op. cit.*, 538) riteneva che la sentenza non poteva avere effetti per i lodi già depositati.

8. La regolamentazione dell'arbitrato secondo la legge di competitività (legge n.80/2005).

In seguito alla pronuncia del Consiglio di Stato, in dottrina⁶⁸ si era auspicato un intervento del legislatore arrivato in occasione della conversione in legge del decreto legge 14 marzo 2005, n. 35 recante disposizioni urgenti nell'ambito del piano di azione per lo sviluppo economico, sociale e territoriale, ovvero il c.d. decreto legge sulla competitività. Con la legge di conversione del 14 maggio 2005 n. 80⁶⁹, vennero introdotti all'art. 5 del decreto legge due nuovi commi, il comma 16-*sexies* e il

⁶⁸ Sul punto si veda Buonfrate A, *Arbitrato negli appalti pubblici: il terzo arbitro è neutrale solo se nominato d'accordo tra le parti*, in *Giur. it.*, 2004, p. 538; Carbone L., *L'arbitrato in materia di lavori pubblici: libero, amministrato o entrambe le cose?*, op. cit. 831; Carrozza L, Fracchia F., *Il Consiglio di Stato <<riscrive>> la disciplina sull'arbitrato in tema di opere pubbliche*, in *Foro it.*, 2004, III, 78; De Lise P., *Perché l'arbitrato amministrato sia realmente volontario*, in *Arch. giur. OO.PP.*, 2003, 811 ss.; Cassano G., Nisati M., *La composizione dei collegi arbitrali dopo la dichiarazione di illegittimità dell'art. 150, 3° comma, D.P.R. 21 dicembre 1999*, n 554, in *Giur. It.* 2004, 69; Campegiani C., Papi C., *L'arbitrato amministrato in materia di lavori pubblici. Gli effetti della sentenza del Consiglio di Stato n. 6335 del 2003*, in *Giust. Civ.*, 2004, II, 353; De Robertis A., *L'arbitrato nell'appalto dei lavori pubblici e la camera arbitrale*, in *Giust. Civ.*, 2004, II, 1658 ss.; Gentile C., Montedoro G., *Il futuro dell'arbitrato in materia di lavori pubblici fra interventi della giurisprudenza e lacune della formazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 545; Lombardini I., *La parola al Consiglio di Stato: la recente svolta nella disciplina dell'arbitrato nei lavori pubblici*, in *op. cit.*, 752; Signoretti S., *Stop del Consiglio di Stato all'arbitrato necessariamente amministrato nei contratti di appalto e via libera al principio di volontarietà delle parti*, in *Riv. amm. app.*, 2003, 127 ss.; Stumpo G., *Appalti pubblici di lavori ed arbitrato. Alcune considerazioni sull'evoluzione del meccanismo di risoluzione anche alla luce della pronuncia del Consiglio di Stato 17 ottobre 2003, n. 6335*, in *Riv. trim. app.*, 2004, 627 ss.; Vaccarella L., *Gli effetti sentenza n. 6335 del Consiglio di Stato sugli arbitrati in corso: una deflagrazione?*, op. cit., 226.

⁶⁹ Recante altresì "Deleghe al Governo per la modifica del codice di procedura civile in materia di processo di cassazione e di arbitrato nonché per la riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali".

comma 16-*septies*⁷⁰, entrambi dedicati alla materia arbitrale.

Un nuovo panorama normativo emerge dall'art. 5, comma 16-*sexies*, l. n. 80 del 2005 il quale ha unificato in un unico testo la fattispecie arbitrale contenente i lavori pubblici ordinari, con quella prevista specificamente per le controversie relative all'esecuzione di appalti pubblici concernenti la realizzazione di infrastrutture strategiche (art. 12, d.lgs. 20 agosto 2002, n. 190).

In particolare, l'art. 5, comma 16-*sexies* del decreto legge 14 marzo 2005 n. 35 modificava il secondo comma dell'art. 32 della legge 11 febbraio 1994 n.109, introducendo un comma 2-*bis* e un comma 2-*ter*, destinati a dettare una disciplina più articolata dell'istituto arbitrale⁷¹.

Dalla modifica legislativa emerge una sistematica complessiva fondata su due modelli diversificati, quello ordinario e quello amministrato, e l'arbitrato venne unificato sia per i contratti relativi alle opere ordinarie sia per quelli relativi a quelle strategiche.

L'applicazione dell'uno o dell'altro dipendeva dalle intese maturate tra le parti in ordine alla nomina del presidente del collegio, cosicché, ove vi fosse stata

⁷⁰ Tale previsione è stata introdotta al fine di dare una disciplina compiuta alla fase transitoria, stabilendo la salvezza delle procedure arbitrali definite o anche solo introdotte alla data di entrata in vigore della legge di conversione del decreto legge "purchè risultino rispettate le disposizioni relative all'arbitrato" contenute nel codice di rito oppure nell'articolo 32 della legge 11 febbraio 1994, n. 109 così come modificato dal comma 16-*sexies*. Entrambi i comma, inseriti dalla legge 14 maggio 2005, n. 80, in sede di conversione vennero successivamente abrogati dall'articolo 256 del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, con decorrenza 1° luglio 2006, ai sensi di quanto disposto dall'articolo 257 del medesimo decreto.

⁷¹ Lombardini I., *Il nuovo assetto dell'arbitrato nei lavori pubblici ex art. 5, comma 16-*sexies*, l. n. 80 del 2005: riforma o controriforma?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, 225 ss

concordia tra le parti sulla nomina del terzo arbitro era applicabile la disciplina codicistica; ove, invece, l'accordo non fosse stato trovato, la nomina era demandata alla Camera arbitrale con conseguente applicazione del procedimento camerale.

Il primo modello riguardava le ipotesi in cui le parti si fossero accordate per la nomina del terzo arbitro; in questo caso, al giudizio arbitrale si applicavano le disposizioni del codice di procedura civile, salvo quanto previsto all'articolo 9, comma 4 del decreto ministeriale 2 dicembre 2000 n. 398 sull'obbligo di depositare il lodo presso la Camera arbitrale dei lavori pubblici entro dieci giorni dall'ultima sottoscrizione, “*nonché l'obbligo di applicazione da parte del collegio arbitrale delle tariffe di cui all'allegato al predetto regolamento*”⁷², (art. 32, comma 2, legge 109 del 1994, come modificato dall'art. 5, comma 16-*sexies* del decreto legge 14 marzo 2005 n. 35). Il comma 2-*bis* prevedeva che all'atto del deposito del lodo gli arbitri dovessero corrispondere una somma pari all'uno per diecimila del valore della relativa controversia⁷³.

⁷² In dottrina (La Torre A., *L'arbitrato in materia di lavori pubblici*, op. cit., 2007, 105) si osservò che, se con questa previsione il legislatore aveva voluto frenare la tendenza alle autoliquidazioni eccessive, si trattava di un rimedio illusorio dal momento che la tariffa poteva essere applicata con notevole elasticità dagli arbitri.

⁷³ Per le modalità del deposito, si veda il comunicato dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici del 26 maggio 2005. Successivamente l'art. 1, comma 70, della legge 23 dicembre 2005 n. 266, recante “disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2006)”, sostituì la parola “diecimila” con “mille”. Con il successivo comma 71, inoltre, venne stabilito che gli importi dovuti alla Camera arbitrale dovevano essere versati direttamente all'Autorità per i lavori pubblici. Sul punto si veda La Torre A., *L'arbitrato in materia di lavori pubblici*, op. cit., 2007, 107, il quale ha aderito alla tesi della Camera arbitrale secondo la quale il versamento in questione era dovuto, nonostante la collocazione

In questo caso, è quindi evidente come l'istituto arbitrale si avvicinava fortemente alla sistematica del codice di rito, tanto da perdere quasi la caratterizzazione fondamentale in termini di arbitrato amministrato tanto che in dottrina si è arrivati a ritenere che *“il primo non è arbitrato amministrato, ma rimesso alla libertà ed autonomia delle parti, in applicazione delle norme del codice di procedura civile, con i due correttivi di cui si è detto e che non gli fanno assumere il carattere dell'arbitrato amministrato”*⁷⁴.

Il secondo modello, invece, riguardava le ipotesi in cui le parti non fossero accordate per la nomina del terzo arbitro; in questo caso, alla nomina avrebbe dovuto provvedere la Camera arbitrale, ad iniziativa della parte più diligente, scegliendolo nell'albo previsto dal regolamento di cui al d.p.r. 21 dicembre 1999 n. 554 ed al giudizio sarebbero stato integralmente regolamentato dalle norme di cui al decreto ministeriale dei lavori pubblici 2 dicembre 2000 n. 398 (art. 32, comma 2-ter, l. 109 del 1994, introdotto dall'art. 5, comma 16-sexies del d.l. 14 marzo 2005 n. 35)⁷⁵.

In sostanza, il secondo modello era quindi caratterizzato da quelle profonde deroghe all'istituto di diritto comune previste dal d.p.r. 21 dicembre 1999 n. 554

topografica della disposizione, anche per gli arbitrati nei quali il presidente veniva nominato su accordo delle parti..

⁷⁴ Follieri E., *Le modifiche apportate all'arbitrato negli appalti dei lavori pubblici dalla legge 80/2005*, op. cit., 261.

⁷⁵ In dottrina (Buonfrate A., *Arbitrato, accordo bonario e altri strumenti di risoluzione alternativa nelle controversie dei contratti pubblici relativi a lavori, forniture e servizi*, in Aa. Vv., *Codice degli arbitrati, delle conciliazioni e di altre ADR*, a cura di Buonfrate A. e Giovannucci Orlandi, Torino 2006, 255 ss.) si è osservato che a seguito della nuova formulazione dell'art. 32, il rinvio effettuato dall'art. 1, comma 1, del decreto ministeriale n. 398/2000, all'art. 32 comma 2 doveva intendersi riferito all'art. 32, comma 2-ter.

e dal decreto ministeriale 2 dicembre 2000 n. 398 (nomina del terzo arbitro da parte della Camera arbitrale; preclusioni alle modificazioni della domanda o dell'atto di resistenza; preregolazione rigida dello svolgimento del giudizio; ecc.) che hanno indotto la dottrina ad inquadrare pienamente l'istituto all'interno della categoria del cd. arbitrato amministrato.

Queste alternative procedurali non ricalcavano le regole stabilite dall'art. 12 del D. Lgs. 20 agosto 2002 n. 190 per l'arbitrato relativo alle grandi opere infrastrutturali della legge obiettivo. Infatti, quest'ultimo presentava parte delle caratteristiche dell'uno e parte dell'altro modello e alcune soluzioni proprie: il terzo arbitro doveva essere scelto dalle parti, ma tra una cerchia ben individuata di soggetti e cioè magistrati amministrativi e contabili, nonché tra gli avvocati dello Stato (soluzione propria) e, in caso di mancato accordo, Camera arbitrale, scegliendolo nell'albo previsto dal D.P.R. 21 dicembre 1999 n. 554 (secondo modello). Il collegio procedeva alla nomina del segretario di sua fiducia, senza che dovesse individuarlo tra il personale della Camera arbitrale (primo modello); il C.T.U. veniva scelto nell'apposito elenco tenuto dalla Camera arbitrale (secondo modello); i compensi spettanti agli arbitri non erano determinati con la tabella allegata al D.M. 2 dicembre 2000 n. 398, né in base alle tariffe professionali, ma con il regolamento previsto dall'art. 15 del D. Lgs. n. 190/2002 (soluzione propria); l'arbitrato era regolato, per il resto, dalle norme dell'arbitrato dettate dal codice di procedura civile (primo modello).

Se si guarda poi al cd. secondo modello (vero e proprio punto critico dell'intera architettura dell'istituto), il senso

più profondo dell'intera operazione balza immediatamente agli occhi e si evidenzia nel tentativo di superare i limiti normativi che avevano indotto il Consiglio di Stato, sez. IV, 17 ottobre 2003 n. 6335 ad annullare le previsioni del d.p.r. 554 del 1999 in materia di nomina del terzo arbitro ad opera della Camera arbitrale, *“stabilendo con legge formale che la scelta compete alla Camera arbitrale, sostituendo così la norma regolamentare di cui all'art. 150 del d.p.r. n. 554/1999, annullata dal Consiglio di Stato”*.

La norma legislativa non è però ovviamente inattaccabile ed è fortemente sospetta di incostituzionalità per le stesse ragioni poste a base dell'annullamento delle previsioni regolamentari da parte del Consiglio di Stato: *“se è la Costituzione che richiede la nomina del terzo arbitro ad opera di un soggetto terzo ed imparziale, nemmeno la legge statale ordinaria può rendere legittima la scelta del terzo arbitro da parte di un'autorità amministrativa. Ne consegue che soluzione legislativa è di sospetta costituzionalità⁷⁶”*.

Il nuovo assetto previsto dall'art. 5, comma 16-*sexies* della legge n. 80 del 2005 ha avuto, tuttavia, vita breve, in quanto è stato ormai superato da quello definito nel recente decreto legislativo n. 163 del 2006 (c.d. codice degli appalti), il quale, pur recependone in gran parte i contenuti, l'ha espressamente abrogato all'art. 256, primo comma ai sensi di quanto disposto dal successivo art. 257.

⁷⁶ Follieri E., *Le modifiche apportate all'arbitrato negli appalti dei lavori pubblici dalla legge 80/2005, op. cit.*, 262.

9. *La nuova disciplina dell'arbitrato negli appalti di opere pubbliche così come delineato dal codice dei contratti pubblici (D. Lgs. 12 aprile 2006 n. 163).*

A circa un anno di distanza dal decreto sulla competitività, il legislatore delegato decise di occuparsi nuovamente dell'arbitrato in materia di contratti pubblici in occasione del decreto legislativo n. 163 del 12 aprile 2006 recante “*Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE*” (di seguito anche c.c.p.) emanato in attuazione della delega contenuta nell'art. 25 della legge 18 aprile 2005, n. 62 (legge comunitaria 2004), dedicandovi gli articoli 241, 242 e 243 del codice, collocati nella parte IV relativa al contenzioso⁷⁷.

Il recepimento delle direttive ha costituito il *leitmotiv* per raccogliere in modo sistematico la normativa in un unico testo (fondato sullo schema di codice della cosiddetta commissione De Lise), in base alla volontà palesata dal legislatore nella legge delega, per coordinare le norme di attuazione delle direttive con le norme vigenti

⁷⁷ L'art. 4, comma 3, del c.c.p. include la disciplina del contenzioso tra quelle che non possono essere disciplinate diversamente dalle Regioni nel rispetto dell'art. 117, comma 2, della Costituzione. Tuttavia in dottrina (Giuffrida A., *Il contenzioso e l'arbitrato*, in Aa. Vv. *La disciplina delle opere pubbliche*, a cura di A. Crosetti, Rimini, 2007, 773 ss.) si è dubitato del possibile contrasto dell'art. 4, comma 3, del c.c.p. con l'art. 117, comma 2, Cost., in relazione a quella parte di disciplina del contenzioso contenuta nel codice che si occupa della risoluzione non giurisdizionale delle controversie, visto che tale disciplina non potrebbe essere ricondotta né alla materia dell'ordinamento civile, né a quella della giurisdizione e norme processuali.

Tesi di dottorato “*La disciplina arbitrale nei contratti pubblici*”
Dott. Giovanni Battista De Luca discussa presso l'Università Luiss
Guido Carli. Non riproducibile, in tutto o in parte, se non con il
consenso scritto dell'autore.

nelle medesime materie, apportando soltanto le modifiche indispensabili per assicurare semplificazione e coerenza al sistema⁷⁸.

Le disposizioni del codice degli appalti sono in vigore dal primo luglio 2006⁷⁹, ad eccezione di alcune norme come l'art. 240 in relazione all'accordo bonario per i servizi e le forniture, che, ai sensi dell'art. 257, secondo comma, lett. b) del d. lgs. 163 del 2006, ha efficacia a decorrere da un anno successivo all'entrata in vigore del codice.

Il d. lgs. n. 163 del 2006, all'art. 241, comma 15, con riguardo all'arbitrato in materia di opere pubbliche, ha definito un nuovo assetto dell'istituto, delineando un sistema a doppio binario, definito in dottrina⁸⁰ come “*un arbitrato bifronte, a un bivio tra liberalizzazione e*

⁷⁸ In argomento si veda Giovannelli G. E., Masi L., *Il codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, in *Urb. e app.*, 2006, p. 749; Clarich M., *Codice appalti: si apre il cantiere giuridico con costi diretti e indiretti per gli operatori*, in *Guida al dir.*, n. 25/2006, p. 10 ss.; Spinelli D., *Il testo De Lise 13 volte oltre l'Europa*, in *Ed. e terr.* del 6 dicembre 2006, il quale afferma che la disciplina dell'accordo bonario e dell'arbitrato dovrebbe ritenersi viziata da eccesso di delega.

⁷⁹ È da rilevare che, a norma dell'art. 253, primo comma, del d. lgs. n. 163 del 2006, le disposizioni del codice degli appalti “*si applicano ai contratti i cui bandi o avvisi con cui viene indetta la gara siano pubblicati successivamente alla sua entrata in vigore, e, nell'ipotesi di contratti senza pubblicazione di bandi o avvisi, ai contratti in cui, alla data di entrata in vigore del suddetto codice, non siano ancora stati inviati gli inviti a presentare le offerte*”. Si veda De Carolis D., *La tutela giurisdizionale nel codice dei contratti pubblici*, in *Urb. e app.*, 2006, p. 1130 ss.

⁸⁰ Le espressioni sono di La Torre A, *L'arbitrato in materia di lavori pubblici*, *op. cit.*, p. 111 ss., il quale critica il codice degli appalti in quanto vi ravvisa sottesa la prospettiva di voler sanzionare l'omesso accordo tra le parti sulla nomina del terzo arbitro con una procedura più rigida, di voler indurre le parti ad addivenire ad un accordo sulla designazione di quest'ultimo nella previsione premiale di una procedura da loro governata, creando così una diseguaglianza di trattamento all'interno della stessa materia e di aver finito con l'addossare più pesanti oneri alle finanze delle stazioni appaltanti (p.a.) spesso soccombenti in giudizio, considerato il maggior costo dell'arbitrato non amministrato, con conseguente danno per l'erario.

amministrazione, a seconda che le parti si accordino o meno sulla nomina del terzo arbitro, presidente del collegio arbitrale”.

Infatti, nel caso in cui manchi l'accordo per la designazione del terzo arbitro, ad iniziativa della parte più diligente, provvede la camera arbitrale, “[...] *sulla base di criteri oggettivi e predeterminati, scegliendolo nell'albo di cui all'art. 242*”, mentre quando l'accordo venga raggiunto trovano operatività le disposizioni del codice di procedura civile, salvo quanto sancito dallo stesso codice degli appalti.

Al fine di evitare il rischio di inutili ripetizioni, per quanto attiene all'analisi e al commento della disciplina sia dell'arbitrato amministrato dalla Camera arbitrale, sia dell'arbitrato *ad hoc*, si rinvia *infra* ai paragrafi del successivo capitolo.

CAPITOLO SECONDO

LA DISCIPLINA ARBITRALE NEL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

SEZIONE PRIMA

CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI E SUE SUCCESSIVE MODIFICHE

SOMMARIO: 1. Premessa. 2. Disciplina comunitaria. Il susseguirsi di direttive comunitarie in materia fino alla adozione della Direttiva ricorsi 2007/66/CE. 3. Il divieto di arbitrato nella legge finanziaria 2008. 4. La legge comunitaria del 2008 e la delega per la riforma dell'arbitrato in materia di contratti pubblici. 5. Segue. Attuazione della legge comunitaria 2008: il Decreto Legislativo n. 53 del 20 marzo 2010. 6. Segue. I profili di maggiore novità apportati in materia dal Decreto Legislativo n. 53 del 20 marzo 2010. 7. L'esclusione dell'arbitrato in materia di appalti pubblici dal D. Lgs. 104/2010 (cd. Codice del Processo Amministrativo).

1. Premessa

La tematica degli appalti pubblici è connotata da una certa complessità determinata sia dallo squilibrio

Tesi di dottorato "La disciplina arbitrale nei contratti pubblici"
Dott. Giovanni Battista De Luca discussa presso l'Università Luiss
Guido Carli. Non riproducibile, in tutto o in parte, se non con il
consenso scritto dell'autore.

soggettivo caratterizzante le parti contraenti sia dalla commistione tra diritto amministrativo e diritto civile come discipline applicabili l'uno, alla fase in cui l'Amministrazione esteriorizza il pubblico interesse che intende perseguire, tramite il bando, la selezione dei contraenti, l'aggiudicazione e l'approvazione del contratto, l'altro alla stipula ed esecuzione del contratto.

Premesso che, secondo l'articolo 1 della legge n. 241 del 7 agosto 1990 (così riformata dalla legge 15 febbraio 2005 n. 5), l'Amministrazione può agire secondo le norme di diritto privato quando non adotta atti di natura autoritativa, comunque, la sua azione è condizionata dal vincolo di scopo dell'interesse pubblico, di cui ne viene riconosciuta la compatibilità con l'utilizzo dello strumento privatistico, costituendo il limite generale dell'*agere* amministrativo.

Da un lato, quindi, si assiste all'applicazione dei principi del diritto privato, dall'altro, all'affermazione del diritto pubblico che condiziona la fase di formazione della volontà, integrazione dell'efficacia ed esecuzione del contratto.

Come noto, la materia degli appalti pubblici è stata notevolmente integrata dalla normativa comunitaria di avvicinamento delle legislazioni nazionali. Il divieto di discriminazioni effettuate sulla base della nazionalità, il divieto delle restrizioni alle importazioni, il diritto di stabilimento, la libera prestazione di servizi, il divieto di misure restrittive della concorrenza sono i principi rilevanti, riconducibili all'articolo 81 del Trattato istitutivo della Comunità Europea, che il diritto comunitario ha ritenuto applicabili alla normativa dei contratti pubblici

degli Stati membri, intervenendo in tutte le fasi e tutti gli aspetti delle procedure di aggiudicazione fino all'esecuzione dei contratti stessi.

In particolare, il rispetto delle libertà economiche fondamentali e i principi di parità di trattamento, non discriminazione, proporzionalità e trasparenza sono volti a realizzare l'incremento delle opportunità imprenditoriali e, nel contempo, l'aumento per la collettività dei benefici ottenuti in relazione ai costi sostenuti dalle pubbliche amministrazioni prodotto dall'introduzione di adeguate forme di semplificazione e modernizzazione delle procedure⁸¹.

E' stata, soprattutto, la spinta del diritto comunitario e del ruolo della giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia che hanno portato all'elaborazione del Codice dei Contratti pubblici relativo a lavori, servizi e forniture, adottato con il d.lgs. n. 163/2006, che ha recepito le direttive 17/2004 e 18/2004⁸².

⁸¹ Cassese S., *Corso di diritto amministrativo*, 3a ed., Milano, 2009.

⁸² Il codice, com'è noto, è stato emanato in attuazione della delega contenuta nella legge 18 aprile 2005, n. 62, recante "*disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee. Legge comunitaria 2004*". In particolare, l'art. 1, comma 1, di tale legge, aveva delegato il Governo ad adottare, entro diciotto mesi dall'entrata in vigore della legge, "*i decreti legislativi recanti le norme occorrenti per dare attuazione alle direttive comprese negli elenchi di cui agli allegati A e B*". Nell'allegato B figuravano, tra le altre, le direttive del Parlamento Europeo e del Consiglio 2004/17 e 2004/18 entrambe del 31 marzo 2004, relative al coordinamento, rispettivamente, delle "*procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali*" e delle "*procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi*". In relazione ai principi e criteri direttivi specifici concernenti la delega per l'attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, l'art. 25, comma 1, aveva stabilito che il Governo era delegato ad adottare "*uno o più decreti legislativi volti a definire un quadro normativo finalizzato al recepimento*" delle direttive 2004/17 e 2004/18, nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi: "*a) compilazione di un unico testo normativa recante le disposizioni legislative in materia di appalto disciplinate dalle due direttive coordinando anche le altre disposizioni in vigore nel rispetto*

Il d.lgs. n. 163/2006 contiene i principi vigenti sia per la fase dell'aggiudicazione del contratto all'operatore economico prescelto, che la fase dell'esecuzione del contratto stesso, nonché la disciplina dei mezzi di tutela degli interessati per entrambe le fasi.

2. Disciplina comunitaria. Il susseguirsi di direttive comunitarie in materia fino alla adozione della Direttiva ricorsi 2007/66/CE.

Uno dei profili principali che ha connotato la materia degli appalti è costituito dalla problematica dei ricorsi giurisdizionali potenzialmente volti ad assicurare la massima tutela ai vari soggetti portatori di un interesse giuridicamente protetto, la Pubblica Amministrazione, il privato contraente originario aggiudicatario dell'appalto, e

dei principi del Trattato istitutivo dell'Unione europea; b) semplificazione delle procedure di affidamento che non costituiscono diretta applicazione delle normative comunitarie, finalizzata a favorire il contenimento dei tempi e la massima flessibilità degli strumenti giuridici; c) conferimento all'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, in attuazione della normativa comunitaria, dei compiti di vigilanza nei settori oggetto della presente disciplina; l'Autorità, caratterizzata da indipendenza funzionale e autonomia organizzativa, si dota, nei modi previsti dal proprio ordinamento, di forme e metodi di organizzazione e di analisi dell'impatto della normazione per l'emanazione di atti di competenza e, in particolare, di atti amministrativi generali, di programmazione o pianificazione. I compiti di cui alla presente lettera sono svolti nell'ambito delle competenze istituzionali dell'Autorità, che vi provvede con le strutture umane e strumentali disponibili sulla base delle disposizioni normative vigenti e senza nuovi o maggiori oneri per il bilancio dello Stato; d) adeguare la normativa alla sentenza della Corte di giustizia delle Comunità europee del 7 ottobre 2004 nella causa C-247/02".

il concorrente che si definisce illegittimamente pretermesso.

La prima direttiva in materia, la 89/665/CE, è stata adottata allo scopo di aumentare le garanzie di trasparenza e di non discriminazione nell'aggiudicazione degli appalti pubblici nella Comunità Europea, dotando le imprese di un livello equivalente di garanzie giuridiche in materia di ricorsi in tutti gli Stati membri.

In particolare, la disciplina comunitaria ha posto l'attenzione all'adozione di meccanismi che possano assicurare, nel modo più efficiente possibile, il rispetto delle disposizioni comunitarie in materia di appalti, facendo in modo che i mezzi di ricorso siano rapidi ed efficaci in caso di violazioni delle norme comunitarie in materia di appalti pubblici; e ciò al fine di bilanciare la duplice esigenza di ovviare alle ingiustizie subite per le imprese non aggiudicatrici attraverso una rapida correzione di quest'ultime e l'esigenza dell'aggiudicatario illegittimo, come anche della amministrazione committente, a rendere certo e stabile il rapporto contrattuale.

Le direttive 89/665/CE e 92/13/CE (riferite rispettivamente ai settori ordinari e ai settori speciali degli appalti) ponevano obiettivi generali con l'auspicio che gli Stati membri adottassero le misure necessarie per garantire che le decisioni prese dagli enti aggiudicatori potessero essere oggetto di un ricorso efficace, e prevedevano che gli Stati membri non dovessero necessariamente esercitare effetti sospensivi automatici sulle procedure di aggiudicazione cui si riferiscono.

La Direttiva 2007/66/CE dell'11 dicembre 2007 che è intervenuta *funditus* prescrivendo puntuali rimedi procedurali in materia e modificando le citate direttive, era volta al miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti, comprendenti gli appalti pubblici, gli accordi quadro, le concessioni di lavori pubblici e i sistemi dinamici di acquisizione.

Tale direttiva ha voluto ovviare a due questioni di fondo riscontrate nella prassi: (i) la mancanza di ricorsi efficaci contro la pratica degli affidamenti diretti illegittimi di appalti pubblici e (ii) la stipula affrettata dei contratti di appalto da parte dei soggetti aggiudicatari tesa a privare gli operatori economici non aggiudicatari della possibilità di proporre ricorsi efficaci prima della conclusione del contratto.

La direttiva *de qua* ha indicato espressamente i principi essenziali che gli Stati membri dovevano osservare per impedire che gli atti assunti in violazione delle regole primarie sull'affidamento degli appalti pubblici raggiungessero comunque il loro effetto.

In particolare, la direttiva ha previsto l'obbligo per le stazioni appaltanti di rispettare un congruo termine dilatorio - sospensivo (c.d. *stand-still*), di almeno dieci o quindici giorni, fra l'aggiudicazione e la stipulazione del contratto.

Il termine decorreva dalla comunicazione dell'avviso di aggiudicazione a tutti i concorrenti che avessero partecipato alla procedura di evidenza pubblica e doveva contenere una relazione illustrativa dei motivi fondativi

della propria decisione. Nello stesso termine, l'interessato poteva proporre ricorso giurisdizionale (art. 2-*quater*).

In definitiva, si trattava dello stesso periodo di tempo che doveva trascorrere tra la comunicazione dell'aggiudicazione e la stipulazione del contratto; in questo modo, la direttiva si era posta a favore di una piena coincidenza tra il termine dilatorio e il termine per la proposizione del ricorso⁸³.

La *ratio* sottesa all'adozione dei citati meccanismi preferisce impedire che il contratto produca effetti, piuttosto che intervenire successivamente per eliminare gli effetti di un contratto già stipulato ed eseguito.

A corredo di tali disposizioni, la normativa prevede un articolato sistema di sanzioni, graduate in base alla gravità della violazione del diritto comunitario, in modo da assicurare sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive⁸⁴.

Il contratto è, altresì, da ritenersi privo di effetti quando la violazione dei termini sospensivi avesse privato

⁸³ In caso di effettiva proposizione del ricorso giurisdizionale, la direttiva prevedeva un periodo di sospensione automatica della stipula del contratto fino alla pronuncia giurisdizionale (cautelare o di merito a scelta degli Stati membri). La citata disposizione era chiaramente volta a tutelare la posizione del soggetto pretermesso in modo da permettere che l'eventuale pronuncia di annullamento degli atti di gara non arrivasse troppo tardi, ossia quando ormai il contratto avrebbe già avuto esecuzione.

⁸⁴ In particolare, la violazione delle suddette regole comportava, in specifiche ipotesi, riconosciute particolarmente gravi, l'obbligatoria privazione degli effetti del contratto eventualmente stipulato (art. 2-*quinqies*). In primo luogo, si ha privazione degli effetti se l'amministrazione aggiudicatrice ha aggiudicato un appalto senza previa pubblicazione del bando nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea senza che ciò sia consentito dalla direttiva 2004/18. La non pubblicità del bando riduce, infatti, i potenziali concorrenti influenzando negativamente sulla concorrenza. Secondo il considerando n. 14 della direttiva, "*la privazione degli effetti è il modo più sicuro per ripristinare la concorrenza e creare nuove opportunità commerciali per gli operatori economici che sono stati illegittimamente privati delle possibilità di competere*".

l'offerente che ha presentato ricorso della possibilità di avvalersi dei mezzi di ricorso prima della stipula del contratto; a ciò si aggiunge la violazione sostanziale di determinate disposizioni della direttiva 2004/18/CE se questa violazione ha influito sulle opportunità dell'offerente che ha presentato ricorso di ottenere l'appalto; infine, la privazione era prevista nel caso di un appalto basato su un accordo quadro o su un sistema dinamico di acquisizione, qualora venissero violate le prescrizioni sostanziali riguardanti i presupposti per l'utilizzo di tali moduli negoziali.

La direttiva non impedisce agli Stati membri di tipicizzare altre ipotesi di privazione degli effetti. Inoltre, essa lasciava agli Stati membri la facoltà di definire le conseguenze di un contratto privo di effetti.

Pertanto, il diritto nazionale poteva prevedere la soppressione con effetto retroattivo di tutti gli obblighi contrattuali (*ex tunc*) o viceversa limitare la portata della soppressione di quegli obblighi che rimangono da adempiere (*ex nunc*). In questo caso, gli Stati membri potrebbero prevedere l'applicazione di altre sanzioni.

Per le violazioni non gravi, invece, spettava al diritto nazionale determinare gli effetti dell'aggiudicazione sulla sorte del contratto, con espressa previsione di limitare la tutela al solo risarcimento del danno per equivalente, con conservazione del contratto sebbene preceduto da illegittima aggiudicazione.

La direttiva prevedeva, altresì, ipotesi facoltative di privazione degli effetti del contratto. Si trattava di violazioni formali per le quali la privazione degli effetti potrebbe risultare sproporzionata.

In questi casi gli Stati membri possono scegliere se prevedere la privazione di effetti o introdurre, in alternativa, altri adeguati meccanismi sanzionatori, diversi dal solo risarcimento del danno, purché proporzionati e dissuasivi che possono consistere o nell'irrogazione alla amministrazione aggiudicatrice di sanzioni pecuniarie, ovvero nella riduzione della durata del contratto.

La sanzione pecuniaria, come quella della riduzione della durata contrattuale, erano alternative alla privazione di effetti del contratto, ma presupponevano una decisione di annullamento dell'aggiudicazione ed erano compatibili con il risarcimento del danno.

Sotto il profilo processuale, la direttiva prevedeva che la privazione di effetti obbligatoria non dovesse essere automatica ma accertata con apposita decisione dell'organo di ricorso.

La direttiva contemplava, in maniera innovativa, la possibilità per gli Stati membri di stabilire che la domanda di risarcimento dei danni dovesse essere subordinata alla richiesta di annullamento dei provvedimenti illegittimi. Dunque, l'introduzione della pregiudizialità non sarebbe in contrasto con la direttiva ricorsi.

La *ratio* sottesa alla normativa è da valutare in un'ottica di dissuasione attuata mediante l'irrogazione diretta di sanzioni alla amministrazione committente in modo da assicurare una tutela di tipo obiettivo in una logica piuttosto sanzionatoria che risarcitoria che guarda più alla violazione del diritto comunitario che agli interessi dei concorrenti⁸⁵.

⁸⁵ Pelino S., *La nuova direttiva ricorsi e l'impatto con il sistema di giustizia nazionale*, in *Riv. trim. app.* 2008, p. 676 ss.

Tale affermazione risulta ancor più comprensibile se inserita nella logica generale della direttiva dove l'impianto mira piuttosto a tutelare l'interesse di ciascun operatore economico a partecipare alla gara pubblica in condizioni di parità che la Pubblica amministrazione la quale, semmai, si configura quale soggetto passivo, obbligato all'osservanza di regole volte all'efficienza e al buon andamento della propria azione⁸⁶.

In definitiva, possiamo notare come il legislatore comunitario ha lasciato agli Stati membri ampi margini di manovra in sede di recepimento, soprattutto in quelle decisioni peculiari dell'ordinamento giuridico nazionale, quali la pregiudiziale amministrativa, le conseguenze giuridiche del contratto, le sanzioni applicabili, ambiti nei quali è possibile cogliere una certa indeterminatezza nelle soluzioni definite.

3. Il divieto di arbitrato nella legge finanziaria 2008.

Dopo la codificazione del 2006 ci si auspicava che la tormentata disciplina dell'arbitrato in materia di lavori pubblici avrebbe goduto di un periodo di stabilità.

Infatti l'idea di dar vita ad un codice non può non essere accompagnata dall'idea di redigere un testo destinato a durare nel tempo.

Le vicende successive all'emanazione del codice dei contratti pubblici, tuttavia, hanno smentito questo tipo di

⁸⁶ Panagia A., *La sorte del contratto di appalto stipulato a valle di un'aggiudicazione illegittima*, in *I contratti*, 1/2010.

previsione confermando ancora una volta l'incapacità del legislatore a conferire all'istituto un assetto ragionevolmente definitivo.

A distanza di poco meno di due anni dall'entrata in vigore del codice dei contratti pubblici, infatti, in occasione della legge finanziaria 2008 (legge 24 dicembre 2007 n. 244), il legislatore, contraddicendo la scelta effettuata nel codice, decideva di sopprimere l'arbitrato come strumento di risoluzione delle controversie relative ai contratti pubblici di lavori, servizi e forniture stabilendone la decorrenza dal 30 settembre 2007 (dunque prima della entrata in vigore della legge stessa)⁸⁷.

Per quanto concerne la disciplina transitoria, infine, al comma 21 dell'articolo 3 si prevedeva che le amministrazioni aggiudicatrici e le società a prevalente

⁸⁷ In particolare, all'art. 3, comma 19, della legge 24 dicembre 2007, n. 244 (recante «disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato — legge finanziaria 2008»), era stabilito quanto segue: «è fatto divieto alle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, di inserire clausole compromissorie in tutti i loro contratti aventi ad oggetto lavori, forniture e servizi ovvero, relativamente ai medesimi contratti, di sottoscrivere compromessi. Le clausole compromissorie ovvero i compromessi comunque sottoscritti sono nulli e la loro sottoscrizione costituisce illecito disciplinare e determina responsabilità erariale per i responsabili dei relativi procedimenti». In forza del successivo comma 20, inoltre, le disposizioni di cui al comma 19 erano applicabili anche «alle società interamente possedute ovvero partecipate maggioritariamente dalle pubbliche amministrazioni di cui al medesimo comma, nonché agli enti pubblici economici ed alle società interamente possedute ovvero partecipate maggioritariamente da questi ultimi». Tale previsione è stata definita alquanto singolare da parte della dottrina in quanto impone una regola di condotta che «viene a collocarsi in un periodo addirittura anteriore all'entrata in vigore della finanziaria» cfr. B. Capponi, *La legge finanziaria per il 2008 e il divieto di arbitrato*, in *Rass. Forense*, 2008, 73 ss. e Abbamonte A., *Strumenti giudiziali di risoluzione delle controversie (art. 239-243)*, in *Aa. Vv., Commento al codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*, a cura di Sanino M., Torino 2008, 249 ss..

capitale pubblico maggioritario, non potevano che adire il giudice ordinario⁸⁸.

Inoltre veniva precisato che il divieto non operava retroattivamente, essendo fatti salvi gli arbitrati i cui collegi arbitrali fossero già costituiti alla data del 30 settembre 2007⁸⁹ (data ulteriormente prorogata dal decreto legge n. 248/2007 e ancora dalla legge n. 14/2009)⁹⁰.

L'art. 15, comma 1, del decreto legge 31 dicembre 2007, n. 248, oltre ad aver differito di circa un anno (al 30 giugno 2008) l'entrata in vigore del divieto di arbitrato, aveva stabilito che le controversie fossero devolute alle sezioni specializzate in materia di proprietà industriale e intellettuale del giudice ordinario di cui al decreto legislativo 27 giugno 2003, n. 168⁹¹.

⁸⁸ Si veda in argomento B. Capponi, *La legge finanziaria per il 2008 e il divieto di arbitrato*, op. cit.; Piselli P., *La soppressione dell'arbitrato e la modifica dell'accordo bonario: problemi interpretativi*, in *Riv. trim. app.*, 2008, 340; Di Tarsia di Belmonte R., *La soppressione dell'arbitrato e la modifica dell'accordo bonario: problemi interpretativi*, in *www.GiustAmm.it*, 1-2008. L'introduzione di tale disciplina era stata fortemente caldeggiata da una massiccia campagna stampa, tanto che le amministrazioni erano perfettamente informate della sua futura introduzione. Sul punto Capponi B., *La legge finanziaria per il 2008*, op. cit.; P. Piselli, *La soppressione dell'arbitrato*, op. cit., 337 ss.

⁸⁹ A tal riguardo Capponi B., *La legge finanziaria per il 2008*, op. cit., par. 3, che il divieto non opera, come sarebbe stato corretto, con riferimento alla data di notifica della domanda di arbitrato, bensì dal mero dato "casuale e comunque riferito ad una fase del procedimento successiva al suo inizio in senso tecnico" della costituzione del collegio.

⁹⁰ Il termine è stato ulteriormente rinviato fino al 30 giugno 2010 dalla legge 26 febbraio 2010, n. 25 che è intervenuta in sede di conversione modificando l'art. 5, comma 4, del decreto legge 30 dicembre 2009, n. 194 che in precedenza prevedeva come data di rinvio il 30 aprile 2010.

⁹¹ Questa soluzione è stata criticata dalla dottrina sotto vari profili. In primo luogo è stato osservato che la devoluzione al giudice ordinario di un numero consistente di controversie, spesso anche assai complesse, non farebbe altro che ulteriormente peggiorare la già gravissima situazione di inefficienza della giurisdizione civile (Giallongo N., *L'abrogazione dell'arbitrato dei contratti pubblici*, op. cit., 1121 ss.); in secondo luogo è stato criticato il fatto che delle sezioni specializzate in certe vertenze siano state chiamate a decidere

Per capire quali fossero state le ragioni alla base del radicale cambiamento di rotta, bisogna passare in rassegna la relazione illustrativa della legge finanziaria 2008; in particolare venivano posti alla base del divieto dell'istituto arbitrale una serie di motivazione, tra le quali (i) i costi elevati dei giudizi arbitrali rispetto al giudizio ordinario; (ii) la soccombenza della Pubblica Amministrazione nella stragrande maggioranza dei giudizi arbitrali e (iii) i lodo arbitrali impugnati venivano quasi sempre dichiarati nulli dalla Corte d'Appello⁹².

delle controversie su temi completamente diversi quale è la materia arbitrale (De Nictolis R., *La riforma del codice appalti*, op. cit., 270 ss.; Giallongo N., *L'abrogazione dell'arbitrato dei contratti pubblici*, op. cit., 1121 ss.; Travi A., *Arbitrati negli appalti pubblici: nuovi divieti e incertezze persistenti*, in *Corriere giur.* 2008, 451). Secondo altri il fatto che le controversie prima decidibili con l'arbitrato siano state attribuite a sezioni specializzate in materie che nulla hanno a che vedere con quelle per le quali l'arbitrato era ammesso troverebbe la sua spiegazione nel fatto che tali sezioni specializzate, in quanto meno gravate di carico di lavoro perché di recente istituzione, meglio di altre si prestano ad essere investite di una nuova materia (Scoca S.S., *L'arbitrato nei contratti pubblici e l'insondabile saggezza del legislatore*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2009, 1160 ss.).

⁹² Sul punto si segnala che è stata registrata alla Corte dei Conti in data 2 agosto 2012 (Registro n.9 foglio n.294), la direttiva 27 giugno 2012 n.24189 in materia di procedimenti arbitrali emanata dal Ministero delle Infrastrutture e dei trasporti ai sensi dell'articolo 4 del decreto legislativo 30 marzo 2001 n.165. In particolare, nella direttiva inviata ai Capi Dipartimento, al Presidente del Consiglio superiore dei lavori pubblici, ai Direttori generali, ai Provveditori interregionali alle Opere Pubbliche ed al Comandante generale del Corpo delle Capitanerie di porto, viene precisato che l'impiego dell'arbitrato per la risoluzione delle controversie nell'ambito dei contratti pubblici trova disciplina negli articoli 241 e seguenti del Codice dei contratti di cui al D. Lgs. N. 163/2006 e che l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture ha più volte precisato, nelle proprie relazioni annuali, come il ricorso all'arbitrato produca elevati costi dei giudizi arbitrali per compensi, pressoché totale soccombenza delle amministrazioni, elevata percentuale degli arbitrati conclusisi oltre il tempo ordinario, e in alcuni casi, con un accordo transattivo. Nella direttiva firmata dal Ministro Corrado Passera, vengono, poi, richiamate le relazioni dell'Autorità al Parlamento relative agli anni 2009 e 2010 in cui viene precisato che “*i giudizi arbitrali comportano costi elevati, anche in ragione delle alte percentuali di soccombenza rilevate*”.

La direttiva si conclude con l'invito a limitare al massimo la previsione della clausola compromissoria in considerazione della

Tesi di dottorato “*La disciplina arbitrale nei contratti pubblici*”
Dott. Giovanni Battista De Luca discussa presso l'Università Luiss
Guido Carli. Non riproducibile, in tutto o in parte, se non con il
consenso scritto dell'autore.

E' proprio l'idea legislativa del divieto di arbitrato che è stata oggetto di numerose critiche da parte della dottrina⁹³, la quale osservava che tale divieto andava ad incidere sulla disciplina del codice dei contratti pubblici, senza rispettare il principio sancito nell'articolo 255 secondo il quale “ogni intervento normativo incidente sul codice o sù materie dallo stesso disciplinate, va attuato mediante esplicita modi integrazione, deroga o sospensione delle specifiche disposizioni in e contenute”.

In conclusione, prevaleva l'idea che l'abolizione dell'arbitrato fosse un grave errore del legislatore e che i problemi all'origine della scelta effettuata nella finanziaria 2008, potevano essere risolti in ben altro modo⁹⁴.

specificità natura e delle caratteristiche dell'appalto e dell'opportunità, rispetto alla singola fattispecie, del ricorso alla giustizia arbitrale ma anche con la richiesta alle stazioni appaltanti di regolarsi nei termini descritti anche per le fattispecie regolate dalla normativa precedente al 2010, quando era prevista la facoltà di declinare la competenza arbitrale.

⁹³ Abbamonte A., *Strumenti giudiziali di risoluzione delle controversie* (art. 239-243), *op. cit.* 881 ss.; Capponi B., *La legge finanziaria per il 2008 e il divieto da arbitrato*, *op. cit.*, 73 ss.; Delfino B., *Falsi miti sugli arbitrati in tema di appalti di lavori pubblici e verità misconosciute sulle condotte delle stazioni appaltanti*, in *Arch. giur. opere pubbliche*, 2009, 743 ss.; De Nictolis R., *La riforma del codice appalti*, *op. cit.*, 270 ss.; Giallongo N., *L'abrogazione dell'arbitrato dei contratti pubblici*, *op. cit.*, 1121 ss.; Lamberti C., *L'accordo bonario nel codice degli appalti*, in *Urb e app.*, 2008, 425; Lombardini I., *Arbitrato delle opere pubbliche*, *op. cit.*, 166; Polinari J., *L'abolizione dell'arbitrato in materia di contratti pubblici – Riflessioni a margine di un rapporto controverso*, in *Appalti e contratti* 2008, fasc. 8-9, 45 ss.; Travi A., *Arbitrati negli appalti pubblici: nuovi divieti e incertezze persistenti*, *op. cit.*, 449 ss.

⁹⁴ In questa direzione, ad esempio, si suggeriva di introdurre meccanismi in grado di far amministrare dalla Camera tutti gli arbitrati, di vincolare le parti a scegliere il presidente all'interno dell'elenco redatto dalla Camera arbitrale, di riservare la nomina del consulente tecnico alla Camera arbitrale, e di rimettere alla stessa, in ogni caso, la determinazione degli onorari degli arbitri (Giallongo N., *L'abrogazione dell'arbitrato dei contratti pubblici*, *op. cit.*, 1121 ss.; Piselli P., *La soppressione dell'arbitrato e la modifica dell'accordo bonario: problemi interpretativi*, in *Riv. trim. app.*, 2008, 358).

4. *La legge comunitaria del 2008 e la delega per la riforma dell'arbitrato in materia di contratti pubblici.*

In occasione della legge 7 luglio 2009, n. 88, recante “Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee - Legge comunitaria 2008” (cd. legge comunitaria 2008) il legislatore ha mostrato di essersi convinto che la strada da seguire per risolvere i problemi legati all'arbitrato in materia di contratti pubblici non era quella della sua soppressione, ma quella di un intervento di riforma della relativa disciplina.

L'art. 44, comma 1, della legge comunitaria 2008 delegava il Governo ad adottare “*uno o più decreti legislativi volti a recepire la direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2007⁹⁵, che modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE del Consiglio per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici*”.

Lo stesso articolo 44 al terzo comma stabiliva che i decreti legislativi di cui al primo comma dovevano essere

⁹⁵ Per un'approfondita disamina di tale direttiva cfr. Bartolini A. e Fantini S., *La nuova direttiva ricorsi*, in *Urb. e app.*, 2008, 1093 ss.; Greco G., *La direttiva 2007/66/CE: illegittimità comunitaria, sorte del contratto ed effetti collaterali indotti*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2008, 1029 ss.; Lipari M., *Annulamento dell'aggiudicazione ed effetti del contratto: la parola al diritto comunitario*, in *www.giustamm.it*, n. 4-2008; Satta F., *Annulamento dell'aggiudicazione: la fine di un problema*, *Giust. Amm.*, n. 11-2008; Ardanese C., *La direttiva «ricorsi» 2007/66/CE. Rilevanza sul regime giuridico del contratto*, in *Giust. Amm.*, n. 11-2008; Santoro P., *La nuova Direttiva ricorsi 2007/66 Ce e l'impatto con il sistema di giustizia nazionale*, in *Riv. trim. app.*, 2008, 676 ss.; Contaldi La Grotteria C., *La direttiva ricorsi tutela il ricorrente con il decreto cautelare*, in *Dir. e pratica amm. - Il Sole 24 Ore*, n. 7/8, 2008.

adottati nel rispetto “*dei principi e criteri direttivi generali di cui all'articolo 2*”, nonché “*dei principi e criteri direttivi, specifici*” indicati nelle successive lettere a) - m).

Con particolare riferimento all'arbitrato, alla lettera m) veniva previsto il seguente principio e criterio direttivo: “*dettare disposizioni razionalizzatrici dell'arbitrato, secondo i seguenti criteri: 1) incentivare l'accordo bonario; 2) prevedere l'arbitrato come ordinario rimedio alternativo al giudizio civile; 3) prevedere che le stazioni appaltanti indichino fin dal bando o avviso di indizione della gara se il contratto conterrà o meno la clausola arbitrale, proibendo contestualmente il ricorso al negozio compromissorio successivamente alla stipula del contratto; 4) contenere i costi del giudizio arbitrale; 5) prevedere misure acceleratorie del giudizio di impugnazione del lodo arbitrale*⁹⁶”.

La legge comunitaria 2008, pertanto, si era schierata apertamente per l'arbitrato, infatti, prevedendolo come ordinario rimedio alternativo al giudizio civile, e della cui disciplina ha imposto al legislatore delegato la razionalizzazione.

La razionalizzazione della disciplina concernente l'arbitrato appariva necessaria, ove si consideri che essa risultava frastagliata in numerose ed eterogenee fonti normative (codice di procedura civile, codice dei contratti pubblici, leggi finanziarie più volte modificate e variamente derogate, regolamenti ministeriali, regolamenti

⁹⁶ In merito alla legge comunitaria 2008 si veda Odorisio E., *La legge delega per la riforma dell'arbitrato in materia di contratti pubblici*, in *Riv. dir. proc.* 2009, 1615 ss.; Scoca S.S., *L'arbitrato nei contratti pubblici e l'insondabile saggezza del legislatore*, *op. cit.*, 1160 ss.

camerali, principi giurisprudenziali), spesso prive di coordinamento e sovente non chiaramente intelligibili⁹⁷.

Sembrava così che il legislatore della legge comunitaria avesse finalmente preso atto del fatto che un istituto giuridico dovesse essere disciplinato mediante una normazione razionale, comprensibile, di facile accessibilità, e non dispersa in una miriade di fonti eterogenee⁹⁸: il che era tanto più necessario trattandosi di un istituto suscettibile di aver fortissime ricadute su un mercato importante per l'economia interna e comunitaria.

L'art. 44 della legge comunitaria, come si è visto, includeva tra i criteri di delega che l'arbitrato debba essere

⁹⁷ Il fatto che la disciplina dell'arbitrato, come di molti altri istituti, sia integrata da un pluralità di fonti di carattere eterogeneo, appare collegato alla crisi del principio di legalità, per cui più soggetti, anche quelli che in base ai principi costituzionali non potrebbero legiferare, hanno ormai acquisito, e comunque esercitano, un potere normativo, che nella pratica viene percepito come idoneo a modificare discipline legislative. Si pensi a titolo di esempio alle sentenze additive (o interpretative) della Corte Costituzionale. Sul principio di legalità per tutti Fois S., *Legalità (principio di)*, in *Enc. dir.*, vol. XXIII, Milano, 1973, 659 ss.; Guastini R., *Legalità (principio di)*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. IX, Torino, 1994, 84 ss.; Rescigno G. U., *Sul principio di legalità*, in *Dir. pubbl.* 1995, 247 ss.; Sorrentino F., *Legalità e delegificazione, in Amministrazione e legalità. Fonti normative e ordinamenti* (Atti del Convegno di Macerata, 21 e 22 maggio 1999), Milano, 2000, 3 ss.; Romano A., *Amministrazione, principio di legalità e ordinamenti giuridici*, in *Dir. amm.*, 1999, 111 ss.; la verifica del principio in relazione all'attività di diritto privato dell'amministrazione, Marzuoli C., *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano 1982. Per un rilievo circa la difficoltà di comprendere il principio di legalità Nigro M., *L'azione dei pubblici poteri. Lineamenti generali*, in *Scritti giuridici*, vol. III, Milano, 1996, 1587 ss., spec. 1618; Travi A., *Giurisprudenza amministrativa e principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 1995, 91 ss., spec. 95. Per una esposizione critica e una verifica della crisi del principio di legalità Cassese S., *Alla ricerca del sacro Graal. A proposito della rivista Diritto Pubblico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1995, 789 ss.; Pinelli C., *Modernizzazione amministrativa, principio di legalità, interpretazione costituzionale*, in *Dir. pubbl.*, 2001, 83 ss.; Scoca F. G., *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, *Aggiornamento VI*, Milano, 2002, 775 ss.

⁹⁸ Sul punto si veda l'importante parere del Consiglio di Stato, Sez. cons. atti normativi, 21 maggio 2007, n. 3830/06, laddove indica i criteri della *better regulation*.

previsto “*come ordinario rimedio alternativo al giudizio civile*”.

Occorre verificare quale sia l'incidenza di tale disposizione, in particolare se possa a essa riconoscersi un'efficacia abrogativa immediata del divieto di arbitrato recato dalla legge finanziaria.

Ed è, questo, un problema di ardua soluzione, trattandosi di verificare se la legge di delega abbia un contenuto immediatamente precettivo per la collettività e vincolante *erga omnes*, ovvero se essa espliciti effetti cogenti, quanti ai criteri e ai principi posti, nei confronti del legislatore delegato⁹⁹.

Dato incontestabile è che la legge di delega è una legge in senso formale¹⁰⁰, differenziandosi dalle leggi ordinarie per il contenuto, che in base all'articolo 76 della Costituzione dovrebbe consistere nella indicazione dei principi e criteri direttivi cui il legislatore delegato è chiamato ad attenersi.

Nel caso in cui la legge di delega abbia un contenuto più ampio di quello del decreto delegato, la dottrina ritiene

⁹⁹ La letteratura sulla legge di delega è sterminata, ma la questione qui prospettata sembra rimanere in ombra. In argomento, fondamentali appaiono i contributi di Giannini M. S., nota di commento a Corte Cost. 5 maggio 1959, n. 24, in *Giur. cost.*, 1959, 340 ss.; Paladin L., *Presunzione di preminenza di legge delegante sulla legge delegata*, *ivi*, 1960, 579 ss.; Id., *La formazione delle leggi (Art. 76-77)*, in Branca G. (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, t. II, Bologna-Roma, 1980, 1 ss., spec. 16 ss.; Lavagna C., *Istituzioni di diritto pubblico*, vol. I, Torino, 1970, 340-341 e 347; Cervati A., *Legge delega e delegata*, in *Enc. dir.*, vol. XXIII, Milano, 1973, 939 ss., spec. 947; Cerri A., *Delega Legislativa*, in *Enc. giur.*, vol. X, Roma, 1988; Rescigno G.U., *Corso di diritto pubblico*, Bologna, 2004, 247.

¹⁰⁰ Si veda, per l'assetto costituzionale previgente, Tosato E., *Le leggi di delegazione*, Padova, 1931, spec. 85 ss., e, per quello attuale, Lavagna C., *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., 341.

la prevalenza del primo atto sul secondo¹⁰¹; dal che si inferisce che la legge di delega, che di per sé dovrebbe essere legge di principi, può recare essa stessa una disciplina precettiva e vincolante *erga omnes*.

Si sostiene per vero che la legge di delega abbia come unico destinatario il Governo, cui essa delega l'esercizio della potestà legislativa, e che essa sia priva di efficacia precettiva *erga omnes* proprio perché si rivolge solo al Governo.

5. *Attuazione della legge comunitaria 2008: il Decreto Legislativo n. 53 del 20 marzo 2010.*

Il 20 marzo 2010 è stato approvato in via definitiva dal Consiglio dei Ministri il decreto legislativo n. 53 del 2010, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 84 del 12 aprile 2010, che ha apportato notevoli cambiamenti alla complessa materia degli appalti¹⁰².

Il decreto è stato emanato in attuazione dell'art. 44 della legge 7 luglio 2009, n. 88 che ha conferito la delega al Governo per l'attuazione della direttiva 2007/66, concernente il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici, entro il termine di recepimento inizialmente previsto per il 20 dicembre 2009 (poi prorogato di novanta giorni per effetto della sottoposizione

¹⁰¹ Sul punto per tutti Paladin L., *Presunzione di preminenza di legge delegante sulla legge delegata*, cit., 579 ss.; Id., *La formazione delle leggi (Art. 76-77)*, cit.

¹⁰² A tal riguardo si noti che la disciplina antecedente alle modifiche apportate dal D. Lgs. n. 53/2010 si continua ad applicare ai collegi arbitrali già costituiti alla data di entrata del citato D. Lgs. n. 53/2010.

dello schema di decreto al parere delle commissioni parlamentari).

Il legislatore delegato ha preferito non collocare il recepimento della direttiva nell'ambito della riforma del processo amministrativo all'epoca *in itinere*, optando invece per l'introduzione di profonde modifiche ed integrazioni del Codice dei Contratti pubblici.

Il decreto delegato ha adottato una soluzione unificata per tutte le procedure di ricorso in materia di contratti pubblici estendendo così l'ambito di applicazione delle disposizioni comunitarie senza alcuna distinzione in base al valore dell'appalto ovvero all'appartenenza del contratto ai settori speciali¹⁰³.

In particolare il legislatore ha inteso, tra l'altro, regolare gli istituti di composizione amichevole (accordo bonario) od onoraria (arbitrato) delle contestazioni contrattuali, cercando di armonizzarne la disciplina allo spirito ed alla lettera delle disposizioni della direttiva comunitaria.

Infatti il legislatore delegato è intervenuto con disposizioni razionalizzatrici dell'arbitrato (art. 5, D. Lgs. 20 marzo 2010, n. 53) mediante modificazioni all'articolo 241 e all'articolo 243 del decreto legislativo n. 163/2006 con le quali ha tentato di adeguare ai criteri della legge di delega la disciplina dell'arbitrato, al fine di favorirne l'applicazione, contenerne i costi ed accelerarne il giudizio di impugnazione del lodo, prevedendone la possibilità del ricorso per le controversie su diritti soggettivi, derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici relativi a lavori,

¹⁰³L'applicazione del diritto comunitario da parte delle amministrazioni nazionali si arrestava ad una soglia minima, in relazione all'importo economico del contratto, fissata nella direttiva 18/2004.

servizi, forniture, concorsi di progettazione e di idee, comprese quelle conseguenti al mancato raggiungimento dell'accordo bonario previsto dall'art. 240 c.c.p.

Di seguito, si cercherà di individuare la portata delle principali novità apportate nel nostro ordinamento dal legislatore delegato a seguito del recepimento della direttiva, per poi passare all'analisi della disciplina del procedimento arbitrale in materia di appalti pubblici anche alla luce delle recenti modifiche normative.

6. *Segue. I profili di maggiore novità apportati in materia dal Decreto Legislativo n. 53 del 20 marzo 2010.*

Di seguito, si riassumono sinteticamente i profili di maggiore novità apportati dalla nuova disciplina introdotta dal Decreto Legislativo n. 53 del 20 marzo 2010.

(i) **Termine dilatorio - sospensivo per la stipulazione del contratto.** In primo luogo è stato esteso a trentacinque giorni (in precedenza trenta giorni¹⁰⁴) il termine dilatorio per la stipulazione del contratto (cd. periodo di "stand-still"), decorrente dall'invio dell'ultima delle

¹⁰⁴ Il Codice dei contratti pubblici già prevedeva all'art. 11, comma 10 un termine dilatorio di trenta giorni, decorrente dalla comunicazione dell'aggiudicazione, prima della stipulazione del contratto da parte della stazione appaltante il cui termine era fissato in sessanta giorni. Secondo il comma 10-bis dell'articolo 11 del Codice dei Contratti pubblici, il termine dilatorio non si applica nei casi in cui, a seguito della pubblicazione del bando è stata presentata o ammessa una sola offerta e non sono state tempestivamente proposte impugnazioni del bando o se le impugnazioni risultano già respinte con decisione definitiva (lett. a); infine (lett. b) "nel caso di appalto basato su un accordo quadro di cui all'art. 59 e in caso di appalti specifici basati su un sistema dinamico di acquisizione di cui all'art. 60 e nel caso di acquisto effettuato attraverso il mercato elettronico della pubblica amministrazione di cui all'articolo 328 del regolamento" (Comma modificato dall'articolo 11, comma 1, del D.L. 7 maggio 2012, n. 52).

comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione definitiva ai controinteressati *ex art. 79 del Codice*¹⁰⁵.

Incerto, al riguardo, si considerava il *dies a quo* da cui far decorrere il termine dilatorio: e cioè se il termine di riferimento fosse la comunicazione dell'aggiudicazione provvisoria o di quella definitiva.

La direttiva imponeva, tra l'altro, che il termine dilatorio per la stipulazione del contratto fosse coordinato con quello di proposizione del ricorso giurisdizionale. Infatti, il decreto legislativo, adeguandosi a tale prescrizione, con la sostituzione dell'intero comma 10 dell'articolo 11, ha individuato il primo in trentacinque giorni dall'invio dell'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione definitiva, mentre il termine massimo per impugnare l'aggiudicazione è di trenta giorni, chiarendo così che l'aggiudicazione di riferimento per la decorrenza dei termini è da intendersi quella definitiva.

(ii) **Avviso volontario per la trasparenza preventiva.** In secondo luogo è stato introdotto *ex novo* l'art. 79-bis in tema di "Avviso volontario per la trasparenza preventiva", inteso a conferire pubblicità agli affidamenti intervenuti in difetto di pubblicazione di un bando di gara. Tale norma afferma una deroga esplicita all'inefficacia obbligatoria del contratto; si collega, infatti, ad una delle ipotesi in cui

¹⁰⁵ Nella prassi, però, tale disposizione è stata spesso non rispettata dagli enti ed il mancato rispetto non è stato sostanzialmente "punito" dal giudice amministrativo, essendo la predetta disposizione priva di sanzione. Ebbene, la predetta lacuna è stata eliminata dall'art. 1 del d.lgs. 53/2010, che ha sostituito il comma 10 dell'art. 11 del Codice dei contratti pubblici, disponendo che il contratto non può comunque essere stipulato prima di trentacinque giorni dall'invio dell'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione definitiva ai sensi dell'art. 79 del codice stesso.

non si applica l'inefficacia del contratto nei casi di gravi violazioni previsti dalla direttiva.

L'avviso volontario, pertanto, deve contenere la denominazione e il recapito della stazione appaltante; la descrizione dell'oggetto del contratto; la motivazione della stazione appaltante di affidare il contratto senza la previa pubblicazione di un bando di gara nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea o nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana, rispettivamente per i contratti di rilevanza comunitaria e per quelli sottosoglia; la denominazione e il recapito dell'operatore economico a favore del quale è avvenuta l'aggiudicazione definitiva e se del caso, qualunque altra informazione ritenuta utile dalla stazione appaltante.

(iii) Misure di incentivazione dell'accordo bonario¹⁰⁶. Il legislatore è intervenuto in ambiti che non sono di recepimento della direttiva ma che sono volti a favorire la risoluzione accelerata e non giurisdizionale del contenzioso, specie di quello insorto in fase di esecuzione del contratto. E' stato così modificato l'articolo 240 del Codice in materia di accordo bonario, che disciplina, per la soluzione amichevole delle controversie relative a diritti

¹⁰⁶ Dal testo dell'articolo 240 c.c.p., così come modificato dall'art. 4 del D. Lgs. 20 marzo 2010, n. 53, si può rilevare che l'istituto dell'accordo bonario è rimasto sostanzialmente invariato non essendo mutati: (i) i contratti ai quali esso si applica (lavori pubblici di cui alla parte seconda del d.lgs. n. 163/2006; contratti pubblici relativi a servizi ed a forniture nei settori ordinari, nonché contratti di lavori, servizi, forniture nei settori speciali per contestazioni di importo economico non inferiore al dieci per cento dell'importo originariamente stipulato); (ii) l'oggetto (riserve sui documenti contabili di importo non inferiore al 10% dell'importo contrattuale); (iii) i procedimenti ivi disciplinati; (iv) nonché i titolari degli uffici e gli organi ai quali sono affidate le attività inerenti alle procedure da svolgere per il tentativo del raggiungimento dell'accordo bonario.

soggettivi derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici, un apposito procedimento finalizzato al raggiungimento di un accordo bonario – come definito da alcuni - avente natura ed effetti di transazione¹⁰⁷.

In particolare, tale meccanismo opera quando, nel corso dell'esecuzione di contratti, l'importo economico dell'opera, a seguito dell'iscrizione delle riserve, possa variare in misura sostanziale e comunque non inferiore al dieci per cento dell'importo contrattuale.

Per quanto riguarda il termine per la formulazione della proposta di accordo bonario, il decreto legislativo ha modificato il momento dal quale inizia a decorrere il termine di novanta giorni entro il quale la commissione deve formulare la proposta motivata di accordo bonario. Tale termine, ai sensi del novellato art. 240, comma 5, c.c.p. decorre dalla “*costituzione della commissione*” e non più, come previsto nella previgente formulazione di tale disposizione, dalla “*apposizione dell'ultima delle riserve*”. Alla predetta commissione è attribuito il compito di formulare una proposta motivata di accordo che dovrà essere sottoposta alla libera valutazione delle parti.

Con riferimento alla figura del Presidente della commissione, a differenza del passato in cui l'art. 240 c.c.p. non conteneva alcuna indicazione circa i soggetti che potevano aspirare a tale nomina, è stato introdotto il comma 9 - *bis* secondo cui “*il terzo componente della commissione assume le funzioni di presidente della commissione ed è nominato, in ogni caso, tra i magistrati amministrativi o contabili, tra gli avvocati dello Stato o i*

¹⁰⁷ Barbieri E. M., *L'accordo bonario su decisione vincolante della commissione in materia di appalti pubblici di lavori, servizi e forniture*, in *Riv. trim. app.*, 2008, p. 5 ss.

componenti del Consiglio superiore dei lavori pubblici, tra i dirigenti di prima fascia delle amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, che abbiano svolto le funzioni dirigenziali per almeno cinque anni, ovvero tra avvocati e tecnici in possesso del diploma di laurea in ingegneria ed architettura, iscritti ai rispettivi ordini professionali in possesso dei requisiti richiesti dall'articolo 241, comma 5, per la nomina a presidente del collegio arbitrale”.

Il decreto è intervenuto, altresì, nella misura dei compensi da riconoscere ai membri della commissione, mediante la modifica del comma 10 al fine di ridurre l'ammontare dei compensi dalla misura precedente del 50% alla misura di un terzo dei corrispettivi minimi dalla tariffa allegata al D.M. 2 dicembre 2000, n. 398¹⁰⁸. L'ultima novità in tema di accordo bonario é quella consistente nella nuova formulazione dell'art. 240, comma 16, c.c.p.; infatti, mentre la precedente versione di tale disposizione stabiliva che “*decorsi i termini di cui al comma 12 e 13*” poteva “*farsi luogo ad arbitrato*”, l'attuale formulazione del comma 16 prevede che possono essere aditi gli arbitri o il giudice ordinario in caso di fallimento del tentativo di accordo bonario, risultante dal rifiuto espresso della proposta ad opera delle parti interessate, nonché in caso di inutile decorso dei termini stabiliti per la pronuncia delle stesse sulla proposta di accordo.

Attualmente, dunque, condizione di procedibilità dell'azione arbitrale o ordinaria è costituita unicamente

¹⁰⁸ In questo modo, il minor costo per l'amministrazione potrebbe costituire un incentivo ad usare più facilmente l'istituto arbitrale.

dall'avvenuto esperimento delle descritte fasi del procedimento di accordo bonario, ovvero dall'infruttuoso decorso del termine dato per l'adozione delle determinazioni finali sulle riserve apposte¹⁰⁹.

(iv) **Disposizioni razionalizzatrici dell'arbitrato.** Inoltre il legislatore delegato, in ossequio al criterio direttivo dedicato all'arbitrato (“*prevedere l'arbitrato come ordinario rimedio alternativo*”) ha operato una razionalizzazione dell'istituto dell'arbitrato. In primo luogo, ha ribadito l'ammissibilità dell'arbitrato facoltativo abrogando le precedenti disposizioni della legge finanziaria 2008 che ne avevano sancito il divieto (art. 3, commi 19, 20 e 21 della legge 24 dicembre 2007, n. 244).

Il decreto è intervenuto per migliorare l'istituto dell'arbitrato modificando l'articolo 241 c.c.p. E' stato inserito il comma 1-*bis* con l'intento di rendere più chiaro l'iter riguardante la decisione di sottoporre o meno la controversia al giudizio arbitrale. La stazione appaltante, infatti, è tenuta ad indicare nel bando o nell'avviso che

¹⁰⁹ Sul punto si veda Cass., 2 luglio 2007, n. 14971, in *Urb. e app.*, 2007, p. 1108, nonché lodo arbitrale Roma, 8 febbraio 2010, n. 17, in *Ardi. giur. oo.pp.*, 2010, 822. In dottrina, De Nictolis R., Garofoli R., Lipari M., *L'accordo bonario compositivo delle controversie in tema di riserve*, in Caringella F. (a cura di) *La nuova legge quadro sui lavori pubblici*, Milano, 1999, p. 970. L'infruttuosa scadenza del termine dato alla stazione appaltante per l'adozione delle sue determinazioni non sembra che la privi della potestà di pronunciarsi sulle stesse. Ove ciò avvenga dopo che il giudizio arbitrale od ordinano sia già stato instaurato, lo stesso ben potrà continuare, qualora o per le parti in cui detta pronuncia non comporti cessazione della materia del contendere. Resta ovviamente ferma la facoltà dell'appaltatore di agire anche contro la determinazione espressa della stazione appaltante, nel qual caso il nuovo giudizio dovrebbe essere riunito al precedente. V. lodo arbitrale Roma, 14 ottobre 2002, n. 38, in *Arrh. giur. oo.pp.*, 2003, p. 948. Secondo Cass., 7 marzo 2007, n. 5274, *ibidem*, 2007, 261, l'anticipato esperimento dell'azione arbitrale non preclude lo svolgimento del relativo giudizio e la pronuncia del lodo, una volta che, pur dopo la notifica della domanda di arbitrato, sia decorso il termine entro il quale la stazione appaltante è tenuta a formulare la propria proposta di accordo bonario. Sulla conformità alla Costituzione e, in particolare, al suo art. 24 di tale sistema, v. Cass., 2 luglio 2007, n. 14971, in *Urb. e app.*, 2007, p. 1108.

indice la gara o nell'invito, per le procedure senza bando, se il contratto conterrà o meno la clausola compromissoria¹¹⁰.

Peraltro, non potendo la procedura arbitrale essere imposta unilateralmente, l'aggiudicatario, ovviamente, può ricusare tale clausola per non inserirla nel contratto mediante comunicazione all'amministrazione committente entro il termine breve di venti giorni dalla conoscenza dell'aggiudicazione.

Il predetto comma 1-*bis* stabilisce, inoltre, che è vietato il compromesso. E' vietato, pertanto, accordarsi per il deferimento in arbitrato della lite dopo che la lite stessa è insorta¹¹¹.

Da tale contesto, l'unico elemento che risulta conforme al criterio volto a favorire il ricorso all'arbitrato come ordinario rimedio alternativo al giudizio civile, è dato dalla rimozione del divieto del ricorso all'arbitrato.

Il decreto legislativo in commento ha introdotto due novità concernenti gli arbitri. Al comma 5, si definiscono in modo più rigoroso i requisiti soggettivi del presidente del collegio arbitrale; infatti è precisato che il presidente deve essere persona dotata di particolare esperienza nel settore oggetto dell'arbitrato, ma, per di più, deve essere un soggetto indipendente. In particolare non può essere presidente del collegio arbitrale la persona che nell'ultimo triennio abbia esercitato le funzioni di arbitro di parte o di

¹¹⁰ Vedi *infra* Sez. II par. 2.

¹¹¹ Si tratta di una disposizione normativa strana e di difficile coordinamento con la rimanente parte del Codice dei contratti pubblici, soprattutto se si tiene conto dell'articolo 239 del codice stesso, che consente, entro certi limiti, la transazione, e del successivo articolo 240, che disciplina il tentativo di accordo bonario e prevede che l'accordo bonario raggiunto è, nei fatti, una transazione.

difensore in giudizi arbitrali disciplinati dall'articolo 241 (*i.e.* giudizi su diritti soggettivi derivanti dall'esecuzione di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture), a meno che non si tratti di avvocati dipendenti di un ente pubblico¹¹².

In definitiva presidente del collegio arbitrale può essere, tra l'altro, un magistrato amministrativo, un avvocato dello Stato o di qualsiasi altro ente pubblico, un avvocato del libero foro esperto in materia di contratti pubblici, che nell'ultimo triennio non sia stato arbitro di parte o difensore in arbitrati in materia di contratti pubblici.

Si osservi, poi, che la nomina del presidente effettuata in contrasto con i divieti di cui al comma 5 dell'art. 241 è sanzionata con la nullità del lodo *ex art.* 829, comma 1, n. 3, c.p.c.

Per quanto riguarda, l'art. 241, comma 6, c.c.p., invece, è stata aggiunta la precisazione che non possono essere nominati arbitri e possono essere ricusati *ex art.* 815 c.p.c. coloro che hanno espresso un giudizio o parere sull'oggetto della controversia “*anche ai sensi dell'articolo 240*”, ovvero in sede di procedura di accordo bonario.

In terzo luogo, il decreto legislativo è intervenuto anche sulla disciplina del lodo.

Una prima novità riguarda l'art. 241, comma 9 c.c.p.¹¹³, in cui il legislatore, introducendo delle deroghe alla disciplina dell'arbitrato prevista dal codice di procedura

¹¹² Da tale disposizione si desume, quindi, *a contrariis*, che la persona che nell'ultimo triennio abbia svolto funzioni di difensore in materia di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture dinanzi al giudice ordinario può essere nominato presidente del collegio arbitrale.

¹¹³ Tale norma prima della riforma, invece, stabiliva che il lodo si aveva “*per pronunziato con il suo deposito presso la Camera arbitrale per i contratti pubblici*”.

civile, ha stabilito che “*il lodo si ha per pronunciato con la sua ultima sottoscrizione e diviene efficace con il suo deposito presso la Camera arbitrale per i contratti pubblici*”, divergendo, in questo modo dall’art. 824-bis c.p.c. il quale, invece, prevede che il lodo acquista efficacia di sentenza a far data dalla sua ultima sottoscrizione¹¹⁴.

Un'altra novità è la sostanziale riproduzione alla fine del comma 9 della disposizione in precedenza contenuta nel comma 11, il quale è stato, per tale ragione, abrogato. In tal senso, infatti, l'ultima parte dell'art. 241, comma 9, c.c.p. dispone che “*entro quindici giorni dalla pronuncia del lodo va corrisposta, a cura degli arbitri e a carico delle parti una somma pari all'uno per mille del valore della relativa controversia. Detto importo è direttamente versato all'Autorità*¹¹⁵”.

In quarto luogo, il legislatore delegato nell’ottica della riduzione dei costi dell’arbitrato, ha posto un tetto massimo al compenso degli arbitri: infatti, qualunque sia il valore della controversia, il compenso per il collegio arbitrale, comprensivo dell’eventuale compenso per il segretario, non può comunque superare l’importo di Euro 100.000,00 “*da rivalutarsi ogni tre anni con decreto del Ministro dell’economia e delle finanze, di concerto con il*

¹¹⁴ Come hanno rilevato i giudici del Supremo Consesso Amministrativo nel parere espresso allo schema di decreto (Parere del Consiglio di Stato, Commissione Speciale del 25 gennaio 2010, n. 368/2010 del 1 febbraio 2010), la diversa disciplina rischia di essere foriera di incertezze interpretative in ordine all’esatta natura del lodo pronunciato sulle controversie relative all’esecuzione degli appalti.

¹¹⁵ La differenza con la previgente disciplina è che mentre l'art. 241, comma 11, c.c.p. prevedeva il pagamento “*all'atto del deposito del lodo*” ed “*a cura degli arbitri*”, la nuova disposizione ne differisce il pagamento fino a quindici giorni dalla pronuncia, con la precisazione che il versamento seppur corrisposto a cura degli arbitri è pur sempre “*a carico delle parti*”.

Ministro delle infrastrutture e dei trasporti” (art. 241, comma 12, quarto periodo). Si ricorda, peraltro, che i compensi degli arbitri devono essere determinati non in base alle tariffe forensi, bensì in base ai criteri ed alle tariffe indicati dal decreto del Ministro dei lavori pubblici 2 dicembre 2000, n. 398¹¹⁶. Nella stessa ottica di riduzione dei costi del giudizio arbitrale, e in particolare per evitare i compensi spesso esorbitanti chiesti dai tecnici ed agli stessi concessi, il comma 13 dell’art. 241 è stato modificato nel senso che il compenso del “*consulente tecnico e di ogni altro ausiliario nominato dal collegio arbitrale*” deve essere liquidato in base al d.p.r. 30 maggio 2002, n. 115 (*Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia*).

(v) Impugnazione per nullità del lodo arbitrale.

Importantissime sono, infine, le modifiche apportate all’art. 241 in punto di impugnazione del lodo attraverso le quali il legislatore, in attuazione del principio e criterio direttivo di cui al numero 5 della legge delega (“*prevedere misure acceleratorie del giudizio di impugnazione del lodo arbitrale*”), ha cercato di sopperire ad un altro noto ostacolo dell’arbitrato, consistente nel fatto che, per un verso, il lodo è difficilmente modificabile dal giudice di appello, e, per l’altro, il giudizio di appello procede con estrema lentezza.

¹¹⁶ Sempre nell’ottica di riduzione dei costi, all’art. 241 del Codice dei contratti pubblici è stato aggiunto un comma 12-*bis*, in base al quale, in caso di accoglimento parziale della domanda, il collegio arbitrale compensa le spese del giudizio in proporzione al rapporto tra il valore della domanda (quanto è stato chiesto) e quello dell’accoglimento (quanto è stato accolto). Pertanto, chi propone una data domanda deve sapere che, se non viene integralmente accolta, non sarà integralmente ristorato nelle spese del giudizio, cosa che, peraltro, già avviene nella prassi.

Innanzitutto, l'art. 5, comma 1, lett. m), del d.lgs. n. 53/2010 ha introdotto nell'art. 241 c.c.p. il comma 15-*bis*, in base al quale *“il lodo è impugnabile, oltre che per motivi di nullità, anche per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia”*. Ciò significa, in altre parole, che, dal 27 aprile 2010, il giudice ordinario (corte di appello) può controllare effettivamente la legittimità del giudizio svolto dagli arbitri, cosa che, sino ad oggi, gli era preclusa dal disposto dell'art. 829 c.p.c., che, a ben vedere, prevede l'impugnazione del lodo per i soli profili formali della controversia e non anche, invece, per quelli sostanziali.

In secondo luogo, si riducono tutti i termini dell'impugnazione e del giudizio. L'impugnazione del lodo si propone nel termine di novanta giorni dalla notificazione del lodo e non è più proponibile dopo il decorso del termine di centottanta giorni dalla data del deposito del lodo presso la Camera arbitrale (art. 241, comma 15-*bis*)¹¹⁷.

Alla disposizione di cui al comma 15-*bis* fa seguito il comma 15-*ter* dell'art. 241 c.c.p (esso pure introdotto

¹¹⁷ I commi 9 e 10 dell'art. 241 del d.lgs. n. 163/2006 (Codice dei contratti pubblici) sono così sostituiti: **“9. Il lodo si ha per pronunciato con la sua ultima sottoscrizione e diviene efficace con il suo deposito presso la camera arbitrale per i contratti pubblici. Entro quindici giorni dalla pronuncia del lodo va corrisposta, a cura degli arbitri e a carico delle parti una somma pari all'uno per mille del valore della relativa controversia. Detto importo è direttamente versato all'Autorità. 10. Il deposito del lodo effettuato ai sensi dell'articolo 825 del codice di procedura civile è preceduto dal suo deposito presso la camera arbitrale per i contratti pubblici. Il deposito del lodo presso la camera arbitrale è effettuato, a cura del collegio arbitrale, in tanti originali quante sono le parti, oltre a uno per il fascicolo d'ufficio. Su richiesta di parte il rispettivo originale è restituito, con attestazione dell'avvenuto deposito, ai fini degli adempimenti di cui all'articolo 825 del codice di procedura civile”**.

dall'art. 5, comma 1, lett. m), del d.lgs. n. 53/2010)¹¹⁸, il quale introduce le misure acceleratorie del giudizio di impugnazione del lodo, disponendo che la parte che impugna il lodo può chiedere alla Corte d'Appello di sospenderne l'efficacia se ricorrono gravi e fondati motivi (si applica la procedura di cui all'art. 351 c.p.c.).

Quando sospende l'efficacia del lodo, o ne conferma la sospensione disposta dal presidente, il collegio verifica se il giudizio può essere definito. In questo caso, il collegio, fatte precisare le conclusioni, invita le parti a discutere la causa immediatamente o in un'udienza da tenersi entro novanta giorni dall'ordinanza di sospensione. In tali casi pronuncia sentenza ex art. 281-*sexies* c.p.c. Se il collegio ritiene indispensabili incombenti istruttori, il collegio provvede su di essi con la stessa ordinanza di sospensione e ne ordina l'assunzione in un'udienza successiva di non oltre novanta giorni; quindi provvede come sopra¹¹⁹.

In conclusione, quindi, sarà solo il tempo a dire se il nuovo arbitrato sarà ancora oggetto di ostracismo oppure, finalmente, potrà decollare.

¹¹⁸ La norma corregge gli effetti della recente riforma dell'arbitrato ordinario, che aveva ristretto drasticamente i casi di impugnazione del lodo per nullità, eliminando il caso della violazione delle norme sostanziali applicate al giudizio.

¹¹⁹ Si segnala, per completezza, che l'art. 5, comma 2, del d.lgs. n. 53/2010 ha apportato alcune modifiche all'art. 243 del Codice dei contratti pubblici, recante "*Ulteriori norme di procedura per gli arbitrati in cui il presidente è nominato dalla camera arbitrale*".

7. *L'esclusione dell'arbitrato in materia di appalti pubblici dal D. Lgs. 104/2010 (cd. Codice del Processo Amministrativo).*

Fra i vari istituti processuali codificati dal D. Lgs. n. 104 del 2 luglio 2010 vi è anche quello dell'arbitrato: l'art. 12 del c.p.a.¹²⁰ prevede la risoluzione mediante arbitrato rituale di diritto delle controversie concernenti diritti soggettivi devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo¹²¹.

Il codice dei contratti pubblici, nella sua versione originaria, non disciplinava espressamente il procedimento arbitrale. Tale lacuna è stata colmata dall'art. 1 del decreto correttivo approvato dal Consiglio dei Ministri dell'11 novembre 2011, che, nell'aggiungere all'unico comma dell'art. 12 del c.p.a. l'espressione "*ai sensi dell'articolo 806 e seguenti del codice di procedura civile*", ha chiarito che la disciplina del procedimento arbitrale contemplato dal citato art. 12 è quella del codice di procedura civile.

Il Codice, in ogni caso, manca di procedere ad un riordino della normativa in tema di arbitrato, omettendo di trasfondere in sé la disciplina dettata dal D. Lgs. n. 163/2006 per gli arbitrati riguardanti le controversie sui

¹²⁰ La disposizione ripropone l'art. 6 della L. n. 205/ 2000 che, superando il principio di inammissibilità dell'arbitrato nelle materie devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo, ha consentito la risoluzione, mediante arbitrato rituale di diritto, di tutte le controversie riguardanti diritti soggettivi, a prescindere dalla loro tutelabilità innanzi al giudice ordinario o a quello amministrativo.

¹²¹ Fra i primi commenti all'art. 12 del c.p.a. si veda Buonanno F., *Commento sub art. 12*, in AA.VV. (a cura di) Caringella F., Protto M., *Codice del nuovo processo amministrativo*, Roma, 2010, p. 257 ss.; Chieppa R., *Il Codice del processo amministrativo*, Milano, 2010, p. 89 ss.; Palliggiano G., Zingales U. G., *Il codice del nuovo processo amministrativo*, Milano, 2010, p. 31 ss.

diritti soggettivi derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture.

Analizziamo da vicino quelle che sono state le ragioni che hanno portato il legislatore a non unificare nel c.p.a. le previsioni di cui agli artt. 241-243 del D. Lgs. n. 163/2006.

In primo luogo, l'art. 44 della legge delega (Legge n. 69 del 18 giugno 2009), nel dettare i principi ed i criteri direttivi a cui il legislatore delegato avrebbe dovuto attenersi, nulla diceva in tema di arbitrato se non con riferimento all'art. 12 c.p.a.¹²² senza consentire di comprendere le ragioni alla base dell'esclusione dal Codice.

La mancata trasfusione degli artt. 241-243 del D.Lgs. n. 163/2006 nel c.p.a. appare, poi, ancor meno giustificabile ove si ponga mente al fatto che detto travaso è avvenuto per la disciplina in tema di inefficacia del contratto d'appalto nell'ipotesi di annullamento dell'aggiudicazione definitiva, nonché di tutela in forma specifica¹²³.

Il codice del processo amministrativo, con la esclusione del solo istituto del cd. preavviso di ricorso (art. 243-bis

¹²² Con riferimento all'art. 6 della L. n. 205/2000 - come visto riproposto nell'art. 12 del c.p.a. -, si è ritenuto che lo stesso non introducesse una norma in tema di giurisdizione, bensì risolvesse una questione di merito in quanto, ammettendo la deferibilità ad arbitri delle controversie aventi ad oggetto diritti soggettivi devolute alla giurisdizione esclusiva amministrativa, investiva la validità e l'efficacia della clausola compromissoria. In tal senso Cass., Sez. Un., 18 novembre 2008, n. 27336, in *Giust. Civ., Mass.*, 2008, 1633. Da questo punto di vista, peraltro, appare criticabile la stessa collocazione dell'art. 12 a chiusura del capo III del titolo I del libro I del c.p.a. dedicato proprio alla giurisdizione amministrativa.

¹²³ I vigenti artt. 245-bis, 245-ter, 245-quater e 245-quinquies, del D. Lgs. n. 163/2006 rinviano al codice del processo amministrativo per la disciplina in tema di inefficacia del contratto nei casi di gravi violazioni (art. 121 c.p.a.), di inefficacia del contratto nei casi diversi (art. 122 c.p.a.), di sanzioni alternative (art. 123 c.p.a.) e di tutela in forma specifica e per equivalente (art. 124 c.p.a.).

D. Lgs. n. 163/06), reca, dunque, una disciplina tendenzialmente esaustiva del contenzioso in tema di appalti pubblici.

Secondo parte della dottrina¹²⁴, non è chiara la *ratio* sottesa alla scelta compiuta dal legislatore delegato nella misura in cui, una volta contemplato all'art. 12 l'arbitrato nelle controversie concernenti i diritti soggettivi devolute alla giurisdizione amministrativa, ed una volta operata la trasfusione della disciplina sulla sorte del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione e sulla tutela in forma specifica, altrettanto non sia accaduto per la normativa recata dagli artt. 241-243 c.c.p. in tema di arbitrato¹²⁵.

L'esclusione della normativa di cui agli artt. 241 – 243 c.c.p. dal Codice appare, poi, ancora più ingiustificata nella misura in cui, anche a seguito delle modifiche del decreto correttivo, la disciplina applicabile alla procedura arbitrale *ex* art. 12 c.p.a. è proprio quella del codice del processo civile (*ex* art. 806 c.p.c.), al pari di quanto accade, ai sensi dell'art. 241 comma 2 c.c.p., negli arbitrati

¹²⁴Misserini G., *L'esclusione dell'arbitrato in materia di appalti pubblici dal codice del processo amministrativo*, in *Urb. e app.*, n. 4/2012, p. 394 ss.

¹²⁵ Ulteriori profili di scarsa chiarezza in merito alla scelta legislativa di esclusione dell'arbitrato dal Codice sono ravvisabili laddove si consideri che le previsioni di cui agli artt. 241 e 243 c.c.p. sono state emanate in attuazione dell'art. 44 della L. 7 luglio 2009, n. 88 (lett. m) - recante la delega al Governo per l'attuazione della direttiva 2007/66/CE per il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici -, al pari delle disposizioni di cui agli artt. 245-*bis* - 245-*quinquies* dello stesso decreto, oggi trasfuse negli artt. 121-124 c.p.a., anch'esse emanate in attuazione dello stesso art. 44 (lett. h). Ebbene, nonostante entrambe le normative diano attuazione nello Stato italiano alla medesima direttiva, queste risultano racchiuse in corpi normativi differenti, così rendendo ancora più ardua la difesa della scelta del D. Lgs. n. 104/2010 di non codificare la disciplina dettata dal cd. Codice degli appalti pubblici in tema di arbitrato.

riguardanti le controversie su diritti soggettivi derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture.

La disciplina di cui al codice di procedura civile dell'arbitrato, pertanto, rappresenta l'archetipo normativo al cui rispetto soggiacciono tanto gli arbitrati rituali di diritto con cui si risolvono le controversie concernenti diritti soggettivi devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (quelli *ex art.12 c.p.a.*), quanto i procedimenti arbitrati a cui sono deferite le liti su diritti soggettivi derivanti dagli appalti pubblici (quelli *ex art. 241 ss. c.c.p.*).

Davvero incomprensibile appare, dunque, la scelta del legislatore delegato di non trasfondere nel Codice del processo amministrativo le previsioni di cui agli artt. 241-243 del D. Lgs. n. 163/2006 pur a seguito della codificazione dell'arbitrato nelle controversie concernenti diritti soggettivi devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, atteso che in entrambi i casi spetterà al codice di procedura civile regolamentare i conseguenti procedimenti arbitrati.

L'esclusione della disciplina arbitrale dal Codice, contrasta con le stesse ragioni della codificazione che, come precisato nell'introduzione generale delle relazione al codice stesso, muovono da un'esigenza formale e da una sostanziale.

Sul piano formale, la codificazione mira a garantire esigenze di unificazione, chiarificazione e coordinamento, intervenendo il codice su norme processuali sinora sparse in una molteplicità di testi normativi, non sempre coordinate tra loro.

Dal punto di vista sostanziale, il codice intende adeguare le regole del processo amministrativo alla sua mutata struttura estesa ad un più ampio ambito di azioni e mezzi di tutela in considerazione del mutamento sostanziale dell'interesse legittimo, la cui tutela esige uno strumentario non dissimile da quello previsto per i diritti soggettivi.

Non v'è dubbio che l'assenza nel codice del processo amministrativo della disciplina di cui agli artt. 241-243 c.p.c. si ponga in contrasto con l'esigenza formale che la codificazione intendeva realizzare: nessuna unificazione, nessuna chiarificazione e nessun coordinamento può certo discendere da un assetto normativo che vede racchiuse in un due corpi normativi differenti le discipline di procedimenti arbitrali che non solo vedono entrambi quale parte necessaria una pubblica amministrazione o, comunque, un soggetto ad essa equiparabile, ma che ambedue riguardano controversie su diritti soggettivi.

Orbene, è di palmare evidenza che il mancato passaggio della disciplina dell'arbitrato in tema di appalto pubblici dal Codice dei contratti pubblici al Codice del processo amministrativo non consenta di raggiungere quell'esigenza di razionalizzazione formale del diritto esistente la cui realizzazione, da sempre, viene affidata ai codici, pertanto ci si auspica in futuro da parte del legislatore, un "intervento unificatore" della disciplina arbitrale all'interno del Codice del processo amministrativo.

SEZIONE SECONDA

L'ACCESSO ALLA DISCIPLINA ARBITRALE

SOMMARIO: 1. La volontarietà dell'arbitrato ed il problema della "effettiva" volontarietà. 2. La ricusazione della clausola compromissoria. 3. Segue. Le modalità di ricusazione della clausola compromissoria. 4. La compromettibilità in arbitri delle controversie concernenti diritti soggettivi. 5. Le controversie derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici.

1. La volontarietà dell'arbitrato ed il problema della "effettiva" volontarietà.

I precedenti storici dell'attuale disciplina dell'arbitrato contenuta all'interno del Codice dei contratti pubblici sono sempre stati connotati dal problema del rapporto tra l'arbitrato e la volontà delle parti interessate; per tale ragione, l'analisi della nuova disciplina arbitrale non può che iniziare da tale aspetto.

L'art. 241, comma 1, c.c.p., stabilendo che "*Le controversie su diritti soggettivi, derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi, forniture, concorsi di progettazione e di idee, comprese quelle conseguenti al mancato raggiungimento dell'accordo bonario previsto dall'articolo 240, possono essere deferite ad arbitri*", chiaramente riconduce l'arbitrato alla volontà

delle parti non diversamente da quanto previsto in via generale dall'art. 806 c.p.c.¹²⁶.

L'art. 241 c.c.p., infatti, si apre con due affermazioni: (i) la devoluzione ad arbitri delle controversie è assolutamente facoltativa ("*le controversie (...) possono essere deferite*") (comma 1) e (ii) ai giudizi arbitrali si applicano di norma le disposizioni del codice di procedura civile, salve le deroghe espressamente indicate (comma 2).

Sotto il primo profilo, si evidenzia che la volontarietà dell'arbitrato è il faticoso punto di arrivo di un lungo travaglio tramite il quale, grazie soprattutto all'intervento della Corte Costituzionale¹²⁷ e del legislatore della Merloni-ter (legge n. 109/1994), sono sparite tutte le formule e le forzature volte ad individuare l'arbitrato come mezzo privilegiato di risoluzione delle liti.

Ora, la ribadita "volontarietà dell'arbitrato" unita al richiamo generale alle disposizioni del codice di procedura civile inducono a ritenere che per affidare una controversia ad arbitri occorre l'esistenza di un compromesso o di una clausola compromissoria contenuta nel contratto. Non è quindi sufficiente il mero riferimento effettuato in contratto, come in passato era abitudine costantemente praticata, alla disposizione di legge, perché questa non fa che consentire una facoltà.

Con la nuova formulazione dell'art. 241 c.c.p. introdotta dal D. Lgs. 53/2010, il legislatore ha voluto raccogliere l'auspicio del giudice delle leggi e della

¹²⁶ Sull'ambito di applicazione degli artt. 240 e ss c.c.p. si veda Odorisio E., *Arbitrato rituale e "lavori pubblici"*, Milano 2011, p. 530

ss.

¹²⁷ Corte Cost. 9 maggio 1996, n. 152, in *Foro it.*, 1996, I, p. 1905 ss.

Tesi di dottorato "*La disciplina arbitrale nei contratti pubblici*"
Dott. Giovanni Battista De Luca discussa presso l'Università Luiss
Guido Carli. Non riproducibile, in tutto o in parte, se non con il
consenso scritto dell'autore.

autorevole dottrina¹²⁸ sulla necessità che la scelta tra competenza arbitrale e giudice togato fosse effettivamente libera fino al momento della costituzione del collegio arbitrale esaltando ancor di più la volontarietà dell'arbitrato, prevedendo che l'aggiudicatario non è costretto ad accettare la convenzione di arbitrato indicata nel bando, avviso o invito, potendola riconsiderare¹²⁹.

Sotto il secondo profilo, la riconduzione del procedimento arbitrale sotto la quasi totalità delle norme del codice di procedura civile dimostra come sia durato solo una breve stagione il tentativo di creare una procedura speciale per gli arbitrati in materia di lavori pubblici¹³⁰.

Rispetto alle previsioni del decreto ministeriale n. 398 del 2000, infatti, sopravvivono soltanto la previsione

¹²⁸ Luiso F. P., *La Camera arbitrale per i lavori pubblici*, op. cit., 2000, p. 419. Nello stesso senso Cavallini C., *Profili costituzionali della tutela arbitrale*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, p. 814.

¹²⁹ In particolare è stato introdotto, il comma 1-bis all'art. 241 c.c.p., il quale stabilisce che “*la stazione appaltante indica nel bando o nell'avviso con cui indice la gara ovvero, per le procedure senza bando, nell'invito, se il contratto conterrà, o ameno, la clausola compromissoria*”, e che “*l'aggiudicatario può riconsiderare la clausola compromissoria, che in tal caso non è inserita nel contratto, comunicandolo alla stazione appaltante entro venti giorni dalla conoscenza dell'aggiudicazione. E' vietato in ogni caso il compromesso*”. Il legislatore, di fatto, ha così ridotto l'arbitrabilità delle controversie, vietando, relativamente ai contratti pubblici, il compromesso (art. 807 c.p.c.) una volta insorta la controversia. Sono pertanto arbitrabili solo le controversie relative a contratti già contenenti la clausola compromissoria.

¹³⁰ Si ricorderà infatti che l'art. 32 della legge Merloni-ter aveva demandato ad un apposito regolamento, da emanare di concerto tra il Ministro dei lavori pubblici ed il Ministro di grazia e giustizia, la fissazione di regole speciali — nel rispetto dei principi del codice di procedura civile — da osservarsi nei giudizi arbitrali per i lavori pubblici, nonché la fissazione di tariffe *ad hoc*, diverse da quelle ordinarie professionali, per la determinazione del corrispettivo dovuto dalle parti. Detto regolamento fu effettivamente emanato con il d.m. 2 dicembre 2000, n. 398; esso fu attaccato ripetutamente anche in sede giurisdizionale, ma le sue disposizioni resistettero a tutte le censure di illegittimità formulate.

dell'obbligo di depositare il lodo presso la Camera arbitrale per i contratti pubblici, i criteri di determinazione del valore della controversia e la tariffa relativa al compenso per gli arbitri.

La scelta di ricondurre praticamente tutto il procedimento arbitrale sotto le regole procedurali ordinarie merita una breve riflessione.

Tra le disposizioni regolamentari non riprodotte né richiamate spiccano quelle che volevano assoggettare il giudizio arbitrale a criteri più rigorosi in ordine all'oggetto della domanda e alla sua invariabilità. Nel giudizio arbitrale speciale di cui al d.m. n. 398 del 2000 infatti, la domanda di arbitrato avrebbe dovuto contenere a pena di nullità la determinazione dell'oggetto della lite e la specificazione delle somme richieste, e l'atto di resistenza avrebbe dovuto contenere con speculare precisione l'eventuale domanda riconvenzionale; così delimitato inderogabilmente l'oggetto della lite, nuove o diverse domande o aggiornamenti o ampliamenti delle somme richieste non avrebbero potuto essere successivamente proposti. o se proposti avrebbero dovuto essere d'ufficio dichiarati inammissibili.

La *ratio* delle disposizioni in questione era evidentemente quello di fronteggiare il fenomeno - molto frequente nel caso di arbitrato in corso d'opera - di giudizi instaurati sulla base di una certa pretesa e di una certa quantificazione, e poi suscettibili di "esplodere" alla luce delle riserve successivamente iscritte nelle more del giudizio e portate all'attenzione degli arbitri senza che su di esse ci fosse stato il tempo di raccogliere i necessari pareri tecnici, di avere una pronuncia in via

amministrativa, e soprattutto di elaborare le necessarie difese.

L'abbandono di questa impostazione da parte del legislatore del 2006 rischia di ripristinare il costume degli arbitrati che, soprattutto nel settore dei lavori pubblici, tendono a gonfiarsi in corso di giudizio senza altro controllo che quello del formale omaggio al principio del rispetto del contraddittorio.

La soluzione che può consentire di evitare il ricordato inconveniente potrebbe risiedere nell'esigere la più possibile stretta corrispondenza tra quesiti sottoposti ad arbitrato e riserve sottoposte alla procedura di accordo bonario, ammettendo ad arbitrato solo pretese sulle quali si è già infruttuosamente esperito il tentativo di definizione di cui all'art. 240 c.c.p.

2. La riconsiderazione della clausola compromissoria.

La convenzione arbitrale segue un regime speciale reso necessario dalle peculiari modalità di inserimento nei contratti; infatti, al fine di evitare che l'appaltatore si trovi a subire la scelta arbitrale della stazione appaltante, l'art. 241, comma 1-*bis*, c.c.p. prevede che questi possa riconsiderare la clausola compromissoria preannunciata nel bando, nell'invito o nell'avviso, entro venti giorni dalla aggiudicazione¹³¹.

¹³¹ La previsione normativa di cui all'art. 241, comma 1-*bis*, c.c.p. rovescia l'istituto della declinatoria dell'arbitrato, attribuito un tempo alla parte convenuta (normalmente l'amministrazione committente) dall'art. 47 del capitolato generale del 1962 (DPR n. 1063/1962).

Tesi di dottorato "*La disciplina arbitrale nei contratti pubblici*"
Dott. Giovanni Battista De Luca discussa presso l'Università Luiss
Guido Carli. Non riproducibile, in tutto o in parte, se non con il
consenso scritto dell'autore.

Tale norma, se da un lato elimina ogni dubbio in ordine alla volontarietà dell'arbitrato nel caso in cui nel bando, invito o avviso, compaia l'indicazione che il contratto conterrà la clausola compromissoria, dall'altro lato fa sorgere alcuni interrogativi sugli effetti di tale nuova previsione sul potere compromissorio delle parti.

Innanzitutto, il comma 1-*bis* si limita a stabilire che l'aggiudicatario può ricusare la clausola compromissoria, ma non dice nulla relativamente alla facoltà dello stesso di influire sul contenuto del patto compromissorio.

La questione più delicata posta dal nuovo dettato normativo di cui al comma 1-*bis* è quella di comprendere quale sia l'effettiva portata di tale disposizione qualora nel bando, avviso od invito, non venga indicato se il contratto conterrà o meno la clausola compromissoria e quindi se, in questa ipotesi, debba escludersi la facoltà delle parti di stipulare una convenzione di arbitrato.

Per individuare il concreto significato del comma 1-*bis*, è indispensabile tenere presente quanto previsto nella legge delega dal momento che, com'è noto, uno tra i principali criteri ermeneutici della legge delegata consiste proprio nella sua lettura congiunta alla legge delega¹³².

Pertanto, il comma 1 *bis*, in linea con la legge delega, non stabilisce espressamente che se nel bando, avviso o

Bisogna però tener presente che in base all'art. 47 del vecchio capitolato generale la parte attrice poteva escludere la competenza arbitrale, prevista in via generale dall'art. 43, notificando la citazione avanti il giudice competente.

¹³² La legge delega distingue tra "clausola arbitrale" contenuta nel contratto e "negoziato compromissorio" successivo alla stipula del contratto. Per quanto concerne la prima, la legge delega autorizzava il Governo "a prevedere che le stazioni appaltanti indichino fin dal bando o avviso della gara se il contratto conterrà o meno la clausola arbitrale". Riguardo al secondo, invece, la legge delega autorizzava il Governo a proibirlo "successivamente alla stipula del contratto".

Tesi di dottorato "La disciplina arbitrale nei contratti pubblici"
Dott. Giovanni Battista De Luca discussa presso l'Università Luiss
Guido Carli. Non riproducibile, in tutto o in parte, se non con il
consenso scritto dell'autore.

invito di gara non viene indicato che il contratto conterrà la clausola arbitrale, le parti non possano comunque inserire nel contratto una convenzione di arbitrato.

Di conseguenza l'appaltatore non potrà modificarne il suo contenuto, ma potrà solo accettare la clausola compromissoria (anche con silenzio-assenso) oppure respingerla; eventuali proposte di modifica della clausola compromissoria, sono da intendersi come una controproposta¹³³.

In quest'ultimo caso, alla stregua di quelli in cui non vi sia alcuna indicazione nel bando, avviso o invito, è giusto ritenere che, se le parti decidono successivamente alla stipulazione del contratto di stipulare una convenzione arbitrale, esse sono in tempo fino a quando la controversia non sia sorta; vale infatti il principio di autonomia negoziale, limitato dal solo divieto di compromesso imposto dalla nuova disposizione di cui al comma 1-*bis* dall'art. 241 c.c.p.¹³⁴.

L'introduzione del comma 1-*bis*, rappresenta certamente la modifica più rilevante intervenuta sul testo dell'art. 241 c.c.p. riducendo, di fatto, l'arbitrabilità delle controversie e vietando il compromesso una volta insorta la controversia; ne deriva, quindi, che sono arbitrabili solo le controversie relative a contratti già contenenti la clausola compromissoria.

¹³³ Zucconi Galli Fonseca E., *L'arbitrato nei contratti pubblici (a proposito di una recente monografia)*, in *Riv. trim. dir e proc. civ.* 2012, p. 592.

¹³⁴ Odorisio E., *Arbitrato rituale e "lavori pubblici"*, *op. cit.*, p. 518.

Tesi di dottorato "La disciplina arbitrale nei contratti pubblici"
Dott. Giovanni Battista De Luca discussa presso l'Università Luiss
Guido Carli. Non riproducibile, in tutto o in parte, se non con il
consenso scritto dell'autore.

3. *Segue. Le modalità di ricusazione della clausola compromissoria.*

Per quanto riguarda l'esercizio del potere di ricusare la clausola compromissoria, la formulazione del comma 1-*bis* esige poi alcuni chiarimenti.

In primo luogo, va evidenziato che sussiste una libertà di forma poiché non è prevista una particolare modalità attraverso la quale l'aggiudicatario può comunicare alla stazione appaltante la volontà di ricusare la clausola compromissoria e, di conseguenza, deve ritenersi ammissibile ogni forma di comunicazione e quindi non solo quella della notificazione di cui agli art. 137 e ss. c.p.c.

Riguardo al termine per la ricusazione, appare opportuno precisare che, nonostante la nuova disposizione nulla dica a tal riguardo, il termine di venti giorni per la ricusazione della clausola compromissoria, va sicuramente considerato come perentorio.

Il carattere perentorio del termine è desumibile dal fatto che la formulazione del comma 1-*bis*, nel subordinare il potere della parte di ricusare la clausola compromissoria alla relativa comunicazione alla stazione appaltante entro il termine di venti giorni dalla conoscenza dell'aggiudicazione, rende manifesta l'intenzione legislativa di non consentire più la ricusazione della clausola dopo che sia decorso tale termine¹³⁵.

¹³⁵ In senso contrario, non può essere invocato quanto disposto dall'art. 152, comma 2, c.p.c., in forza del quale “*i termini stabiliti dalla legge sono ordinatori, tranne che la legge stessa li dichiari espressamente perentori*”. Ed infatti - a parte il rilievo che nel caso di specie tale disposizione non dovrebbe trovare applicazione, visto che il termine in questione non riguarda il «compimento» di un atto del processo - non

Sempre in ordine al termine per la ricusazione della clausola compromissoria, ci si chiede se sia o meno applicabile la disciplina della sospensione feriale dei termini processuali di cui all'art. 1, legge 7 ottobre 1969, n. 742.

Secondo i giudici della Corte Costituzionale, poiché “l’istituto della sospensione feriale dei termini processuali nasce dalla necessità d’assicurare un periodo di riposo a favore degli avvocati e procuratori legali” e poiché “la situazione di chi deve ricorrere in periodo feriale ad un legale perché rediga un atto processuale (in senso stretto) non è diversa da quella di chi deve necessariamente [...] ricorrere ad un legale per predisporre l’atto introduttivo del giudizio di primo grado, che è certamente un atto processuale”, limitare arbitrariamente la sospensione feriale ai primi equivarrebbe “a violare l’art. 24 Cost.¹³⁶”.

si può dimenticare che, come sostenuto dalla prevalente dottrina (Picardi N., Martino R., voce *Termini*, I) *Diritto processuale civile*, in *Enc. Giur.*, XXXI, Roma, 1994, p. 4 ss.) e dai giudici di legittimità, “sebbene l’art. 152 c.p.c. disponga che i termini stabiliti dalla legge sono ordinatori, salvo che questa li dichiari espressamente perentori, non si può da tale norma dedurre che, ove manchi un’esplicita dichiarazione in tal senso, debba senz’altro escludersi la perentorietà del termine; nulla vieta infatti di indagare se, a prescindere dal dettato della norma, un termine, per lo scopo che persegue, e la funzione che adempie, debba essere rigorosamente osservato” (Cass. 6 giugno 1997, n. 5074).

¹³⁶ Così Corte Cost. 13 luglio 1987, n. 255, in *Foro it.*, 1987, I, 2277 ss., che ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 1 della legge n. 742 del 1969, nella parte in cui non prevedeva la sospensione feriale anche per il termine per l’opposizione alla stima dell’indennità d’espropriazione per pubblica utilità di cui all’art. 19, comma 1, I. 22 ottobre 1971, n. 865, nel testo sostituito dall’art. 14, L. 28 gennaio 1977, n. 10. Nello stesso senso, v. Corte Cost. 13 febbraio 1985, n. 40, in *Foro it.*, 1985, I, 2473 ss., (relativa al termine per l’opposizione alla stima dell’indennità d’espropriazione per pubblica utilità di cui all’art. 51, commi 1 e 2, l. 25 giugno 1965, n. 2359); Corte Cost. 28 febbraio 1990, n. 49, in *Foro it.*, 1990, I, 2383 (relativa al termine di cui all’art. 1137 c.c. per l’impugnazione delle delibere dell’assemblea di condominio); Corte Cost. 29 luglio 1992, n. 380, in *Foro it.*, 1993, I, 685 (relativa al termine per ricorrere avverso le delibere dei consigli provinciali al Consiglio nazionale degli architetti).

Tesi di dottorato “*La disciplina arbitrale nei contratti pubblici*”
Dott. Giovanni Battista De Luca discussa presso l’Università Luiss
Guido Carli. Non riproducibile, in tutto o in parte, se non con il
consenso scritto dell’autore.

Tuttavia il predetto ragionamento compiuto dai giudici delle leggi non può essere esteso al diverso caso in cui il termine è previsto dalla legge non per l'esercizio di un'azione giudiziaria, per la quale è necessaria la difesa tecnica, ma per il compimento di un atto sostanziale con il quale si impedisce che nel contratto sia inserita una clausola compromissoria, che può essere posto in essere personalmente dalla parte.

In terzo luogo, infine, vi sono altre due questioni rilevanti da affrontare, concernenti, rispettivamente, il *dies a quo* ed il *dies ad quem* del termine per la ricusazione della clausola compromissoria.

Per quanto riguarda il *dies a quo*, il comma 1-*bis* fa un generico riferimento al momento della “*conoscenza dell'aggiudicazione*”, senza tuttavia precisare se si tratti della conoscenza dell'aggiudicazione provvisoria (art. 11, comma 4, c.c.p.), o di quella definitiva (art. 11, comma 5, c.c.p.).

Diversi elementi fanno ritenere che l'aggiudicazione a cui fa riferimento il comma 1-*bis* sia quella provvisoria¹³⁷.

Ciò che, tuttavia, assume un rilievo deciso è, soprattutto, la circostanza che nel determinare il *dies a quo* del termine per ricusare la clausola compromissoria, il legislatore abbia fatto riferimento alla “*conoscenza dell'aggiudicazione*”. Ed infatti, se il legislatore avesse

¹³⁷ Innanzitutto, non può essere trascurato il fatto che quando il D. Lgs. n. 53 del 2010 ha voluto riferirsi all'aggiudicazione definitiva, l'abbia espressamente precisato. In questo senso, si vedano, infatti, le seguenti disposizioni: art. 1, comma 1, lettera c) (relativo all'art. 11, comma 10, e comma 10 *ter*, c.c.p.); art. 2, comma 1, lettere b) e d) [relativo all'art. 79, comma 5, lettera a), e comma 5 *bis*, c.c.p.]; art. 8, comma 1, lettera c) (relativo all'art. 245, comma 2, e comma 2 *ter*, c.c.p.); artt. 9, 10 e 11 (che hanno introdotto gli artt. 245-*bis*, 245-*ter* e 245-*quater* c.c.p.).

voluto riferirsi alla aggiudicazione definitiva, avrebbe dovuto fare un richiamo alla comunicazione dell'aggiudicazione definitiva imposta *ex art. 79 c.c.p.*, proprio come modificato dal decreto legislativo.

In altre parole, il termine “*conoscenza*” è più appropriato all'informazione che l'aggiudicatario ottiene “*al termine della procedura*” allorquando nei vari modi previsti dalle diverse procedure di affidamento “*è dichiarata l'aggiudicazione provvisoria a favore del miglior offerente*”.

Per quanto concerne il *dies ad quem*, invece, il problema consiste nel chiedersi se, al fine del rispetto del termine, sia sufficiente l'invio della comunicazione, e quindi ad esempio la consegna della stessa all'ufficio postale in caso di comunicazione per mezzo posta, o se invece sia necessario che entro il termine di venti giorni l'atto pervenga alla stazione appaltante.

Il problema riguarda, dunque, la estensibilità anche alla comunicazione dell'atto in questione del principio generale valevole per le notificazioni degli atti processuali¹³⁸ della scissione soggettiva del momento di perfezionamento della notificazione.

A tal proposito, è sufficiente osservare che aderendo a quanto è stato recentemente affermato dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (sentenza n. 8839 del 14 aprile 2010), secondo le quali nel nostro ordinamento, emerge “*la esistenza di una regola generale secondo cui l'impedimento della decadenza non richiede la conoscenza*”

¹³⁸ Seppure enunciato espressamente per la sola notificazione a mezzo posta dall'art. 149, comma 3, c.p.c.

Tesi di dottorato “*La disciplina arbitrale nei contratti pubblici*”
Dott. Giovanni Battista De Luca discussa presso l'Università Luiss
Guido Carli. Non riproducibile, in tutto o in parte, se non con il
consenso scritto dell'autore.

dell'atto da parte del destinatario”, la risposta non può che essere positiva.

Nell'art. 241, comma 1 *bis*, c.c.p., infatti, non è riscontrabile alcun elemento dal quale possa desumersi la volontà legislativa di prevedere un'eccezione a tale regola generale¹³⁹, e, pertanto, è sufficiente che, entro venti giorni dalla conoscenza dell'aggiudicazione, l'aggiudicatario comunichi la sua scelta alla amministrazione committente di voler ricusare la clausola compromissoria, e non che, entro il citato termine di venti giorni, l'atto giunga a conoscenza della stazione appaltante.

4. *La compromettibilità in arbitri delle controversie concernenti diritti soggettivi.*

Da un'analisi del nuovo complesso assetto dell'arbitrato nei contratti pubblici si evince che possono distinguersi almeno tre diversi regimi: (i) l'arbitrato di diritto speciale, come da D. Lgs. 163/2006¹⁴⁰; (ii) l'arbitrato di diritto comune *ex art.* 806 c.p.c. nelle materie non comprese nell'art. 241 c.c.p. e (iii) settori dove l'arbitrato non è ammissibile¹⁴¹.

¹³⁹ Secondo la Corte di Cassazione la regola generale può incontrare delle eccezioni nei casi in cui la stessa legge o anche la singola clausola contrattuale riconducano “*tutti gli effetti della dichiarazione ricettizia al momento in cui essa perviene al destinatario*”, come, ad esempio, avviene per il termine per l'accettazione della proposta contrattuale ai sensi dell'art. 1326, comma 2, c.c.

¹⁴⁰ A sua volta duplicato in arbitrato *ex art.* 241 c.c.p. e arbitrato *ex art.* 243 c.c.p. caratterizzato da un ruolo più intenso della Camera Arbitrale per i contratti pubblici.

¹⁴¹ Si tenga presente che con riguardo ai contratti pubblici è stata abrogata la possibilità di porre il divieto di arbitrato *ex art.* 253, comma 34, *lett. d*), c.c.p. (“*sono abrogate tutte le disposizioni che, in contrasto con la disciplina del presente codice, prevedono limitazioni*”).

Decisiva sul punto è l'individuazione dell'ambito di applicazione che il legislatore riserva all'arbitrato speciale in quanto, al contempo, consente di determinare l'ambito nel quale l'arbitrato di diritto comune continua ad essere applicabile nonché il settore in cui l'arbitrato non può svolgersi in quanto precluso da norme generali.

Dal tenore normativo dell'art. 241 c.c.p.¹⁴² si deducono i seguenti corollari.

In primo luogo, le controversie non attinenti all'esecuzione dei contratti, in quanto riguardanti una fase antecedente, potranno essere devolute ad arbitro di diritto comune quando abbiano ad oggetto diritti soggettivi disponibili¹⁴³.

In secondo luogo, alla luce dell'art. 808-*quater* c.p.c. a norma del quale si intende devoluto ad arbitri l'insieme delle liti nascenti dal rapporto, a prescindere dalla loro natura contrattuale, vi saranno comprese anche le liti extracontrattuali, purché riguardanti la fase esecutiva¹⁴⁴.

In terzo luogo, qualora la controversia riguardi dei diritti soggettivi inerenti l'esecuzione dei suddetti

ai mezzi di risoluzione delle controversie nella materia dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi, forniture, o contemplano arbitrati obbligatori”).

¹⁴² La legge fa rientrare nel regime dell'arbitrato speciale tutte “le controversie su diritti soggettivi, derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi, forniture, concorsi di progettazione e di idee, comprese quelle conseguenti al mancato raggiungimento dell'accordo bonario”. Il legislatore fa riferimento alle controversie su diritti soggettivi, derivanti dall'esecuzione dei contratti, senza attribuire, dunque, alcun rilievo all'organo giurisdizionale, ordinario o amministrativo, competente (giurisdizionalmente) a conoscerle in assenza della convenzione di arbitrato.

¹⁴³ Odorisio E., *Arbitrato rituale e “lavori pubblici”*, op. cit., p. 530 fa l'esempio dell'art. 133, comma 1, lett. e), n.1), c.p.a. relativamente alle procedure di affidamento; nonché la zona grigia che si colloca fra aggiudicazione e stipula del contratto che abbia ad oggetto diritti soggettivi.

¹⁴⁴ Sul punto Scoca S.S., *L'arbitrato nei contratti pubblici e l'insondabile saggezza del legislatore*, op. cit., p. 1190 ss.

Tesi di dottorato “*La disciplina arbitrale nei contratti pubblici*”
Dott. Giovanni Battista De Luca discussa presso l'Università Luiss
Guido Carli. Non riproducibile, in tutto o in parte, se non con il
consenso scritto dell'autore.

contratti, non rileva ai fini dell'arbitrabilità se questa sia devoluta o meno alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo¹⁴⁵, come precisato dall'art. 12 c.p.a., con la specificazione che dovrà trattarsi di arbitrato rituale di diritto.

Per quanto riguarda tale ultima categoria l'art. 12 c.p.a., il quale ripropone senza modifiche la disposizione contenuta nell'art. 6, comma 2, della legge n. 205/2000, dispone che *“le controversie concernenti diritti soggettivi devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo possono essere risolte mediante arbitrato rituale di diritto”* con applicazione della disciplina di cui agli artt. 806 e ss c.p.c.

Come noto, fino alla legge n. 205 del 21 luglio 2000 le controversie relative a diritti soggettivi rientranti nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo erano tradizionalmente ritenute non arbitrabili sia dalla giurisprudenza civile che dalla giurisprudenza amministrativa assolutamente dominanti.

Prevalentemente la non compromettibilità veniva desunta dalla considerazione che voleva l'arbitrato strumento alternativo alla sola giurisdizione civile ordinaria, sicché quando la lite fosse rientrata tra quelle devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, il ricorso all'arbitrato avrebbe significato un'inammissibile deroga al rapporto tra le giurisdizioni voluto dal legislatore¹⁴⁶, e pertanto la clausola

¹⁴⁵ Odorisio E., *Arbitrato rituale e “lavori pubblici”*, op. cit., p. 531 fa l'esempio dell'art. 133, comma 1, lett. e), n.2), c.p.a. relativamente alla revisione del prezzo.

¹⁴⁶ A titolo di esempio si vedano Cass. 4 luglio 1981, n. 4360, in *Foro it.* 1981, I, 1860, con nota di Barone C.M.; Cass., 10 dicembre 1981, n. 6517; Cass., 24 settembre 1982, n. 4934; Cass. 12 ottobre 1983, n.

compromissoria o il compromesso eventualmente stipulati erano considerati irrimediabilmente nulli¹⁴⁷.

La questione dell'arbitrabilità dei diritti soggettivi rientranti nella giurisdizione esclusiva è stata risolta dal legislatore con l'art. 6, comma 2, della legge n. 205/2000 attraverso il quale il legislatore ha superato quell'orientamento giurisprudenziale (Cass. n. 7643/1995) che fondava il criterio circa l'ammissibilità dell'arbitrato non sulla natura della situazione giuridica fatta valere, ma sulla natura del giudice cui la controversia era attribuita, escludendo la possibilità di arbitrato nel caso di controversie rientranti nella giurisdizione del giudice amministrativo.

Lo stesso art. 6, e oggi l'art. 12 c.p.a., non hanno però fatto venir meno il principio secondo cui è ammessa la devoluzione ad arbitri di controversie aventi ad oggetto interessi legittimi, anzi sembrerebbero aver dato una base normativa a tale principio, affermando espressamente la possibilità di devolvere ad arbitri le controversie concernenti solo diritti soggettivi devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo.

5924; Cass. 18 gennaio 1984, n. 406; Cass. 18 gennaio 1984, n. 404; Cass. 9 aprile 1987, m. 3490; Cass. 16 ottobre 1989, n. 4145, in *Rass. avv. Stato* 1989, I, 327 ss.; Cass., 29 agosto 1989, n. 3818; Cass., sez. un., 3 dicembre 1991, n. 12966, in *Foro it.* 1993, I, 3367; Cass. 10 luglio 1995, n. 7643.

Nello stesso senso anche la prevalente giurisprudenza amministrativa: Cons. Stato 20 dicembre 1997, n. 1872; Cons. Stato, 12 febbraio 1996, n. 148; TAR Piemonte 4 dicembre 2000, n. 1270; TAR Lazio 8 maggio 1981, 95.

¹⁴⁷ Cons. Stato 4 maggio 2004, n. 2726; Cass., sez. un., 10 dicembre 1993, 12166, in *Foro it.* 1994, I, 2472 ss.; Cons. Stato 13 febbraio 1996, n. 148; Cass., sez. un., 19 febbraio 1999, n. 79; Cass. 10 maggio 2001, n. 190, in *Giur. it.* 2001, 2377 ss.; TAR Lazio 2 novembre 1983, n. 325.

5. *Le controversie derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici.*

Per quanto concerne l'ambito oggettivo di applicazione del termine "esecuzione" dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture contenuto nell'art. 241, comma 1, c.c.p., qualche utile chiarimento in merito è offerto dall'art. 10, comma 5, del d.m. n. 398 del 2000 a norma del quale è ammessa la compromettibilità in arbitri della risoluzione¹⁴⁸, del recesso, della rescissione del contratto, della revoca, della decadenza e dell'annullamento d'ufficio della concessione, nonché delle controversie aventi ad oggetto la domanda di nullità o l'annullamento del contratto.

È utile precisare che, con riferimento alla fase della conclusione del contratto di appalto, è opportuno distinguere le controversie successive ad una aggiudicazione definitiva da quelle riguardanti un'aggiudicazione provvisoria.

Infatti, mentre nel caso di aggiudicazione definitiva le controversie sono attribuite alla giurisdizione del giudice ordinario, e, pertanto, possono essere devolute ad arbitri, nell'ipotesi di aggiudicazione provvisoria, al contrario, la cognizione delle controversie è demandata al giudice

¹⁴⁸ Sono quindi arbitrabili le controversie derivanti dalla risoluzione del contratto d'appalto pubblico e dalla omessa esecuzione di esso dovute a comportamento inadempiente di una delle parti in quanto si tratta, in ambedue i casi, di questioni riguardanti posizioni di diritto soggettivo estranee, che esulano dunque dalle procedure di affidamento (così espressamente Cass., sez. un., 27 novembre 1996, n. 10525, in *Mass. Giust. civ.*, 1996, p. 1602; e Cass., 4 gennaio 1993, n. 2, *ivi*, 1993, p. 1; nonché Cass., 28 aprile 1995, n. 4726, *ivi*, 1995, p. 921).

Tesi di dottorato "La disciplina arbitrale nei contratti pubblici"
Dott. Giovanni Battista De Luca discussa presso l'Università Luiss
Guido Carli. Non riproducibile, in tutto o in parte, se non con il
consenso scritto dell'autore.

amministrativo, poiché si tratta di situazioni di interesse legittimo¹⁴⁹.

Con una recente pronuncia, le Sezioni Unite della Suprema Corte (sent. n. 5619 del 10 aprile 2003) hanno posto l'accento sul fatto che rientra nella giurisdizione del giudice ordinario (ed è dunque deferibile ad arbitri) la cognizione delle controversie concernenti i diritti e gli obblighi derivanti dal contratto di appalto di opere pubbliche, *“a nulla rilevando che l'amministrazione committente abbia, successivamente all'aggiudicazione, fatto erroneo riferimento, ai fini dell'esecuzione, alla necessità del provvedimento di controllo, data l'inidoneità di questo ad incidere sulle posizioni soggettive nascenti dal rapporto contrattuale ed aventi consistenza di diritti soggettivi, atteso che la giurisdizione si determina in ragione dell'intrinseca consistenza della situazione soggettiva dedotta in giudizio, rientrando, d'altra parte, nei poteri del giudice ordinario stabilire, verificando in via incidentale la legittimità e regolarità dell'atto di controllo, se l'amministrazione abbia violato i patti contrattuali e vulnerato il diritto soggettivo dell'appaltatore a proseguire il rapporto”*.

I giudici del Consiglio di Stato (sent. n. 6666/2003), invece, hanno precisato che spettano alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie sulla sorte del contratto di appalto pubblico, quando sussistano vizi del procedimento di scelta del contraente, in quanto l'eventuale rimozione del contratto è riferibile non tanto ad un giudizio civilistico sul rapporto negoziale, ma ad una

¹⁴⁹ In questi termini Buonfrate A., Leogrande A., *L'arbitrato negli appalti pubblici. Commento al decreto interministeriale 2 dicembre 2000, n. 398*, in *Le nuove leggi amministrative*, Milano, 2001, p. 27.

forma di tutela reintegratoria in forma specifica, “*la quale, in sede di giurisdizione esclusiva, deve necessariamente comprendere anche statuizioni dichiarative o costitutive concernenti la sorte (validità o efficacia) del contratto stipulato*”.

Inoltre l'art. 241, comma 1, c.c.p., stabilendo che possono essere deferite ad arbitri le controversie “*derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici*”, sembra circoscrivere l'ambito di applicazione degli artt. 241 e ss. c.c.p. alle sole controversie di origine contrattuale, escludendo, quindi, quelle non contrattuali, le quali, ai sensi dell'art. 808-*bis* c.p.c., possono comunque essere oggetto di una convenzione di arbitrato.

In realtà, l'espressione in commento è sufficientemente generica per essere riferita a qualsiasi tipologia di controversia, e quindi non solo a quelle tecnicamente definibili come contrattuali, ma anche a quelle qualificabili come non contrattuali¹⁵⁰, purché aventi origine nell'esecuzione del contratto¹⁵¹.

L'art. 241, comma 1, c.c.p., pertanto, lungi dal prevedere l'applicabilità degli artt. 241 e ss. c.c.p. alle sole controversie di origine contrattuale, si limita a stabilire la

¹⁵⁰ Per questa tipologie di controversie si veda Morto A., *In tema di clausola compromissoria: fama, oggetto, rilevanza del comportamento delle parti* (nota a Cass. 19 marzo 2004, n. 5549 e Cass. 21 settembre 2004, n. 18917), in *Riv. Arb.*, 2006, 88 ss., spec. 95; Rumogi G., *Art 808 bis. Convenzione di arbitrato in materia non contrattuale*, in *Codice di procedura civile commentata*, a cura di Consolo C. e Luiso F.P., Milano, 2007, III, 5708 ss.; Zucconi Galli Fonseca E., *Art. 808 bis. Convenzione di arbitrato in materia non contrattuale*, in A.A.Vv., *Arbitrato*, a cura di Carpi E, Bologna, 2007, 150 ss..

¹⁵¹ Non è difficile immaginare ipotesi di questo tipo ed anzi si tratta di alcune delle controversie più frequenti in materia: basti pensare all'azione per la ripetizione dell'indebito, nel caso in cui la stazione appaltante si accorga di aver corrisposto importi non dovuti, o a quella per ingiustificato arricchimento, promossa dall'appaltatore per l'esecuzione di lavori extracontrattuali.

possibilità di deferire ad arbitri, secondo quelle norme, tutte le controversie che derivano dall'esecuzione del contratto. Nella misura in cui, pertanto, come si è appena visto, sia possibile individuare controversie che, pur trovandosi in relazione con la fattispecie nascente dal contratto, non possono essere qualificate contrattuali, non vi è motivo per non applicare anche ad esse gli artt. 241 e ss. c.c.p.¹⁵².

Ciò, ovviamente, non toglie che le parti possano comunque formulare la loro convenzione di arbitrato in modo più restrittivo, escludendo, perciò, dal giudizio arbitrale le controversie di tipo extracontrattuale. Al riguardo, è, tuttavia, il caso di ricordare che, in forza dell'art. 808 *quater* c.p.c., nel dubbio la convenzione di arbitrato si interpreta nel senso che la competenza arbitrale si estende a tutte le controversie che derivano dal contratto o dal rapporto cui la convenzione si riferisce¹⁵³.

¹⁵² Si tratta, inoltre, di soluzione in linea con quella che è stata tradizionalmente la prassi in materia, la quale, infatti, si è orientata nel senso di far rientrare nell'oggetto della convenzione di arbitrato anche controversie non contrattuali come, ad esempio, l'azione di indebito arricchimento (Cianflone A., Giovannini G., *L'appalto di opere pubbliche, op. cit.*, p. 1327).

¹⁵³ Su tale nuova disposizione, si veda Ruffini G., *Art. 808 quater. Interpretazione della convenzione d'arbitrato*, in *Codice di procedura civile commentato* a cura di Consolo C. e Luiso F.P., Milano, 2007, III, 5755 ss.; Verde G., *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, 3a ed., Torino 2010, 57; Zucconi Galli Fonseca E., *Art. 808 bis. Convenzione di arbitrato in materia non contrattuale, op. cit.*, 187 ss..

SEZIONE TERZA

IL PROCEDIMENTO

SOMMARIO: 1. Il principio di libertà delle forme. 2. La designazione degli arbitri. 3. La composizione del collegio arbitrale e le modalità di nomina degli arbitri. 4. La nomina degli arbitri di parte e la fase introduttiva del procedimento. 5. Il “mancato accordo” delle parti per la nomina del terzo arbitro. 6. La nomina del terzo arbitro da parte della Camera arbitrale: la valutazione di amministrabilità dell'arbitrato. 7. Il provvedimento della Camera arbitrale di accoglimento o di rigetto della richiesta di nomina del terzo arbitro. 8. La sede dell'arbitrato (art. 243, terzo comma, c.c.p.). 9. Il regime istruttorio. 10. La Camera arbitrale e l'albo degli arbitri (art. 242 c.c.p.).

1. *Il principio di libertà delle forme.*

Secondo le disposizioni del codice di procedura civile, lo svolgimento del giudizio arbitrale non è vincolato a modalità prestabilite.

Il codice di rito (art. 816-bis¹⁵⁴) attribuisce infatti alle parti la facoltà di fissare le norme da osservarsi nel procedimento e, in mancanza, demanda agli arbitri stessi di regolarne lo svolgimento nel modo più opportuno. Tanto vale anche per il procedimento arbitrale di cui al

¹⁵⁴ In precedenza art. 816, modificato dall'art. 8 della legge n. 25 del 1994.

Tesi di dottorato “*La disciplina arbitrale nei contratti pubblici*”
Dott. Giovanni Battista De Luca discussa presso l'Università Luiss
Guido Carli. Non riproducibile, in tutto o in parte, se non con il
consenso scritto dell'autore.

Codice dei contratti pubblici, sia nella sua forma libera di cui all'art. 241 c.c.p., sia nella forma amministrata di cui all'art. 243 c.c.p.¹⁵⁵.

Domina l'attività del collegio l'assoluta esigenza di garantire il contraddittorio tra le parti (art. 816-*bis*, primo comma, c.p.c.)

A tal fine, dispone la norma, gli arbitri debbono concedere alle parti “*ragionevoli ed equivalenti possibilità di difesa*”. La violazione di tale principio autorizza l'esperimento dell'impugnazione per nullità del lodo (art. 829, n. 9, c.p.c.) sempre che la violazione sia stata eccepita dalla parte nella prima istanza o difesa successiva (art. 816-*bis*, secondo comma, c.p.c.).

Altro principio fondamentale che sovrintende all'attività degli arbitri è quello della collegialità delle operazioni arbitrali, sotto l'azione direttiva e coordinatrice del presidente. Si fa eccezione per le ordinanze concernenti lo svolgimento del processo che il collegio può autorizzare il presidente ad adottare (art. 816-*bis*, c.p.c.), nonché per gli atti di istruzione che possono essere delegati ad uno o più componenti del collegio.

Il principio di libertà delle forme di svolgimento del giudizio è stato nel meno recente passato operante anche per i procedimenti arbitrali di diritto speciale in materia di lavori pubblici, atteso che i vari capitolati contenevano su

¹⁵⁵ In entrambe, infatti, le poche norme volte a regolare profili procedurali attengono a singoli specifici punti (ad es., il comma 8 dell'art. 241 in materia di prove; il comma 6 dell'art. 243 in materia di liquidazione dell'acconto del corrispettivo arbitrale) lasciando quindi per il resto pienamente operante il suddetto principio di libertà delle forme.

questo punto solo poche norme; di conseguenza era il collegio arbitrale a stabilire le modalità del procedimento.

2. *La designazione degli arbitri.*

La preoccupazione del legislatore di garantire ed assicurare che la decisione della controversie venisse adottata da arbitri imparziali è stata potenziata attraverso (i) un nuovo caso di ricusazione, valido per tutti gli arbitri, in aggiunta a quelli previsti dall'art. 815 c.p.c., consistente nell'aver “*compilato il progetto o dato parere su di esso, ovvero diretto, sorvegliato o collaudato i lavori, servizi, le forniture*”, o ancora nell'aver “*espresso un giudizio o parere sull'oggetto delle controversie*”; (ii) un nuovo caso di ricusazione limitato all'arbitro iscritto all'albo della Camera arbitrale e nominato dalla medesima Camera, ove questi abbia svolto incarichi professionali, compreso l'arbitro di parte, in favore delle parti di giudizi arbitrali, nel triennio di appartenenza all'albo; (iii) il controllo per il presidente del collegio nominato sull'accordo delle parti affinché non abbia, negli ultimi tre anni “*esercitato le funzioni di arbitro di parte o di difensore*” in arbitrati regolati dall'art. 241 c.c.p. (e non quelli regolati dall'art. 243 c.c.p.).

3. *La composizione del collegio arbitrale e le modalità di nomina degli arbitri.*

Per quanto riguarda la composizione del collegio arbitrale, gli artt. 241 e ss. c.c.p. prevedono in ogni caso un collegio arbitrale formato da tre arbitri, due dei quali

nominati dalle parti, il terzo “*scelto dalle parti, o su loro mandato dagli arbitri di parte*” oppure, in caso di mancato accordo, nominato dalla Camera arbitrale (art. 241, comma 15, c.c.p.).

Il secondo comma dell'articolo 241 c.c.p. stabilisce che ai giudizi arbitrali si applicano le norme del codice di procedura civile, salve le deroghe espressamente indicate e previste dallo stesso codice dei contratti pubblici.

In definitiva, quindi, all'arbitrato relativo ai contratti pubblici, si applicano *in toto* le disposizioni del codice di rito (artt. 806 e ss.), e le norme speciali e derogatorie del codice dettate dall'art. 241 c.c.p. (con le eccezioni contenute dal comma 3 al comma 15).

Una prima differenza rispetto alla disciplina generale dell'arbitrato riguarda il numero degli arbitri; l'art. 241 c.c.p. indica tre membri¹⁵⁶, mentre l'art. 809 c.p.c. stabilisce che possono essere uno o più membri, purché in numero dispari¹⁵⁷.

La seconda differenza attiene ai casi di incompatibilità riferiti agli arbitri; infatti l'arbitro può essere ricusato, oltre che nelle circostanze contemplate dall'art. 52 c.p.c. e dall'art. 815 c.p.c., anche quando abbia “*compilato il progetto o dato parere su esso, ovvero diretto, sorvegliato o collaudato i lavori, i servizi, le forniture cui si riferiscono le controversie, o quando infine abbia espresso*

¹⁵⁶ Infatti al terzo comma è precisato che “*Il collegio arbitrale è composto da tre membri*”.

¹⁵⁷ Seppure l'art. 241 c.c.p. non presidia la composizione del collegio a tre e le modalità di nomina ivi previste con l'espressa sanzione di nullità, l'applicabilità, sancita dall'art. 241, comma 2, c.c.p. delle disposizioni del codice di procedura civile “*salvo quanto disposto dal presente codice*”, non lascia dubbi sul fatto che, in deroga a quanto previsto nell'art. 809 c.p.c., le parti non siano libere di scegliere il numero e le modalità di nomina degli arbitri difformemente da quanto stabilito nell'art. 241 c.c.p..

un giudizio o parere sull'oggetto delle controversie stesse anche ai sensi dell'articolo 240" (art. 241, comma 6)¹⁵⁸.

La terza differenza riguarda il regime dei compensi¹⁵⁹; negli arbitrati regolati dal codice di procedura civile (art. 814 c.p.c.) la determinazione del compenso degli arbitri ha natura di proposta che deve essere accettata dalle parti e, solo qualora manchi l'accettazione, il compenso è determinato dal presidente del tribunale. Negli arbitrati liberi, disciplinati dal codice dei contratti pubblici, invece, la determinazione del compenso è demandata al collegio arbitrale che emana una "*ordinanza di liquidazione del compenso e delle spese arbitrali, nonché del compenso e delle spese per la consulenza tecnica*" la quale "*costituisce titolo per l'ingiunzione di cui all'art. 633 del codice di procedura civile*". I criteri di determinazione sono poi quelli fissati dal decreto ministeriale 398/2000 (art. 241, comma 12, c.c.p.).

Per quanto concerne le modalità di nomina degli arbitri, una brevissima precisazione esige l'art. 241, commi 5 e 15, c.c.p., in forza del quale "*il presidente del collegio arbitrale è scelto dalle parti, o su loro mandato dagli arbitri di parte*" e solo "*in caso di mancato accordo*" (si veda *infra* par. 5) dalla Camera arbitrale.

¹⁵⁸ Come è stato giustamente notato in dottrina (Ruffini G., Polinari J., *Art. 815. Ricusazione degli arbitri*, in *Codice di procedura civile commentato*, a cura di Consolo C. e Luiso F.P., Milano, 2007, III, 5838) tale previsione potrebbe anche far pensare che il legislatore abbia voluto trasformare i motivi di ricusazione *ex art. 815 c.p.c.*, in motivi di incapacità degli arbitri ad assumere l'incarico, con l'aggiunta, inoltre, delle fattispecie di cui all'ultima parte del comma in esame. Se effettivamente ciò fosse il senso dell'art. 241, comma 6, c.c.p., si avrebbe la rilevante conseguenza che in tutti i casi previsti in tale disposizione, la parte potrebbe impugnare il lodo arbitrale ai sensi dell'art. 829, comma 1, n. 3 c.p.c..

¹⁵⁹ Sul punto si veda *infra* cap. IV.

Si precisa che l'alternativa tra accordo delle parti o degli arbitri di parte non è da intendersi in senso tassativo, ma deve ritenersi meramente esemplificativa delle opzioni di cui dispongono le parti.

Infatti l'art. 241 c.c.p. affida alle parti la scelta del terzo arbitro, non solo nel senso che possono sceglierlo esse stesse direttamente di comune accordo oppure possono affidarne la scelta agli arbitri da esse nominati, ma anche nel senso che esse possono affidarne la nomina ad un terzo¹⁶⁰.

Con riferimento al caso specifico in cui le parti si siano affidate per la nomina del presidente agli arbitri di parte, potrebbe sorgere il dubbio se l'arbitro nominato dal presidente del tribunale *ex art. 810 c.p.c* in sostituzione della parte inadempiente, sia legittimato ad accordarsi con l'altro arbitro per la nomina del presidente del collegio.

In altre parole, dal momento che l'art. 241, comma 5, c.c.p. individua come possibili mandatari delle parti gli "arbitri di parte", tale espressione potrebbe essere intesa sia nel senso che gli unici legittimati a ricevere il mandato siano gli arbitri nominati da ciascuna parte, sia nel senso che tale legittimazione spetti anche all'arbitro che avrebbe dovuto nominare la parte ma che, in mancanza di tale nomina, è stato nominato dal presidente del tribunale.

Secondo autorevole dottrina¹⁶¹, il fatto che sia intervenuto il presidente del tribunale *ex art. 810 c.p.c.* non fa venir meno la qualifica di "arbitro di parte" in

¹⁶⁰ Secondo parte della dottrina (Odorisio E., in Punzi C., *Disegno sistematico dell'arbitrato*, 2a ed., III, Padova 2012, p. 204) non può escludersi anche il ricorso ad un'istituzione che amministri arbitrati, sempre che il regolamento dell'istituzione sia compatibile con le previsioni inderogabili di cui all'art. 241 c.c.p..

¹⁶¹ In merito si veda Odorisio E., in Punzi C., *Disegno sistematico dell'arbitrato*, *op. cit.*, p. 204

colui che è stato nominato, sicché si deve riconoscere che nel caso in cui le parti abbiano affidato il potere di nominare il terzo arbitro agli arbitri da esse nominati, tale potere spetti anche all'arbitro eventualmente nominato *ex art. 810 c.p.c.*

4. *La nomina degli arbitri di parte e la fase introduttiva del procedimento.*

Anche se il codice dei contratti pubblici non ha riprodotto la disciplina precedentemente contenuta nell'art. 2 del decreto ministeriale n. 398 del 2000 dedicata in modo specifico alla domanda di arbitrato, all'atto di resistenza del convenuto ed alle controdeduzioni dell'attore, sia l'art. 241, comma 4, che l'art. 243, comma 2, c.c.p., continuano a far riferimento alla “*domanda di arbitrato*”, all' “*atto di resistenza*” ed alle “*eventuali controdeduzioni*”¹⁶².

Tali disposizioni esigono alcune spiegazioni (i) sia nella misura in cui, riferendosi alla domanda di arbitrato, all'atto di resistenza ed alle eventuali controdeduzioni, evocano atti solo in parte rinvenibili anche nella disciplina dell'arbitrato di diritto comune, (ii) sia nella misura in cui, legando la nomina dell'arbitro di parte alla domanda di arbitrato, potrebbero dar vita ad una deviazione rispetto alla disciplina ordinaria.

¹⁶² L'art. 241, comma 4, c.c.p., in particolare, prevede che “*ciascuna delle parti, nella domanda di arbitrato o nell'atto di resistenza alla domanda, nomina l'arbitro di propria competenza tra soggetti di particolare esperienza nella materia oggetto del contratto cui l'arbitrato si riferisce*”, mentre l'art. 243, comma 2, c.c.p. stabilisce che “*la domanda di arbitrato, l'atto di resistenza ed eventuali controdeduzioni, vanno trasmesse alla Camera arbitrale ai fini della nomina del terzo arbitro*”.

La prima problematica può essere risolta abbastanza rapidamente.

Mentre non occorre alcuna spiegazione in merito alla “*domanda di arbitrato*”, che non può che coincidere con l'atto con il quale si propone la domanda nel giudizio arbitrale a cui fanno riferimento diverse disposizioni del nostro ordinamento¹⁶³, qualche dubbio potrebbe sorgere sul significato da attribuirsi all’“*atto di resistenza*”, di cui non v'è traccia all'interno del codice di rito.

Ci si potrebbe, infatti, chiedere se con questa espressione il legislatore abbia voluto imporre alla parte convenuta il compimento di un atto diverso da quello sufficiente ai sensi dell'art. 810 c.p.c.

In realtà, al predetto quesito si può rispondere nel senso che non è possibile differenziare l’“*atto di resistenza*” da quello menzionato all'art. 810 c.p.c.; e ciò in quanto il legislatore, pur mantenendo la denominazione di “*atto di resistenza*” utilizzata nell'art. 2 del d.m. n. 398 del 2000, non ha riprodotto nella nuova disciplina l'obbligo ivi previsto di proporre in tale atto la propria risposta e “*le eventuali domande riconvenzionali*”¹⁶⁴.

Per quanto riguarda, infine, il richiamo alle “*eventuali controdeduzioni*” di cui all'art. 243, comma 2, c.c.p., si tratta, anche in questo caso di un riferimento frutto di

¹⁶³ Cfr. art. 669-*octies*, comma 5, c.p.c., artt. 2652, ultimo comma, 2653, ultimo comma, 2690, ultimo comma, 2691, comma 2, 2943, comma 4, c.c.

¹⁶⁴ Si deve, pertanto, ritenere che il convenuto nell’ “*atto di resistenza*” possa anche limitarsi a nominare il proprio arbitro, senza che la mancata presa di posizione in ordine alle pretese *ex adverso* avanzate, possa comportare alcuna preclusione.

un'errata trasposizione delle norme del precedente sistema¹⁶⁵.

Assai più articolata è invece l'analisi della seconda questione relativa al rapporto tra domanda di arbitrato e nomina dell'arbitro.

Com'è noto, a seguito della riforma del 1994, il tema della domanda di arbitrato ha visto la dottrina divisa fondamentalmente in due diversi schieramenti¹⁶⁶.

Secondo un primo orientamento, il legislatore del 1994 avrebbe descritto nel triplice atto a cui fanno riferimento le norme novellate il contenuto essenziale dell'atto introduttivo del giudizio arbitrale, nel senso che l'atto carente di tale triplice contenuto sarebbe inidoneo ad attivare il giudizio arbitrale¹⁶⁷.

¹⁶⁵ L'art. 2, comma 2, d.m. n. 398 del 2000 prevedeva, infatti, espressamente, che dopo la notifica dell'atto di resistenza l'attore avrebbe potuto notificare eventuali controdeduzioni, sicché è a quest'ultimo atto a cui fa riferimento la disposizione in esame, la quale, tuttavia, non tiene conto che nel codice dei contratti pubblici l'art. 2, comma 2, d.m. n. 398 del 2000 non è stato riprodotto. Nonostante ciò, non si può escludere, né ritenere illegittimo, che l'attore notifici un ulteriore atto al convenuto.

¹⁶⁶ Basilico G., *Spunti in tema di domanda di arbitrato*, in *Riv. arb.*, 1997, 599 ss.; Borghesi D., *La domanda di arbitrato*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1997, 901; Consolo C., *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, Torino, 2010, 195 ss.; Della Pietra G., *L'atto introduttivo*, in *AA.Vv., Diritto dell'arbitrato*, a cura di Verde G., 3a ed., Torino, 2005, 165 ss.; Muroli R., *La pendenza del giudizio arbitrale*, Torino, 2008, 54 ss.; Punzi C., *Disegno sistematico dell'arbitrato*, op. cit., I, 496 ss.; Saletti A., *La domanda di arbitrato e i suoi effetti*, in *Riv. arb.*, 2002, 665 ss.; Salvaneschi L., *La domanda di arbitrato*, in *Riv. dir. proc.* 1995, 645 ss.; Tommaseo F., *La domanda d'arbitrato*, op. cit., 169 ss.; Trisorio Liuzzi G., *La fase introduttiva del procedimento arbitrale*, in *Judicium.it*, 2006, 695; Verde G., *L'introduzione del processo arbitrale (premesse ricostruttive)*, in *Riv. arb.*, 1996, 21 ss.; cfr. in precedenza ID., *Effetti processuali e sostanziali dell'atto di nomina dell'arbitro*, in *Riv. arb.*, 2001, 296 ss.

¹⁶⁷ Sia l'art. 669-octies, comma 5, c.p.c., che gli artt. 2652, ultimo comma, 2653, ultimo comma, 2690, ultimo comma, 2691, comma 2, 2943, comma 4, cc., fanno riferimento all'atto con il quale la parte dichiara "la propria intenzione di promuovere il procedimento arbitrale, propone la domanda e procede, per quanto le spetta, alla nomina degli arbitri".

Per un secondo e prevalente orientamento, invece, la novella del 1994 avrebbe avuto una portata assai più limitata. In particolare, il legislatore si sarebbe limitato a prevedere un onere a carico della parte che voglia ottenere determinati effetti¹⁶⁸, senza precludere la possibilità di avviare la procedura arbitrale nei modi usuali¹⁶⁹.

Tenendo presente l'esistenza di questo dibattito e tornando alla normativa speciale del codice dei contratti pubblici, è chiaro che, se si segue la prima tesi illustrata, l'art. 241 c.c.p. non fa sorgere particolari problemi.

Anche il giudizio in questione deve essere avviato secondo il nuovo modello individuato dal legislatore del 1994, con l'unica particolarità che l'arbitro deve essere scelto tra soggetti con particolare esperienza nella materia oggetto del contratto cui l'arbitrato si riferisce (art. 241, comma 4, c.c.p.)¹⁷⁰.

¹⁶⁸ Secondo la dottrina gli effetti prodotti dal triplice atto sarebbero non solo quelli espressamente previsti dal legislatore del 1994, ma tutti quelli che si producono per effetto della proposizione di una domanda giudiziale (cfr. ad esempio, artt. 948, 1148, 1165 c.c.) (Trisorio Liuzzi G., *La fase introduttiva del procedimento arbitrale*, op. cit., 712).

¹⁶⁹ Consolo C., *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, op. cit., 195 ss.; Della Pietra G., *L'atto introduttivo*, op. cit., 169 ss.; Punzi C., *Disegno sistematico dell'arbitrato*, op. cit., I, 496 ss.; Tommaseo F., *La domanda d'arbitrato*, in *Riv. arb.* 2001, 175 ss. La dottrina ha osservato che comunque l'atto di nomina dell'arbitro deve contenere "una generica enunciazione del tema della controversia" (Saletti A., *La domanda di arbitrato e i suoi effetti*, in *Riv. arb.*, 2002, 672).

¹⁷⁰ In dottrina ci si è chiesti che rilevanza rivesta una tale qualità degli arbitri. Secondo un'isolata linea di pensiero (Carbone P., *Prime considerazioni sulla disciplina del contenzioso contenuta nel d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163*, in *Riv. trim. app.*, 2006, p. 833) un'eventuale carenza di esperienza da parte dell'arbitrato potrebbe essere alla base di un'istanza di ricusazione ex art. 815, comma 1, n. 1, c.p.c. e anche di un'impugnazione del lodo ex art. 829, comma 1, n. 2, c.p.c.; secondo altri, invece, legittimerebbe la controparte a non accettare la nomina effettuata la controparte (Corsini M., *L'arbitrato*, in Aa. Vv., *Trattato sui contratti pubblici*, VI, *Il contenzioso*, Milano, 2008, p. 3824). Secondo la dottrina maggioritaria (Matassa N., *La Camera Arbitrale per i lavori pubblici*, in Aa. Vv., *L'attuazione della legge quadro sui lavori pubblici*, a cura di Carbone L., Caringella e De

L'attore, quindi, deve notificare alla controparte un atto contenente, oltre alla domanda di arbitrato ed alla dichiarazione di voler promuovere il procedimento arbitrale, l'atto di nomina dell'arbitro di propria competenza con l'invito rivolto alla controparte a nominare il proprio arbitro ai sensi dell'art. 810 c.p.c.¹⁷¹.

Per quanto concerne la parte destinataria dell'atto introduttivo del giudizio, vale, invece, quanto previsto dall'art. 810 c.p.c.; pertanto deve, nel termine di venti giorni dalla notifica dell'atto, notificare a sua volta per iscritto le generalità dell'arbitro da essa nominato con “atto di resistenza”.

Se, invece, si decide di sposare la diversa e prevalente tesi secondo la quale nel sistema dell'arbitrato di diritto comune, salvo che per gli effetti previsti dalla legge, la parte può introdurre (come in passato) il giudizio arbitrale con la sola istanza di nomina dell'arbitro di propria competenza, riservando ad un secondo momento la formulazione dettagliata della domanda di arbitrato, la lettera dell'art. 241 c.c.p. suscita alcuni interrogativi.

In particolare, la previsione secondo cui la nomina dell'arbitro di propria competenza viene fatta “nella domanda di arbitrato”, potrebbe far pensare che nel

Marzo, Milano, 2000, p. 723; Odorisio E., *Arbitrato rituale e lavori pubblici*, op. cit., 589) invece, l'esigenza che l'arbitro abbia “una particolare esperienza” è da intendersi come una mera esortazione alle parti, e come tale, priva di rilevanza giuridica.

¹⁷¹ Se si segue quest'impostazione, pertanto, la risposta all'interrogativo se la nomina dell'arbitro possa essere effettuata in un momento successivo a quello di proposizione della domanda di arbitrato (Dapas A., in Dapas A., Viola L., *L'arbitrato nel nuovo codice dei contratti pubblici*, Milano 2007, 114), non può che essere negativa. Per l'invalidità della domanda arbitrale difforme dallo schema previsto dal legislatore, si veda Salvaneschi L., *La domanda di arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 648 ss.; Trisorio Liuzzi G., *La fase introduttiva del procedimento arbitrale*, op. cit., 713 ss.

giudizio arbitrale in esame la nomina dell'arbitro e proposizione della domanda di arbitrato debbano essere contestuali, e potrebbe, quindi, indurre a chiedersi quali conseguenze vi siano in caso di nomina dell'arbitro senza formulazione della domanda e, viceversa, in caso di proposizione della domanda senza nomina dell'arbitro.

Per rispondere a questi interrogativi, è necessario distinguere tra la procedura arbitrale di cui all'art. 241 c.c.p., e quella di cui all'art. 243 c.c.p.

Per quanto riguarda l'arbitrato di cui all'art. 241 c.c.p., la sola formulazione letterale del quarto comma è troppo generica per farne discendere addirittura l'obbligo di contestualità tra domanda di arbitrato ed atto di nomina dell'arbitro, né nelle altre disposizioni di cui all'art. 241 c.c.p. compare nulla che possa giustificare una deviazione dalla disciplina di diritto comune. È quindi possibile che, come è ammesso nell'arbitrato di diritto comune, l'attore nomini il proprio arbitro, limitandosi ad una generica indicazione dell'oggetto della controversia, e che la formulazione della vera e propria domanda di arbitrato venga effettuata in un secondo momento, anche dopo la costituzione del collegio arbitrale.

Il discorso è, invece, leggermente diverso per l'arbitrato di cui all'art. 243 c.c.p.

Rispetto a tale procedura arbitrale, in particolare, occorre tenere presente che la proposizione della domanda di arbitrato contestualmente alla nomina dell'arbitro è funzionale alla successiva nomina del terzo arbitro da parte della Camera arbitrale. Quest'ultima, infatti, può determinare l'acconto del corrispettivo arbitrale ai sensi dell'art. 243, comma 5, c.c.p., solo se è in grado, grazie

alla domanda di arbitrato, di stabilire il valore della controversia¹⁷².

Alla luce di questi elementi si deve allora ritenere che nella procedura arbitrale di cui all'art. 243 c.c.p., l'eventuale nomina dell'arbitro, senza contestuale proposizione della domanda di arbitrato, legittimi la Camera a rifiutare la nomina del terzo arbitro, visto che l'accettazione delle parti non risulta essere conforme alla sua proposta. In tal caso, ovviamente, nulla impedisce alla Camera di sollecitare le parti ad integrare l'istanza di nomina con la domanda di arbitrato.

Si può anche aggiungere che, in realtà, ciò che rileva non è tanto che la domanda di arbitrato sia contestuale alla nomina dell'arbitro, quanto che sia precedente alla presentazione dell'istanza alla Camera arbitrale. È quindi anche ammissibile che la domanda di arbitrato venga proposta dopo la nomina dell'arbitro di parte, ma prima del deposito dell'istanza per la nomina del terzo arbitro, proprio per essere depositata insieme a quest'ultima.

Passando adesso ad esaminare le conseguenze derivanti dalla proposizione della domanda di arbitrato senza contestuale nomina dell'arbitro di propria competenza, è innanzitutto agevole constatare che, evidentemente, e per entrambe le procedure arbitrali, la semplice notifica della domanda di arbitrato senza nomina del proprio arbitro non fa sorgere nella controparte il dovere di notificare la nomina del proprio ai sensi dell'art. 810 c.p.c.

¹⁷² Non a caso l'art. 243, comma 2, c.c.p. prevede espressamente che “*ai fini della nomina del terzo arbitro*” la domanda di arbitrato deve essere trasmessa alla Camera arbitrale.

In secondo luogo, si deve poi osservare che, per quanto concerne procedura arbitrale di cui all'art. 243 c.c.p., fino a quando non vi stata la nomina degli arbitri di parte, la Camera arbitrale può legittimamente rifiutarsi di procedere alla nomina del terzo arbitro, visto che, anche in tal caso, l'accettazione delle parti non sarebbe conforme proposta della Camera. In tal senso, se è vero che l'art. 243, comma 2, c.c.p. attribuisce alla Camera arbitrale il dovere di nominare il terzo arbitro in seguito alla trasmissione della domanda di arbitrato dell'atto di resistenza, senza espressamente menzionare gli atti di nomina, il complesso delle disposizioni di cui all'art. 243 c.c.p. dà per scontato che la Camera interviene solo dopo che i due arbitri di parte stati nominati. In tal senso, è sufficiente notare che sia l'art. 241, comma 15, c.c.p., che l'art. 243, comma 2, c.c.p., definendo l'arbitro nominare da parte della Camera arbitrale come “*terzo arbitro*”, suppongono, appunto, che gli altri due arbitri siano stati già nominati.

5. *Il “mancato accordo” delle parti per la nomina del terzo arbitro.*

Riguardo alla nomina effettuata dalla Camera arbitrale, l'art. 241, comma 15, c.c.p. subordina l'intervento della Camera al “*mancato accordo*” delle parti per la nomina del terzo arbitro.

In dottrina ci si è chiesti se vi siano delle formalità particolari che debbano essere osservate al fine di integrare il requisito del “*mancato accordo*”¹⁷³.

La risposta è negativa, nel senso che è sufficiente l'istanza di parte per la nomina ad opera della Camera arbitrale, non essendo necessario alcun atto di diffida o alcuna decorrenza di termini¹⁷⁴.

Il potere di intervento della Camera arbitrale di nominare il terzo arbitro sorge non appena vi sia il mancato accordo, e l'avveramento di tale condizione è rimessa alla mera volontà di ciascuna delle parti, sicché, ai sensi dell'art. 241 c.c.p., non rileva il motivo per il quale le parti non si siano messe d'accordo, né se non vi sia stato neanche un tentativo di accordo tra le stesse¹⁷⁵.

Tra l'altro, la lettera della legge non esclude la possibilità che il mancato accordo delle parti risulti già nella convenzione di arbitrato, essendo quindi ben possibile che sin dalla stipulazione della convenzione di arbitrato le parti decidano che il terzo arbitro venga nominato dalla Camera arbitrale.

Una prima ipotesi che fa sorgere alcune incertezze si ha nel caso in cui, nonostante le parti abbiano raggiunto un accordo sul terzo arbitro ed abbiano proceduto alla nomina, una delle parti od entrambe vogliano comunque

¹⁷³ Carbone P., *Prime considerazioni sulla disciplina del contenzioso contenuta nel d.lgs. 12 aprile 2006, n.163, op. cit.*, 835; De Nictolis R., *Il nuovo contenzioso in materia di appalti pubblici, op. cit.*, 824.

¹⁷⁴ Così, anche, Corsini M., *L'arbitrato*, in AA.Vv., *Trattato sui contratti pubblici*, VI, *Il contenzioso, op. cit.*, 3822.

¹⁷⁵ Si veda, in termini analoghi, TAR Lazio, sez. III, 7 maggio 2007, n. 4026, in *Giur. it.*, 2007, 2339, secondo il quale il mancato accordo non consiste necessariamente in una interruzione delle trattative negoziali volte alla nomina del terzo arbitro. Nel caso di specie il ricorrente lamentava che la controparte non aveva risposto alla proposta di nomina congiunta del terzo arbitro ed aveva chiesto alla Camera arbitrale la nomina del presidente del collegio.

rivolgersi alla Camera arbitrale affinché sia essa a nominare il terzo arbitro.

La questione deve essere affrontata tenendo presente che i rapporti che vengono in rilievo sono due: il contratto di arbitrato ed il contratto di amministrazione di arbitrato.

Per quanto riguarda il contratto di arbitrato, occorre distinguere tra il momento in cui alle parti non sia ancora pervenuta l'accettazione dell'arbitro, e quello in cui invece l'accettazione sia ad esse già pervenuta.

Prima che le parti abbiano conoscenza dell'accettazione dell'arbitro, stando alla tesi maggioritaria, non essendosi ancora perfezionato il contratto di arbitrato tra esse e gli arbitri, il tutto si risolve nel chiedersi se sia o meno possibile revocare la proposta di nomina effettuata.

Secondo autorevole dottrina¹⁷⁶, dal momento la proposta di nomina è un atto congiunto di entrambe le parti, se entrambe sono d'accordo nel revocare la proposta di nomina, si è in presenza di una revoca della proposta pienamente legittima ai sensi dell'art. 1328, comma 1, c.c., finché il contratto non è concluso.

Se viceversa, non vi è accordo tra le parti, la proposta non può essere revocata da una sola di esse, sicché la stessa conserva la propria efficacia e, se seguita dall'accettazione dall'arbitro, porta alla conclusione del contratto di arbitrato.

Dopo che le parti abbiano avuto conoscenza dell'accettazione dell'arbitro, poiché il contratto di arbitrato deve ritenersi già concluso *ex art.* 1326, primo comma, c.c., deve invece escludersi, ai sensi dell'art. 1328, primo comma, c.c., che sia possibile procedere alla revoca

¹⁷⁶ Odorisio E., *Arbitrato rituale e lavori pubblici*, *op. cit.*, 589.

Tesi di dottorato “*La disciplina arbitrale nei contratti pubblici*”
Dott. Giovanni Battista De Luca discussa presso l’Università Luiss
Guido Carli. Non riproducibile, in tutto o in parte, se non con il
consenso scritto dell’autore.

della proposta, anche nell'ipotesi in cui entrambe le parti siano d'accordo.

Le parti possono tuttavia decidere di recedere dal contratto ai sensi dell'art. 2237 c.c., avendo però l'obbligo, così come prescritto in tale disposizione, di rimborsare all'arbitro le spese sostenute e corrispondergli il compenso per l'opera svolta.

Più complesso è invece il problema sul versante del contratto di amministrazione di arbitrato.

Si tratta di chiedersi se, nonostante le parti siano d'accordo per la nomina del terzo arbitro, sia comunque possibile rivolgersi alla Camera per ottenere la nomina del terzo arbitro.

Nessun problema si pone nel caso in cui le parti abbiano deciso di revocare la nomina del terzo arbitro o di recedere dal contratto di arbitrato, pur con le conseguenze prima ricordate, visto che in tali casi verrebbe meno l'accordo di cui all'art. 241, comma 15, c.c.p.

Il problema sussiste, invece, nel caso in cui le parti, a seconda che la nomina sia stata o meno già accettata dal terzo arbitro, non abbiano concordemente receduto dal contratto di arbitrato, o non abbiano concordemente revocato la proposta al terzo arbitro.

La questione è assai delicata, in quanto, se da un lato sembrerebbe che, essendoci un accordo tra le parti, la Camera non potrebbe procedere alla nomina del terzo arbitro, dall'altro lato nel codice non è previsto in alcun modo che la Camera possa essere informata dell'esistenza dell'accordo ostativo al proprio intervento, né è previsto che la Camera arbitrale, prima di procedere alla nomina del terzo arbitro, debba sentire le parti.

Si deve allora ritenere che, salvo il caso in cui l'esistenza di un pregresso accordo sul terzo arbitro risulti già negli atti trasmessi alla Camera, quest'ultima non può che procedere alla nomina del terzo arbitro. Ciò ovviamente non impedirà che il mancato rispetto delle modalità di nomina degli arbitri venga fatto valere dalla parte, prima nel corso del giudizio arbitrale, e dopo in sede di impugnazione per nullità ex art. 829, comma 1, n. 2, c.p.c.

Una seconda situazione che potrebbe far sorgere qualche incertezza, si verifica nel caso in cui, dopo la presentazione dell'istanza per la nomina del terzo arbitro, le parti raggiungano ad un accordo sul terzo arbitro e vogliano, quindi, rinunciare alla nomina da parte della Camera arbitrale.

Il problema, anche in questo caso, deve essere affrontato e risolto tenendo distinti, da un lato, il contratto di amministrazione di arbitrato e, dall'altro, il contratto di arbitrato.

Una volta depositata la domanda con l'istanza di nomina del terzo arbitro, la Camera arbitrale ha avuto conoscenza dell'accettazione della propria proposta, sicché il contratto di amministrazione dell'arbitrato si è perfezionato. La comunicazione delle parti alla Camera del sopravvenuto accordo sulla nomina del terzo arbitro equivale, pertanto, ad una revoca dell'accettazione, priva di efficacia in quanto giunta a conoscenza del proponente solo dopo la comunicazione dell'accettazione della proposta (art. 1328, secondo comma, c.c.).

In questo caso, pertanto, la Camera, se non ha ancora provveduto, deve dar seguito all'originaria istanza ed alla conseguente costituzione del collegio arbitrale¹⁷⁷.

Qualora l'istituzione abbia già proceduto alla nomina del terzo arbitro con funzioni di presidente, le parti oltre a recedere dal contratto di amministrazione di arbitrato, devono anche revocare la proposta di nomina effettuata in loro nome e per loro conto dalla Camera arbitrale, se il contratto di arbitrato non si è ancora perfezionato, o se viceversa il contratto di arbitrato con il terzo arbitro nominato dalla Camera si è già perfezionato, devono recedere da quest'ultimo contratto di arbitrato, con le stesse conseguenze prima ricordate di cui all'art. 2237 c.c.

6. La nomina del terzo arbitro da parte della Camera arbitrale: la valutazione di amministrabilità dell'arbitrato.

Per quanto concerne la nomina del terzo arbitro da parte della Camera arbitrale, la prima questione che occorre affrontare è quella concernente i poteri della Camera in questa delicata fase iniziale del procedimento.

Il problema è, in buona sostanza, quello di capire in quale misura la Camera possa eventualmente decidere di

¹⁷⁷ Secondo Odorisio E., *Arbitrato rituale e lavori pubblici, op. cit.*, 590, ciò non toglie che le parti possano decidere di recedere dal contratto di amministrazione dell'arbitrato, e in tal caso però, a mio avviso, dovrebbe trovare applicazione l'art. 1725 c.c., con obbligo quindi delle parti di tenere indenne la Camera delle spese sostenute ed eventualmente dei danni. Non si può, infatti, ritenere che il raggiungimento di un accordo sul terzo arbitro integri gli estremi della "giusta causa" di cui all'art. 1725 c.c.

non procedere alla nomina, e quindi di non amministrare l'arbitrato.

Si tratta di un problema classico in materia di arbitrato amministrato, che i regolamenti delle varie istituzioni arbitrali risolvono spesso attribuendo all'istituzione “*il potere di verificare prima facie che la risoluzione della controversia possa essere affidata all'arbitrato amministrato*”¹⁷⁸, e cioè di verificare l'esistenza e la validità della convenzione di arbitrato e del contratto di amministrazione di arbitrato.

La previsione nei regolamenti di un tal potere dell'istituzione assolve alla finalità di evitare che l'istituzione decida di amministrare procedure che invece non dovrebbe amministrare.

All'uopo si deve tenere presente che se l'istituzione, rischiando di porre in essere un inadempimento contrattuale con conseguente responsabilità anche per i danni eventualmente subiti dalle parti, decide erroneamente di non amministrare l'arbitrato, pone in essere un inadempimento contrattuale, esponendosi non solo all'azione di condanna o di risoluzione (*ex art. 1453 c.c.*), ma anche a quella risarcitoria.

Laddove, invece, il regolamento preveda il potere di verifica *prima facie*, l'istituzione, se rifiuta erroneamente di amministrare la procedura, può sfuggire alla condanna al risarcimento dei danni dimostrando di aver svolto tale verifica secondo l'ordinaria diligenza.

¹⁷⁸ Caponi R., *L'arbitrato amministrato dalle Camere di commercio in Italia*, *op. cit.*, 688.

Tesi di dottorato “*La disciplina arbitrale nei contratti pubblici*”
Dott. Giovanni Battista De Luca discussa presso l'Università Luiss
Guido Carli. Non riproducibile, in tutto o in parte, se non con il
consenso scritto dell'autore.

Com'è stato osservato in dottrina¹⁷⁹ “la possibilità di commettere un errore nonostante l'impiego dell'ordinaria diligenza è intrinseca ad una verifica prima facie e le parti hanno accettato questo rischio, concedendo all'istituzione tale potere”.

Inoltre, “se nel caso concreto la verifica prima facie si è rivelata un problema tecnico di speciale difficoltà, l'istituzione non risponde dei danni, se non in caso di dolo o colpa grave (art. 2236 c.c.)”¹⁸⁰.

Se si condivide quest'impostazione, poiché il codice dei contratti pubblici non prevede alcun potere da parte della Camera arbitrale di verificare l'amministrabilità della procedura arbitrale nel momento in cui le viene richiesta la nomina del terzo arbitro, si deve allora concludere che la Camera se rifiuta erroneamente di amministrare l'arbitrato (e quindi non nomina il terzo arbitro) si espone non solo all'azione delle parti di condanna ad adempiere o di risoluzione del contratto, ma anche a quella di risarcimento danni¹⁸¹.

¹⁷⁹ Caponi R., *L'arbitrato amministrato dalle Camere di commercio in Italia*, op. cit., 690. Secondo autorevole dottrina tali previsioni escluderebbero del tutto la responsabilità dell'istituzione.

¹⁸⁰ Caponi R., *L'arbitrato amministrato dalle Camere di commercio in Italia*, op. cit., 690.

¹⁸¹ In dottrina è stato osservato che se la verifica *prima facie* ha esito positivo, ma gli arbitri accertano successivamente l'insussistenza dei presupposti per l'arbitrato amministrato e quindi la loro carenza di *potestas iudicandi*, “tale accertamento rivela ora per allora l'inefficacia (nel senso più lato) dell'accettazione ad opera delle parti della proposta contrattuale dell'istituzione” sicché “il contratto di amministrazione di arbitro è inefficace” e “non sussistono gli estremi per una responsabilità contrattuale dell'istituzione., salva ovviamente la possibilità di una eventuale responsabilità precontrattuale (Caponi R., *L'arbitrato amministrato dalle Camere di commercio in Italia*, op. cit., 689; ID., *Esame prima facie della clausola compromissoria, responsabilità della camera arbitrale, sindacato giurisdizionale*, op. cit., 93; in senso contrario, per la configurabilità anche in questo caso di una responsabilità contrattuale, v. Vaccarella Rob., *Note in tema di rapporto contrattuale fra le parti e*

7. *Il provvedimento della Camera arbitrale di accoglimento o di rigetto della richiesta di nomina del terzo arbitro.*

Ciò detto in ordine agli eventuali profili di responsabilità della Camera connessi alla decisione di procedere o meno alla nomina richiesta, si deve affrontare il problema relativo all'individuazione del regime giuridico dell'atto con il quale la Camera arbitrale provvede, positivamente o negativamente, sulla istanza di nomina.

Nell'ipotesi in cui la Camera proceda alla nomina, l'atto di nomina potrebbe essere attaccabile sia perché si contesta lo stesso diritto di ottenere la nomina¹⁸², sia perché se ne contestano le specifiche modalità di attuazione¹⁸³.

Il codice di rito, da un lato, stabilisce espressamente che tra le varie modalità di nomina le parti possono anche decidere di affidarsi alla scelta di un terzo (art. 810,

l'istituzione arbitrale e di responsabilità civile di quest'ultima, op. cit., 38). In caso di esito positivo della valutazione *prima facie*, in dottrina è controverso se la parte abbia la possibilità tramite la giurisdizione statale di evitare che l'istituzione amministri l'arbitrato (in senso favorevole, Caponi R., *Esame prima facie della clausola compromissoria, responsabilità della camera arbitrale, sindacato giurisdizionale*, op. cit., 94; *contra*, Bernini E., *L'arbitrato amministrato*, op. cit., 401).

¹⁸² Il caso in cui si imputi alla Camera l'errore di aver accettato l'amministrazione di un arbitrato che non avrebbe dovuto accettare per inesistenza o nullità della convenzione di arbitrato o del contratto di amministrazione di arbitrato

¹⁸³ Il caso in cui si ritenga la nomina non rispettosa delle regole che la disciplinano, come ad esempio allorquando la Camera arbitrale non abbia rispettato i procedimenti da essa stessa predisposti per la nomina.

comma 3, c.p.c.), e dall'altro, non prevede alcuna autonoma impugnazione degli atti di nomina, né di quelli delle parti, né di quello eventualmente effettuato da un terzo¹⁸⁴.

Per quanto riguarda la nomina effettuata dalla Camera arbitrale, non vi sono ragioni per non applicare questi principi generali, sicché l'atto di nomina non è autonomamente impugnabile ed ogni contestazione delle parti può essere fatta nei confronti del lodo in sede di impugnazione ex art. 829 c.p.c.¹⁸⁵.

Per quanto riguarda il caso in cui, invece, la Camera arbitrale adotti un atto negativo in ordine alla richiesta di nomina, v'è da chiedersi se sia possibile rivolgersi al presidente del tribunale (ai sensi dell' art. 810, comma 3, c.p.c.) il quale prevede l'applicabilità del procedimento di cui all'art. 810, comma 2, c.p.c. anche al caso in cui la nomina sia demandata ad un terzo e questi non vi abbia provveduto.

Sulla questione in generale delle conseguenze sulla convenzione di arbitrato del rifiuto dell'istituzione di amministrare l'arbitrato, è intervenuto il legislatore nel novellato art. 832, comma 6, c.p.c., il quale ha stabilito che “*se l'istituzione arbitrale rifiuta di amministrare*

¹⁸⁴ Ciò in quanto qualsiasi vizio relativo alle nomine rifluisce nel lodo, e qualsiasi contestazione al riguardo può essere effettuata attraverso l'impugnazione dello stesso ex art. 829, comma 1, n. 1, c.p.c. per il caso di invalidità della convenzione di arbitrato ovvero ex art. 829, comma 1, n. 2, se sono state violate le forme e i modi prescritti dalle parti o dalla legge.

¹⁸⁵ Spunti in questo senso possono trarsi in Luiso F.P., *L'arbitrato amministrato nelle controversie con pluralità di parti*, in *Riv. arb.* 2001, 616. Non appare, dunque, in alcun modo condivisibile l'idea di ritenere ammissibile il ricorso alla giurisdizione avverso gli atti con i quali il terzo provvede sulla istanza di nomina.

*l'arbitrato, la convenzione d'arbitrato mantiene efficacia e si applicano i precedenti capi di questo titolo*¹⁸⁶”.

Come è stato giustamente osservato in dottrina¹⁸⁷, tale disposizione non esclude che le parti manifestino una diversa volontà, subordinando, ad esempio, l'efficacia della convenzione di arbitrato allo svolgimento della procedura arbitrale in via amministrata.

Tuttavia, in assenza di una diversa volontà delle parti, la disposizione è chiara nel prevedere che qualora la procedura arbitrale non possa svolgersi per il rifiuto dell'istituzione, la convenzione di arbitrato mantiene la propria efficacia e ciascuna delle parti, pertanto, può rivolgersi al presidente del tribunale per la nomina del terzo arbitro ex art. 810 c.p.c.¹⁸⁸.

¹⁸⁶ Bandini A., *L'arbitrato amministrato nella legge di riforma*, in *I contratti*, 2007, 404 ss.; Biavati P., *Art. 832. Rinvio a regolamenti arbitrali*, in Carpi F. (a cura di), *Arbitrato*, commentario diretto da Carpi F., Bologna 2007, 2a ed. 873 ss.; Briguglio A., *La dimensione transnazionale*, in *Riv. arb.* 2005, 679 ss., 696 ss.; Luiso F.P., *Il nuovo articolo 832 c.p.c.*, in *Riv. arb.* 2007, 356; Sali R., *Arbitrato amministrato*, cit., 77; Zucconi Galli Fonseca E., *La nuova disciplina dell'arbitrato amministrato*, *Riv. trim. proc. civ.*, 2008, 1001.

¹⁸⁷ Briguglio A., *La dimensione transnazionale*, op. cit., 698; Zucconi Galli Fonseca E., *La nuova disciplina dell'arbitrato amministrato*, op. cit., 1001.

¹⁸⁸ È ovvio, peraltro, che vi sono dei casi in cui l'art. 832, comma 6, c.p.c. non può trovare applicazione. Tale disposizione trova sicuramente applicazione tutte le volte in cui le parti hanno stipulato una valida convenzione di arbitrato e tuttavia, per i più vari motivi, l'istituzione rifiuta di amministrare l'arbitrato (ad esempio, in quanto le parti hanno imposto l'applicazione al procedimento di alcune regole incompatibili con il proprio regolamento, o in quanto, a suo avviso, la formula utilizzata dalle parti nella convenzione non è sufficiente per radicare l'arbitrato presso quella istituzione). La norma, tuttavia, come è stato subito osservato in dottrina, tende a preservare la volontà compromissoria delle parti, volontà che, pertanto, deve sussistere. Vi sono perciò dei casi in cui il rifiuto dell'istituzione di amministrare l'arbitrato non si traduce necessariamente nella legittima attivazione di un arbitrato *ad hoc*. Ciò avviene, ad esempio, nel caso in cui l'istituzione rifiuta di amministrare l'arbitrato in quanto ritenga nulla o addirittura inesistente la stessa convenzione di arbitrato. In questa ipotesi è chiaro che, quindi, se si intraprende la strada dell'arbitrato *ad hoc* si va incontro al rischio di una pronuncia di incompetenza da parte del collegio arbitrale per nullità o inesistenza della convenzione di arbitrato.

Quanto alle norme da applicare al giudizio arbitrale, in dottrina alcuni hanno osservato che il venir meno della possibilità dell'arbitrato amministrato non fa tuttavia venir meno l'efficacia del rinvio delle parti al regolamento e che pertanto, limitatamente a quelle parti non coinvolgono l'attività della camera, il regolamento continua ad essere applicabile al giudizio arbitrale, il quale, per il resto, si svolgerà secondo le norme di diritto comune¹⁸⁹.

Altri hanno invece osservato che se in linea di principio ciò è anche possibile, di fatto i vari regolamenti arbitrali prevedono costantemente l'intervento dell'istituzione, sicché gli spazi di applicazione del regolamento risultano in realtà, assai ridotti¹⁹⁰.

Secondo altra dottrina¹⁹¹, invece, la disposizione di cui all'art. 832, comma 6, c.p.c. prevede non solo che la convenzione di arbitrato mantiene la propria efficacia, ma anche che “*si applicano i precedenti capi di questo titolo*” con esclusione quindi del capo VI. Perciò, salvo un'espressa diversa dichiarazione di volontà delle parti, il giudizio arbitrale deve svolgersi secondo le regole di diritto comune, senza possibilità di invocare l'applicabilità delle norme del regolamento, quand'anche non implicino l'attività della camera.

L'applicazione di tali principi all'arbitrato amministrato di cui al codice dei contratti pubblici fa sorgere, tuttavia, un problema, dal momento che mentre normalmente le parti possono liberamente scegliere tra arbitrato *ad hoc* ed arbitrato amministrato, gli artt. 241 e ss. c.c.p. impongono

¹⁸⁹ Briguglio A., *La dimensione transnazionale*, op. cit., 698.

¹⁹⁰ Luiso F.P., *Il nuovo articolo 832 c.p.c.*, op. cit., 356.

¹⁹¹ Odorisio E., *Arbitrato rituale e lavori pubblici*, op. cit., 597.

Tesi di dottorato “*La disciplina arbitrale nei contratti pubblici*”
Dott. Giovanni Battista De Luca discussa presso l'Università Luiss
Guido Carli. Non riproducibile, in tutto o in parte, se non con il
consenso scritto dell'autore.

nel proprio ambito applicativo solo ed esclusivamente quest'ultima strada.

Occorre, dunque, chiedersi cosa accade se la Camera arbitrale rifiuta di amministrare un giudizio arbitrale promosso per una delle controversie sottoposte alla disciplina speciale, e se, successivamente, le parti possano legittimamente rivolgersi ad un arbitrato di diritto comune.

Poiché legislatore non ha dato una risposta espressa a tale quesito, le soluzioni in astratto ipotizzabili sono che (i) si potrebbe pensare che l'imposizione alle parti per l'arbitrato amministrato presso la Camera arbitrale venga meno una volta che l'istituzione abbia rifiutato l'arbitrato, e che quindi le parti legittimamente possano seguire la strada dell'arbitrato *ad hoc* e (ii) l'altra soluzione potrebbe essere, invece, quella di ritenere che siccome l'unico arbitrato consentito dalla legge è quello amministrato, se esso per qualsiasi motivo non può svolgersi, le parti non possano che ricorrere alla giurisdizione ordinaria.

Secondo Odorisio¹⁹², nonostante la prima soluzione sarebbe quella più opportuna e ragionevole, se si tiene presente quella che è l'intenzione del legislatore, non v'è dubbio che la seconda appaia la più coerente con la *ratio legis*. Se pertanto la Camera arbitrale rifiuta di amministrare l'arbitrato, le parti, ferma restando la possibilità di agire in giudizio di fronte all'autorità giudiziaria ordinaria al fine di ottenere la condanna della Camera ad amministrare l'arbitrato, non possono che ricorrere alla giurisdizione ordinaria.

¹⁹² Odorisio E., *Arbitrato rituale e lavori pubblici*, op. cit., 589.

Tesi di dottorato “*La disciplina arbitrale nei contratti pubblici*”
Dott. Giovanni Battista De Luca discussa presso l’Università Luiss
Guido Carli. Non riproducibile, in tutto o in parte, se non con il
consenso scritto dell’autore.

8. *La sede dell'arbitrato (art. 243, terzo comma, c.c.p.).*

Per quanto concerne la sede dell'arbitrato, l'art. 241 c.c.p. non prevede alcuna regola particolare, sicché, in ipotesi di arbitrato libero, valgono le regole ordinarie di cui al codice di rito ed in particolare quanto disposto dall'art. 816 c.p.c.¹⁹³.

Alcune precisazioni esige, invece, la previsione di cui all'art. 243, comma 3, c.c.p., a norma della quale, nel caso di arbitrato amministrato, “*le parti determinano la sede del collegio arbitrale, anche presso uno dei luoghi in cui sono situate le sezioni regionali dell'Osservatorio; se non vi è alcuna indicazione della sede del collegio arbitrale, ovvero se vi è accordo fra le parti, questa deve intendersi stabilita presso la sede della Camera arbitrale*”.

In primo luogo, non si può che convenire con quella dottrina che ha osservato che la disposizione in esame, nonostante discorra di “*sede del collegio arbitrale*”, si riferisce pur sempre all'istituto della sede dell'arbitrato di cui all'art. 816 c.p.c.¹⁹⁴.

In secondo luogo, va tenuto presente che il legislatore del 2006 ha modificato il criterio sussidiario di cui all'art. 816 c.p.c., secondo il quale in assenza di determinazione ad opera delle parti o degli arbitri della sede dell'arbitrato, questa è nel luogo di stipulazione della convenzione di

¹⁹³ Così Picozza E., *Art. 816. Sede dell'arbitrato*, in *Codice di procedura civile commentato* a cura di Consolo C. e Luiso F.P., Milano, 2007, 5844 ss., spec. 5855.

¹⁹⁴ Così Picozza E., *Art. 816. Sede dell'arbitrato*, *op. cit.*, 5855. Tale autore, inoltre, ritiene che non può certo farsi discendere dalla differenza lessicale una conseguenza così grave come quella di ritenere che, diversamente da quanto disposto dall'art. 816 c.p.c., le attività di cui all'art. 816, comma 3, c.p.c. debbano essere necessariamente svolte presso la sede del collegio.

arbitrato, con quello di cui all'art. 243, comma 3, c.c.p., a norma del quale se le parti non intervengono con una loro decisione, la sede è presso la Camera arbitrale.

Per quanto concerne la prima parte dell'art. 243, comma 3, c.c.p., secondo la quale le parti determinano la sede del collegio “*anche in uno dei luoghi in cui sono situate le sezioni regionali dell'Osservatorio*” dei lavori pubblici, non può trascurarsi il fatto che si tratta di una previsione che trova origine nell'art. 150, comma 4, d.P.R. n. 554 del 1999, il quale stabiliva espressamente che le parti potevano “*determinare la sede del collegio arbitrale in uno dei luoghi in cui sono situate le sezioni regionali dell'Osservatorio dei lavori pubblici*”.

Sicché, la nuova formulazione, nella misura in cui stabilisce che le parti determinano la sede “*anche*”, non può che essere intesa come norma autorizzatoria e non certo nel senso che le parti non possano fissare la sede in altri luoghi.

Dal momento che la sede dell'arbitrato assume rilevanza sotto molteplici aspetti ¹⁹⁵e che, tuttavia, non è stabilito un termine entro il quale la stessa debba essere fissata, può anche accadere che sorga l'esigenza di ricorrere al giudice per l'adozione di uno dei provvedimenti in precedenza ricordati senza, tuttavia, ancora sapere quale sia la sede dell'arbitrato.

¹⁹⁵ Nell'arbitrato di diritto comune la fissazione della sede dell'arbitrato rileva non solo per l'attribuzione della nazionalità italiana al procedimento arbitrale ed al relativo lodo, ma anche per l'individuazione del giudice territorialmente competente a provvedere ai sensi degli artt. 810, comma 2, c.p.c., 825, comma 1, 826, comma 3, 828, comma 1, 831, comma 3, c.p.c..

Il legislatore ha risolto il problema espressamente per l'individuazione del giudice competente *ex art.* 810, comma 2, c.p.c.

L'ultima parte del comma 2 dell'art. 810 c.p.c. stabilisce, infatti, che se le parti non hanno fissato la sede, la competenza spetta al presidente del tribunale del luogo di stipulazione dell'accordo compromissorio, e se tale luogo è all'estero, al presidente del tribunale di Roma.

In altri casi, tuttavia, le disposizioni interessate non contemplano un'analoga espressa disciplina. Nulla, ad esempio, viene stabilito agli artt. 825, comma 1, 828, comma 1 e 831, comma 3, c.p.c., i quali non si occupano del caso in cui sia mancata la fissazione della sede.

Tale lacuna non desta, tuttavia, particolari preoccupazioni, in quanto l'art. 816 c.p.c. prevede espressamente che in mancanza di fissazione della sede, questa è nel luogo in cui è stata stipulata la convenzione di arbitrato e se tale luogo non si trova nel territorio nazionale, la sede è a Roma¹⁹⁶.

Nell'applicazione di tali regole al giudizio di cui all'art. 243 c.c.p. sorgono, però, diversi problemi.

L'art. 243, comma 3, c.c.p. stabilisce che in caso di mancata indicazione della sede del collegio arbitrale “*questa deve intendersi stabilita presso la sede della Camera arbitrale*”.

Il problema concerne, quindi, l'individuazione del presidente del tribunale competente a provvedere alla nomina dell'arbitro qualora le parti non abbiano fissato la sede del collegio arbitrale. Se si dà prevalenza all'art. 243, comma 3, c.c.p., la competenza spetta al presidente del

¹⁹⁶ Così Picozza E., *Art. 816. Sede dell'arbitrato, op. cit.*, 5853.

Tesi di dottorato “*La disciplina arbitrale nei contratti pubblici*”
Dott. Giovanni Battista De Luca discussa presso l'Università Luiss
Guido Carli. Non riproducibile, in tutto o in parte, se non con il
consenso scritto dell'autore.

tribunale di Roma, in quanto in questo luogo deve intendersi fissata la sede dell'arbitrato, se invece si di prevalenza all'art. 810, comma 2, c.p.c., a provvedere deve essere il presidente del tribunale del luogo in cui è stata stipulata la convenzione di arbitrato.

Ai sensi dell'art. 243, comma 3, c.c.p., il potere delle parti di fissare la sede del collegio è un potere che non è sottoposto ad un termine prestabilito, e fino a quando le parti non lo abbiano esercitato, la sede dell'arbitrato deve intendersi stabilita presso la sede della Camera arbitrale, quindi, a Roma.

9. *Il regime istruttorio.*

Tre punti fondamentali occorre evidenziare in materia di attività istruttoria nel giudizio arbitrale.

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 al riguardo dall'ordinamento giuridico.

Per quanto riguarda l'istruzione probatoria, l'unica disposizione contenuta all'interno del Codice dei contratti pubblici è l'art. 241, comma 8, c.c.p., a norma del quale *“nei giudizi arbitrali regolati dal presente codice sono ammissibili tutti i mezzi di prova previsti dal codice di procedura civile, con esclusione del giuramento in tutte le sue forme”*.

Il legislatore, stabilendo l'ammissibilità di tutti i mezzi di prova previsti nel codice di procedura civile, ad esclusione del solo giuramento, sia suppletorio che

decisorio, ha voluto limitare il potere della volontà delle parti di disciplinare il procedimento arbitrale per quanto concerne i mezzi di prova ammissibili.

Pertanto, mentre normalmente le parti sarebbero libere in alcuni casi di escludere o limitare l'ammissibilità di un determinato mezzo di prova¹⁹⁷, qualora il giudizio arbitrale sia soggetto alla disciplina di cui all'art. 241 c.c.p., esse non godono di tale facoltà.

L'esclusione del giuramento trova la sua giustificazione nella ragione di voler mantenere paritaria l'alternativa tra giurisdizione ed arbitrato per quanto concerne i mezzi accessibili per formare la valutazione delle contestazioni¹⁹⁸.

Per quanto riguarda il giuramento, l'opinione prevalente¹⁹⁹, ritiene che, seppure entro certi limiti, il giuramento sia ammissibile.

Il secondo punto concerne la mancanza, negli arbitri, dei poteri coercitivi, propri degli organi giurisdizionali, idonei ad assicurare il pieno espletamento dei mezzi istruttori²⁰⁰.

La riforma del 2006 ha peraltro introdotto un'importante innovazione in materia di assunzioni testimoniali. L'art. 816-ter, secondo comma, c.p.c. prevede ora, infatti, che se un testimone rifiuta di comparire dinanzi agli arbitri, questi, quando lo ritengono opportuno

¹⁹⁷Come ad esempio la testimonianza (Punzi C., *Disegno sistematico dell'arbitrato*, op. cit., 663 ss).

¹⁹⁸Così Mignone C., in AA.VV., *Manuale di diritto amministrativo*, a cura di Mazzaroli L. ed altri, Bologna, 2005, II, p. 616.

¹⁹⁹Punzi C., *Disegno sistematico dell'arbitrato*, op. cit., 654 ss; Ruffini G., *Art. 816 ter. Istruzione probatoria*, op. cit., 5876.

²⁰⁰Chioyenda G., *Ist. dir. proc. civ.*, I, Napoli, 1960, 72; Carnacini T. e Vasetti M., in *Nuovo Digesto Italiano*, voce *Arbitri*, Torino, 1937, vol. I; Cass., sez. un., 25 febbraio 1970, n.445, in *Foro it.*, 1970, I, 1059 e spec. 1061.

secondo le circostanze, possono richiedere al presidente del tribunale della sede dell'arbitrato che ne ordini la comparizione dinanzi a loro. In tal caso il termine per la pronuncia del lodo è sospeso dalla data dell'ordinanza alla data dell'udienza fissata per l'assunzione della testimonianza²⁰¹.

Il terzo punto 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*.

Premessi questi tre punti fondamentali, basta rilevare che il collegio arbitrale può disporre ed eseguire accessi sui luoghi della controversia, ispezioni, verificazioni, consulenze tecniche²⁰².

Quanto alle prove testimoniali, l'art. 816-ter, c. p.c. precisa che gli arbitri possono assumere tali prove direttamente presso di loro ovvero, ove il teste vi consenta, presso la sua abitazione od il suo ufficio.

Gli arbitri possono, inoltre, assumere la deposizione richiedendo al testimone di fornire per iscritto risposte a quesiti entro un termine determinato. La verifica di scritture private²⁰³ e l'interrogazione²⁰⁴, invece, trovano

²⁰¹ È stata in tal modo superata la possibile disparità che la mancanza di poteri coercitivi da parte degli arbitri era destinata in precedenza a creare quando i testi di una delle parti non fossero disposti a deporre.

²⁰² Riguardo alle consulenze tecniche, l'art. 7, comma 2, del d.m. 398/2000 stabiliva che il collegio o, per sua delega il presidente, nominasse uno o più consulenti iscritti nell'elenco previsto dal comma 6, dell'art. 151 del regolamento e assegnasse alle parti un termine entro il quale esse potevano nominare, con dichiarazione ricevuta dal segretario del collegio, propri consulenti tecnici. Nonostante l'abrogazione del d.m., queste facoltà sono da ritenersi tuttora esistenti, nell'ambito dei generali poteri di gestione del giudizio arbitrale attualmente attribuiti agli arbitri dall'art. 816-bis c.p.c.

²⁰³ Della cui applicabilità nei giudizi arbitrali non si è mai dubitato, pur mancando gli arbitri dei coercitivi per assicurarsi la disponibilità delle scritture di comparazione.

Tesi di dottorato "La disciplina arbitrale nei contratti pubblici"
Dott. Giovanni Battista De Luca discussa presso l'Università Luiss
Guido Carli. Non riproducibile, in tutto o in parte, se non con il
consenso scritto dell'autore.

poca possibilità di applicazione negli arbitrati relativi ad opere pubbliche.

Inoltre, agli arbitri è inibito assumere provvedimenti di natura cautelare, salvo diversa disposizione di legge (*ex art. 818 c.p.c.*).

Le modalità, il tempo ed il luogo di esecuzione degli atti istruttori sono stabiliti dal collegio arbitrale, in analogia a quanto dispone l'art. 202 c.p.c. per il giudice ordinario, (senza le limitazioni di cui all'art. 203 c.p.c.)²⁰⁵.

Il collegio arbitrale è dispensato dall'osservanza delle normali formalità procedurali anche per quanto attiene alla documentazione²⁰⁶; tuttavia, deve portare a conoscenza delle parti i risultati delle prove assunte, per la cui esecuzione non avesse dato preventivo preavviso, e assegnare nuovamente alle parti stesse i termini per la presentazione di documenti e memorie per esporre le loro repliche: l'inosservanza di questa regola legittima l'impugnazione per nullità del lodo per violazione del principio del contraddittorio²⁰⁷.

Gli atti di istruzione sono eseguiti dal collegio, in ottemperanza al principio della collegialità delle operazioni arbitrali²⁰⁸. Tuttavia tali atti possono essere delegati ad uno o più arbitri (art. 816-ter, comma primo, c.p.c.;).

²⁰⁴ Anche tale mezzo istruttorio è utilizzabile nei giudizi arbitrali.

²⁰⁵ D'Onofrio P., *Commento al codice di procedura civile*, II, Torino, 1953, 292.

²⁰⁶ Possono perciò ridurre la documentazione, relativa ai mezzi assunti, all'annotazione degli elementi emersi, senza dare allo scritto la forma del verbale: Cass., 24 maggio 1968, n. 1583, in *Mass. Foro it.*, 1968, 401. Possono anche omettere il verbale di ispezione dei luoghi, senza che ne derivi la nullità del lodo: Cass., 18 novembre 1967, n. 2772, *ibidem*, 1967, 753.

²⁰⁷ V. Cass., 26 settembre 2007, n. 19949, in *Giust. civ.*, 2008, I, 2853.

²⁰⁸ Su questo principio, si veda Cass., 29 gennaio 1953, n. 244, m *Mass. Foro it.*, 1953, 58; Cass., 3 ottobre 1953, n. 3159, *ibidem*, 1953, 604.

Va da ultimo segnalato che, superando il contrario precedente indirizzo²⁰⁹, l'art. 816-*quinquies*, c.p.c. (introdotto con la riforma del 2006) ammette l'intervento volontario o la chiamata in arbitrato di un terzo, purché intervenga l'accordo delle parti e del terzo e vi sia il consenso degli arbitri.

La prima condizione è necessaria per far sì che l'arbitrato, istituto di pura valenza consensuale, possa esplicarsi anche nei confronti di soggetto originariamente estraneo all'accordo compromissorio.

La seconda condizione mira a consentire agli arbitri le opportune valutazioni circa l'intervento in relazione allo stato del giudizio. E' invece incondizionata l'ammissibilità dell'intervento del litisconsorte necessario nonché quello adesivo dipendente, che traggono ragion d'essere dai rapporti di carattere sostanziale correnti tra gli interessati sui quali il lodo è destinato necessariamente ad incidere. Si applica, inoltre, l'art. 111 c.p.c.²¹⁰.

²⁰⁹ Nega l'ammissibilità dell'intervento del terzo nel giudizio arbitrale Cass., 13 aprile 2005, n. 7702, in *Riv. arb.* 2006, 2, 309, con nota di Santagada G.

²¹⁰ Si rammenta che, ai sensi dell'art. 111, se nel corso del processo si trasferisce il diritto controverso per atto tra vivi a titolo particolare, il processo prosegue tra le parti originarie. Se il trasferimento a titolo particolare avviene a causa di morte, il processo è proseguito dal successore universale o in suo confronto. In ogni caso il successore a titolo particolare può intervenire o essere chiamato nel processo e, se le altre parti vi consentono, l'alienante o il successore universale può esserne estromesso. La sentenza pronunciata contro questi ultimi spiega sempre i suoi effetti anche contro il successore a titolo particolare ed è impugnabile anche da lui, salve le norme sull'acquisto in buona fede dei mobili e sulla trascrizione.

10. *La Camera arbitrale e l'albo degli arbitri*
(art. 242 c.c.p.).

La disciplina della Camera arbitrale e dell'albo degli arbitri è contenuta nell'art. 242 c.c.p.

In particolare, la Camera arbitrale per i contratti pubblici è istituita presso l'Autorità di Vigilanza sui Lavori Pubblici con il compito di curare la formazione e la tenuta dell'albo degli arbitri, di redigere il codice deontologico degli arbitri camerati, di fare fronte agli adempimenti necessari alla costituzione ed al funzionamento del collegio arbitrale; inoltre provvede alla nomina del terzo arbitro (scegliendolo nell'albo di cui all'art. 242, commi 1 e 6, c.c.p.) allorché le parti intendano dare ingresso all'arbitrato con le procedure stabilite per lo svolgimento del giudizio presso la Camera arbitrale, oppure qualora non abbiano raggiunto l'accordo per la nomina del terzo arbitro (art. 241, comma 15, c.c.p.).

Tanto nel caso in cui le parti abbiano volontariamente scelto di adire all'arbitrato presso la Camera arbitrale perché provveda alla nomina del terzo arbitro ed il giudizio si svolga secondo le sopra richiamate regole di procedura per siffatta eventualità, quanto nel caso di cui al citato art. 241, comma 15, c.c.p., il terzo arbitro, con funzioni di presidente, i periti ed i segretari, vengono scelti rispettivamente dall'albo degli arbitri, dall'elenco dei periti e da quello dei segretari.

Le attività della Camera sono rette dal consiglio della Camera arbitrale, a mandato quinquennale, composto da cinque membri nominati dall'Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici, tra i quali quest'ultima sceglie il

presidente, fra soggetti dotati di particolare competenza nella materia dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture sottoposti allo stesso regime delle incompatibilità previste per gli arbitri e per i consulenti, al fine di garantire l'indipendenza e l'autonomia dell'istituto. Sotto il profilo retributivo, la relativa misura viene determinata nel provvedimento di nomina, nei limiti delle risorse attribuite all'Autorità stessa.

Per l'espletamento delle funzioni della Camera arbitrale è annessa una struttura di segreteria con personale fornito dall'Autorità.

Le funzioni della Camera arbitrale, oltre quelle accennate, attengono precipuamente alla rilevazione annuale dei dati emergenti dal contenzioso in materia di lavori pubblici ed alla trasmissione dei medesimi all'Autorità ed all'Osservatorio sui lavori pubblici.

Nell'ambito di tali compiti la Camera arbitrale può richiedere notizie, chiarimenti e documenti relativamente al contenzioso in materia di contratti pubblici, le cui modalità di acquisizione sono disciplinate dall'apposito regolamento dell'Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici.

I soggetti che possono far parte dell'albo camerale devono appartenere alle seguenti categorie (art. 242, comma 6, c.c.p.) : a) magistrati amministrativi, magistrati contabili e avvocati dello Stato in servizio, designati dagli organi competenti secondo i rispettivi ordinamenti, nonché avvocati dello Stato e magistrati a riposo; b) avvocati iscritti agli albi ordinari e speciali abilitati al patrocinio avanti alle magistrature superiori e in possesso dei requisiti per la nomina a consigliere di cassazione; c)

tecnici in possesso di diploma di laurea in ingegneria o architettura, abilitati all'esercizio della professione da almeno dieci anni e iscritti ai relativi albi; d) professori universitari di ruolo nelle materie giuridiche e tecniche e dirigenti generali delle pubbliche amministrazioni laureati nelle stesse materie con particolare competenza nella materia dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture.

Ai fini della nomina dei consulenti tecnici nei giudizi arbitrali la Camera arbitrale cura la tenuta dell'elenco dei periti, al quale possono essere iscritti i soggetti in possesso di diploma di laurea in ingegneria o in architettura, abilitati all'esercizio della professione da almeno dieci anni ed iscritti ai relativi albi, nonché i dottori commercialisti in possesso dei medesimi requisiti di anzianità nella professione e di iscrizione al relativo albo.

Il Consiglio arbitrale stabilisce in via generale i requisiti di onorabilità, al cui possesso è subordinata l'iscrizione nell'albo degli arbitri e nell'elenco dei periti su domanda corredata da curriculum e da adeguata documentazione (art. 242, comma 8, c.c.p.).

L'appartenenza all'albo degli arbitri ed all'elenco dei consulenti ha durata triennale e può essere nuovamente conseguita decorsi due anni dalla scadenza del triennio: durante il periodo di appartenenza all'albo, gli arbitri non possono espletare incarichi professionali in favore delle parti dei giudizi arbitrali da essi decisi, ivi compreso l'incarico di arbitro di parte (art. 242, comma 9, c.c.p.). Tali limitazioni valgono anche per il presidente ed i componenti del Consiglio della Camera arbitrale.

Così, come negli arbitrati liberi, l'eventuale mancanza delle qualità richieste in capo al terzo arbitro, non rilevate

dalla camera arbitrale, può essere fatta valere in via di ricusazione, *ex art. 815 c.p.c.*, avanti al presidente del tribunale

Per i casi in cui la Camera arbitrale sia chiamata dalle parti alla nomina del collegio arbitrale, nonché alla nomina del presidente ai sensi dell'art. 241, comma 15, c.c.p., in caso di mancato accordo tra le parti, la Camera arbitrale appresta e tiene anche l'elenco dei segretari dei collegi arbitrali; al quale possono essere iscritti i funzionari dell'Autorità, i funzionari delle magistrature contabili ed amministrative, nonché delle pubbliche amministrazioni operanti nei settori dei lavori, servizi e forniture; tutti i detti soggetti devono essere muniti di laurea in materie giuridiche, economiche ed equipollenti o tecniche, e devono avere anzianità di servizio in ruolo non inferiore a cinque anni.

Nella prassi, dopo che per intervento giurisprudenziale sono state abrogate le norme che prevedevano il ricorso obbligatorio alle funzioni della Camera arbitrale per la nomina del terzo arbitro e la conseguente applicazione delle speciali norme di procedura stabilite per i giudizi presso la Camera arbitrale, il ricorso a tale modalità di svolgimento dell'arbitrato non è molto frequente. Talché la funzione della Camera arbitrale, quale luogo del giudizio a procedura speciale, è da considerarsi abbastanza residuale.

CAPITOLO TERZO

IL LODO ARBITRALE E LA SUA IMPUGNAZIONE

SOMMARIO: 1. Premessa. 2. Gli effetti del lodo arbitrale. 3. Il deposito del lodo arbitrale. 4. La comunicazione del lodo arbitrale. 5. L'esecutività del lodo arbitrale. 6. L'impugnabilità del lodo arbitrale. 7. L'impugnazione per nullità del lodo. 8. Segue. I termini e la sospensione dell'efficacia del lodo. 9. Le impugnazioni per revocazione e per opposizione di terzo.

1. Premessa

La peculiarità del procedimento arbitrale, oltre al divieto del giuramento con espressa riserva di tutti gli altri mezzi istruttori ai sensi dell'art. 816-ter c.p.c. (Vedi *supra* cap. II, sez. III, par. IX)), sta sicuramente nella fase finale della pronuncia del lodo, la cui efficacia è subordinata al deposito presso la camera arbitrale a cura degli arbitri.

Nell'attuale formulazione dell'art. 241, comma 10, c.c.p. non vi è più la fissazione di un termine entro il quale

Tesi di dottorato "La disciplina arbitrale nei contratti pubblici"
Dott. Giovanni Battista De Luca discussa presso l'Università Luiss
Guido Carli. Non riproducibile, in tutto o in parte, se non con il
consenso scritto dell'autore.

effettuare il deposito. Infatti il legislatore del 2010, riscrivendo la norma *de qua*, ha previsto che “*il deposito del lodo effettuato ai sensi dell'articolo 825 del codice di procedura civile è preceduto dal suo deposito presso la camera arbitrale per i contratti pubblici. Il deposito del lodo presso la camera arbitrale e' effettuato, a cura del collegio arbitrale, in tanti originali quante sono le parti, oltre a uno per il fascicolo d'ufficio*²¹¹. *Su richiesta di parte il rispettivo originale è restituito, con attestazione dell'avvenuto deposito, ai fini degli adempimenti di cui all'articolo 825 del codice di procedura civile*”.

²¹¹ Tutti gli originali debbono essere in regola con il bollo, in particolare un bollo ogni quattro facciate per un totale di massimo cento righe, e le relative marche dovranno essere annullate previa congiunzione delle pagine di ogni singola facciata. Unitamente alla richiesta di deposito, dovrà essere presentata: (i) la ricevuta del versamento della somma pari all'uno per mille del valore della controversia destinata al finanziamento dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici. Tenute al pagamento sono senza dubbio le parti del giudizio, anche se la norma prevede che il versamento deve essere eseguito a cura degli arbitri presso la competente Tesoreria provinciale dello Stato oppure, mediante versamento da effettuare tramite c/c postale intestato alla stessa. Prima della modifica apportata dal D. Lgs. n. 53/2010, la norma prevedeva che l'incombenza potesse essere effettuata anche dal segretario del collegio arbitrale; ora, invece, tale riferimento è stato espunto; (ii) proposta di liquidazione del compenso spettante ai componenti del collegio arbitrale da parte della camera arbitrale da parte della Camera arbitrale (cd. Arbitrati amministrati o interni) o provvedimenti di liquidazione dei compensi in favore degli arbitri e delle altre spese non previste nel lodo (cd. Arbitrati esterni). La ricezione del lodo, la proposta di liquidazione del compenso, il provvedimento di liquidazione dei compensi arbitrati, nonché la quietanza per la corresponsione della somma dovuta sono documentati con verbale della segreteria della camera che provvederà, su richiesta di parte, alla consegna dell'originale del lodo, previa sottoscrizione, per ricevuta, apposta sull'originale dell'ufficio. Per il rilascio delle copie conformi, le parti interessate dovranno: (i) presentare istanza; (ii) produrre le marche da bollo (un bollo ogni quattro facciate per un totale massimo di cento righe); (iii) firmare l'attestazione di avvenuto rilascio di copia, predisposta della segreteria.

A tal proposito, è innanzitutto chiaro che, poiché l'incarico affidato agli arbitri dalle parti consiste nella pronuncia del lodo che risolva la controversia e che acquisti gli effetti di cui all'art. 824 *bis* c.p.c., e poiché tali effetti si producono solo con il deposito del lodo presso la Camera arbitrale *ex art.* 241, comma 9, c.c.p., gli arbitri per assolvere correttamente il proprio incarico e non essere chiamati a rispondere dei danni cagionati alle parti *ex art.* 813 *ter* c.p.c., hanno l'obbligo di depositare il lodo presso la Camera arbitrale.

In questo senso depone, inoltre, la stessa lettera del comma 10, il quale, prevedendo che il deposito del lodo “è effettuato, a cura del collegio arbitrale”, allude chiaramente ad un vero e proprio dovere di deposito del lodo.

Il problema è quindi solo quello dell'individuazione del termine entro il quale gli arbitri debbono assolvere a tale incombenza. Secondo autorevole dottrina²¹², la questione non può che essere risolta sulla base dei principi generali in materia di tempo dell'adempimento di cui all'art. 1183 c.c. Il primo comma di tale disposizione sancisce la regola secondo la quale se non è determinato il tempo in cui la prestazione deve essere eseguita, il creditore può esigerla immediatamente.

Si tratta, peraltro, di regola che deve essere coordinata con il principio di correttezza e buona fede, in forza del quale deve comunque essere assicurato al debitore un

²¹² Odorisio E., *Arbitrato rituale e lavori pubblici*, *op. cit.*, 628.

Tesi di dottorato “*La disciplina arbitrale nei contratti pubblici*”
Dott. Giovanni Battista De Luca discussa presso l'Università Luiss
Guido Carli. Non riproducibile, in tutto o in parte, se non con il
consenso scritto dell'autore.

termine congruo affinché possa predisporre i mezzi per l'adempimento.

Facendo applicazione di tali principi alla fattispecie che qui interessa, ferma restando la possibilità che le parti fissino nella stessa convenzione di arbitrato un termine entro il quale deve essere effettuato il deposito, in assenza di tale accordo si deve ritenere che gli arbitri debbano provvedere al deposito del lodo immediatamente dopo la pronuncia dello stesso, entro un periodo di tempo che deve essere congruo per assolvere a tale adempimento tenuto conto delle specifiche circostanze del caso.

E' dal momento del deposito che decorre il termine per impugnare il lodo, mentre la sua sottoscrizione si limita a bloccare il decorso del termine per la pronuncia. Ciò non toglie che gli arbitri dovranno anche farsi carico della comunicazione del lodo, quanto meno in via di semplice informativa dell'avvenuto deposito. Infatti, è escluso che debba farlo la camera arbitrale, a maggior ragione se si neghi il suo ruolo di ente amministratore; ed escluso che gli arbitri inviino l'originale alle parti, dato che va depositato in Camera arbitrale.

Il legislatore, inoltre, si è preoccupato di garantire la conformità della pronuncia alla legge, stabilendo, a differenza della disciplina comune, l'impugnabilità del lodo anche per violazione di regole di diritto nel merito.

2. *Gli effetti del lodo arbitrale.*

Per ciò che riguarda la disciplina del lodo, premesso che gli articoli 241 e ss. c.c.p. non prevedono più una disciplina speciale del termine per la pronuncia, sicché valgono le regole generali contenute nell'art. 820 del codice di rito²¹³, occorre prestare attenzione all'art. 241, comma 9, c.c.p., il quale, prima del D. Lgs. n. 53 del 2010, stabiliva che *“il lodo si ha per pronunciato con il suo deposito presso la Camera arbitrale per i contratti pubblici²¹⁴”*, e che, per effetto della riforma del 2010, prevede, invece, che *“il lodo si ha per pronunciato con la sua ultima sottoscrizione e diviene efficace con il suo deposito presso la Camera arbitrale per i contratti pubblici”*.

Tale disposizione, in entrambe le sue versioni, richiede un coordinamento con l'art. 824-bis c.p.c., il quale stabilisce che *“il lodo ha dalla data della sua ultima sottoscrizione gli effetti della sentenza pronunciata dalla autorità giudiziaria”*.

²¹³ Al riguardo, deve segnalarsi che a Suprema Corte ha affermato, con particolare riferimento al termine per la pronuncia del lodo, che l'istituto della sospensione feriale dei termini non si applica all'arbitrato (Cass. 8 ottobre 2008, n. 24866, in *Riv. arb.*, 2008, 223 ss., con nota di Ungaretti Dell'Immagine F., *La sospensione feriale non si applica all'arbitrato*)

²¹⁴ Tale disposizione riproduceva una norma già contenuta nel d.m. n. 398/2000 il quale legava la data di pronuncia del lodo al suo deposito presso la Camera arbitrale; tale disciplina differiva da quello del codice di rito, secondo cui il lodo ha gli stessi effetti della sentenza dalla data della sua ultima sottoscrizione (*ex art. 824-bis*). In particolare il deposito del lodo presso la camera arbitrale era effettuato entro i dieci giorni successivi alla data dell'ultima sottoscrizione a cura del segretario del collegio in tanti originali quante erano le parti, oltre ad uno per il fascicolo d'ufficio.

Tesi di dottorato *“La disciplina arbitrale nei contratti pubblici”*
Dott. Giovanni Battista De Luca discussa presso l'Università Luiss
Guido Carli. Non riproducibile, in tutto o in parte, se non con il
consenso scritto dell'autore.

Ed infatti, mentre ai sensi dell'art. 824-*bis* c.p.c. il lodo acquisisce rilevanza giuridica ed è produttivo dei suoi effetti sin dal momento della sua ultima sottoscrizione, l'art. 241, comma 9, c.c.p., nella formulazione antecedente alla sua modifica, stabilendo che il lodo si aveva per pronunciato soltanto quando veniva depositato presso la Camera arbitrale, sembrava posticipare al momento del deposito la produzione degli effetti del lodo, e nel testo attualmente vigente prevede espressamente che il lodo “*diviene efficace con il suo deposito presso la Camera arbitrale*”²¹⁵.

Per quanto riguarda l'art. 241, comma 9, c.c.p. *ante* riforma del 2010, la maggioranza degli interpreti riteneva che con l'art. 241, comma 9, c.c.p. il legislatore avesse voluto sancire una regola diversa sia da quella di cui all'art. 824-*bis* c.p.c., in forza della quale il lodo ha dalla data della sua ultima sottoscrizione gli effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria, che da quella precedentemente sancita dall'art. 823 c.p.c., che ricollegava all'ultima sottoscrizione l'efficacia vincolante del lodo tra le parti.

La regola di cui all'art. 241, comma 9, c.c.p. sarebbe stata, dunque, che il lodo aveva “*gli effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria*” dalla data del deposito presso la Camera arbitrale e non dell'ultima sottoscrizione²¹⁶.

²¹⁵ La Torre A., *L'arbitrato in materia di lavori pubblici*, op. cit., 45.

²¹⁶ Caldarara M., *L'arbitrato*, in Aa. Vv., *Il nuovo codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, a cura di Saitta, Padova, 2008, p. 1197 ss., spec. p. 1242; Corsini M., *L'arbitrato*, in AA.Vv., *Trattato sui contratti pubblici*, VI, *Il contenzioso*, op. cit., 3836 ss.; Lombardini I., *Il nuovo assetto dell'arbitrato negli appalti di opere pubbliche*, op.

Tesi di dottorato “*La disciplina arbitrale nei contratti pubblici*”
Dott. Giovanni Battista De Luca discussa presso l'Università Luiss
Guido Carli. Non riproducibile, in tutto o in parte, se non con il
consenso scritto dell'autore.

Non mancavano, tuttavia, delle ricostruzioni diverse.

Innanzitutto, c'era chi sosteneva la necessità di distinguere tra “*esistenza*” o “*rilevanza giuridica*” ed “*efficacia giuridica*” del lodo²¹⁷. Secondo questa impostazione, il lodo arbitrale veniva ad esistere e quindi poteva dirsi perfezionato già al momento dell'ultima sottoscrizione. Tuttavia, al fine della sua “*efficacia*”, il legislatore aveva previsto la *conditio iuris* del deposito presso la Camera, sicché sino a quando non fosse avvenuto tale deposito, il lodo sarebbe stato privo di effetti²¹⁸.

Altri, invece, affermavano, sempre con riferimento alla disciplina contenuta nel d.m. n. 398 del 2000, che se da un lato affinché fosse rispettato il termine finale per la pronuncia del lodo non era sufficiente la mera sottoscrizione dello stesso, occorrendone invece il deposito, dall'altro gli effetti vincolanti del medesimo si producevano dall'ultima sottoscrizione²¹⁹, e perciò sempre

cit., 266 ss.; ID., *Arbitrato delle opere pubbliche*, *op. cit.*, 265 ss. Nello stesso senso, rispetto all'identica previsione contenuta nell'art. 9, comma 1, del d.m. n. 398 del 2000, si veda Biavati P., *Gli arbitrati nei lavori pubblici: la procedura*, *op. cit.*, 47; Borghesi D., *Il regolamento di procedura della Camera arbitrale per i lavori pubblici*, *op. cit.*, 950; Rascio N., *La decisione*, in AA.Vv., *Diritto dell'arbitrato rituale*, 3a ed., a cura di Verde G., *op. cit.*, 355; Verde G., *Le funzioni «paragiurisdizionali» della camera arbitrale per i lavori pubblici*, *op. cit.*, 167.

²¹⁷ La Torre A., *L'arbitrato in materia di lavori pubblici*, *op. cit.*, 45

ss.

²¹⁸ La distinzione tra “*esistenza*” ed “*efficacia*” veniva inoltre valorizzata al fine di attribuire una duplicità di significati alla pronuncia del lodo. In particolare, per quanto concerne il termine per la pronuncia del lodo, assumeva rilevanza il momento dell'ultima sottoscrizione, mentre, per quanto riguarda il termine per l'impugnazione, questo decorreva comunque dal deposito (cfr. La Torre A., *L'arbitrato in materia di lavori pubblici*, *op. cit.*, 46 ss.).

²¹⁹ Buonfrate A., Leogrande A., *L'arbitrato negli appalti pubblici*, *Commento al decreto interministeriale 2 dicembre 2000, n. 398*, *op.*

dall'ultima sottoscrizione iniziava a decorrere il termine annuale per l'impugnazione per nullità²²⁰.

Altra parte della dottrina²²¹, invece, non condivide le predette ricostruzioni sostenendo che l'art. 241, comma 9, c.c.p., nello stabilire che il lodo si aveva per pronunciato con il suo deposito presso la Camera arbitrale, manifestava chiaramente l'intenzione del legislatore di ricalcare la disciplina della sentenza del giudice togato, la quale, infatti, viene a giuridica esistenza nel momento in cui viene depositata in cancelleria. L'art. 241 c.c.p., quindi, procrastinava al momento del deposito del lodo tutti quegli effetti che nel sistema ordinario si producono al momento dell'ultima sottoscrizione degli arbitri²²².

Appare meritevole segnalare che, analogamente a quanto accade per la sentenza, la quale dopo la sottoscrizione da parte del giudice deve essere depositata in cancelleria, se il lodo arbitrale acquistava la propria

cit., p. 96 ss. Nello stesso senso Cianflone A. – Giovannini G., *L'appalto di opere pubbliche, op. cit.*, p. 1404.

²²⁰ Buonfrate A., Leogrande A., *L'arbitrato negli appalti pubblici, Commento al decreto interministeriale 2 dicembre 2000, n. 398, op. cit.*, p. 96 ss. In senso contrario Cianflone A. – Giovannini G., *L'appalto di opere pubbliche, op. cit.*, p. 1409 i quali ritengono che il termine annuale decorreva dal deposito del lodo presso la camera arbitrale.

²²¹ Odorisio E., *Arbitrato rituale e lavori pubblici, op. cit.*, 622; Corsini M., *L'arbitrato*, in AA.Vv., *Trattato sui contratti pubblici*, VI, *Il contenzioso, op. cit.*, 3836 ss.;

²²² In questo senso si veda anche Lombardini I., *Il nuovo assetto dell'arbitrato negli appalti di opere pubbliche, op. cit.*, 273 ss.; Id., *Arbitrato delle opere pubbliche, op. cit.*, 271. Pertanto: (i) era al momento del deposito che il lodo acquistava ex art. 824 bis c.p.c. gli effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria; (ii) era al momento del deposito del lodo e non a quello dell'ultima sottoscrizione che occorreva far riferimento al fine di verificare il rispetto del termine per la pronuncia del lodo; (iii) era sempre dal deposito del lodo che iniziava a decorrere il termine annuale di cui all'art. 828 c.p.c. per l'impugnazione del lodo in caso di mancata notifica.

efficacia solo con il deposito, ciò significava che fino a quel momento, gli arbitri mantenevano il proprio potere decisorio e quindi potevano anche decidere di revocare la propria statuizione, sostituendola con altra o comunque di modificarne il contenuto, e che, sempre sino al deposito, essi dovevano tenere conto dell'eventuale *ius superveniens* e della sopravvenuta dichiarazione di incostituzionalità²²³.

Pertanto, la lettura più probabile della norma è nel senso che il deposito lodo presso la Camera arbitrale costituisce una condizione di giuridica esistenza del lodo stesso, e non invece di semplice sua validità.

Dunque, poiché in assenza di deposito presso la Camera arbitrale il lodo arbitrale doveva considerarsi non produttivo di effetti, la mancanza di deposito, al pari ad esempio della mancanza della sottoscrizione degli arbitri, induce a considerare il lodo non depositato come se addirittura esso non fosse stato neppure deliberato, e quindi come afflitto da carenza addirittura più grave di quella che si verificherebbe nel caso di omessa sottoscrizione²²⁴, dando luogo ad un'ipotesi di lodo inesistente con applicabilità della relativa disciplina²²⁵.

²²³ Caponi R., *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*, Milano, 1991, 149 ss.; Luiso F.P., *Diritto processuale civile, op. cit.*, I, 181 ss.; Mandrioli C., *Diritto processuale civile*, 19a ed., Torino, 2007, p. 453, testo e nota 28; Menchini S., *Il giudicato civile*, 2a ed., Torino, 2002, 250 ss.

²²⁴ È noto che l'omessa sottoscrizione da parte del giudice ha conseguenze diverse nel giudizio ordinario e in quello arbitrale: nel primo si ha l'inesistenza della sentenza, ma il relativo vizio (assoluto e insanabile) ove fatto valere con gli ordinari mezzi di impugnazione comporta la rimessione della causa al giudice, la cui potestà di decidere non viene consumata dall'atto inesistente (Cass. civ., 29 novembre 2005 n. 26040; Id., 13 ottobre 2005 n. 21193; Id., 5 ottobre 2001 n. 12292; Id., 4 dicembre 2000 n. 15424; Id., 4 marzo 1999 n. 1816; Id., 22 settembre 1993 n. 9661); nel procedimento arbitrale,

Tesi di dottorato "*La disciplina arbitrale nei contratti pubblici*"
Dott. Giovanni Battista De Luca discussa presso l'Università Luiss
Guido Carli. Non riproducibile, in tutto o in parte, se non con il
consenso scritto dell'autore.

Quindi, il lodo arbitrale non depositato presso la Camera arbitrale non è semplicemente nullo, né è suscettibile di essere impugnato in quanto l'eventuale impugnazione sarebbe infatti inammissibile.

Peraltro, che si tratti di vera e propria inesistenza giuridica e non di semplice nullità emerge anche dalla considerazione della estraneità della fattispecie del mancato deposito rispetto all'elencazione tassativa dei casi di nullità del lodo arbitrale contenuta nell'art. 829 c.p.c. ed in relazione ai quali impossibile sarebbe un qualunque accostamento per analogia.

D'altra parte, è evidente la differenza di conseguenze che vi sarebbe tra l'ipotesi dell'inesistenza e quella della semplice nullità: la prima, unita alla consumazione del potere decisorio degli arbitri per effetto del decorso del tempo, lascerebbe alle parti la sola strada della totale rinnovazione del giudizio avanti al giudice togato con l'interezza dei due gradi del giudizio; la seconda, invece, attribuirebbe al giudice dell'impugnazione la cognizione piena della controversia in unico grado nella logica della fase rescissoria.

Ciò detto, merita rilievo approfondire se il lodo arbitrale inesistente per l'inosservanza dell'obbligo di

invece, si ha la nullità del lodo, deducibile esclusivamente in sede di impugnazione, con l'effetto di attribuire la controversia alla sola cognizione del giudice del gravame in unico grado.

²²⁵ Sul tema, Giorgetti M., *Il difetto di potestas iudicandi degli arbitri rituali*, in *Riv. arb.*, 1999, 460 ss; Marinucci E., *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma*, Milano, 2009, 58 ss.; Nela P. L., *Il lodo rituale reso da arbitri <<usurpatori>> e l'insegnamento della Corte di cassazione sulla natura della questione di patto compromissorio*, in *Giur. it.*, 2006, 883; Id., *L'inesistenza della convenzione arbitrale rituale dopo la riforma*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2008, 973 ss.

Tesi di dottorato "La disciplina arbitrale nei contratti pubblici"
Dott. Giovanni Battista De Luca discussa presso l'Università Luiss
Guido Carli. Non riproducibile, in tutto o in parte, se non con il
consenso scritto dell'autore.

deposito possa venire ad esistenza qualora il deposito venga successivamente effettuato dagli arbitri; la risposta non può che essere affermativa anche nell'ipotesi in cui il termine utile a pronunciare il lodo sia scaduto, purché ovviamente le parti vi acconsentano omettendo di notificare la propria volontà di far valere la decadenza nei modi di cui all'art. 821 c.p.c. una volta decorso il termine stesso.

Per quanto riguarda la nuova formulazione dell'art. 241, comma 9, c.c.p., molte delle considerazioni svolte poc'anzi rispetto al testo previgente sono ancora valide.

La nuova espressa previsione che gli effetti del lodo si producono solo dal momento del deposito presso la Camera arbitrale conferma che è solo da questo momento che si producono gli effetti di cui all'art. 824 *bis* c.p.c. e che solo da tale momento decorre il termine lungo per impugnare, come in ogni caso adesso esplicitato dal novellato art. 241, comma 15 *bis*, c.c.p., a norma del quale, infatti, *“l'impugnazione [...] non è più proponibile dopo il decorso di centoottanta giorni dalla data del deposito del lodo presso la Camera arbitrale”*.

Occorre invece interrogarsi sulla portata dell'art. 241, comma 9, c.c.p. nella parte in cui stabilisce che *“il lodo si ha per pronunciato con la sua ultima sottoscrizione”*.

Secondo la migliore dottrina²²⁶, il senso di tale disposizione è quello che al fine del rispetto del termine per la pronuncia del lodo ciò che rileva non è più, come invece accadeva nel sistema antecedente alla riforma del

²²⁶ Odorisio E., *Arbitrato rituale e lavori pubblici*, op. cit., 624.

Tesi di dottorato *“La disciplina arbitrale nei contratti pubblici”*
Dott. Giovanni Battista De Luca discussa presso l'Università Luiss
Guido Carli. Non riproducibile, in tutto o in parte, se non con il
consenso scritto dell'autore.

2010, il momento del deposito, ma quello appunto dell'ultima sottoscrizione, come nell'arbitrato di diritto comune. La ragione dell'intervento del legislatore è che in tal modo, probabilmente, si è voluto ovviare all'inconveniente esistente nel precedente sistema, nel quale, poiché al fine del rispetto del termine per la pronuncia occorre il deposito del lodo presso la Camera arbitrale, gli arbitri non potevano usufruire in pieno del termine loro concesso per la pronuncia del lodo, in quanto, appunto, entro tale termine doveva svolgersi anche la successiva attività di deposito del lodo stesso.

Si deve inoltre chiarire che poiché anche nel sistema attuale il lodo produce i suoi effetti solo dal momento del deposito, sino a quando il lodo non venga depositato gli arbitri mantengono il proprio potere decisorio e che sino al momento del deposito essi debbono tenere conto dello *ius superveniens* e della sopravvenuta dichiarazione di incostituzionalità, con l'importante precisazione, tuttavia, che tale potere decisorio deve ovviamente fare i conti con l'eventuale scadenza del termine per la pronuncia.

Per individuare quale è stata la *ratio* per la quale il legislatore, sia prima che dopo il D. Lgs. n. 53 del 2010, ha legato la produzione degli effetti del lodo al suo deposito, è facilmente intuibile.

Una tra le principali funzioni dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici è quella relativa al controllo del contenzioso in materia ed al conseguente dovere di segnalare al Governo ed al Parlamento l'eventuale sviluppo anomalo del contenzioso (art. 6, comma 7, lett. h) c.c.p.).

Tesi di dottorato “*La disciplina arbitrale nei contratti pubblici*”
Dott. Giovanni Battista De Luca discussa presso l'Università Luiss
Guido Carli. Non riproducibile, in tutto o in parte, se non con il
consenso scritto dell'autore.

Proprio in relazione a tali compiti la Camera arbitrale cura annualmente la rilevazione dei dati emergenti dal contenzioso in materia di lavori pubblici per trasmetterli all'Autorità (art. 242, comma 5, c.c.p.), ed è chiaro che proprio in funzione di questa rilevazione è stato previsto l'obbligo di depositare il lodo arbitrale presso la Camera, in mancanza del quale il lodo non produce i suoi effetti tipici²²⁷.

Al riguardo, non va dimenticato che originariamente, nell'art. 32, comma 2, legge n. 109 del 1994, così come modificato nel 2005, era previsto l'obbligo del deposito del lodo anche per l'arbitrato libero, e tuttavia nel caso di arbitrato libero non era applicabile il comma 1 dell'art. 9 del d.m. n. 398/2000, il quale collegava la produzione

²²⁷ Nel caso *de quo* il legislatore è ricorso ad una tecnica particolarmente efficace che sicuramente consente il perseguimento degli scopi che si era prefisso, legando appunto al deposito del lodo la stessa produzione dei suoi effetti. Infatti, a tal riguardo, l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, nella relazione annuale del 2005 (p. 240 ss.) ha precisato che l'innovazione (introdotta dall'art. 5, comma 16-*sexies*, del decreto legge 14 marzo 2005 n. 35, convertito con legge 14 maggio 2005 n. 80) secondo la quale anche nell'arbitrato libero era obbligatorio il deposito del lodo, trovava la sua *ratio* non soltanto “*nel riconoscimento del servizio reso a tutti i soggetti coinvolti nelle controversie (servizio essenzialmente consistente nella conservazione, raccolta e certificazione e nel rilascio di copie a richiesta)*” ma anche nell'importante “*funzione che il deposito riveste sotto il profilo oggettivo della pubblica e trasparenza dei dati riferibili alla giustizia arbitrale e del relativo controllo*”. Osservava, infatti, l'Autorità che se il deposito non fosse stato previsto, la Camera arbitrale non avrebbe potuto “*ottemperare al suo dovere istituzionale di "curare annualmente la rilevazione dei dati emergenti dal contenzioso in materia di lavori pubblici"*”, e l'Autorità medesima non avrebbe potuto “*referire al Governo ed al Parlamento circa "le disfunzioni riscontrate nel settore degli appalti e delle concessioni di lavori pubblici con particolare riferimento allo sviluppo anomalo del contenzioso"*”. La medesima giustificazione si rinveniva anche nella Relazione annuale dell'anno successivo ovvero il 2006 (p. 176).

degli effetti del lodo al deposito dello stesso presso la Camera arbitrale²²⁸.

L'attuale previsione contenuta nel codice dei contratti pubblici risponde, quindi, chiaramente all'esigenza di colmare la lacuna di quel sistema nel quale nulla era stabilito affinché l'obbligo del deposito del lodo fosse rispettato.

3. Il deposito del lodo arbitrale.

Come già anticipato, un elemento di specialità assai rilevante che l'arbitrato in materia di appalti pubblici presenta rispetto alla ordinaria disciplina processuale, risiede nella modalità di deposito del lodo arbitrale, che deve essere fatto presso la Camera arbitrale, sia che il giudizio si svolga secondo il rito libero sia che esso si svolga secondo il rito camerale.

Nel nuovo sistema, questa formalità, prima esclusivamente propria dell'arbitrato camerale, all'interno del quale aveva la sua logica, sembra ora più dettata al fine di consentire all'Autorità di riscuotere la somma posta a carico delle parti, evitando così il pericolo di evasioni, ma la formulazione della norma non lascia adito a dubbi circa la portata sostanziale dell'incombente.

Premessa nel precedente paragrafo la funzione del deposito del lodo presso la Camera arbitrale, occorre a

²²⁸ Sul punto si veda Verde G., *L'arbitrato in materia di opere pubbliche alla luce dell'art. 5, comma 16-sexies l. n. 80/2005*, in *Riv. arb.*, 2005, 223 ss.

questo punto esaminarne le modalità di questo particolare adempimento sconosciuto alla disciplina del codice di rito.

Per quanto riguarda la disciplina antecedente alla riforma del 2010, un primo problema era quello relativo al significato da attribuirsi all'art. 241, comma 10, c.c.p., nella parte in cui stabiliva che il deposito del lodo doveva avvenire, a cura del segretario del collegio arbitrale, “*entro dieci giorni dalla data dell'ultima sottoscrizione*”.

Come sostenuto da parte della dottrina²²⁹, il termine in questione non ha carattere perentorio, in ossequio all'art. 152, comma 2, c.p.c. secondo il quale, com'è noto, i termini stabiliti dalla legge sono ordinatori, salvo espressa disposizione legislativa che li qualifichi perentori. Ciò che assume esclusiva rilevanza è quindi che il deposito avvenga entro il termine stabilito dalle parti o dalla legge *ex art. 820 c.p.c.*

In questo senso depone anche il fatto che in passato, allorquando il legislatore ha voluto stabilire un termine perentorio per il deposito del lodo (anche per finalità diverse da quella di far acquisire al lodo i suoi effetti tipici), successivo alla sottoscrizione dello stesso, l'ha espressamente qualificato quale termine perentorio²³⁰.

²²⁹ Odorisio E., *Arbitrato rituale e lavori pubblici*, op. cit., 626; Lombardini I., *Il nuovo assetto dell'arbitrato negli appalti di opere pubbliche*, op. cit., 259 ss.; Id., *Arbitrato delle opere pubbliche*, op. cit., 260.

²³⁰ Si veda, infatti, la formulazione originaria dell'art. 825, comma 1, c.p.c. (“*il lodo deve essere depositato [...] nel termine perentorio di cinque giorni dalla data di sottoscrizione*”), nonché quella di cui all'art. 825, commi 2 e 3, c.p.c., così come modificata dalla novella del 1983 (“*la parte [...] è tenuta a depositarlo [...] nel termine di un anno dal ricevimento*”; “*il predetto termine ha carattere perentorio*”).

Per quanto concerne il soggetto che aveva il compito di provvedere al deposito del lodo, l'art. 241, comma 10, c.c.p. stabiliva che il deposito era effettuato “*a cura del segretario del collegio*”²³¹. Invero, la nomina di un segretario appariva come una facoltà cui gli arbitri potevano ricorrere per motivi di mera opportunità o comodità, e pertanto, opportunamente, il riferimento è stato espunto dal legislatore del 2010.

Il senso della previsione in esame non era, quindi, quello di attribuire al segretario una funzione esclusiva, bensì era quello di autorizzare il collegio ad avvalersi del segretario per il deposito del lodo²³².

²³¹ Si trattava di una previsione che non doveva essere sopravvalutata, ritenendo, ad esempio, che al deposito non potessero provvedere direttamente gli arbitri. Non si deve, infatti, dimenticare che il segretario del collegio è un ausiliario del medesimo e quindi, in base ai principi generali, ciò che può essere fatto da quest'ultimo può essere fatto anche dal collegio.

²³² Si trattava, peraltro, di una precisazione superflua, dal momento che anche in sua assenza non si sarebbe potuto dubitare del potere degli arbitri di avvalersi del segretario. A tal proposito, può essere utile il confronto con l'originaria disciplina del codice di rito nella quale il deposito del lodo presso il giudice ordinario era necessario, al pari di quanto previsto dal codice dei contratti pubblici per il deposito del lodo presso la Camera arbitrale, per la stessa giuridica esistenza del lodo. Nel codice di rito del 1942 non venne riprodotta la disposizione di cui all'art. 24 del codice del 1865 a norma della quale la sentenza arbitrale doveva essere depositata “*da uno degli arbitri, o personalmente, o per mezzo di mandatario munito di procura speciale*”, e l'art. 825, comma 1, c.p.c. si limitò a stabilire che il lodo doveva essere depositato “*da uno degli arbitri*”. Nonostante ciò, la dottrina non ebbe esitazioni ad ammettere che il deposito del lodo potesse essere effettuato anche da soggetti diversi dagli arbitri, pur essendo controverso se occorresse o meno apposito mandato (cfr. Andrioli V., *Commento al codice di procedura civile*, III, Napoli, 1947, 569; Carnacini T., voce *Arbitrato rituale*, in *Noviss. dig. it.*, I, Torino, 1957, 906 s.; Punzi C., *Sulla legittimazione ad effettuare il deposito del lodo arbitrale*, in *Rass. arbitrato*, 1984, 230 ss.; Satta S., *Commentario al codice di procedura civile*, IV, 2, Milano, 1971, 320.).

In altre parole, era come se l'art. 241, comma 10, c.c.p. avesse stabilito che il deposito del lodo entro dieci giorni dalla sottoscrizione poteva essere effettuato anche “*a cura del segretario*”.

In caso di mancato deposito del lodo da parte del segretario, così come in caso di suo deposito oltre il termine per la pronuncia, poiché i principi generali di cui agli artt. 2232 e 1228 c.c. stabiliscono che è sempre il debitore a rispondere dei fatti dolosi o colposi dei terzi di cui si avvale, erano sempre gli arbitri a dover risponderne dell'attività svolta dal segretario.

Ad una diversa conclusione, invece, si sarebbe potuti arrivare se si fosse letta nell'art. 241, comma 10, c.c.p. l'attribuzione di una esclusiva competenza in capo al segretario, per quanto concerne il deposito del lodo, alla quale ricollegare una esclusiva responsabilità relativamente ad eventuali inadempimenti.

Per quanto riguarda la disciplina del deposito del lodo così come modificata dal D. Lgs. n. 53 del 2010 (e premesso che anche in questo caso nella legge di delega non è rinvenibile alcun principio o criterio direttivo avente ad oggetto la fase del deposito del lodo) una prima novità è quella relativa alla scomparsa nel testo dell'art. 241, comma 10, c.c.p. del riferimento al segretario quale soggetto che deve effettuare il deposito.

L'art. 241, comma 10, c.c.p. stabilisce, infatti, che “*il deposito del lodo presso la Camera arbitrale è effettuato, a cura del collegio arbitrale*”. La modifica appare opportuna nella misura in cui tiene conto della circostanza in precedenza evidenziata che nell'arbitrato libero, ed a

seguito della riforma del 2010 anche in quello amministrato, non è necessaria la presenza del segretario. Ciò, ovviamente, non impedisce al collegio che abbia deciso di avvalersi di un segretario di incaricarlo di effettuare il deposito.

Da quanto osservato sino ad ora, risulta chiaramente quale importanza rivesta nella disciplina del Codice dei contratti pubblici la fase del deposito del lodo presso la Camera arbitrale.

È infatti solo grazie al deposito che il lodo può dirsi perfezionato e produttivo dei suoi effetti tipici ed è solo da tale momento che inizierà a decorrere, in assenza di notificazione, il termine lungo per l'impugnazione.

4. La comunicazione del lodo arbitrale.

Nel sistema ordinario il legislatore processualcivilista all'art. 824 c.p.c. (come modificato dal D. Lgs. n. 40/2006) ha stabilito che gli arbitri danno comunicazione del lodo a ciascuna parte mediante consegna di un originale, o di una copia attestata conforme dagli stessi arbitri, anche con spedizione in plico raccomandato, entro dieci giorni dalla sottoscrizione del lodo.

Gli articoli 241 e ss. c.c.p. non dispongono nulla al riguardo, salvo un riferimento contenuto all'art. 243, comma 8, c.c.p., il quale prevede che il corrispettivo a saldo per la decisione deve essere versato entro trenta giorni dalla comunicazione del lodo, sicché è necessario

chiedersi se le modalità di comunicazione del lodo alle parti siano le stesse previste dall'art. 824 c.p.c.²³³

In primo luogo, bisogna individuare il soggetto che deve compiere una tale comunicazione²³⁴.

Nell'attuale disciplina manca, tuttavia, alcun riferimento alla comunicazione del lodo o del deposito del lodo²³⁵. A tal fine bisogna coordinare l'art. 241, comma 10, c.c.p. con l'art. 824 c.p.c. che è sicuramente norma applicabile nella parte in cui non è derogata da altra disposizione.

Dall'art. 824 c.p.c. è possibile ricavare due regole: (i) la prima, è quella secondo la quale spetta agli arbitri informare le parti della pronuncia del lodo; (ii) la seconda,

²³³ Sul coordinamento tra la disciplina speciale delle modalità di informazione delle parti in ordine alla pronuncia del lodo e quella dell'inefficacia del sequestro conservativo *ex art. 156-bis* disp. att. c.p.c. si veda Odorisio E., *Arbitrato rituale e lavori pubblici, op. cit.*, 633.

²³⁴ Nel d.m. 398 del 2000, l'art. 9, comma 5, prevedeva espressamente che il segretario doveva dare comunicazione del deposito del lodo, ed era lecito ritenere che in quel sistema tale comunicazione avesse sostituito la comunicazione del lodo alle parti secondo le modalità stabilite nel codice di rito. Per di più, visto che il segretario doveva depositare presso la Camera tanti originali quante erano le parti, tale previsione era chiaramente da intendersi nel senso che il deposito del lodo presso la Camera arbitrale e la successiva comunicazione dell'avvenuto deposito alle parti erano funzionali, analogamente a quanto avviene per i provvedimenti del giudice, alla richiesta delle parti rivolta alla Camera di rilascio di uno degli originali.

²³⁵ Generalmente, in presenza di una istituzione arbitrale deputata ad amministrare arbitrati, una delle funzioni tipiche ad essa attribuite dai regolamenti è proprio quella di comunicare il lodo alle parti (ad esempio l'art. 35 del regolamento della Camera arbitrale nazionale ed internazionale di Milano o l'art. 20 del regolamento di arbitrato ordinario della Camera arbitrale di Roma (in Bernini A.M., Soldati N., *Codice della conciliazione e dell'arbitrato*, 2a ed., Milano, 2002, pp. 585, 769). Nel caso di specie, tuttavia, poiché negli articoli in esame del codice dei contratti pubblici manca una previsione di questo tipo, sarebbe una forzatura eccessiva della lettera della legge fare carico alla Camera di questo obbligo.

è quella relativa alle modalità con le quali deve avvenire tale informazione e cioè attraverso la consegna del lodo in originale o in copia attestata conforme dagli stessi arbitri.

L'art. 241, comma 10, c.c.p. è sicuramente incompatibile solo con quest'ultima regola, dal momento che non avrebbe senso imporre al collegio di depositare presso la Camera tanti originali quante sono le parti e poi obbligarlo a consegnare alle parti stesse altri originali o copie conformi. Ciò non toglie, tuttavia, che ai sensi dell'art. 824 c.p.c. grava sugli arbitri, anche eventualmente attraverso il segretario, l'obbligo di informare le parti, ciò che nel caso di specie deve avvenire con la comunicazione dell'avvenuto deposito.

Peraltro, nulla impedisce agli arbitri di informare le parti anche attraverso la consegna materiale di un originale o di una copia del lodo ai sensi dell'art. 824 c.p.c., dal momento che, com'è noto, a seguito della riforma del 2006, non vi è più l'obbligo per gli arbitri di redigere il lodo in tanti originali quante sono le parti²³⁶. In tal caso, ciò che rileva non è tanto la consegna materiale del lodo, che costituirà nulla più di un adempimento non dovuto, quanto il fatto che tale consegna venga accompagnata dalla comunicazione dell'avvenuto deposito presso la Camera arbitrale, in quanto è proprio grazie a questa comunicazione che viene assolto l'obbligo degli arbitri.

Per quanto concerne, invece, la consegna materiale del lodo, qualora, ovviamente, non si sia verificata

²³⁶ Dapas A., in Dapas A., Viola L., *L'arbitrato nel nuovo codice dei contratti pubblici*, op. cit., 179.

quest'ultima ipotesi, la parte deve rivolgersi alla Camera arbitrale chiedendo appunto la consegna di uno degli originali o delle copie. Nulla, infine, impedisce che sia la stessa Camera arbitrale ad informare le parti dell'avvenuto deposito del lodo.

Queste considerazioni trovano conferma nella recente novellazione dell'art. 241, comma 10, c.c.p. ad opera del D. Lgs. n. 53 del 2010, il quale vi ha aggiunto un nuovo periodo in forza del quale *“su richiesta di parte il rispettivo originale è restituito, con attestazione dell'avvenuto deposito, ai fini degli adempimenti di cui all'articolo 825 del codice di procedura civile”*. Ed infatti, è evidente che se è previsto che la parte faccia istanza alla Camera arbitrale per la consegna dell'originale, si presuppone che la Camera non debba spontaneamente provvedere alla consegna dello stesso, come invece imposto agli arbitri nel codice di rito.

In ordine ai rimedi a disposizione delle parti per il caso in cui la Camera ritardi od ometta la consegna del lodo in seguito alla richiesta delle parti stesse, non v'è motivo per discostarsi dalla tesi sostenuta in dottrina rispetto all'arbitrato di diritto comune, in forza della quale le parti, in caso di mancata consegna del lodo da parte degli arbitri, possono ricorrere al procedimento ingiuntivo ex art. 633 e ss. c.p.c.²³⁷. Nel caso di specie, peraltro, l'azione deve

²³⁷ Carpi F., *Art. 824. Originali e copie del lodo*, in *Arbitrati*, 2a ed., a cura di Carpi F., Bologna, 2007, 584 ss.; Punzi C., *Disegno sistematico dell'arbitrato, op. cit.*, II, 106; Ruffini G., Boccagna S., *Art. 824. Originali e copie del lodo*, in *Codice di procedura civile commentata*, a cura di Consolo C. e Luiso F.P., Milano, 2007, III, 5978 ss., spec. 5985.

Tesi di dottorato *“La disciplina arbitrale nei contratti pubblici”*
Dott. Giovanni Battista De Luca discussa presso l'Università Luiss
Guido Carli. Non riproducibile, in tutto o in parte, se non con il
consenso scritto dell'autore.

essere rivolta, evidentemente, nei confronti della Camera e non degli arbitri.

5. *L'esecutività del lodo arbitrale.*

Il legislatore ha precisato che quanto stabilito in relazione al deposito del lodo presso la Camera arbitrale non ha nulla a che fare con il deposito presso il tribunale *ex art. 825 c.p.c.*, necessario ai fini della esecutività del lodo stesso.

In questo senso, infatti, l'art. 241, comma 10, c.c.p., *ante* novella del 2010, precisava che “*resta ferma, ai fini della esecutività lodo, la disciplina contenuta nel codice di procedura civile*”.

Non diverso è il senso dell'attuale art. 241, comma 10, c.c.p., il quale prevede che “*il deposito del lodo effettuato ai sensi dell'articolo 825 del codice di procedura civile è preceduto dal suo deposito presso la Camera arbitrale*”, e che l'originale del lodo è restituito alla parte “*ai fini, degli adempimenti di cui all'articolo 825 del codice di procedura civile*”.

Pertanto, per quanto concerne la disciplina dell'esecutività del lodo arbitrale pronunciato all'esito dei giudizi arbitrali di cui agli artt. 241 e ss. c.c.p., ci si potrebbe limitare a rinviare alla disciplina di cui all'art. 825 del codice di rito²³⁸, non essendovi negli articoli del

²³⁸ Così dispone il primo comma dell'art. 825 c.p.c. dopo le modifiche apportate dal D. Lgs. N. 40 del 2006 “*La parte che intende fare eseguire il lodo nel territorio della Repubblica ne propone istanza depositando il lodo in originale, o in copia conforme, insieme con l'atto contenente la convenzione di arbitrato, in originale o in copia*”

Tesi di dottorato “*La disciplina arbitrale nei contratti pubblici*”
Dott. Giovanni Battista De Luca discussa presso l'Università Luiss
Guido Carli. Non riproducibile, in tutto o in parte, se non con il
consenso scritto dell'autore.

Codice dei contratti pubblici alcuna prescrizione particolare.

Infatti, in materia di esecutività del lodo arbitrale, la disciplina è la stessa contenuta nel codice di rito laddove si stabilisce che il deposito del lodo, in originale o copia conforme, insieme con l'atto contenente la convenzione di arbitrato, nella cancelleria del tribunale nella cui circoscrizione ha sede l'arbitrato serve a rendere esecutivo il lodo²³⁹.

Gli effetti del lodo arbitrale reso esecutivo sono equipollenti a quelli della sentenza del giudice togato passata in giudicato; è pertanto possibile proporre il giudizio di ottemperanza *ex art. 27, n. 4, del Regio Decreto n. 1054 del 26 giugno 1924*²⁴⁰.

Secondo quanto disposto dal primo comma dell'art. 825 c.p.c., il tribunale deve accertare la regolarità formale del lodo; tale indagine ha carattere sommario nel senso che i risultati di essa non pregiudicano l'esame che il giudice fosse chiamato a compiere in sede di impugnazione per nullità. Pertanto il tribunale non può mai spingere il suo esame sul merito della decisione ma la sua indagine deve limitarsi all'estrinseco del lodo e

conforme, nella cancelleria del tribunale nel cui circondario è la sede dell'arbitrato. Il tribunale, accertata la regolarità formale del lodo, lo dichiara esecutivo con decreto. Il lodo reso esecutivo è soggetto a trascrizione o annotazione, in tutti i casi nei quali sarebbe soggetta a trascrizione o annotazione la sentenza avente il medesimo contenuto".

²³⁹ Il Tribunale procede, tuttavia, ad un mero controllo di regolarità formale del lodo accertando la presenza di tutti i requisiti previsti a pena di nullità (cfr. Cass., sent. n. 2601/1976).

²⁴⁰ Sul punto si veda una recente pronuncia dei giudici amministrativi del TAR Lazio, II Sezione, n. 4277 del 5 giugno 2006.

Tesi di dottorato "*La disciplina arbitrale nei contratti pubblici*"
Dott. Giovanni Battista De Luca discussa presso l'Università Luiss
Guido Carli. Non riproducibile, in tutto o in parte, se non con il
consenso scritto dell'autore.

accertare solo l'esistenza dei requisiti prescritti²⁴¹. E' da ricordare che per gli arbitrati, sia liberi che amministrati, nella materia *de qua*, tra i requisiti prescritti soggetti al predetto controllo è l'avvenuto previo deposito del lodo presso la Camera arbitrale.

È necessario, tuttavia, chiarire un punto relativo al rapporto tra il deposito del lodo presso la Camera arbitrale e il controllo che il giudice dell'*exequatur* deve effettuare sulla regolarità formale del lodo per poterlo dichiarare esecutivo (art. 825, comma 1, c.p.c.).

La lettera dell'art. 825, comma 1, c.p.c. potrebbe indurre a credere che il controllo che il giudice dell'*exequatur* deve effettuare in ordine alla regolarità formale del lodo riguardi anche l'avvenuto deposito presso la Camera arbitrale e che, pertanto, sia anche e soprattutto a tal fine che la Camera deve rilasciare l'attestazione di avvenuto deposito.

Se si seguisse tale ordine di considerazioni, il tribunale, in assenza della attestazione di avvenuto deposito, non potrebbe omologare il lodo e quindi attribuirgli efficacia esecutiva.

In questa direzione si è espressa la stessa Camera arbitrale.

Nel comunicato n. 18 del 10 gennaio 2006, la Camera arbitrale, nel dettare alcune regole concernenti le modalità operative per il deposito dei lodi, ha infatti stabilito che la segreteria della Camera arbitrale fornisce apposita attestazione del rispetto dell'art. 9, comma 4, del d.m.

²⁴¹ In ordine all'ambito dell'indagine rimessa al tribunale nella predetta sede si veda Rascio N., in *Diritto dell'arbitrato rituale*, Torino, 2000, 267 ss.

Tesi di dottorato "*La disciplina arbitrale nei contratti pubblici*"
Dott. Giovanni Battista De Luca discussa presso l'Università Luiss
Guido Carli. Non riproducibile, in tutto o in parte, se non con il
consenso scritto dell'autore.

398/2000 “*ai fini dell'accertamento della regolarità formale del lodo in sede di richiesta di esecuzione (cfr. art. 825, comma 3, c.p.c.)*”.

Quest'idea, tra l'altro, sembrerebbe essere coerente con la funzione assolta dal deposito del lodo presso la Camera arbitrale e con l'ambito della cognizione che si è soliti riservare al giudice dell'*exequatur*.

Il ragionamento da effettuarsi, infatti, potrebbe essere, nella sostanza, il seguente: dal momento che, secondo la tesi che prevale, la regolarità formale del lodo riguarda innanzitutto la sussistenza dei requisiti di cui all'art. 823, comma 2, c.p.c. e in particolare quindi anche la verifica della sottoscrizione del lodo²⁴², e di tutto ciò che è indispensabile al fine di consentire al lodo di acquisire i suoi effetti tipici, e visto che nel sistema del codice dei contratti pubblici il deposito del lodo presso la Camera è elemento indispensabile per il perfezionamento del lodo, allora anche il deposito del lodo diviene requisito controllabile dal giudice in sede di *exequatur*.

Una seria ed insuperabile controindicazione rispetto a questo modo di ragionare consiste, tuttavia, nel rilievo che in tal modo si graverebbe il giudice dell'*exequatur* di una valutazione in molti casi estremamente difficile e per la

²⁴² Boccagna S., *L'impugnazione per nullità del lodo*, I, Napoli 2005, 412; La China S., *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, II, Milano, 2004, 207; Punzi C., *Disegno sistematico dell'arbitrato*, op. cit., II, 117 ss.; Rascio N., *La decisione*, in AA.Vv., *Diritto dell'arbitrato*, III, a cura di Verde G., op. cit., 379 ss.; Ruffini G., Boccagna S., *Art. 825. Deposito del lodo*, in *Codice di procedura civile commentato*, III, a cura di Consolo C. e Luiso F. P., Milano, 2007, III, 5992 ss., spec. 5996; Verde G., *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, II, op. cit., 149.

quale il procedimento immaginato dal legislatore in sede di *exequatur* appare del tutto inadeguato.

Il problema, ovviamente, non si pone nel caso in cui il lodo presenti l'attestazione della Camera arbitrale, essendo in tal caso agevole per il giudice riscontrare tale attestazione, ma per tutti gli altri lodi carenti dell'attestazione. In tali casi, infatti, il giudice per potere concedere l'*exequatur* dovrebbe verificare che il lodo degli arbitri non esigeva per il proprio perfezionamento l'attestazione della Camera arbitrale.

Il lodo viene dichiarato esecutivo con decreto: il decreto del tribunale fa sussumere il lodo tra i comandi autoritari dello Stato, e cioè, lo fa diventare equipollente *in toto* a sentenza e, quindi, produttivo di tutti gli effetti giurisdizionali anche esecutivi ed esecutori.

Del deposito e del provvedimento del tribunale viene data comunicazione alle parti a cura della cancelleria nei modi stabiliti dall'art. 133 c.p.c. (art. 825, secondo comma, c.p.c.). Da tale comunicazione decorre il termine di trenta giorni per proporre avverso il decreto che concede o nega l'esecutorietà del lodo, reclamo mediante ricorso alla Corte d'appello, la quale, sentite le parti, provvede in camera di consiglio (art. 825, comma terzo, c.p.c.)²⁴³.

²⁴³ Tale previsione, introdotta dall'art. 23 del D. Lgs. n.40 del 2006, innova notevolmente la procedura sul punto. In precedenza, infatti, il reclamo era ammesso solo nei riguardi del decreto che negava l'esecutorietà. Ove fosse, invece, intervenuto il decreto positivo, soggetta ad impugnazione era direttamente la sentenza arbitrale. In secondo luogo il reclamo andava proposto davanti allo stesso tribunale in composizione collegiale del quale non poteva far parte il giudice che aveva emesso il provvedimento reclamato.

Tesi di dottorato "*La disciplina arbitrale nei contratti pubblici*"
Dott. Giovanni Battista De Luca discussa presso l'Università Luiss
Guido Carli. Non riproducibile, in tutto o in parte, se non con il
consenso scritto dell'autore.

6. *L'impugnabilità del lodo arbitrale.*

Avverso i lodi arbitrali il codice di rito concede i rimedi dell'impugnazione per nullità, della revocazione e dell'opposizione di terzo²⁴⁴.

L'impugnazione per nullità nel sistema del codice ha una funzione mista²⁴⁵. perché è concessa, da una parte, per taluni *errores in procedendo* (art. 829, comma 1, nn. da 1 a 12, c.p.c., nell'attuale formulazione) e, dall'altra, per *errores in iudicando* limitatamente, però, all'inosservanza delle regole di diritto.

Quanto ai primi, l'impugnazione è ammessa nonostante qualsiasi rinuncia preventiva²⁴⁶, ma è preclusa alla parte che ha dato causa a un motivo di nullità, o vi ha rinunciato, o che non ha eccepito nella prima istanza o difesa successiva la violazione di una regola che disciplina lo svolgimento del procedimento arbitrale (art. 829, comma 2, c.p.c.).

²⁴⁴ Il rimedio dell'opposizione di terzo è stato introdotto per la prima volta con la riforma del 1994..

²⁴⁵ Sulla natura ibrida dell'azione di nullità prevista dall'art. 829 c.p.c. cfr. Cass. sent. n. 1960 del 20 giugno 1972, in *Rass. Avv. Stato*, 1972,I, 863, secondo la quale si tratterebbe di una vera e propria impugnazione che instaura un procedimento, da un lato, assimilabile a quello dell'appello (in quanto tendente, attraverso un procedimento intermedio, al riesame) e, dall'altro lato, a quello del ricorso per cassazione (quanto alla disciplina dei motivi). Non costituisce però un comune appello rispetto alla pronuncia degli arbitri, pur avendo in parte i caratteri, in quanto è limitato all'accertamento positivo o negativo dei vizi di nullità previsti dall'art. 829 c.p.c. e dedotti con l'atto di impugnazione : Cass., sent. n. 22083 del 16 ottobre 2009, in *Foro pad.*, 2010, I, 230.

²⁴⁶ Nel testo risultante dall'art. 829 c.p.c. risultante dalla riforma del 1994 analoga previsione faceva riferimento alla rinuncia senza qualificarla come "preventiva". Ma anche allora sembra che la norma riguardasse la sola rinuncia per l'appunto preventiva, essendo innegabile la facoltà delle parti di rinunciare *ex post* all'impugnazione.

Trattasi di preclusioni introdotte *ex novo* con la riforma del 2006 nell'evidente ottica di comprimere la facoltà di impugnazione alle parti in ipotesi riferibili alla loro volontà o comportamento, riducendo in tal modo i casi in cui la decisione di merito della controversia sia rimessa all'autorità giudiziaria.

Quanto poi agli *errores in iudicando*, la precedente formulazione dell'art. 829, comma 2, c.p.c. consentiva l'impugnazione del lodo se gli arbitri non avevano osservato le regole di diritto, salvo che le parti li avessero autorizzati a decidere secondo equità o avessero dichiarato il lodo non impugnabile.

Nella medesima ottica di maggiore restrizione sopra detta, ora invece, ai sensi del vigente terzo comma dell'art. 829 c.p.c., l'impugnazione per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia è ammessa “*se espressamente disposta dalle parti o dalla legge*”.

Essa è dunque preclusa anche là dove ricorra il mero silenzio mantenuto nella convenzione di arbitrato dalle parti sul punto. E' ammessa, però, in ogni caso l'impugnazione delle decisioni per contrarietà all'ordine pubblico nonché delle controversie previste dall'art. 409 c.p.c. (anche per violazione dei contratti e accordi collettivi) e se la violazione delle regole di diritto concerne la soluzione di questione pregiudiziale su materia che non può essere oggetto di convenzione di arbitrato.

In questa seconda funzione l'azione di nullità non dà senz'altro luogo ad un giudizio di appello, abilitante il giudice dell'impugnazione a sindacare direttamente e immediatamente il merito della decisione arbitrale, ma ad

un giudizio rescindente di legittimità che termina con l'annullamento del lodo arbitrale in quanto sia riconosciuta una violazione o falsa applicazione della legge od un *error in iudicando*.

E' solo in quanto sia annullata la decisione arbitrale che è aperta la via per il *iudicium rescissorium* da parte della stessa autorità giudiziaria o, su concorde volontà di tutte le parti, da parte degli stessi arbitri²⁴⁷.

Peraltro, al *iudicium rescissorium* può la Corte addivenire soltanto ove risulti che il lodo sia stato pronunciato da arbitri dotati di effettiva *potestas iudicandi*. Altrimenti la sua decisione deve arrestarsi al solo *rescindens*, restando il merito della controversia demandato ad un giudizio da introdurre *ex novo* secondo le scelte delle parti²⁴⁸.

7. *L'impugnazione per nullità lodo.*

Il Codice dei contratti pubblici, prima della novella del 2010, non contemplava regole speciali relative alla disciplina delle impugnazioni del lodo.

²⁴⁷ Circa il contenuto e la forma di tale manifestazione di volontà si veda Briguglio A, *Dell'arbitrato*, in *Codice di procedura civile commentato* a cura di Vaccarella R. e Verde G., *op. cit.*, 217.

²⁴⁸ Cass., sent. n. 11788 del 21 maggio 2007, in *Riv. Arbitrato*, 2008, 73; Cass. sent. n. 16977 del 25 luglio 2006, in *Mass. Foro it.*, 2006, 1442; Cass., sent. n. 2598 del 7 febbraio 2006; Cass., sent. n. 22794 del 6 dicembre 2004, in *Guida al Diritto*, 2005, 2, 68. In particolare, carenza di *potestas iudicandi* degli arbitri è stata ravvisata non solo nelle ipotesi di nullità del patto compromissorio derivanti da vizi di forma estrinseca, ma anche in quelle che traggono origine dai limiti di compromettibilità della controversia nonché in ogni altra ipotesi di nullità, annullabilità o inefficacia che determini l'insussistenza – originaria o sopravvenuta – della volontà contrattuale delle parti di addivenire al compromesso (Cass., sent. n. 4207 del 24 febbraio 2006, in *Giust. civ.*, 2007, 2561).

Tesi di dottorato “*La disciplina arbitrale nei contratti pubblici*”
Dott. Giovanni Battista De Luca discussa presso l'Università Luiss
Guido Carli. Non riproducibile, in tutto o in parte, se non con il
consenso scritto dell'autore.

Trovava quindi integrale applicazione la disciplina ordinaria, fermo restando che, il termine lungo per l'impugnazione per nullità del lodo²⁴⁹, normalmente decorrente ai sensi dell'art. 828, comma 2, c.p.c. dall'ultima sottoscrizione, nei giudizi arbitrali di cui al Codice dei contratti pubblici decorreva, invece, dalla data del deposito del lodo presso la Camera arbitrale.

Il d.lgs. n. 53 del 2010 ha, invece, introdotto alcune disposizioni speciali in tema di impugnazione per nullità del lodo, aggiungendo all'art. 241 c.c.p. due nuovi commi, il 15- *bis* ed il 15-*ter*.

La prima disposizione stabilisce, innanzitutto, che “*il lodo è impugnabile, oltre che per motivi di nullità, anche per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia*” indipendentemente dalla previsione della clausola compromissoria o del compromesso, e ciò in deroga all'art. 829, comma 3²⁵⁰.; e che l'impugnazione del lodo può essere proposta entro novanta giorni dalla notificazione del lodo e non oltre i centoottanta giorni

²⁴⁹ Competente a giudicare sull'impugnazione del lodo è la Corte d'appello nel cui distretto ha sede l'arbitrato. Il giudizio sull'impugnazione per nullità segue le regole dei giudizi normali; in pendenza di tale giudizio l'esecuzione del lodo non è sospesa; può esserlo con ordinanza della Corte d'appello (art. 830, ultimo comma, c.p.c.). Deve naturalmente trattarsi del lodo fatto oggetto di dichiarazione di esecutività, mancando altrimenti in esso la necessaria connotazione giuridica suscettibile di sospensione.

²⁵⁰ I motivi di impugnazione per nullità debbono essere specificamente indicati e dedotti nell'atto di impugnazione; in particolare, analogamente a quanto ritenuto per il ricorso di Cassazione, non è necessaria l'indicazione specifica delle norme in *thesi* violate, essendo sufficiente che esse risultino desumibili dal complesso del ricorso (cfr. Cass., sent. n. 6931 del 8 aprile 2004, in *Foro it.*, 2005, I, 841; Cass. sent. n. 3383 del 20 febbraio 2004, in *Giust. civ.*, 2005, I, 3143; Cass., sent. n. 5358 del 2 giugno 1999, in *Giust. civ. Mass.*, 1999, 1245). Successivamente non è ammesso enunciarne altri né è possibile specificare i motivi indicati solo genericamente.

dalla data del deposito del lodo presso la Camera arbitrale²⁵¹.

Per comprenderne il significato, occorre tenere presente che la riforma dell'arbitrato del codice di rito (di cui al d.lgs. n. 40 del 2006) invertendo quella che era la regola previgente, ha stabilito che l'impugnazione per nullità per violazione di regole di diritto è ammessa solo se espressamente disposta dalle parti o dalla legge (art. 829, comma 3, c.p.c.)²⁵².

Il legislatore delegato, quindi, con il comma 15-*bis* ha sancito il principio che il lodo arbitrale in materia di contratti pubblici può essere impugnato per nullità²⁵³ anche per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia, dando vita ad una delle ipotesi evocate dall'art. 829, comma 3, c.p.c., nelle quali l'impugnazione del lodo per violazione delle regole di diritto è ammessa in quanto disposta dalla legge²⁵⁴.

²⁵¹ Come si può notare, è stata, invece, eliminata la previsione dell'impugnazione per violazione delle norme sostanziali applicate al giudizio, salve le diverse previsioni della clausola arbitrale o della legge.

²⁵² In sostanza in base alla riforma del 2006 l'impugnazione per violazione delle regole di diritto era ammessa soltanto se già prevista dalla clausola compromissoria o dal compromesso.

²⁵³ Il ricorso avverso il lodo deve essere notificato personalmente alla parte e non al difensore (cfr. Cass., sent. n. 17418/2004); la notifica non effettuata personalmente alla parte è affetta da nullità sanabile *ex tunc* con la costituzione in giudizio del destinatario della notifica ovvero mediante rinnovazione spontanea della stessa (cfr. Cass., sent. n. 18916/2004).

²⁵⁴ In giurisprudenza (cfr. Cass., sent. n. 1183/2006; Id. sent. n. 2211/2003; Id. sent. n. 15136/2000) è stato ritenuto che il vizio di motivazione del lodo può rilevare come ipotesi di nullità del lodo nella sola ipotesi in cui la motivazione manchi del tutto oppure sia tale da non consentire di comprendere l'iter del ragionamento seguito dagli arbitri e di individuare la *ratio* della decisione adottata. In particolare gli ermellini hanno affermato che in sede di ricorso per Cassazione avverso la sentenza che abbia deciso sull'impugnazione

E' di tutta evidenza come la novella del 2006 abbia creato una notevole diversità tra l'arbitrato disciplinato dal codice di rito e quello "speciale" relativo alla materia dei contratti pubblici, estendendo solo per questi ultimi il potere di controllo del giudice dell'impugnazione.

Occorre, peraltro, chiedersi se le parti possano rinunciare a questo tipo di impugnazione per nullità.

Secondo parte della dottrina²⁵⁵, il tenore letterale del comma 15-*bis* non si oppone a tale conclusione. In senso contrario, avrebbe deposto, invece, il ricorso ad espressioni secondo le quali l'impugnazione per nullità per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia è ammessa “*in ogni caso*”, o “*è sempre ammessa*” (come ad esempio prevede l'art. 829, comma 4, c.p.c.) o è ammessa “*nonostante qualunque preventiva rinuncia*”, come disposto dall'art. 829, comma 1, c.p.c., relativamente ai motivi di nullità ivi contemplati.

In secondo luogo, il comma 15-*bis* deroga in parte alla disciplina ordinaria dei termini per l'impugnazione del lodo, stabilendo in novanta giorni il termine breve decorrente dalla notificazione del lodo, e in centoottanta giorni quello lungo decorrente dalla data del deposito del lodo presso la Camera arbitrale e non dalla data della

per nullità del lodo, inoltre, al fine di verificare se la sentenza stessa sia adeguatamente e correttamente motivata in relazione ai modi di impugnazione del lodo, il giudice di legittimità non può apprezzare direttamente la pronuncia arbitrale e può esaminare solo la decisione emessa nel giudizio di impugnazione, svolgendo un sindacato di legittimità attraverso il riscontro della conformità alla legge e della congruità della motivazione (cfr. Cass. sent. n. 11315/2007; Id. sent. n. 6986/2007; Id. sent. n. 7649/2007; Id. sent. n. 8697/2006 e Id. Id. sent. n. 3768/2006).

²⁵⁵ Odorisio E., *Arbitrato rituale e lavori pubblici*, op. cit., 640.

Tesi di dottorato “*La disciplina arbitrale nei contratti pubblici*”
Dott. Giovanni Battista De Luca discussa presso l'Università Luiss
Guido Carli. Non riproducibile, in tutto o in parte, se non con il
consenso scritto dell'autore.

sottoscrizione del lodo (come previsto dall'art. 828 per gli arbitrati ordinari).

Va segnalata infine un'importante precisazione introdotta relativamente ai termini dell'impugnazione, non disciplinati in precedenza dall'art. 241 c.c.p.

Mentre il termine breve dei novanta giorni dalla notifica del lodo coincide con quello dell'art. 828 c.p.c., il termine lungo viene ridotto rispetto alla previsione dell'art. 828, comma 2, da un anno a centoottanta giorni.

8. Segue . La sospensione dell'efficacia del lodo e decisione dell'impugnazione.

La seconda disposizione, il comma 15-ter, si occupa, invece, da un lato della sospensione dell'efficacia del lodo da parte della Corte d'Appello (ipotesi prima non prevista), e dall'altro lato, dello svolgimento del giudizio di impugnazione per nullità del lodo, prevedendo una fase decisoria particolarmente accelerata (così come era stato richiesto dalla stessa legge delega) per il caso in cui la Corte d'Appello sospenda l'efficacia del lodo.

In primo luogo, mentre l'art. 830, comma 4, c.p.c. esige per la sospensione dell'efficacia del lodo soltanto la ricorrenza di “*gravi motivi*”, ai sensi dell'art. 241, comma 15-ter, c.c.p., la sospensione del lodo può essere disposta, su istanza di parte, dalla Corte d'Appello con ordinanza “*se ricorrono gravi e fondati motivi*”.

La vera novità è costituita dal secondo periodo del comma 15-*ter* che crea un percorso rapido per la decisione dell'impugnazione nel merito.

Infatti, sia nell'ipotesi di sospensione dell'efficacia del lodo disposta dalla Corte d'Appello, sia nel caso in cui quest'ultima confermi la sospensione disposta dal presidente, il collegio arbitrale deve verificare se il giudizio è in condizione di essere definito e, fatte precisare le conclusioni, ordina la discussione orale nella stessa udienza o nella camera di consiglio, ovvero in udienza da tenersi entro il termine ordinatorio di novanta giorni dall'ordinanza di sospensione. In tal caso è prevista l'applicazione dell'art. 281-*sexies* c.p.c., che prevede la lettura del dispositivo e della concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione al termine della discussione.

Con l'ordinanza di sospensione, il collegio arbitrale può altresì provvedere su incumbenti istruttori che ritiene indispensabili ordinandone l'assunzione all'udienza successiva e comunque non oltre novanta giorni²⁵⁶.

Per quanto riguarda la disciplina della sospensione dell'efficacia del lodo, è necessario interrogarsi sull'effettiva portata di alcune differenze tra l'art. 241, comma 15-*ter*, c.c.p. e l'art. 830, comma 4, c.p.c.

²⁵⁶ Secondo Carullo A., *I sistemi di risoluzione delle controversie: accordo bonario ed arbitrato*, in Aa. Vv. *Il nuovo ordinamento dei lavori pubblici*, a cura di Mastragostino F., Torino, 2001, 408, dubbi di legittimità costituzionale *ex* art. 25 Cost., e questioni problematiche emergono nell'ipotesi in cui la sede dell'arbitrato sia una delle sezioni dell'Osservatorio dei lavori pubblici poiché l'impugnazione del lodo dovrebbe avvenire nel distretto della Corte d'Appello dove ha sede l'Osservatorio regionale che non coincide necessariamente con quello in cui sono stati svolti i lavori.

Tesi di dottorato "*La disciplina arbitrale nei contratti pubblici*"
Dott. Giovanni Battista De Luca discussa presso l'Università Luiss
Guido Carli. Non riproducibile, in tutto o in parte, se non con il
consenso scritto dell'autore.

In particolare, nel comma 15 *ter* non compare la precisazione di cui all'art. 830, comma 4, c.p.c., secondo la quale l'istanza di sospensione può essere “*anche successiva alla proposizione dell'impugnazione*”.

Si tratta, tuttavia, di una mancanza priva di rilievo.

Poiché il lodo arbitrale al momento in cui viene impugnato potrebbe non essere ancora esecutivo, anche prima che la novella del 2006 intervenisse sul testo dell'art. 830 c.p.c., si riteneva che in caso di sopravvenuta esecutività del lodo nel corso del giudizio di impugnazione, si dovesse concedere alla parte la facoltà di avanzare l'istanza di sospensiva²⁵⁷.

Per le stesse ragioni si deve allora ritenere che, nonostante il silenzio sul punto dell'art. 241, comma 15 *ter*, c.c.p., qualora venisse proposta una impugnazione nei confronti di un lodo non ancora depositato e reso esecutivo, l'istanza di sospensione potrebbe essere anche formulata in un secondo momento, al sopravvenire della esecutiva del lodo.

Inoltre, l'art. 241, comma 15 *ter*, c.c.p., a differenza dell'art. 830, comma 4, c.p.c., richiama espressamente l'art. 351 c.p.c., che si occupa del procedimento per la concessione della sospensione, e che contempla anche la possibilità di una sospensione disposta con decreto *inaudita altera parte*.

²⁵⁷ Cfr. anche per riferimenti, Balena G., Bove M., *Le riforme più recenti del processo civile*, Bari, 2006, 111 ss.; Consolo C., Parisi A., *Art. 283. Provvedimenti sull'esecuzione provvisoria in appello*, in *Codice di procedura civile commentata* a cura di Consolo C. e Luiso F.P., Milano, 2007, I, 2224; Impagnatiello G., *La provvisoria esecuzione e l'inibitoria nel processo civile*, I, Milano, 2010, 450 ss.

Tesi di dottorato “*La disciplina arbitrale nei contratti pubblici*”
Dott. Giovanni Battista De Luca discussa presso l'Università Luiss
Guido Carli. Non riproducibile, in tutto o in parte, se non con il
consenso scritto dell'autore.

Anche in tal caso, tuttavia, non vi è alcuna reale differenza rispetto all'arbitrato di diritto comune, in quanto in dottrina e giurisprudenza non vi sono dubbi sull'applicabilità in sede di sospensione *ex art.* 830, comma 4, c.p.c. del procedimento di cui all'art. 351 c.p.c.²⁵⁸.

L'appello contro il lodo arbitrale previsto dall'art. 6, legge n. 205/2000 (ora art. 12 c.p.a.), deve essere proposto al giudice amministrativo competente quale giudice naturale chiamato a valutare la fondatezza o meno della pretesa risarcitoria conseguente alla lesione dell'interesse pretensivo ed oppositivo ovvero la fondatezza di qualsiasi pretesa patrimoniale nascente da una convenzione di tipo pubblicistico rimessa alla giurisdizione del giudice amministrativo²⁵⁹.

9. Le impugnazioni per revocazione e per opposizione di terzo.

A norma dell'art. 831 c.p.c., il lodo, nonostante qualsiasi rinuncia delle parti è soggetto a revocazione nei casi indicati nei numeri 1) 2) 3) e 6) dell'art. 395 c.p.c.²⁶⁰.

Si osservano le forme e i termini stabiliti nel libro II del codice di rito, ma se i casi si verificano in pendenza del

²⁵⁸ Si veda anche per ulteriori riferimenti, Ruffini G., Boccagna S., *Art. 830. Decisione sull'impugnazione per nullità*, in *Codice di procedura civile commentato*, a cura di Consolo C. e Luiso F.P., *op. cit.*, 2049.

²⁵⁹ Cfr. Cons. Stato, Sezione V, sentenza n. 3655 del 19 giugno 2003.

²⁶⁰ Trattasi dei casi di dolo di una delle parti in danno dell'altra (n.1); di falsità delle prove sulle quali la decisione è fondata (n. 2); di sopravvenuta disponibilità di documenti decisivi (n. 3); di dolo del giudice accertato con sentenza passata in giudicato (n. 6).

processo di impugnazione per nullità, i termini per la proposizione della domanda di revocazione sono sospesi fino alla comunicazione della sentenza che pronuncia sulla nullità.

Parte della dottrina²⁶¹ ritiene che, nei casi indicati, la revocazione è proponibile soltanto qualora sia decorso il termine per l'impugnazione di nullità, dovendo altrimenti i vizi "revocatori" predetti essere fatti valere attraverso tale impugnazione.

E' però da dubitare dell'esattezza di tale tesi che non trova riscontro nella lettera della norma²⁶² e che sembra in contraddizione con il principio di tassatività dei casi di nullità elencati dall'art. 829 c.p.c., nel cui ambito i richiamati vizi non paiono poter essere ricompresi²⁶³.

Quanto poi al caso di revocazione di cui al numero 4) dell'art. 395 c.p.c., in sede di riforma del 1994, confermata sul punto dalla riforma del 2006, esso è stato sostanzialmente configurato come motivo di nullità del lodo al n. 8) del primo comma dell'art. 829 c.p.c., mentre resta escluso dall'una e dall'altra forma di impugnazione il caso previsto al n. 5) dell'art. 395 c.p.c. (errore di fatto).

Con la riforma del 1994 il legislatore ha introdotto *ex novo* nei riguardi del lodo la forma di impugnazione

²⁶¹ Briguglio A, *Dell'arbitrato*, in *Codice di procedura civile commentato* a cura di Vaccarella R. e Verde G., *op. cit.*, 222.

²⁶² Si consideri che prima della novella del 1994 la disposizione stabiliva espressamente che si potesse fare ricorso alla revocazione solo "quando non può proporsi l'impugnazione per nullità". Tale prescrizione è stata soppressa in sede di riforma. Naturalmente, ricorrendone i presupposti, la Corte d'appello potrà sempre dichiarare la conversione in revocazione dell'impugnazione per nullità con la quale siano stati fatti valere i vizi "revocatori".

²⁶³ Si veda per riferimenti Cass., sent. n. 8043 del 4 ottobre 1994, in *Giust. civ. Mass.*, 1994, 1184..

dell'opposizione di terzo nei casi indicati dall'art. 404 c.p.c.; la previsione è stata poi confermata dalla riforma del 2006.

Antecedentemente a questa è stato notato che l'opposizione di terzo presupponeva, ai fini della sua procedibilità, che il lodo fosse stato dichiarato esecutivo, giacché solo acquisendo valenza di sentenza esso diveniva suscettibile di ledere la sfera giuridica del terzo.

Dopo la riforma tale assunto non appare più valido perché, indipendentemente dal provvedimento che ne dichiara l'esecutività, il lodo ha di per se stesso, ai sensi dell'art. 824 *bis* c.p.c., efficacia di sentenza e, dunque, è suscettibile di radicare l'interesse del terzo alla sua impugnazione.

Giudice competente per le due forme di impugnazione è la Corte d'appello nella cui circoscrizione ha sede l'arbitrato (art. 831, comma 4, c.p.c.). La Corte, ove lo consenta lo stato delle cause, può riunire le impugnazioni per nullità, per revocazione e per opposizione di terzo nello stesso processo, al fine di deciderle unitariamente (art. 831, ultimo comma, c.p.c.).

CAPITOLO QUARTO

LE SPESE DEL PROCEDIMENTO ARBITRALE NEI CONTRATTI PUBBLICI

SOMMARIO: 1. I costi del giudizio arbitrale di diritto comune. 2. I costi del giudizio arbitrale amministrato. 3. Le spese nel giudizio arbitrale in materia di opere pubbliche.

1. I costi del giudizio arbitrale di diritto comune

Una particolare attenzione in materia di appalti nei contratti pubblici è stata dedicata alla parte relativa ai costi del giudizio arbitrale, dettata, sin da sempre, dalla preoccupazione che il giudizio arbitrale possa comportare un eccessivo dispendio di risorse pubbliche, a tal punto da spingere il legislatore a dettare una disciplina arbitrale speciale rispetto a quella di diritto comune.

Le fonti normative per questa parte di disciplina, tuttavia, non sono costituite dal solo D. Lgs. n. 163/2006, in quanto il legislatore ha scelto di mantenere in vita l'art.

Tesi di dottorato “*La disciplina arbitrale nei contratti pubblici*”
Dott. Giovanni Battista De Luca discussa presso l’Università Luiss
Guido Carli. Non riproducibile, in tutto o in parte, se non con il
consenso scritto dell’autore.

10, commi 1, 2, 4, 5, e 6 del d. m. n. 398 del 2000 e la tariffa allegata (v. art. 256, comma 1, c.c.p.).

Per poter ben comprendere la disciplina dei costi del giudizio arbitrale di cui al Codice dei contratti pubblici, occorre ricordare, brevemente, quali sono i principi che regolano i costi nell'arbitrato di diritto comune e negli arbitrati amministrati.

Ed infatti, solo avendo ben chiari quali sono tali principi, sarà possibile cogliere le differenze esistenti nella disciplina speciale.

La norma di riferimento è senz'altro contenuta nel codice di rito all'art. 814 il quale disciplina il diritto degli arbitri "al rimborso delle spese e all'onorario per l'opera prestata" stabilendo che gli arbitri provvedono direttamente alla liquidazione delle spese e dell'onorario, ma che tale liquidazione non è per le parti vincolante, e che quindi, in caso di mancata accettazione, gli arbitri possono rivolgersi al presidente del tribunale affinché sia egli stesso a determinare l'ammontare delle spese e dell'onorario.

L'applicazione del procedimento speciale *ex art. 814 c.p.c.* presuppone, quindi, di verificare se si è formato l'accordo tra arbitri e parti sull'ammontare dei compensi, sul presupposto che essi siano dovuti.

Il rapporto tra arbitri e parti²⁶⁴ non pone problemi di forma ai fini dell'accettazione della proposta di compenso

²⁶⁴ In merito alla natura del rapporto tra gli arbitri e le parti, Punzi C., *Disegno sistematico dell'arbitrato*, op. cit., 405 ss., si riferisce al contratto avente ad oggetto la prestazione d'opera intellettuale. Ritengono, invece, si tratti di un contratto tipico, Verde G., *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, op. cit., 80 ss.; Marullo di

Tesi di dottorato "La disciplina arbitrale nei contratti pubblici"
Dott. Giovanni Battista De Luca discussa presso l'Università Luiss
Guido Carli. Non riproducibile, in tutto o in parte, se non con il
consenso scritto dell'autore.

formulata dagli arbitri, che, anche questo è noto, può essere espressa o tacita²⁶⁵.

È, quindi, agevole comprendere che l'accertamento circa la conclusione del negozio, in caso di lite, è rimessa alla libera valutazione del giudice.

Decidere se vi sia stato un comportamento concludente, costituito dal silenzio (da interpretare come accettazione delle richieste di pagamento svolte dal collegio arbitrale), impone al giudicante di considerare se questo atteggiamento sia conforme alle regole non scritte, agli usi, alle consuetudini e, da ultimo, alla buona fede²⁶⁶.

Contrariamente a quanto previsto nel sistema precedente (cfr. L. n. 415/1998), l'obbligo di corrispondere il compenso all'arbitro per l'opera prestata incombe in via solidale sui contendenti²⁶⁷, rimanendo

Condojanni S., *Il contratto di arbitrato*, op. cit., 70 ss.; Briguglio A. – Capponi B. (a cura di), *Commentario alle riforme del processo civile*, op. cit., 608. Bove M., *La giustizia privata*, Padova, 2009, 84 ss. riconduce il rapporto alla fattispecie del mandato.

²⁶⁵ Cfr. Cass., sent. n. 6162 del 16 marzo 2007, individua l'accettazione tacita nel regolare pagamento, da parte di un soggetto, di un corrispettivo di molto superiore rispetto a quanto pattuito tra le parti senza obiezioni o riserve.

²⁶⁶ Sulla buona fede, essenziali riferimenti in Corradini D., *Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato*, Milano, 1970, 46 ss.; Frezza P., *Fides bona*, in *Studi sulla buona fede*, Milano, 1975, 2 ss.; Id., *I doveri di buona fede e di diligenza nell'adempimento*, sub art. 1175 in *Codice Civile*, Commentario diretto da Schlesinger P., 1990, 7; Benatti F., *Delle obbligazioni in generale*, Torino, Commentario al codice civile diretto da Cendon, IV, 1999; Bigliuzzi Geri L., *Buona fede*, in *Dig. disc. priv.*, Torino; Breccia U., *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Giuffrè, 1996, 83; Nanni L., *La buona fede contrattuale*, ne *I grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale*, diretto da Galgano, Padova.

²⁶⁷ E' comunque dovuto il corrispettivo minimo, ridotto alla metà, anche in caso di conciliazione della lite; in considerazione della complessità delle questioni trattate e delle specifiche competenze utilizzate e dell'effettivo lavoro svolto, invece, i compensi massimi spettanti agli arbitri possono essere incrementati dalla Camera arbitrale, fino al doppio e con espressa motivazione e senza che

Tesi di dottorato “*La disciplina arbitrale nei contratti pubblici*”
Dott. Giovanni Battista De Luca discussa presso l'Università Luiss
Guido Carli. Non riproducibile, in tutto o in parte, se non con il
consenso scritto dell'autore.

ininfluente, a tali effetti, il carattere unilaterale della devoluzione effettiva della controversia agli arbitri²⁶⁸.

Il presidente del tribunale provvede con ordinanza reclamabile alla Corte di appello *ex art.* 825 c.p.c., la quale decide, anch'essa, con ordinanza²⁶⁹.

Per quanto concerne i criteri per la determinazione degli onorari degli arbitri, sino all'entrata in vigore dell'art. 24 del d.l. 4 luglio 2006 n. 223, convertito in legge n. 248 del 2006 (c.d. Decreto Bersani), era necessario distinguere a seconda che l'arbitro fosse un avvocato o meno.

Nel primo caso, infatti, vi era l'obbligo di applicare la tariffa forense²⁷⁰, nel secondo caso, invece, così come nel caso in cui ci si trovasse in presenza di un collegio misto,

comportino alcuna indebita espropriazione di competenze di ordini o consigli professionali (cfr. Tar Lazio, Sez. III, n. 5432/2002).

²⁶⁸ Il diritto dell'arbitro a ricevere il compenso sorge per il fatto di aver effettivamente espletato l'incarico senza che sia consentita alcuna indagine sulla validità del compromesso e del lodo e sulla regolarità della nomina, materie riservate alla cognizione del giudice dell'impugnazione (cfr. Cass. 13607/2002). La procedura di liquidazione dell'onorario spettante agli arbitri e di rimborso delle spese non è subordinata alla produzione di un lodo esecutivo, ma è sufficiente la mera relazione di un lodo, ancorché non esecutivo, per mancato deposito o rifiuto di esecutività per nullità dello stesso (cfr. Cass. 9074/1996).

²⁶⁹ Secondo la dottrina, dal momento che prima del d.lgs. n. 40 del 2006 la giurisprudenza riteneva che l'ordinanza conclusiva del procedimento di cui all'art. 814 c.p.c., allora non reclamabile in Corte di appello, fosse ricorribile in Cassazione *ex art.* 111 Cost., analoga sorte dovrebbe essere adesso riservata dalla giurisprudenza all'ordinanza resa dalla Corte di appello in sede di reclamo *ex art.* 825 c.p.c. (Giovannucci Orlandi C., *Art. 814. Diritti degli arbitri*, in AA.VV., *Arbitrato*, a cura di Carpi F., *op. cit.*, 285; Nela P.L., in AA.VV., *Le recenti riforme del processo civile*, commentario diretto da Chiarloni S., *op. cit.*, II, *sub art.* 814, 1697, nota 13; Ruffini G., *Art. 814. Diritti degli arbitri*, in *Codice di procedura civile commentata*, III ed., a cura di Consolo C. e Luiso F.P., *op. cit.*, III, 5826).

²⁷⁰ Si tratta del d.m. 8 aprile 2004, n. 127 "recante i criteri per la determinazione degli onorari, dei diritti e delle indennità spettanti agli avvocati per le prestazioni giudiziali in materia civile, penale, amministrativa, tributaria e stragiudiziale".

Tesi di dottorato "La disciplina arbitrale nei contratti pubblici"
Dott. Giovanni Battista De Luca discussa presso l'Università Luiss
Guido Carli. Non riproducibile, in tutto o in parte, se non con il
consenso scritto dell'autore.

ove non potessero trovare applicazione con valore normativa altre tariffe professionali, non appartenendo gli arbitri ad alcun ordine professionale, la liquidazione doveva essere effettuata tenendo conto dell'opera svolta, della complessità del giudizio e del valore della controversia, in base a criteri equitativi.

L'art. 24 del D.L. 4 luglio 2006 n. 223, convertito in L. 4 agosto 2006, n. 248, ha, tuttavia, stabilito l'applicazione della tariffa forense per qualsiasi componente del collegio arbitrale anche se non avvocato, ed anche all'arbitro unico non avvocato.

Diverso dal problema della determinazione degli onorari e delle spese degli arbitri, è invece quello di come debbano essere ripartiti tra le parti gli importi dovuti agli arbitri per onorari e spese.

A tal proposito sono state avanzate diverse teorie, ma quella, indubbiamente prevalente, fonda le proprie argomentazioni sul principio secondo cui nel giudizio arbitrale troverebbero comunque applicazione le disposizioni di cui agli artt. 91 e ss. c.p.c., sicché gli arbitri, anche di ufficio, dovrebbero stabilire nel lodo la ripartizione tra le parti di tutte le spese del giudizio arbitrale, nonché la stessa determinazione e ripartizione tra le parti delle spese ulteriori rispetto a quelle dei propri onorari e spese.

In tale prospettiva, pertanto, tali statuizioni entrerebbero a far parte a pieno titolo del lodo arbitrale del quale ne condividerebbero l'efficacia ed il regime

giuridico, con conseguente impugnabilità *ex artt.* 827 e ss. c.p.c.²⁷¹.

Secondo una diversa tesi, invece, salva diversa volontà delle parti, gli artt. 91 e ss. c.p.c. non sarebbero applicabili al giudizio arbitrale, sicché il collegio arbitrale non avrebbe il potere di pronunciare né sulla ripartizione tra le parti degli onorari e delle spese degli arbitri, né sulla determinazione e ripartizione tra le parti delle spese ulteriori sostenute da queste ultime²⁷².

Per quanto concerne i costi necessari per l'eventuale segretario del collegio arbitrale a differenza di quanto accade per gli arbitri, la remunerazione del segretario dovrà essere specificamente indicata nell'ordinanza presidenziale, essendo ontologicamente diversa e distinta dagli onorari del collegio.

Le parti, già nel corso del procedimento *ex art.* 814 c.p.c., potranno eccepire la congruità della richiesta, sollecitando pertanto l'analisi presidenziale non

²⁷¹ Andrioli V., *Commento al codice di procedura civile*, IV, *op. cit.*, 817 s.; Briguglio A., in Briguglio A., Fazzalari E., Marengo R., *La nuova disciplina dell'arbitrato*, sub art. 814, 81; Caponi R., *Orientamenti giurisprudenziali in tema di procedimento di liquidazione delle spese e dell'onorario arbitrali* (art. 814 c.p.c.) (nota a Cass. 7 luglio 2004, n. 12414; Cass. 26 maggio 2004, n. 10141; Cass. 23 aprile 2004, n. 7764), *op. cit.*, 783; Chovenda G., *La condanna nelle spese giudiziali*, Torino, 1901, 405, nota 2; Giovannucci Orlandi C., *Art. 814. Diritti degli arbitri*, in AA.Vv., *Arbitrato*, a cura di Carpi F., *op. cit.*, 273 s.; Gualandi A., *Spese e danni nel processo civile*, Milano, 1962, 229 s.; Tizi F., *I costi del processo arbitrale*, *Giust. proc. civ.*, 2008, 598; Punzi C., *Disegno sistematico dell'arbitrato*, *op. cit.*, I, 411, nota 379; Rubino Sammartano M., *Costi, interessi e maggior danno*, in AA.Vv., *Arbitrato, ADR, conciliazione*, opera diretta da Rubino Sammartano M., *op. cit.*, 803; Ruffini G., *Art. 814. Diritti degli arbitri*, in *Codice di procedura civile commentata*, a cura di Consolo C. e Luiso F.P., *op. cit.*, III, 5818; Verde G., *Gli arbitri*, in AA.Vv., *Diritto dell'arbitrato*, a cura di Verde G., *op. cit.*, 146; in giurisprudenza, si veda Cass. 8 settembre 2004, n. 18058.

²⁷² Cfr. Tizi E., *I costi del processo arbitrale*, *cit.*, 598 s.

sull'opportunità di avvalersi dell'ausiliario (in quanto preventivamente riconosciuta tramite l'autorizzazione), bensì sulla quantità e qualità dell'opera prestata. Qualora sia invece mancata l'autorizzazione delle parti, il presidente del tribunale potrà sindacare anche l'opportunità di avvalersi dell'ausiliario²⁷³.

Per il caso in cui l'ordinanza presidenziale rigetti la richiesta di remunerazione del segretario, ovvero la accolga in misura inferiore, indipendentemente dalla facoltà del collegio di proporre reclamo *ex art.* 814, ultimo comma, c.p.c., in capo al segretario sarà comunque da riconoscersi la possibilità di agire nei confronti degli arbitri attraverso un ordinario giudizio di cognizione.

Il titolo sarà ovviamente diverso, poiché nel procedimento di cui all'art. 814 c.p.c. è il collegio che fa valere una spesa della procedura mentre nell'azione ordinaria l'ausiliario agisce in proprio *ex art.* 2233 c.c..

Infine, in merito, agli onorari ed alle spese necessari per l'eventuale consulenza tecnica di ufficio, secondo la tesi che prevale tali oneri, al pari di quelli relativi al segretario, gravano direttamente sugli arbitri, facendo parte quindi delle loro spese, visto che, come in quel caso, il rapporto intercorre esclusivamente tra gli arbitri e il

²⁷³ Cass. 22 aprile 1994, n. 3839, in Riv. arbitrato, 1995, p. 75; Cass. 27 maggio 1987, n. 4722, in Mass. Giur. it., 1987; Cass. 22 aprile 1994, n. 3839 La liquidazione del compenso al segretario del collegio arbitrale – inteso, tale compenso, quale passività correlata allo svolgimento dell'attività degli arbitri e, come tale, integrante un onere gravante sulle parti, rientra nella competenza del giudice che provvede alla liquidazione delle spese dei compensi arbitrari a norma dell'art. 814 c.p.c. e l'accoglimento della relativa domanda è condizionato alla valutazione della necessità e dell'utilità dell'opera prestata dal segretario al fine del funzionamento del collegio

Tesi di dottorato “*La disciplina arbitrale nei contratti pubblici*”
Dott. Giovanni Battista De Luca discussa presso l'Università Luiss
Guido Carli. Non riproducibile, in tutto o in parte, se non con il
consenso scritto dell'autore.

consulente tecnico. Per tali spese, pertanto, non diversamente da tutte le altre spese del collegio si applica la disciplina ordinaria di cui all'art. 814 c.p.c.²⁷⁴.

2. I costi del giudizio arbitrale amministrato

Un tale tipo di rapporto s'instaura tra le parti e gli arbitri anche nell'ipotesi di arbitrato amministrato.

In tale ultimo caso nella formazione del contratto di arbitrato si inserisce, però, l'attività di un'istituzione arbitrale, la quale instaura un rapporto diretto di tipo contrattuale con le parti.

In virtù di tale contratto l'istituzione, dietro pagamento di un corrispettivo pecuniario, assume nei confronti delle parti alcuni obblighi relativi all'amministrazione della giustizia privata, quali quello di nominare gli arbitri, di svolgere le mansioni di segreteria necessarie al funzionamento dell'arbitrato ed in particolare, per quel che in questa sede rileva, di liquidare il compenso spettante agli arbitri.

Nello svolgimento di tale ultima attività, l'istituzione arbitrale agisce quale mandataria delle parti, non instaurando essa, in linea di principio, alcun rapporto giuridico né assumendo alcuna diretta obbligazione nei confronti degli arbitri, contrattualmente legati ai soli compromittenti.

²⁷⁴ Tizi F., *I costi del processo arbitrale*, op. cit., 590. Cfr. anche Bernardini P., *Arbitrato e consulenza tecnica*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1993, 613 ss., spec. 626.

Tesi di dottorato "*La disciplina arbitrale nei contratti pubblici*"
Dott. Giovanni Battista De Luca discussa presso l'Università Luiss
Guido Carli. Non riproducibile, in tutto o in parte, se non con il
consenso scritto dell'autore.

Se è vero, dunque, che, tanto nel caso di arbitrato *ad hoc* che nel caso di arbitrato amministrato gli arbitri acquistano nei confronti dei compromittenti un diritto contrattuale al rimborso delle spese ed al pagamento dell'onorario per l'opera prestata, è, però, anche vero che - al di fuori del caso in cui sia predeterminato in un accordo tra le parti e gli arbitri l'ammontare del compenso e delle spese - gli arbitri potranno esigere un tale credito solo dopo la sua liquidazione.

La liquidazione dell'ammontare del compenso spettante agli arbitri nonché delle spese del procedimento è compiuta da organi diversi e secondo modalità diverse. Nel caso di arbitrato amministrato i regolamenti delle Camere arbitrali offrono due diverse modalità di liquidazione dei costi dell'arbitrato.

A volte gli enti lasciano agli arbitri il compito di attivarsi. In tal caso, nulla è previsto nel regolamento in merito alla liquidazione del compenso e la disciplina non potrà che essere quella del codice di procedura civile²⁷⁵: si applicherà l'art. 814 c.p.c. e gli arbitri potranno procedere alla liquidazione o fare istanza di liquidazione al Presidente del Tribunale competente.

In altri casi, invece, è la stessa istituzione a gestire il rapporto economico con gli arbitri ed a provvedere alla

²⁷⁵ In tal senso si vedano, art. 28 Regolamento della Camera arbitrale di Ancona; art. 22 Regolamento della Camera arbitrale di Cremona. L'art. 29 Regolamento della Camera arbitrale di Como prevede che, avverso il provvedimento di liquidazione delle spese del collegio arbitrale, le parti possano proporre reclamo al Consiglio arbitrale.

Tesi di dottorato "*La disciplina arbitrale nei contratti pubblici*"
Dott. Giovanni Battista De Luca discussa presso l'Università Luiss
Guido Carli. Non riproducibile, in tutto o in parte, se non con il
consenso scritto dell'autore.

liquidazione del loro compenso e delle spese di procedimento²⁷⁶.

Nello svolgimento di tale ultima attività, la Camera non assume, comunque, alcuna diretta obbligazione nei confronti degli arbitri, ma agisce quale mandataria dei compromittenti²⁷⁷.

Pur non creandosi tra istituzione ed arbitri alcun rapporto di natura contrattuale, gli arbitri sono, tuttavia, vincolati alla liquidazione dei compensi compiuta dall'istituzione.

Un tale vincolo si ritiene origini dallo stesso contratto di arbitrato, con cui arbitri e compromittenti si sono obbligati al rispetto del Regolamento della Camera arbitrale ed in particolare alla disciplina relativa alla liquidazione dei compensi.

Il ruolo svolto dall'istituzione nella liquidazione del compenso e delle spese del procedimento è, secondo la dottrin²⁷⁸, quello dell'arbitratore, ovvero, del terzo delegato dalle parti alla determinazione dell'oggetto del contratto che le stesse hanno lasciato in bianco.

In altri termini, è come se le parti e gli arbitri avessero stipulato un contratto di arbitrato *per relationem*

²⁷⁶ Cfr., fra tanti, art. 30.2 Regolamento di arbitrato nazionale A.I.A.; art. 37.1 Regolamento della Camera arbitrale della Camera di commercio di Perugia; art. 43 Regolamento della Camera arbitrale di Bari; art. 26.4 Regolamento della Camera arbitrale di Bergamo; art. 27 del Regolamento della Camera arbitrale di Bologna.

²⁷⁷ Secondo Ricci E.F., *Note sull'arbitrato «amministrato»*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, p. 7, è giustificato, in tal caso, il richiamo all'istituto dell'accollo regolato agli artt. 1273 e ss. c.c.

²⁷⁸ Cfr. Briguglio A., in *Codice di procedura civile commentato*, a cura di Vaccarella R. e Verde G., *op. cit.*, sub. art. 814, p. 842; Caponi R., *L'arbitrato amministrato dalle camere di commercio in Italia*, *op. cit.*, p. 683.

attribuendo all'istituzione il compito di dare un contenuto alla parte economica dell'atto negoziale da loro posto in essere. Tale contratto, una volta completo, è vincolante per gli interessati²⁷⁹.

Se in dottrina c'è unanimità di vedute in merito al ruolo svolto, nella liquidazione del compenso, dalle Camere Arbitrali nel caso di arbitrato volontariamente amministrato, al contrario diverse opinioni erano state espresse sulla qualificazione del potere di liquidazione della Camera Arbitrale in materia di pubblici appalti prima dell'entrata in vigore del nuovo Codice dei contratti pubblici.

Secondo un primo orientamento²⁸⁰ anche la Camera Arbitrale in materia di opere pubbliche svolgeva la funzione dell'arbitratore, per cui nei provvedimenti di liquidazione dovevano vedersi “*provvedimenti non discrezionali e meramente ricognitivi della sussistenza dei presupposti previsti dalla normativa*” e le possibili controversie sugli stessi dovevano essere devolute alla giurisdizione ordinaria.

Un secondo orientamento²⁸¹ attribuiva, invece, all'ordinanza di liquidazione del compenso della Camera natura e funzione di “atto autoritativo”, con la conseguenza che l'eventuale impugnazione di una tale ordinanza avrebbe dovuto essere proposta al giudice

²⁷⁹ In tal senso è l'art. 30.3 Regolamento di arbitrato nazionale A.I.A.

²⁸⁰ Luiso F. P., *La camera arbitrale per i lavori pubblici*, op. cit., p. 423.

²⁸¹ Verde G, *Le funzioni «paragiurisdizionali» della Camera arbitrale per il lavori pubblici*, in *Riv. arb.*, 2001, p. 159 ss.

amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva (art. 33 D. Lgs. 31 marzo 1998, n. 80).

Quest'ultima tesi sembra oggi prevalere alla luce tanto della decisione del Consiglio di Stato²⁸² - secondo cui l'ordinanza di liquidazione della Camera arbitrale sarebbe "*un atto amministrativo vero e proprio e non un atto negoziale di arbitraggio*" - quanto della nuova sistemica del D. Lgs. n. 163/2006, che, escludendo l'efficacia di "*titolo esecutivo*" dell'"*ordinanza non impugnabile*" di liquidazione dei compensi, conferma la tesi secondo cui tale ordinanza sarebbe un vero e proprio atto amministrativo e, come tale, dotato di automatica esecutività.

Relativamente alla ripartizione tra le parti degli onorari e delle spese degli arbitri, nonché alla determinazione e ripartizione delle ulteriori spese sopportate dalle parti, i regolamenti sono soliti rinviare alla stessa regola vigente, secondo la tesi prevalente, nell'arbitrato di diritto comune, in forza della quale la relativa statuizione è di competenza dello stesso collegio arbitrale²⁸³.

Non vi è, quindi, sul punto divergenza dalla disciplina ordinaria.

²⁸² Cons. Stato, 10 marzo 2005 n. 1008, in *Riv. arb.*, 2006, p. 331, con nota Verde G., *Sulla liquidazione dei compensi degli arbitri nell'arbitrato delle oo. pp.*

²⁸³ V., ad esempio, l'art. 34 del regolamento della Camera arbitrale nazionale ed internazionale di Milano o l'art. 18 del regolamento di arbitrato ordinario della Camera arbitrale di Roma (in Bernini A.M., Soldati N., *Codice della conciliazione e dell'arbitrato*, op. cit., 585, 769).

Tesi di dottorato "*La disciplina arbitrale nei contratti pubblici*"
Dott. Giovanni Battista De Luca discussa presso l'Università Luiss
Guido Carli. Non riproducibile, in tutto o in parte, se non con il
consenso scritto dell'autore.

Per quanto riguarda i costi del segretario del collegio, occorre considerare che negli arbitrati amministrati spesso l'attività di segreteria viene svolta direttamente dall'istituzione, anche tramite propri dipendenti.

In tali casi si verifica, dunque, una deviazione dai principi generali poc'anzi ricordati dell'arbitrato di diritto comune, in quanto il compenso per le attività di segreteria non rientra più tra le spese del collegio arbitrale, rientrando, invece, nella più generale voce di spesa concernente il servizio di amministrazione di arbitrato, così come determinato nelle tariffe, il quale grava direttamente sulle parti, quale parte del corrispettivo del contratto di amministrazione di arbitrato.

3. Le spese nel giudizio arbitrale in materia di opere pubbliche.

Dopo aver ricordato i principi generali in materia di costi dell'arbitrato di diritto comune e degli arbitrati amministrati, è adesso possibile passare all'esame della disciplina speciale dei costi dell'arbitrato in materia di opere pubbliche.

Prima delle modifiche apportate dal D. Lgs. n. 53 del 2010, l'art. 241, comma 12, c.c.p. stabiliva che, ai fini del contenimento delle spese e dei compensi arbitrali, il collegio arbitrale determina il valore della controversia con i criteri stabiliti dal decreto del Ministro dei lavori pubblici, di concerto con il Ministro di grazia e giustizia, 2 dicembre 2000, n. 398, e applica le tariffe fissate in detto

decreto (comma 12); lo stesso collegio provvede alla liquidazione degli onorari e delle spese di consulenza tecnica, se disposta, secondo i criteri dettati dal D.p.r. 30 maggio 2002, n. 115 per gli ausiliari del magistrato (comma 13).

Ancora, l'art. 241, comma 12, c.p.c. disponeva che nell'arbitrato rituale “vincolato”²⁸⁴ previsto quale modello principale dal codice dei contratti pubblici, l'ordinanza di liquidazione del compenso e delle spese arbitrali, nonché del compenso e delle spese per la consulenza tecnica, è “titolo esecutivo”, costituisce cioè un vero “titolo esecutivo *ad hoc*”²⁸⁵, funzionale a facilitare l'effettiva corresponsione del compenso dovuto agli arbitri (e ai periti)²⁸⁶. Contro di essa, *ex art.* 814 c.p.c., le parti possono proporre reclamo mediante ricorso alla corte d'appello, che decide con ordinanza entro trenta giorni, atteso che l'art. 814, comma 3, c.p.c. richiama l'art. 825 c.p.c.²⁸⁷.

Limitatamente agli arbitrati “interni” — arbitrati, cioè, in cui le parti, con già detto, non si sono accordate sulla nomina del terzo arbitro — amministrati *in toto* dalla camera arbitrale *ex art.* 241, comma 15, D. Lgs. n. 163 del 2006; va segnalato che viene conferito agli arbitri soltanto il potere di prevedere nel lodo a carico di quale delle parti e,

²⁸⁴ L'espressione è di Buonfrate A., *Il nuovo arbitrato dei contratti pubblici*, *op. cit.*, par. 5.

²⁸⁵ Così Buonfrate A., Leogrande A., *L'arbitrato negli appalti pubblici. Commento al decreto interministeriale 2 dicembre 2000*, n. 398, *op. cit.*, p. 105.

²⁸⁶ Borghesi D., *Il regolamento di procedura della camera arbitrale per i lavori pubblici*, *op. cit.*, p. 951.

²⁸⁷ In questi termini, Carbone P., *Prime considerazioni sulla disciplina del contenzioso contenuta nel d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163*, *op. cit.*, 2006, p. 834.

eventualmente, in che misura, debbano gravare le spese del giudizio arbitrale.

La liquidazione dei compensi dovuti agli arbitri e ai periti è infatti riservata alla camera arbitrale, su proposta formulata dal collegio, sempre in base alla tariffa allegata al d.rn. 398 del 2000, tenendo conto del valore della controversia e del numero dell'importanza delle questioni trattate (art. 10, comma 2, d.m. n. 398 del 2000).

Ne deriva che le parti devono versare sia l'acconto iniziale del corrispettivo arbitrale, sia il saldo finale, alla camera arbitrale, che poi provvedi al pagamento degli arbitri e dei periti (si v. il commento all'art. 243, code appalti, par. 6, cui si rinvia).

Per quanto concerne il problema della ripartizione tra le parti degli onorari e delle spese degli arbitri, nonché quello della determinazione e ripartizione tra le parti delle ulteriori spese del giudizio arbitrale (quali ad esempio quelle di difesa), va rilevato che l'art. 10, comma 1, del d.m. n. 398 del 2000, mantenuto espressamente in vigore dall'art. 256, comma 1, c.c.p., prevede che sia il collegio arbitrale, tenendo conto dell'esito della lite sulla base del numero delle domande accolte e degli importi riconosciuti con riguardo alle iniziali richieste, a stabilire nel lodo *“a carico di quale delle parti, ed eventualmente in che misura, debbano gravare le spese del giudizio arbitrale»* ed a provvedere *“contestualmente alla liquidazione delle spese di difesa sulla base della tariffa professionale degli avvocati”*.

L'art. 10, comma 1, pertanto, non fa altro che ribadire quella che, secondo la tesi prevalente, è la regola generale, e cioè che la liquidazione e la ripartizione delle spese tra le parti spetta al collegio arbitrale, costituendo una parte del lodo e condividendone l'efficacia ed il regime di impugnazione²⁸⁸.

Il D. Lgs. n. 53 del 2010 è comunque intervenuto su tale disciplina, apportando innovazioni in merito agli strumenti a disposizione degli arbitri, i quali, non più muniti di un titolo esecutivo, possono però agire oltre che con il procedimento di cui all'art. 814 c.p.c., anche in via monitoria sulla base della propria ordinanza.

Per quanto concerne il problema della ripartizione tra le parti degli onorari e delle spese degli arbitri, nonché quello della determinazione e ripartizione tra le parti delle ulteriori spese del giudizio arbitrale (quali ad esempio quelle di difesa), va rilevato che l'art. 10, comma 1, del D.m. n. 398 del 2000, mantenuto espressamente in vigore dall'art. 256, comma 1, c.c.p., prevede che sia il collegio arbitrale, tenendo conto dell'esito della lite sulla base del numero delle domande accolte e degli importi riconosciuti con riguardo alle iniziali richieste, a stabilire nel lodo “*a carico di quale delle parti, ed eventualmente in che misura, debbano gravare le spese del giudizio arbitrale*» ed a provvedere “*contestualmente alla liquidazione delle spese di difesa sulla base della tariffa professionale degli avvocati*”.

²⁸⁸ Borghesi D., *Il regolamento di procedura della Camera arbitrale per i lavori pubblici*, op. cit., 950.

Tesi di dottorato “*La disciplina arbitrale nei contratti pubblici*”
Dott. Giovanni Battista De Luca discussa presso l’Università Luiss
Guido Carli. Non riproducibile, in tutto o in parte, se non con il
consenso scritto dell’autore.

Individuato il sistema tariffario di riferimento, per la concreta determinazione del compenso spettante agli arbitri, non si dovrà fare altro che scegliere lo scaglione, tra quelli previsti dalla tariffa, da applicare al caso concreto e, per l'effetto, liquidare il compenso arbitrale tra il minimo e il massimo tabellari.

La scelta tra il minimo e il massimo tariffario avverrà sulla base di criteri generali quali il “*valore della controversia*”²⁸⁹ ed il “*numero ed importanza delle questioni trattate*”²⁹⁰.

Secondo autorevole dottrina, con riferimento alla disciplina non ancora modificata dal D. Lgs. n. 53 del 2010, dalla formulazione letterale dell'art. 10, comma 1, D.m. n. 398 del 2000 discendeva altresì che il collegio nel provvedere sulle spese avrebbe dovuto attenersi “*al puro criterio della soccombenza, senza poter ricorrere al correttivo della compensazione per giusti motivi di cui all'art. 92, comma 2, c.p.c.*”²⁹¹.

Qualsiasi dubbio sul potere degli arbitri di compensare le spese è ormai destinato a svanire in presenza del nuovo comma 12-*bis*, introdotto dal d.lgs. n. 53 del 2010, a norma del quale “*salvo quanto previsto dall'articolo 92, secondo comma, del codice di procedura civile, il collegio arbitrale, se accoglie parzialmente la domanda, compensa le spese del giudizio in proporzione*

²⁸⁹ Secondo Cass., 20 gennaio 1998, n. 480; Cass., 29 marzo 1999, n. 2972; Cass., 13 luglio 1999, n. 7399; Cass., 27 giugno 2003, n. 10249, il valore della controversia dovrà essere determinato in base al *disputatum* e non al *decisum*.

²⁹⁰ Cass., 21 aprile 1999, n. 3945, *cit.*

²⁹¹ Borghesi D., *Il regolamento di procedura della Camera arbitrale per i lavori pubblici*, *op. cit.*, 950.

al rapporto tra il valore della domanda e quello dell'accoglimento”.

Ed infatti, l'art. 92, comma 2, c.p.c. è proprio la disposizione che prevede espressamente il potere del giudice di compensare le spese tra le parti.

Per quanto riguarda i costi per l'eventuale segretario del collegio arbitrale, l'art. 241 c.c.p. non prevede alcuna disposizione speciale, sicché valgono le regole ordinarie secondo cui gli arbitri nominano il segretario ove ritengano che la sua presenza sia utile per il funzionamento dell'arbitrato.

S'instaura, in tal modo, tra i componenti del collegio arbitrale ed il segretario un rapporto di prestazione d'opera intellettuale del tutto estraneo alle parti litiganti, per cui, si ripete, gli unici ad essere contrattualmente obbligati nei confronti del segretario sono gli arbitri²⁹².

In quest'ottica il compenso dovuto al segretario è inquadrato dalla giurisprudenza quale passività correlata allo svolgimento dell'attività degli arbitri, integrante un onere gravante sulle parti.

Rispetto alla disciplina di diritto comune, v'è solo da aggiungere che mentre il codice dei contratti nella sua formulazione originaria non contemplava alcuna indicazione in ordine ai criteri per la determinazione dei compensi e delle spese del segretario, il d.lgs. n. 53 del 2010 ha modificato il comma 13 dell'art. 241 c.c.p., prevedendo che il compenso, non solo del consulente tecnico, ma anche quello *“di ogni altro ausiliario*

²⁹² Cass., 28 luglio 2004, n. 14182, in *Mass. Giur. it.*, 2004.

Tesi di dottorato *“La disciplina arbitrale nei contratti pubblici”*
Dott. Giovanni Battista De Luca discussa presso l'Università Luiss
Guido Carli. Non riproducibile, in tutto o in parte, se non con il
consenso scritto dell'autore.

nominato dal collegio arbitrale”, e quindi anche del segretario del collegio, “è liquidato, dallo stesso collegio, ai sensi degli 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, nella misura derivante dall'applicazione delle tabelle ivi previste”.

Analogo discorso si ritiene debba essere fatto anche nel caso in cui gli arbitri si avvalgano dell'opera di un consulente tecnico d'ufficio.

L'art. 241, comma 12, c.c.p. stabilisce, anche dopo la novella del 2010, lo stesso regime previsto in generale per la liquidazione del compenso e delle spese arbitrali.

Anche tali compensi e spese, infatti, prima del D. Lgs. n. 53 del 2010 venivano liquidati dal collegio arbitrale con ordinanza costituente titolo esecutivo, mentre attualmente sono liquidati sempre dal collegio arbitrale, ma con ordinanza *“costituente titolo per l'ingiunzione”*.

Va, infine, segnalato che mentre prima della riforma del 2010 l'art. 241, comma 12, c.c.p. stabiliva che la liquidazione dei compensi e delle spese arbitrali e per la consulenza tecnica avveniva con *“ordinanza”* che costituiva *“titolo esecutivo”*, l'art. 241, comma 12, c.c.p., così come modificato dal d.lgs. n. 53 del 2010, prevede che la determinazione del compenso degli arbitri avviene *“nel lodo definitivo ovvero con separata ordinanza”*, e che *“l'ordinanza di liquidazione”* del compenso e delle spese arbitrali e per la consulenza tecnica costituisce titolo per l'ingiunzione.

GUIDA BIBLIOGRAFICA

Aa.V.v., *Dizionario dell'arbitrato*, a cura di Irti N., Torino 1997.

Aa.Vv., *Arbitrati Speciali*, commentario diretto da Carpi F., Bologna 2008.

Aa.Vv., *Arbitrato e pubblica amministrazione*, Milano 1991, a cura di Draetta U. e Ristuccia S.

Aa.Vv., *Arbitrato e pubblica amministrazione*, Milano 1999.

Aa.Vv., *Arbitrato*, commentario diretto da Carpi F., Bologna 2007, 2a ed.

Aa. Vv., *Arbitrato*, a cura di Studio legale Bonelli Erede Pappalardo, Milano 2011.

Aa.Vv., *Codice degli appalti pubblici*, a cura di Garofoli R. e Ferrari G., Roma 2009.

Aa.Vv., *Codice di procedura civile commentato*, 3a ed. a cura di Consolo C. e Luiso F.P., Milano 2007.

Aa. Vv., *Commentario al codice dei contratti pubblici*, a cura di Clarich M., Padova 2010.

Aa.Vv., *Commentario breve al codice di procedura civile*, a cura di Carpi F. e Taruffo M., Padova 2006.

Aa.Vv., *Commento alla legge quadro sui lavori pubblici sino alla «Merloni ter»*, a cura di Giampaolino L., Sandulli A.M., Stancanelli G., con prefazione di Merloni F., Milano 1999.

Aa.Vv., *Diritto dell'arbitrato rituale*, a cura di Verde G., 3a ed., Torino 2005.

Tesi di dottorato “*La disciplina arbitrale nei contratti pubblici*”
Dott. Giovanni Battista De Luca discussa presso l’Università Luiss
Guido Carli. Non riproducibile, in tutto o in parte, se non con il
consenso scritto dell’autore.

Aa. Vv., *Il nuovo codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, commentario sistematico a cura di Saitta F., Padova 2008.

Aa. Vv. *Il nuovo ordinamento dei lavori pubblici*, a cura di Mastragostino F., Torino, 2001.

Aa.Vv., *L'appalto di opere pubbliche*, a cura di R. Villata, 2a ed., Padova 2004.

Aa.Vv., *L'arbitrato negli appalti pubblici, privati, internazionali*, a cura di C. Vaccà, Milano 2007.

Aa.Vv., *La disciplina dei contratti pubblici. Commentario al Codice appalti*, a cura di Baldi M., Tomei R., Milano 2007.

Aa.Vv., *La giustizia amministrativa. Commento alla legge 21 luglio 2000 n. 205*, Milano 2000.

Aa.Vv., *La riforma della disciplina dell'arbitrato*, a cura di Fazzalari E., Milano 2006.

Aa.Vv., *Legge quadro sui lavori pubblici (Merloni-quater). Commento alla L. 11 febbraio 1994, n. 109 con le modifiche sino alla L. 1 agosto 2002, n. 166*, Milano 2003.

Aa.Vv., *Riforma del diritto arbitrale*, commentario a cura di Menchini S., in *Nuove leggi civ. comm.* 2007, 1149 ss.

Aa. Vv., *Trattato sui contratti pubblici*, a cura di De Nictolis R. Garofoli R. Sandulli M. A., Milano 2011.

Abbamonte A., *Strumenti giudiziali di risoluzione delle controversie (art. 239-243)*, in Aa. Vv., *Commento al codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*, a cura di Sanino M., Torino 2008, 249 ss.

Tesi di dottorato "La disciplina arbitrale nei contratti pubblici"
Dott. Giovanni Battista De Luca discussa presso l'Università Luiss
Guido Carli. Non riproducibile, in tutto o in parte, se non con il
consenso scritto dell'autore.

Acquarone L., Mignone C., voce *Arbitrato nel giudizio amministrativo*, in *Dig. disc pubbl.*, Torino 1987, vol. I, 367 ss.

Amadei D., *Arbitrato e giurisdizione esclusiva tra ius superveniens, impugnazione del lodo e perpetuatio iurisdictionis*, in *Riv. arb.* 2001, 461 ss.

Amiconi C., *Per un nuovo rapporto tra arbitrato e giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*, in *Riv. amm.* 1996, 853 ss.

Amorizzo M.G., *L'accordo bonario*, in Aa. Vv., *La tutela in tema di appalti pubblici*, Napoli, 2007, 601 ss.

Amorth A., *Annotazioni sull'arbitrato nelle controversie amministrative*, in *Studi in onore di Cesare Grassetti*, Milano 1980, e in *Scritti giuridici*, Milano 1999, vol. IV, 2157 ss.

Antonioli M., *Arbitrato e giurisdizione amministrativa dopo la l. n. 205 del 2000*, in *Dir. proc. Amm.* 2002, 326 ss.

Antonioli M., *Arbitrato e giurisdizione esclusiva*, Milano 2004.

Antonioli M., *Arbitrato e giurisdizione esclusiva: luci e ombre in tema di ius superveniens*, in *Foro amm. CDS* 2006, 405 ss.

Antonioli M., *Arbitrato e giurisdizione esclusiva: problemi e prospettive*, in *Dir. proc. amm.* 2007, 685 ss.

Antonioli M., *Profili di specialità dell'arbitrato in materia di opere pubbliche*, in *Riv. trim. appalti* 2003, 797 ss.

Tesi di dottorato "La disciplina arbitrale nei contratti pubblici"
Dott. Giovanni Battista De Luca discussa presso l'Università Luiss
Guido Carli. Non riproducibile, in tutto o in parte, se non con il
consenso scritto dell'autore.

Acquarone L. e Mignone C., voce *Arbitrato nel diritto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, IV, ed., vol. I, Torino, 1987, 367.

Ardanese C., *La direttiva «ricorsi» 2007/66/CE. Rilevanza sul regime giuridico del contratto*, in *Giust. Amm.*, n. 11-2008.

Argenio D., *Il sistema arbitrale e le controversie amministrative (negli orientamenti del consiglio di stato)*, in *Dir. amm.* 2004, 887 ss.

Astone F., *Strumenti e forme di risoluzione bonaria del contenzioso nel codice dei contratti pubblici*, Torino, 2007, 113 ss.

Barbieri E. M., *L'accordo bonario su decisione vincolante della commissione in materia di appalti pubblici di lavori, servizi e forniture*, in *Riv. trim. app.*, 2008, p. 5 ss.

Barbieri G., Bella E., *Il nuovo diritto dell'arbitrato*, Padova 2007.

Bartolini A, Fantini S., *La nuova direttiva ricorsi*, in *Urb. e App.* 2008, 1093 ss.

Bartolomucci P., *Conciliazione extragiudiziale*, in *Dig. civ. (agg.)*, vol. I, Torino 2007, 211 ss.

Barile P., *L'arbitrato rituale e la Corte costituzionale*, in *Riv. arb.* 1992, 232 ss.

Basilico G., *La risoluzione arbitrale di controversie in materia di pubblici appalti dagli arbitrati obbligatori agli arbitrati amministrati*, in *Giust. civ.*, 2000, 37 ss.

Bassi N., *Giurisdizione esclusiva e giudice amministrativo e arbitrato irrituale*, in *Studi in onore di Alberto Predieri*, Milano 1996, vol. I, 165 ss.

Tesi di dottorato "La disciplina arbitrale nei contratti pubblici"
Dott. Giovanni Battista De Luca discussa presso l'Università Luiss
Guido Carli. Non riproducibile, in tutto o in parte, se non con il
consenso scritto dell'autore.

Benvenuti F. e Miglio G. (a cura di), *L'unificazione amministrativa ed i suoi protagonisti*, in *Atti del congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione*, Vicenza, 1969.

Berlinguer A., *A proposito della compromettibilità delle controversie in materia di lavori pubblici, della nomina di arbitri per relationem, dei requisiti di forma ex art. 1341 c.c., ed altro ancora*, in *Riv. arb.*, 1997, 759 ss.

Berlinguer A., *Per l'arbitrabilità delle controversie in materia di lavori pubblici*, in *Giust. civ.* 1996, 849 ss.

Bernini A.M., *Opere pubbliche e composizione delle controversie: quale spazio per l'arbitrato? Qualche riflessione*, in *Riv. trim. app.*, 1998, 79 ss.

Biavati P., *Gli arbitrati nei lavori pubblici: la procedura*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 2002, p. 31-54.

Borghesi D., *Il regolamento di procedura per la Camera arbitrale per il lavori pubblici*, in *Corriere giur.* 2001, 944 ss.

Borghesi D., *La Camera arbitrale per i lavori pubblici: dall'arbitrato obbligatorio all'arbitrato obbligatoriamente amministrato*, in *Riv. arb.* 2000, 419 ss.

Bormioli G., *Le nuove norme sull'arbitrato*, in *Riv. trim. appalti*, 2010, 765 ss.

Bracci M., *Della potestà regolamentare di un ente pubblico in rapporto all'arbitrato e alle giurisdizioni speciali*, in *Riv. dir. proc.*, 1925, II, 302 ss.;

Breganze M., *Pianificazione urbanistica degli enti locali e programmazione triennale dei lavori pubblici dopo la legge Merloni quater*, in *Riv. giur. urbanistica*, 2003.

Tesi di dottorato "La disciplina arbitrale nei contratti pubblici"
Dott. Giovanni Battista De Luca discussa presso l'Università Luiss
Guido Carli. Non riproducibile, in tutto o in parte, se non con il
consenso scritto dell'autore.

Briguglio A., *Dell'arbitrato*, in *Codice di procedura civile commentato* a cura di Vaccarella R. e Verde G., Torino, 1997.

Briguglio A., *Gli arbitrati obbligatori e gli arbitrati da legge*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 2003, 86.

Bruti Liberati E., *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico (tra amministrazione e privati)*, Milano 1996.

Buonanno F., *Commento sub art. 12*, in AA.VV. (a cura di) Caringella F., Protto M., *Codice del nuovo processo amministrativo*, Roma, 2010, 257 ss

Buonfrate A., *Appalti pubblici: l'arbitrato amministrato dalla Camera arbitrale per i lavori pubblici e il nuovo sistema di risoluzione alternativa delle controversie*, in *Giur. It.*, 2001, 877.

Buonfrate A., *Arbitrato, accordo bonario e altri strumenti di risoluzione alternativa nelle controversie dei contratti pubblici relativi a lavori, forniture e servizi*, in Aa. Vv., *Codice degli arbitrati, delle conciliazioni e di altre ADR*, a cura di Buonfrate A. e Giovannucci Orlandi, Torino 2006, 260 ss.

Buonfrate A., *Arbitrato negli appalti pubblici: il terzo arbitro è neutrale solo se nominato d'accordo tra le parti*, in *Giur. it.*, 2004.

Buonfrate A., *Il nuovo arbitrato dei contratti pubblici*, in www.judicium.it 2007.

Buonfrate A., *L'arbitrato del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, forniture e servizi*, in Rubino

Tesi di dottorato "La disciplina arbitrale nei contratti pubblici"
Dott. Giovanni Battista De Luca discussa presso l'Università Luiss
Guido Carli. Non riproducibile, in tutto o in parte, se non con il
consenso scritto dell'autore.

- Sammartano M., *Diritto dell'arbitrato*, 6° ed., Padova 2010.
- Buonfrate A., Leogrande A., *L'arbitrato negli appalti pubblici, Commento al decreto interministeriale 2 dicembre 2000, n. 398*, in *Le nuove leggi amministrative*, Milano 2001, p. 96 ss.
- Buonfrate A., Leogrande A., *L'arbitrato nei lavori pubblici: dubbi di legittimità e altre questioni aperte*, in *Riv. trim. app.* 2002.
- Caia G., *Arbitrati e modelli arbitrali nel diritto amministrativo. I presupposti e le tendenze*, Milano 1989.
- Caia G., *Gli arbitrati e la giurisdizione del giudice amministrativo*, in *Giornale dir. amm.* 2002, 946 ss.
- Calamandrei P., *Contributo alla dottrina dell'arbitraggio necessario nel diritto pubblico*, in *Giur. it.* 1924, I, 759 ss.
- Calamandrei P., *Il significato costituzionale delle giurisdizioni di equità*, in *Arch. Giur.*, 1921, 224 ss
- Campegiani C. Papi C., *L'arbitrato amministrato in materia di lavori pubblici. Gli effetti della sentenza del Consiglio di Stato n. 6335 del 2003*, in *Giust. Civ.*, 2004.
- Cannada Bartoli E., *L'arbitrato nella legge 2 giugno 1995, n. 216 sui lavori pubblici*, in *Riv. arb.* 1996, 463 ss.
- Cannada Bartoli E., *L'arbitrato nella legge quadro sui lavori pubblici*, in *Riv. arb.* 1994, 423 ss.
- Cannada Bartoli E., *Lodo arbitrale da capitolato generale d'appalto per le OO. PP. e giudizio di ottemperanza*, in *Riv. arb.* 1992, 209 ss.
- Capaccioli E., *L'arbitrato nel diritto amministrativo. Le fonti*, vol. I, Padova 1957.

Tesi di dottorato "La disciplina arbitrale nei contratti pubblici"
Dott. Giovanni Battista De Luca discussa presso l'Università Luiss
Guido Carli. Non riproducibile, in tutto o in parte, se non con il
consenso scritto dell'autore.

- Capaccioli E., *Manuale di diritto amministrativo*, Padova 1980.
- Caponi R., *La conciliazione stragiudiziale come metodo di Adr* («Alternative Dispute Resolution»), in *Foro it.* 2003, V, 165 ss.
- Caponi R., *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*, Milano, 1991.
- Caponi R., *La nuova disciplina dell'arbitrato*, a cura di Menchini, Padova, 2010, 480 ss.
- Capponi B., *Arbitrato e perpetuatio iurisdictionis*, in *Riv. dir. proc.* 2005, 260 ss.
- Capponi B., *L'arbitrato della l. n. 205/2000: applicabilità al project financing*, in *Corriere giur.* 2007, 1469 ss.
- Capponi B., *La legge finanziaria per il 2008 e il divieto di arbitrato*, in *Rass. Forense*, 2008, 73 ss.
- Capponi B., *La giurisdizione sul risarcimento del danno da attività provvedimento della P.A. (con una riflessione sul principio di perpetuatio iurisdictionis in rapporto ai mutamenti giurisprudenziali)*, in *Riv. dir. proc.* 2007, 1120 ss.
- Caracciolo La Grotteria A., *Profili dell'arbitrato nel diritto amministrativo*, in *Dir. proc. amm.* 2007, 722 ss.
- Caravita di Toritto B., in *L'arbitrato e i lavori pubblici*, in *Italia Oggi*, 28 ottobre 1996, 17.
- Carbone B.G., *La disciplina delle controversie nella l. 109/94*, a cura di Carullo A. ed Clarizia A., vol. II Padova, 2000, 933.

Tesi di dottorato “*La disciplina arbitrale nei contratti pubblici*”
Dott. Giovanni Battista De Luca discussa presso l’Università Luiss
Guido Carli. Non riproducibile, in tutto o in parte, se non con il
consenso scritto dell’autore.

Carbone B.G., *La nuova disciplina dell'arbitrato per gli appalti di lavori pubblici*, in *Arch.giur. opere pubbliche*, 2001, 795 ss.

Carbone L., *L'arbitrato in materia di lavori pubblici: libero, amministrato o entrambe le cose?*, in *Arch. giur. OO.PP.*, 2003, 829.

Carbone P., *Prime considerazioni sulla disciplina del contenzioso contenuta nel d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163*, in *Riv. trim. app.*, 2006, 815 ss.

Cardi E., *Modelli processuali arbitrali nella giustizia amministrativa*, in *Dir. proc. amm.* 2002, 314 ss.

Caringella F., *Compendio di diritto amministrativo*, 4a ed., Milano 2012.

Carpi F., *Profili del contraddittorio nell'arbitrato*, in *Riv. arb.* 2002, 1 ss.

Carra S., *Legittimi gli incarichi arbitrali ai magistrati per gli appalti anteriori alla legge n. 109/94*, in *Corr. Giur.* 1997, 93.

Carrozza L., Fracchia F., *Il Consiglio di Stato <<riscrive>> la disciplina sull'arbitrato in tema di opere pubbliche*, in *Foro it.*, 2004

Carullo A., *L'arbitrato nella legge quadro sulle opere pubbliche*, in *Riv. trim. app.*, 1996, 172 ss.

Carullo A., *Commento all'art. 32, I*, in Aa. Vv., *La legge quadro in materia di lavori pubblici (11 febbraio 1994, n. 109)*, a cura di Carullo A. e Clarizia A., Padova, 1994, 974 ss.

Carullo A., Iudica G. *Commentario breve alla legislazione sugli appalti pubblici e privati*, II edizione, Padova 2012.

Tesi di dottorato "La disciplina arbitrale nei contratti pubblici"
Dott. Giovanni Battista De Luca discussa presso l'Università Luiss
Guido Carli. Non riproducibile, in tutto o in parte, se non con il
consenso scritto dell'autore.

- Casetta E., *Manuale di diritto amministrativo*, 13a ed., Milano 2011.
- Cassano G., Nisati M., *La composizione dei collegi arbitrali dopo la dichiarazione di illegittimità dell'art. 150, 3° comma, D.P.R. 21 dicembre 1999*, n 554, in *Giur. It.* 2004.
- Cassese S., *Arbitrato e diritto comune della pubblica amministrazione*, in *Giornale dir. amm.* 1996, 523 ss.
- Cassese S., *Corso di diritto amministrativo*, 3a ed., Milano, 2009.
- Cassese S., *L'arbitrato nel diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 1996, 311 ss.
- Cavallini C., *Profili costituzionali della tutela arbitrale*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, p. 814.
- Cecchella C., *L'arbitrato*, Torino 1991.
- Chiti M.P., *Le forme di risoluzione delle controversie con la pubblica amministrazione alternative alla giurisdizione*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario* 2000, 1 ss.
- Chieppa R., *Il Codice del processo amministrativo*, Milano, 2010, p. 89 ss.
- Cianflone A., Giovannini G., *L'appalto di opere pubbliche*, 12° ed., Milano 2012.
- Cirillo G.P., *La tutela in via arbitrale delle conseguenze patrimoniali derivanti dalla lesion dell'interesse legittimo*, in www.giustizia-amministrativa.it 2001.
- Clarich M., *Codice appalti: si apre il cantiere giuridico con costi diretti e indiretti per gli operatori*, in *Guida al dir.*, n. 25/2006, p. 10 ss.

Tesi di dottorato "La disciplina arbitrale nei contratti pubblici"
Dott. Giovanni Battista De Luca discussa presso l'Università Luiss
Guido Carli. Non riproducibile, in tutto o in parte, se non con il
consenso scritto dell'autore.

Clarich M., *La legge Merloni quater tra instabilità e flessibilità*, in *Corr. giur.*, 2002, p. 1401 ss.

Clarich M., *La «tribunalizzazione» del giudice amministrativo evitata*, in *Giornale dir. amm.* 2004, 969 ss.

Cogo G. M., *Annotazioni sulla nuova disciplina dell'accordo bonario e dell'arbitrato negli appalti pubblici. Verso la riconquista della legalità?*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, Napoli, 2011, 1985 ss.

Comoglio L.P., *La durata ragionevole del processo e le forme alternative di tutela*, in *Riv. dir. proc.* 2007, 591 ss.

Consolo C., *La giurisdizione del giudice amministrativo si giustappone a quella del giudice «ordinario» e ne imita il processo*, in *Giust. civ.* 2000, II, 533 ss.

Consolo C., *L'oscillante ruolo dell'arbitrato al crescere della giurisdizione esclusiva e nelle controversie sulle opere pubbliche (fra semi obbligatorietà ed esigenze di più salde garanzie)* in *Aa.Vv., Arbitrato e pubblica amministrazione*, Milano 1999, 133 ss.

Consolo C., *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, Torino, 2010.

Contaldi La Grotteria C., *La direttiva ricorsi tutela il ricorrente con il decreto cautelare*, in *Dir. e pratica amm.* - *Il Sole 24 Ore*, n. 7/8, 2008.

Corso G., *L'attività amministrativa*, Torino 1999.

Corso G., *Manuale di diritto amministrativo*, 5a ed., Torino 2010.

Crisci G., *Arbitrato e giurisdizione ordinaria e amministrativa*, in *Riv. trim. appalti* 2000, 231 ss.

Tesi di dottorato "La disciplina arbitrale nei contratti pubblici"
Dott. Giovanni Battista De Luca discussa presso l'Università Luiss
Guido Carli. Non riproducibile, in tutto o in parte, se non con il
consenso scritto dell'autore.

- Crivellaro A., *Note critiche sulle modalità di svolgimento degli arbitrati in materia di opere pubbliche*, in *Diritto del commercio internazionale*, Milano, Giuffrè, 1998, 88.
- Daleffe G., Spaccapelo C., *Le disposizioni processuali del nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Riv. dir. proc.* 2007, 960 ss.
- Dapas A., Viola L., *L'arbitrato nel nuovo codice dei contratti pubblici*, Milano 2007.
- D'Angeli F., *L'arbitrato convenzionale ed imposto, facoltativo ed inverso*, Torino, 1996.
- De Carolis D., *La tutela giurisdizionale nel codice dei contratti pubblici*, in *Urb. e app.*, 2006
- De Felice S., *Le A.D.R. (alternative disputes resolution) nei confronti della pubblica amministrazione*, in www.giustizia-amministrativa.it 2004.
- De Lise P., *L'arbitrato nel diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1990, 1195 ss.
- De Lise P., *Perché l'arbitrato amministrato sia realmente volontario*, in *Arch. giur. OO.PP.*, 2003.
- De Lise P., Sub. art. 32, *Definizione delle controversie*, in *Commento alla legge quadro sui lavori pubblici sino alla Merloni-ter* a cura di Giampaolino L., Sandulli M. A., Stancanelli G., Milano, 1999, p. 540.
- De Lise P., Delfino B., *Arbitrato e pubblica amministrazione*, in *Arch. giur. oo. pp.* 2000, 2035 ss.
- De Neapoli S. G., *Considerazioni sul nuovo capitolato di appalto sulle opere pubbliche*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1962, 1464 ss.

Tesi di dottorato "La disciplina arbitrale nei contratti pubblici"
 Dott. Giovanni Battista De Luca discussa presso l'Università Luiss
 Guido Carli. Non riproducibile, in tutto o in parte, se non con il
 consenso scritto dell'autore.

De Nictolis R., *Il nuovo contenzioso in materia di appalti pubblici*, Milano 2007.

De Nictolis R., *L'arbitrato delle pubbliche amministrazioni, dalla legge Merloni alla legge 166/2002*, in *Urbanistica e appalti*, 2002.

De Nictolis R., *L'arbitrato in materia di opere pubbliche* in Caringella e De Marzo, *La nuova disciplina dei lavori pubblici*, 2003, Milano.

De Nictolis R., *La nuova riforma dei lavori pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, 2002, 1290 ss.

De Nictolis R., *La riforma del codice appalti*, in *Urbanistica e appalti*, 2008, 665 ss.

De Nictolis R., *Le nuove direttive appalti, il quadro normativo italiano, problematiche del recepimento*, in Aa. Vv., *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, I, Ambito oggettivo e soggettivo – Procedure di affidamento*), a cura di De Nictolis R., Milano, 2007, 3 ss.

De Nictolis R., Garofoli R., Lipari M., *L'accordo bonario compositivo delle controversie in tema di riserve*, in Caringella F. (a cura di) *La nuova legge quadro sui lavori pubblici*, Milano, 1999, p. 970

De Robertis A., *L'arbitrato nell'appalto dei lavori pubblici e la camera arbitrale*, in *Giust. Civ.*, 2004, II, 1658 ss.

Delfino B., *Falsi miti sugli arbitrati in tema di appalti di lavori pubblici e verità misconosciute sulle condotte delle stazioni appaltanti*, in *Arch. giur. opere pubbliche*, 2009 743 ss.

Tesi di dottorato "La disciplina arbitrale nei contratti pubblici"
Dott. Giovanni Battista De Luca discussa presso l'Università Luiss
Guido Carli. Non riproducibile, in tutto o in parte, se non con il
consenso scritto dell'autore.

Delfino L. M., *La nuova frontiera dell'arbitrato nella disciplina nella disciplina dei lavori pubblici*, in *Resp. civ. e prev.* 2006, 1755 ss.

Delsignore M., *La compromettibilità in arbitrato nel diritto amministrativo*, Milano 2007.

Di Cagno M., *Commento all'art. 32 della legge Merloni*, in A.A.V.V., *La legge quadro in materia di lavori pubblici*, (a cura di) Carullo-Clarizia, II, Padova, 2000

Di Martino S., *Arbitrato e pubblica amministrazione: brevi cenni sulla problematica inerente la compromettibilità delle controversie in cui è parte una pubblica amministrazione*, in *Riv. trim. appalti* 2001, 99 ss.

Di Marzio C., *La risoluzione delle riserve con particolare riguardo all'accordo bonario*, in *Riv. amm. R.1*, 1996, 217.

Di Pace R., *Gli appalti di opere pubbliche. Dal collegato infrastrutture alla legge obiettivo*, in Montedoro G. -. Di Pace R (a cura di), Milano, 2003, 175 ss.

Di Tarsia di Belmonte R., *La soppressione dell'arbitrato e la modifica dell'accordo bonario: problemi interpretativi*, in *www.GiustAmm.it*, 1-2008.

Domenichelli V., *Giurisdizione amministrativa e arbitrato: riflessioni e interrogativi*, in *Dir. proc. amm.* 1996, 227 ss.

Domenichelli V., *La risoluzione in via giudiziaria o arbitrale delle controversie in materia di opere pubbliche*, in *L'appalto di opere pubbliche*, a cura di Villata R., Padova, 2001, 879 ss.

Tesi di dottorato "La disciplina arbitrale nei contratti pubblici"
Dott. Giovanni Battista De Luca discussa presso l'Università Luiss
Guido Carli. Non riproducibile, in tutto o in parte, se non con il
consenso scritto dell'autore.

Domenichelli V., *L'arbitrato nell'arbitrato dei lavori pubblici*, in *Atti del convegno su Arbitrato e pubblica amministrazione*, Milano, 1999, 47 ss.

Domenichelli V., *Le prospettive dell'arbitrato nei rapporti amministrativi (tra marginalità, obbligatorietà e consensualità)*, in *Dir. proc. amm.* 1998, 241 ss.

Durante N., *La domanda di arbitrato*, in www.giustizia-amministrativa.it 2007.

Fazzalari E., *Fondamenti dell'arbitrato*, in *Riv. arb.* 1995, 1.

Fazzalari E., *I processi arbitrali nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. proc.* 1968, 459 ss.

Fazzalari E., *Una vicenda singolare: l'arbitrato in materia di opere pubbliche*, in *Riv. arb.*, 1998, 813 ss.

Fazzalari E., *L'arbitrato nei lavori pubblici: il giudice togato come arbitro ed altri problemi*, in *Riv. arb.*, 1996, 314 ss.

Fazzalari E., voce *Arbitrato (teoria generale e diritto processuale civile)*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, vol. I, Torino 1987, 389 ss.

Fazzalari E., voce *Arbitrato nel diritto processuale civile*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, aggiornamento, Torino 2002, 88 ss.

Ferrante W., *L'arbitrato come strumento di risoluzione delle controversie con la Pubblica Amministrazione*, in *Rass. avv. Stato* 2004, 405 ss.

Follieri E., *Le modifiche apportate all'arbitrato negli appalti di lavori pubblici dalla legge 80/2005*, in *Rivista Urbanistica e appalti* n. 3/2006, 258 e ss.

Tesi di dottorato "La disciplina arbitrale nei contratti pubblici"
Dott. Giovanni Battista De Luca discussa presso l'Università Luiss
Guido Carli. Non riproducibile, in tutto o in parte, se non con il
consenso scritto dell'autore.

Gallo C.E., *Manuale di giustizia amministrativa*, Torino 2010.

Gasparini Casari V., *L'arbitrato nella l. 21 luglio 2000 n. 205*, in *Dir. economia* 2001, 361 ss.

Gentile C., Montedoro G., *Il futuro dell'arbitrato in materia di lavori pubblici fra interventi della giurisprudenza e lacune della formazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2005.

Giacobbe D., *Brevi osservazioni in tema di arbitrato irrituale e pubblica amministrazione*, in *Riv. arb.* 1995, 528 ss.

Giacobbe D., *La camera arbitrale per i lavori pubblici non viola l'autonomia negoziale delle parti*, in *Foro Amm.*, Tar 2002, 2092 ss.

Giallongo N., *L'abrogazione dell'arbitrato dei contratti pubblici*, in *Giust. proc. civ.*, 2008, 1121 ss.

Giallongo N., *L'arbitrato nelle controversie dei contratti pubblici (già lavori pubblici)*, in *www.GiustAmm.it*, 7-2007.

Giallongo N., voce *Arbitrato nelle controversie dei lavori pubblici*, in *Il diritto-Enc. giur. Il sole 24 ore*, Milano 2007, vol. I, 586 ss.

Giampaolino L., *L'arbitrato per la soluzione delle controversie in materia di opere pubbliche: un giudice privato per il contenzioso delle opere pubbliche?*, in *Riv. Trim. appalti*, n. 1/2010, 101 ss.

Giorgetti M., *Il difetto di potestas iudicandi degli arbitri rituali*, in *Riv. arb.*, 1999, 460 ss.

Tesi di dottorato "La disciplina arbitrale nei contratti pubblici"
Dott. Giovanni Battista De Luca discussa presso l'Università Luiss
Guido Carli. Non riproducibile, in tutto o in parte, se non con il
consenso scritto dell'autore.

- Giovanelli G. E., Masi L., *Il codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, in *Urb. e app.*, 2006, p. 749.
- Giuffrida A., *Il contenzioso e l'arbitrato*, in Aa. Vv. *La disciplina delle opere pubbliche*, a cura di A. Crosetti, Rimini, 2007, 773 ss.
- Goisis F., *Compromettibilità in arbitrato irrituale delle controversie di cui sia parte la pubblica amministrazione e art. 6 l. n. 205 del 2000*, in *Dir. proc. amm.* 2005, 249 ss.
- Goisis F., *Compromettibilità in arbitri e transigibilità delle controversie relative all'esercizio del potere amministrativo*, in *Dir. proc. amm.* 2006, 243 ss.
- Greco G., *La direttiva 2007/66/CE: illegittimità comunitaria, sorte del contratto ed effetti collaterali indotti*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2008, 1029 ss.
- Grisostomi Travaglini L., *La declinatoria della competenza arbitrale ex art. 16 legge 10 dicembre 1981 n. 741 al vaglio delle sezioni unite della Corte di Cassazione*, in *Giust. Civ.* 1995, 2640 ss.
- La China S., *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, 4a ed., Milano 2007.
- Lamberti C., *L'accordo bonario nel codice degli appalti*, in *Urb e app.*, 2008, 417 ss.
- Laschena R., voce *Arbitrato. II) Arbitrato nelle controversie amministrative*, in *Enc. giur.*, vol. II, Roma 1988.
- La Torre A., *L'arbitrato in materia di lavori pubblici*, Milano 2007.
- La Torre M., *L'arbitrato nel diritto amministrativo*, in *Riv. dir. pubbl.* 1935, I, 327 ss.

Tesi di dottorato "La disciplina arbitrale nei contratti pubblici"
Dott. Giovanni Battista De Luca discussa presso l'Università Luiss
Guido Carli. Non riproducibile, in tutto o in parte, se non con il
consenso scritto dell'autore.

Linguiti A., *Limiti di convenienza e giuridici all'arbitrabilità dei diritti e degli interessi affidati al giudice amministrativo dopo il codice del processo amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it.

Lipari F. G., *Sui criteri distintivi tra arbitrati obbligatori e giurisdizioni speciali*, in *Giur. It.*, 1925, I, 1, 296 ss.

Lipari M., *Annullamento dell'aggiudicazione ed effetti del contratto: la parola al diritto comunitario*, in www.giustamm.it, n. 4-2008.

Lodigiani A., *Arbitrato in materia di opere pubbliche*, in *Riv. trim. app.*, 1991, 177 ss

Lombardini I., *Il nuovo assetto dell'arbitrato negli appalti di opere pubbliche*, Milano 2007.

Lombardini I., *Il nuovo scenario normativo dell'arbitrato nei contratti pubblici di lavori, servizi e fomiture*, in *Il diritto dell'economia*, 2008, 399 ss.

Lombardini I., *La parola al Consiglio di Stato: la recente svolta nella disciplina dell'arbitrato nei lavori pubblici*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2004.

Lubrano F., *Arbitrato e pubblica amministrazione (la pubblica amministrazione come parte)*, in *Scritti Punzi*, Torino 2008, vol. II, 489 ss.

Luiso F.P., *Arbitrato e giurisdizione nelle controversie devolute al giudizio amministrativo*, in *Riv. arb.* 2001, 421 ss.

Luiso F.P., *Diritto processuale civile. La risoluzione non giurisdizionale delle controversie*, vol. V, 6a ed., Milano 2011.

Tesi di dottorato “*La disciplina arbitrale nei contratti pubblici*”
Dott. Giovanni Battista De Luca discussa presso l’Università Luiss
Guido Carli. Non riproducibile, in tutto o in parte, se non con il
consenso scritto dell’autore.

Luiso F.P., *E' obbligatorio l'arbitrato previsto dalla legge quadro in materia di lavori pubblici*, in *Riv. arb.*, 1998, 324.

Luiso F.P., *Il Consiglio di stato interviene sull'arbitrato dei lavori pubblici*, in *Riv. arb.* 2003, 752 ss.

Luiso F.P., *Il nuovo articolo 832 c.p.c.*, in *Riv. arb.* 2007, 356.

Luiso F.P., *Il regolamento della camera arbitrale per i lavori pubblici*, in www.judicium.it.

Luiso F.P., *Il regolamento del processo arbitrale per i lavori pubblici*, in *Riv. arb.* 2001, 1 ss.

Luiso F.P., *L'arbitrato amministrato nelle controversie con pluralità di parti*, in *Riv. arb.* 2001.

Luiso F.P., *La camera arbitrale per i lavori pubblici*, in *Riv. arb.* 2000, 411 ss.

Mandrioli C., *Diritto processuale civile*, 19a ed., Torino, 2007.

Marinucci E., *L'impugnazione per nullità di lodo arbitrale reso in materia devoluta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*, in *Riv. dir. proc.* 2007, 753 ss.

Marinucci E., *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma*, Milano, 2009.

Marullo di Condojanni S., *Il contratto d'arbitrato*, Milano 2008.

Matassa N., *L'arbitrato nei lavori pubblici dopo la <<Merloni-ter>> e aspettando il regolamento*, in *Urbanistica e Appalti*, 1999, 243 ss.

Tesi di dottorato "La disciplina arbitrale nei contratti pubblici"
Dott. Giovanni Battista De Luca discussa presso l'Università Luiss
Guido Carli. Non riproducibile, in tutto o in parte, se non con il
consenso scritto dell'autore.

Mazzone M., *Le modalità di risoluzione delle controversie in sede non contenziosa: l'accordo bonario e la transazione*, in www.fondazioneforensfirenze.it, 1 ss.

Mele E., *L'arbitrato nelle controversie degli appalti di opere pubbliche: obbligatorietà e facoltatività*, *Dir. proc. amm.*, 1991, 469 ss.

Menchini S., *Il giudicato civile*, 2a ed., Torino, 2002.

Miele G., *Limiti alla ammissibilità dell'arbitrato nelle controversie amministrative*, in *Nuova rass.* 1950, 1841 ss.

Mignone C., *Arbitrato nelle controversie devolute al giudice amministrativo e riparto della giurisdizione*, in *Foro amm. T.A.R.* 2003, 2509 ss.

Misserini G., *L'esclusione dell'arbitrato in materia di appalti pubblici dal codice del processo amministrativo*, in *Riv. Urb. e app.*, n. 4/2012, 394 ss.

Napolitano S., *L'arbitrato nel settore delle opere pubbliche*, in *Riv. amm. App.*, 1997, 332 ss.

Nela P. L., *Il lodo rituale reso da arbitri <<usurpatori>> e l'insegnamento della Corte di cassazione sulla natura della questione di patto compromissorio*, in *Giur. it.*, 2006, 883.

Nela P. L., *L'inesistenza della convenzione arbitrale rituale dopo la riforma*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2008, 973 ss.

Occhipinti E. *L'arbitrato delle opere pubbliche*, in *Aa.Vv.*, *L'arbitrato*, a cura di Cecchella C., Torino, 2005.

Odorisio E., *Arbitrato rituale e " lavori pubblici"*, Milano 2011.

Tesi di dottorato "La disciplina arbitrale nei contratti pubblici"
Dott. Giovanni Battista De Luca discussa presso l'Università Luiss
Guido Carli. Non riproducibile, in tutto o in parte, se non con il
consenso scritto dell'autore.

Odorisio E., *La risoluzione delle controversie negli appalti di opere pubbliche: dall'arbitrato obbligatorio al divieto di arbitrato. Brevi note alla sentenza n. 152/96 della Corte Costituzionale*, in *Riv. trim. app.*, 1996, 365.

Odorisio E., *La legge delega per la riforma dell'arbitrato in materia di contratti pubblici*, in *Riv. dir. proc.* 2009, 1615 ss.

Odorisio E., *L'arbitrato nel codice dei contratti pubblici*, in Punzi C., *Disegno sistematico dell'arbitrato*, 2a ed. Padova 2012.

Odorisio E., *L'arbitrato nelle controversie in materia di lavori pubblici, I. Profili sistematici*, Roma 2004.

Pajno A., voce *Arbitrato (arbitrato nelle controversie amministrative)*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma 2005, vol. II.

Palliggiano G., Zingales U. G., *Il codice del nuovo processo amministrativo*, Milano, 2010, p. 31 ss.

Panagia A., *La sorte del contratto di appalto stipulato a valle di un'aggiudicazione illegittima*, in *I contratti*, 1/2010.

Paolantonio N., *Arbitrato, giurisdizione amministrativa e regime di impugnazione del lodo*, in *Foro amm. CDS* 2003, 2281 ss.

Pastore P., *L'arbitrato negli appalti di opere pubbliche*, 2a ed., Milano 1961.

Pelillo S., *Il nuovo arbitrato in materia di opere pubbliche*, in *Riv. arb.* 2001.

Tesi di dottorato "La disciplina arbitrale nei contratti pubblici"
Dott. Giovanni Battista De Luca discussa presso l'Università Luiss
Guido Carli. Non riproducibile, in tutto o in parte, se non con il
consenso scritto dell'autore.

Pelino S., *La nuova direttiva ricorsi e l'impatto con il sistema di giustizia nazionale*, in *Riv. trim. app.* 2008, p. 676 ss.

Perfetti L. R., *Sull'arbitrato nelle controversie di cui sia parte l'amministrazione pubblica. La necessaria ricerca dei presupposti teorici e dei profili problematici*, in *Riv. Arb.* 2009, 589 ss.

Picardi N., Martino R., voce *Termini*, I) *Diritto processuale civile*, in *Enc. Giur.*, XXXI, Roma, 1994, p. 4 ss

Picozza E., *I lavori pubblici*, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da Santaniello G., vol. X, Padova, 1990, 469 ss

Pini G., *Arbitrato e lavori pubblici*, Milano 1964.

Piselli P., *La soppressione dell'arbitrato e la modifica dell'accordo bonario: problemi interpretativi*, in *Riv. trim. app.*, 2008, 337 ss.

Polinari J., *Limiti alla compromettibilità per arbitrato irrituale delle controversie con la pubblica amministrazione*, in *Riv. dir. proc.* 2010, 215ss.

Polinari J., *Ancora sulla nomina degli arbitri nell'arbitrato in materia di contratti pubblici: principi applicabili e problemi di diritto transitorio*, in *Riv. arb.* 2007, 282 ss.

Polinari J., *L'abolizione dell'arbitrato in materia di contratti pubblici – Riflessioni a margine di un rapporto controverso*, in *Appalti e contratti* 2008, fasc. 8-9, 45 ss.

Tesi di dottorato “*La disciplina arbitrale nei contratti pubblici*”
Dott. Giovanni Battista De Luca discussa presso l'Università Luiss
Guido Carli. Non riproducibile, in tutto o in parte, se non con il
consenso scritto dell'autore.

- Pugliese F., *Arbitrato e p.a. dopo la legge sull'ordinamento delle autonomie locali e dopo la legge sul procedimento*, in *Riv. trim. appalti*, 1995, 707 ss.
- Pugliese F., *Arbitrato e p.a.*, in *Contratti* 1993, 647 ss.
- Punzi C., *Brevi note in tema di arbitrato amministrato*, in *Riv. trim. proc. civ.* 2009, 1325 ss.
- Punzi C., *Disegno sistematico dell'arbitrato*, 2a ed., Padova 2012.
- Punzi C., *L'arbitrato per la risoluzione delle controversie negli appalti di opere pubbliche*, in *Aa. Vv., L'appalto tra pubblico e privato*, Milano 2001, 87 ss.
- Punzi C., *Le riforme del processo civile e degli strumenti alternativi per la soluzione delle controversie*, in *Riv. dir. proc.* 2009, 1197 ss.
- Punzi C., *Relazioni fra l'arbitrato e le altre forme non giurisdizionali di soluzione delle liti*, in *Riv. arb.* 2003, 385 ss.
- Punzi C., *Vicende recenti e meno recenti in tema di arbitrato per la risoluzione delle controversie negli appalti di opera pubbliche*, in *Riv. di dir. proc. civ.* Padova 2010.
- Ranelletti O., *Le guarentigie della giustizia nella pubblica amministrazione*, 4^a ed., Milano, 1934, spec. 280-374.
- Rascio N., in *Diritto dell'arbitrato rituale*, Torino, 2000.
- Rascio N., *"Immodificabilità" del lodo rituale ed efficacia esecutiva*, in *Riv. arb.* 1997, 469 ss.
- Recchia G., *Arbitrato di diritto comune e amministrazioni pubbliche*, in *Riv. trim. Appalti* 1998, 7 ss. (anche in *Scritti*

Tesi di dottorato "La disciplina arbitrale nei contratti pubblici"
Dott. Giovanni Battista De Luca discussa presso l'Università Luiss
Guido Carli. Non riproducibile, in tutto o in parte, se non con il
consenso scritto dell'autore.

in onore di Giuseppe Guarino, vol. III, Padova, 1988, 317 ss.).

Recchia G., *L'arbitrato in materia di opere pubbliche e norme costituzionali*, in *Riv. arb.* 1996, 504 ss.

Robles M., *Arbitrato e lavori pubblici tra normativa statale e regionale: profili problematici*, in *Riv. trim. app.*, 1998, 74.

Romano A., *Giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa dopo la l. n. 205 del 2000*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 602 ss.

Romano Tassone A., *Giurisdizione amministrativa e arbitrato*, in *Riv. Arb.* 2000, 249 ss.

Romano Tassone A., *Giurisdizione amministrativa ed arbitrato nella L. n. 205/2000*, in *Riv. Arb.* 2000, 627 ss.

Romano Tassone A., *Lodo arbitrale ex art. 6, l. n. 205 del 2000 e giudice dell'impugnazione*, in *Foro amm. CDS* 2003, 2276 ss.

Rossi F., *Arbitrato ex art. 6 comma 2 l. 205/2000, limiti oggettivi ed impugnazione del lodo*, in *Foro amm CDS* 2004, 881 ss.

Rubino Sammartano M., *Diritto dell'arbitrato*, 6a ed., Padova 2010.

Ruffini G., *Profili costituzionali della nuova disciplina degli appalti dell'arbitrato negli appalti pubblici*, in *L'appalto fra pubblico e privato*, Milano, 2001, 161 ss.

Ruffini G., voce *Arbitrato (dir. proc. civ.)*, in *Il diritto-Enc. giur. Il sole 24 ore*, Milano 2007, vol. I, 554 ss.

Tesi di dottorato "La disciplina arbitrale nei contratti pubblici"
Dott. Giovanni Battista De Luca discussa presso l'Università Luiss
Guido Carli. Non riproducibile, in tutto o in parte, se non con il
consenso scritto dell'autore.

- Ruffini G., Polinari J., *Art. 815. Ricusazione degli arbitri*, in *Codice di procedura civile commentato*, a cura di Consolo C. e Luiso F.P., Milano, 2007, III.
- Sambataro S., *L'abolizione del contenzioso nel sistema di giustizia amministrativa*, Milano, 1977, 91 ss.
- Sandulli M. A., *La nuova tutela giurisdizionale in tema di contratti pubblici (note a margine degli artt. 244-246 del Codice de Lise)*, in *Foro amm. TAR* 2006, 3375 ss.
- Sanino M., *La nuova disciplina del contenzioso tra amministrazione committente e appaltatore in materia di opere pubbliche*, in *Riv. Amm. Appalti*, 1996, n. 2, 138.
- Santoro P., *La nuova Direttiva ricorsi 2007/66 Ce e l'impatto con il sistema di giustizia nazionale*, in *Riv. trim. app.*, 2008, 676 ss.
- Sanviti G., *Limiti e alternative della giurisdizione amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 1984, 49 ss.
- Satta F., *Annulamento dell'aggiudicazione: la fine di un problema*, in *Giust. Amm.*, n. 11-2008.
- Satta F., *Giustizia amministrativa*, Padova 1997.
- Satta S., *Meditazioni sull'arbitrato*, in *Quaderni del diritto e del processo civile*, III, Padova 1970, 3 ss.
- Satta S., Punzi C., *Diritto processuale civile*, 13a ed., Padova 2000.
- Scaramuzza F., *La pubblica amministrazione e la giustizia alternativa: mediazione e arbitrato nei contratti pubblici*, in *Rass. Avv. Stato* 2011, 339 ss.
- Sciumè A., Tassan Mazzocco D., *Il nuovo capitolato generale di appalto dei lavori pubblici. Commento al d.m.*

Tesi di dottorato "La disciplina arbitrale nei contratti pubblici"
Dott. Giovanni Battista De Luca discussa presso l'Università Luiss
Guido Carli. Non riproducibile, in tutto o in parte, se non con il
consenso scritto dell'autore.

19 aprile 2000, n. 145, in *Le nuove leggi amministrative, commenti coordinati da V. Italia*, Milano, 2001.

Scoca F.G., *La capacità dell'amministrazione di compromettere in arbitri*, in *Arbitrato e pubblica amministrazione*, a cura di Draetta U., Milano, 1991.

Scoca F.G., *Osservazioni sulla disciplina dell'arbitrato di lavori pubblici*, in *Riv. trim. app.*, 2002, 609 ss.

Scoca S.S., *L'arbitrato nei contratti pubblici e l'insondabile saggezza del legislatore*, in *Dir. proc. amm.* 2009, 1160 e ss.

Selvaggi C., *Giurisdizione esclusiva e arbitrato*, in *Riv. arb.* 1999, 151 ss.

Selvaggi C., *L'arbitrato nelle controversie devolute alla giurisdizione amministrativa*, in *Riv. arb.* 1992, 455 ss.

Signoretti S., *Stop del Consiglio di Stato all'arbitrato necessariamente amministrato nei contratti di appalto e via libera al principio di volontarietà delle parti*, in *Riv. amm. app.*, 2003.

Silvestri E., *Osservazioni in tema di strumenti alternativi per la risoluzione delle controversie*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1999, 321 ss.

Spagnolo A., *In tema di rifiuto di nomina presidenziale dell'arbitro* [nota a Cons. Stato, (ord.) 23 giugno 1999, n. 1412], in *Corr. Giur.* 2000, 817

Spagnolo A., *La riforma dell'arbitrato delle opere pubbliche*, in *Urb. e appalti*, n. 9/2001, 947

Spagnuolo Vigorita R., *Situazioni soggettive provate e processo amministrativo: per l'attuale difesa dell'interesse pubblico*, in *Dir. proc. amm.* 1988, 319 ss.

Tesi di dottorato "La disciplina arbitrale nei contratti pubblici"
Dott. Giovanni Battista De Luca discussa presso l'Università Luiss
Guido Carli. Non riproducibile, in tutto o in parte, se non con il
consenso scritto dell'autore.

Spinelli D., *Il testo De Lise 13 volte oltre l'Europa*, in *Ed. e terr.* del 6 dicembre 2006.

Steccanella M., Robaldo E., *La legge quadro in materia di lavori pubblici*, Milano, 1994, p. 124 ss.

Sterbizzi E., *La giurisdizione sull'impugnazione del lodo arbitrale reso ai sensi dell'art. 6 l. n. 205 del 2000: corte d'appello o giudice amministrativo?*, in *Corriere giur.* 2007, 982 ss.

Stumpo G., *Appalti pubblici di lavori ed arbitrato. Alcune considerazioni sull'evoluzione del meccanismo di risoluzione anche alla luce della pronuncia del Consiglio di Stato 17 ottobre 2003, n. 6335*, in *Riv. trim. app.*, 2004, 627 ss.

Tiscini R., *La giurisdizione esclusiva tra (vecchi e nuovi) sospetti di illegittimità costituzionale*, in *Riv. dir. proc.* 2001, 801 ss.

Tizi F., *Sulla liquidazione dei compensi arbitrari negli arbitrati in materia di pubblici appalti*, in *Riv. arb.* 2007, 267 e ss.

Tommaseo F., *La domanda di arbitrato*, in *Riv. arbitrato*, 2001, 169 ss.

Tramontano L., *La tutela risarcitoria dell'interesse legittimo*, Padova 2008.

Travi A., *Arbitrati negli appalti pubblici: nuovi divieti e incertezze persistenti*, in *Corriere giur.* 2008, 449 ss.

Ulisse G., *Art. 32. Definizione della controversia*, in Barbieri A., Bucci A., Ulisse G., *Commentario della nuova normativa dell'appalto di opere pubbliche*, Padova, 201, 194.

Tesi di dottorato "La disciplina arbitrale nei contratti pubblici"
Dott. Giovanni Battista De Luca discussa presso l'Università Luiss
Guido Carli. Non riproducibile, in tutto o in parte, se non con il
consenso scritto dell'autore.

Vaccarella L., *Gli effetti sentenza n. 6335 del Consiglio di Stato sugli arbitrati in corso: una deflagrazione?*, in *Riv. amm. app.*, 2003.

Vaccarella M., *Arbitrato e giurisdizione amministrativa*, Milano 2004.

Vaccarella M., *Diritti e arbitrato prima e dopo la l. n. 205 del 2000*, in *Foro amm. CDS* 2005, 450 ss.

Vaccarella R., *Commento dell'art. 32 l. 11 febbraio 1994, n. 109*, in A.A.V.V., *La legge quadro in materia dei lavori pubblici*, (a cura di) A. Carullo e A. Clarizia, Padova, 1994, p. 627 ss.

Vacchelli G., *La difesa giurisdizionale dei diritti dei cittadini verso l'autorità amministrativa*, in V.E. Orlando (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, vol. III, Milano, 1907, spec. 332 ss.

Veneziano S., *Arbitrato e giurisdizione amministrativa*, in www.giustiziaamministrativa.it 2004.

Verde G., *Ancora su arbitri e Pubblica Amministrazione (in occasione della L. 21 luglio 2000, n. 205, art. 6)*, in *Riv. arb.* 2000, 387 ss.

Verde G., *Arbitrato e pubblica amministrazione*, in *Dir. proc. amm.* 1996, 215 ss.

Verde G., *Arbitrato e pubblica amministrazione*, in *Riv. arb.* 2001, 407 ss.

Tesi di dottorato "La disciplina arbitrale nei contratti pubblici"
Dott. Giovanni Battista De Luca discussa presso l'Università Luiss
Guido Carli. Non riproducibile, in tutto o in parte, se non con il
consenso scritto dell'autore.

Verde G., *L'arbitrato e la giurisdizione ordinaria*, in Aa. Vv., *Diritto dell'arbitrato rituale*, a cura di G. Verde, 2° ed., Torino, 2000, p. 11.

Verde G., *L'arbitrato in materia di opere pubbliche alla luce dell'art. 5, comma 16-sexies l. n. 80/2005*, in *Riv. arb.*, 2005, 223 ss.

Verde G., *Le funzioni «paragiurisdizionali» della camera arbitrale per i lavori pubblici*, in *Riv. arb.* 2001, 155 ss.

Verde G., *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, 3a ed., Torino 2010.

Verde G., *Nuove riflessioni su arbitrato e pubblica amministrazione*, in *Scritti Punzi*, vol. II, Torino 2008, 695 ss. e in *Riv. arb.* 2007, 1 ss.

Verde G., *Profili del processo civile*, 3a ed., Napoli 2008.

Villa A., *Note sul rapporto tra arbitrato e giurisdizione amministrativa e sulla distinzione tra arbitrato rituale e irrituale*, in *Riv. arb.* 2001, 705 ss.

Vinti S., *Limiti funzionali all'autonomia negoziale della pubblica amministrazione nell'appalto di opere pubbliche*, Padova 2008, 449 ss.

Viola L., *L'arbitrato nei confronti della Pubblica Amministrazione*, Piacenza, 2003, 23 ss.

Volpe C., *Risoluzione delle controversie e norme processuali nella legge obiettivo. Alcune considerazioni*

Tesi di dottorato "La disciplina arbitrale nei contratti pubblici"
Dott. Giovanni Battista De Luca discussa presso l'Università Luiss
Guido Carli. Non riproducibile, in tutto o in parte, se non con il
consenso scritto dell'autore.

sugli artt. 12 e 14 del d.lgs. 20 agosto 2002, n. 190, in *www.giustizia-amministrativa.it*, n. 10-2002.

Zanobini G., *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, a cura di Orlando V. E., II, 3, Milano, 1935, 235 ss., 592 ss., 594;

Zanobini G., *L'esercizio delle pubbliche funzioni e l'organizzazione degli enti pubblici*, in *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano, 1955, 99.

Zito A., *La compromettibilità per arbitri con la pubblica amministrazione dopo la l. n. 205 del 2000: problemi e prospettive*, in *Dir. amm.* 2001, 343 ss.

Zucconi Galli Fonseca E., *La nuova disciplina dell'arbitrato amministrato*, *Riv. trim. proc. civ.*, 2008, 1001.

Zucconi Galli Fonseca E., *L'arbitrato nei contratti pubblici (a proposito di una recente monografia)*, in *Riv. trim. dir e proc. civ.* 2012, 587 ss.

Tesi di dottorato "*La disciplina arbitrale nei contratti pubblici*"
Dott. Giovanni Battista De Luca discussa presso l'Università Luiss
Guido Carli. Non riproducibile, in tutto o in parte, se non con il
consenso scritto dell'autore.

Tesi di dottorato "*La disciplina arbitrale nei contratti pubblici*"
Dott. Giovanni Battista De Luca discussa presso l'Università Luiss
Guido Carli. Non riproducibile, in tutto o in parte, se non con il
consenso scritto dell'autore.