

Le recenti innovazioni in tema di arbitrato, nelle controversie aventi ad oggetto contratti pubblici di lavori, servizi e forniture.

Nell'ambito della normativa che regola l'esecuzione dei contratti pubblici, uno degli istituti più travagliati, per le numerose e radicali modifiche che l'hanno più volte interessato, è sicuramente quello dell'arbitrato.

Basti considerare che, solo un anno dopo l'entrata in vigore dell'art.32 della legge 109/94 (la c.d. legge Merloni), che aveva di fatto espunto dalla disciplina dei lavori pubblici questo sistema di risoluzione delle controversie, già la legge 216/95 (c.d. Merloni-bis) aveva mutato diametralmente rotta, prevedendo la possibilità del ricorso all'arbitrato, da svolgersi secondo le regole che il codice di procedura civile detta per la generalità degli arbitrati. Successivamente la legge 415/98 (la c.d. Merloni-ter) e le corrispondenti norme del Regolamento di attuazione (artt.150 e 151 d.P.R.554/99) avevano viceversa imposto un arbitrato amministrato, specifico per le controversie sui lavori pubblici, da svolgersi innanzi ad un collegio istituito presso la Camera arbitrale, presieduto da un arbitro nominato dalla Camera stessa e secondo le regole stabilite da un particolare regolamento di procedura, poi emanato con d.m. 398/00. Ma, prima ancora che il nuovo regime si fosse consolidato, da un lato la legge 166/02 (c.d. Merloni-quater) ne aveva ridotto il campo di operatività, dall'altro il Consiglio di Stato ne aveva demolito le fondamenta, ritenendo illegittima la previsione regolamentare che imponeva la nomina del terzo arbitro da parte della Camera arbitrale (sent. n.6335/03). A riportare un minimo di ordine nella materia era poi intervenuta la legge 80/05, che aveva tratteggiato le linee guida dell'istituto che saranno poi recepite anche dall'art.241 d.lvo163/06 (Codice degli appalti), stabilendo la regola di un arbitrato da svolgersi secondo le norme del codice di procedura civile, e l'eccezione data dal caso in cui le parti non avessero trovato l'accordo sulla nomina del presidente del collegio, nel qual caso avrebbe provveduto la Camera arbitrale, attingendo al proprio albo, con l'ulteriore conseguenza che il procedimento si sarebbe svolto secondo le più rigorose formalità previste dal regolamento della Camera stessa (il già menzionato d.m.398/00). Senonché, a pochi mesi dall'entrata in vigore del Codice, veniva approvato l'art.3 co.19 e ss. della legge 244/07 (Finanziaria 2008) che, del tutto inaspettatamente, stabiliva la radicale soppressione dell'arbitrato, vietando alle Amministrazioni ed alle società pubbliche di avvalersene, sia nei contratti futuri che in quelli già in corso, addirittura sanzionando la violazione del divieto sotto il profilo disciplinare e della responsabilità erariale. In quella occasione il Legislatore aveva anche previsto che la definizione del contenzioso in materia di appalti pubblici sarebbe stata devoluta –in ragione della sua complessità e peculiarità- alle Sezioni speciali delle Corti d'appello e di alcuni Tribunali già competenti per le controversie in materia di proprietà industriale ed intellettuale, da istituirsi ai sensi dell'art.1 d.lvo168/03. Di fatto, però, il divieto previsto dalla Finanziaria del 2008 è stato più volte prorogato e non è mai divenuto operativo.

E' in questo complicato contesto, dunque, che oggi si collocano le ulteriori novità introdotte dal d.lvo 53/2010, che ha modificato il previgente testo dell'art.241 del Codice degli appalti nel dichiarato intento di razionalizzare definitivamente la disciplina dell'arbitrato.

La prima e più importante delle novità introdotte dalla novella legislativa riguarda il riconoscimento dell'arbitrato come ordinario strumento per la risoluzione delle controversie, alternativo al giudizio civile, e la contestuale abrogazione di quelle norme della Finanziaria del 2008 che, come s'è detto, avevano previsto la soppressione dell'istituto. Secondo lo schema tracciato dalla riforma è la Stazione appaltante che, nel momento in cui indice la gara, deve indicare *“se il contratto conterrà, o meno, la clausola compromissoria”*, mentre *“l'aggiudicatario può ricusare la clausola compromissoria, che in tal caso non è inserita nel contratto, comunicandolo alla stazione appaltante entro venti giorni dalla conoscenza*

dell'aggiudicazione" (cfr. nuovo co.1-bis dell'art.241 d.lvo 163/06). L'arbitrato è dunque facoltativo e la scelta compete in primo luogo alla Stazione appaltante, perché ad essa spetta di prevedere, già negli atti di gara, l'eventuale clausola compromissoria, in mancanza della quale il contenzioso non potrà che essere devoluto alla giustizia ordinaria, senza neppure la possibilità di successivi ripensamenti, dato che la nuova norma vieta espressamente il compromesso e, cioè, l'accordo in corso d'opera sulla devoluzione della controversia ad arbitri. Se il primo passo è dell'Amministrazione, però, l'ultimo spetta comunque all'appaltatore, perché egli ha la possibilità di rifiutare l'arbitrato ed optare per il giudizio civile. Anche se, ad avviso di scrive, poiché la riconsiderazione della clausola compromissoria deve intervenire in tempi molto ristretti (venti giorni dalla conoscenza dell'aggiudicazione) ed in una fase dell'appalto alquanto anticipata rispetto all'insorgere del contenzioso, è facile prevedere che di rado assisteremo alla riconsiderazione dell'arbitrato e che, in definitiva, la scelta della Stazione appaltante in favore della competenza arbitrale, il più delle volte, finirà per essere immodificabile (peraltro tale conclusione non sembra arrecare particolari pregiudizi all'appaltatore, che tradizionalmente predilige la possibilità di definire la controversia al di fuori della Giustizia ordinaria, soprattutto per evitare i lunghissimi tempi di attesa ad essa correlati).

Il d.lvo 53/2010 ha poi confermato che il procedimento arbitrale può svolgersi secondo due differenti regimi. L'ipotesi ordinaria è quella del procedimento che segue le regole degli artt.806 e ss. cod. proc. civ., sia pure con i correttivi previsti dall'art.241 del Codice degli appalti, che riguardano essenzialmente le ipotesi di incompatibilità degli arbitri, il regime tariffario e l'obbligo di depositare il lodo alla Camera arbitrale istituita presso l'Autorità dei contratti pubblici. Da tale ipotesi differisce il caso in cui le parti -o i rispettivi arbitri- non si accordino sulla nomina del terzo arbitro, con funzioni di presidente del collegio: in questo caso, infatti, alla nomina provvederà, su iniziativa della parte più diligente, la Camera arbitrale (art.241 co.15 d.lvo 163/06), attingendo al proprio albo di cui all'art.242 del Codice degli appalti, ed il contenzioso dovrà rispettare anche le ulteriori norme di procedura previste dall'art.243 del Codice medesimo.

Fra le novità degne di nota vi è anche l'ampliamento delle cause di incompatibilità dei membri del collegio arbitrale. Al riguardo già era previsto che gli arbitri non dovessero incorrere nelle cause di riconsiderazione previste dall'art.815 cod. proc. civ. e che, a garanzia della loro indipendenza, non potessero aver svolto alcun ruolo nell'ambito dell'appalto, dalla progettazione al collaudo, né espresso giudizi o pareri sulla controversia in essere (cfr. art.241 co.6 del Codice). Ora lo spettro dell'incompatibilità è stato ulteriormente esteso, con preclusione dell'incarico anche per chi abbia fatto parte della commissione eventualmente istituita per raggiungimento dell'accordo bonario; mentre per quanto specificatamente concerne il Presidente del collegio si è previsto, in modo alquanto rigoroso, che questi non possa aver esercitato, nell'ultimo triennio, le funzioni di arbitro di parte o di difensore in giudizi arbitrali relativi a controversie su contratti pubblici. Quest'ultima norma, chiaramente mirata ad ottenere la massima garanzia di indipendenza ed imparzialità del terzo arbitro (il quale, nella pratica, rappresenta spesso l'ago della bilancia della decisione) è ulteriormente rafforzata dalla previsione della nullità del lodo, in caso di sua violazione.

Certamente apprezzabile è poi l'ulteriore sforzo compiuto dal Legislatore per rispondere alla sentita esigenza di contenimento dei costi dell'arbitrato, essendo noto che, se pure il procedimento arbitrale si fa preferire per la celerità che lo caratterizza, nondimeno sono proprio gli ingenti costi della procedura che spesso disincentivano il ricorso a questo strumento di risoluzione delle controversie. L'art.241 co.12 d.lvo 163/06 aveva già intrapreso questa strada "moralizzatrice", stabilendo che i compensi degli arbitri fossero determinati in base alle tariffe previste dal regolamento della Camera arbitrale (d.m.398/00), che sono notevolmente più contenute di quelle forensi (d.m.127/04).

Successivamente la legge 14/09 aveva addirittura dimezzato i compensi minimi e massimi stabiliti dal tariffario della Camera arbitrale, oltre che soppresso la possibilità di incrementare i compensi massimi in relazione alla particolare complessità delle questioni trattate. Ora un nuovo passo è stato compiuto col d.lvo 53/2010, che ha infatti stabilito che il compenso del collegio arbitrale, comprensivo di quello del segretario, non può comunque superare l'importo di 100 mila euro, da rivalutarsi ogni tre anni con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti.

Un'ultima novità, che merita menzione, riguarda l'impugnazione del lodo (da proporsi innanzi alla Corte d'appello nel cui distretto è la sede dell'arbitrato, entro 90 giorni dalla notificazione o 180 giorni dal deposito del lodo) e specificatamente attiene alla possibilità di contestare la decisione, oltre che per i motivi di nullità elencati all'art.829 cod. proc. civ., *“anche per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia”* (così il nuovo co.15-bis dell'art.241 cit.). Tale previsione, se da un lato certamente rafforza le garanzie di tutela della parte soccombente, dall'altro lascia facilmente presagire un incremento dei casi di impugnazione dei lodi arbitrali, con tutto ciò che ne consegue in ordine ai tempi necessari per poter disporre di una pronuncia definitiva. In pendenza del giudizio d'impugnazione, però, il lodo è pur sempre esecutivo ed anzi la nuova norma specifica che la sua eventuale sospensione da parte della Corte d'appello costituisce ipotesi eccezionale, che presuppone la sussistenza di *“gravi e fondati motivi”*.

In conclusione, resta solo da evidenziare che le novità ora descritte in tema di giudizio arbitrale sono ancora lontane da una concreta applicazione. L'art.15 co.6 d.lvo 53/2010, infatti, prevede che la nuova disciplina si applichi ai contratti aggiudicati sulla base di bandi, avvisi di gara o inviti pubblicati dopo l'entrata in vigore della legge, dunque dopo il 27 aprile 2010. Sicché, pur essendo fin d'ora apprezzabile l'intento del Legislatore di procedere ad una razionalizzazione dell'istituto, occorrerà attendere ancora qualche tempo prima di veder in funzione le nuove norme e verificare se gli strumenti predisposti siano congrui rispetto allo scopo perseguito.

Marco Salina
(*Studio Legale Griselli-Salina, Milano*)

Publicato su COSTRUTTORI NEWS, periodico realizzato in collaborazione con l'Ance, Anno, II, n 8-9, luglio – agosto – settembre 2010, pag.11.