

La risoluzione delle controversie nei contratti pubblici:

la Camera arbitrale¹

1. I DATI TENDENZIALI DELL'ARBITRATO NEI CONTRATTI PUBBLICI: RAGIONEVOLEZZA DELLA RIDUZIONE A UNITA' DEI PROCEDIMENTI; 2. IL DIRITTO INTERTEMPORALE: IL MONOPOLIO PUBBLICO DEL PROCEDIMENTO QUALE CAUSA DI GIUSTIFICAZIONE DEL VENIR MENO DELL'AUTORIZZAZIONE A POSTERIORI AL RICORSO ALL' ARBITRATO; 3. L'ANALISI DELLE FUNZIONI ATTUALI DELLA CAMERA ARBITRALE; 4. (SEGUE) ... E DEI COSTI DEI PROCEDIMENTI E LA LORO ALLOCAZIONE; 5. ALCUNE CONSIDERAZIONI FINALI.

1. Il fuoco della presente illustrazione va messo subito sui n. 7 procedimenti di arbitrato amministrato dalla Camera arbitrale presso l'ANAC introdotti nel 2016 (con istanza di nomina del terzo arbitro), gli altri n. 9 lodi depositati in procedimenti qui amministrati e i n. 23 lodi depositati invece di seguito a procedimenti non anche amministrati. Rispetto ai dati del 2015 si conferma, così, quel risalente *trend* di diminuzione applicativa dell'arbitrato nei contratti pubblici principiato nel 2013, l'indomani della Legge n. 190/2012 (c.d. Severino): *trend* che accomuna(va) entrambe le forme del procedimento, essendosi intanto dimezzato, rispetto alla quota di n. 100 (già superata in precedenza), anche il numero medio dei lodi pronunciati all'esito di procedimenti non amministrati.

Si tratta di dati, quelli offerti qui, che d'ora in avanti rimarranno analiticamente accessibili al pubblico: il comma 13 dell'art. 210 C.c.p., infatti, prescrive la pubblicazione nel sito dell'ANAC dell'elenco degli arbitrati in corso e definiti, dei dati relativi alle vicende dei medesimi, dei nominativi e dei compensi degli arbitri e dei periti. E tale disposizione il Consiglio arbitrale ha già ritenuto comprensiva della ostensione informatica dei contenuti della eventuale soluzione conciliativa nonché - ove, invece, se ne dia il caso- del testo integrale del lodo (cfr. *Comunicato* n. 1/2017): per questa via (interpretativa) il Consiglio arbitrale assume di incrementare -ferma la dovuta anonimizzazione officiosa dei dati personali relativi a persone fisiche diverse da quelle impegnate in ruoli propri della controversia e del giudizio- la trasparenza

¹ Relazione svolta nella sede dell'Avvocatura Generale dello Stato in Roma nel corso del Convegno sopra "La risoluzione delle controversie nei contratti pubblici?", promosso dall'Istituto superiore di studi sull'arbitrato il 19 maggio 2017.

nell'applicazione dell'istituto arbitrale, in conformità di uno dei criteri di delegazione per la compilazione del vigente C.c.p. (cfr. art. 1, lett. aaa), legge n. 11/2016)².

Dagli elementi raccolti per la annuale *Relazione al Parlamento* del Presidente dell'ANAC (6 luglio 2017), emerge intanto che il valore delle controversie decise con i lodi emessi nel 2016 in procedimenti amministrati (n. 9) ha presentato un valore medio di € 15.816.777,00, che porta a una duplicazione del dato rilevato per l'anno precedente (pari a € 7.356.997,00): un aumento che si confermerebbe anche ove il valore più recente venisse offerto al netto dall'addendo singolarmente più elevato tra quelli dei procedimenti presi in esame. Per contro, lo stesso dato per il 2016 relativo ai n. 23 lodi resi in procedimenti non amministrati espone un valore medio delle controversie pari a € 8.241.940,00, in calo rispetto al dato rilevato per l'anno precedente (pari a € 8.555.861,00) ma al di sopra del livello storicizzato per i procedimenti amministrati.

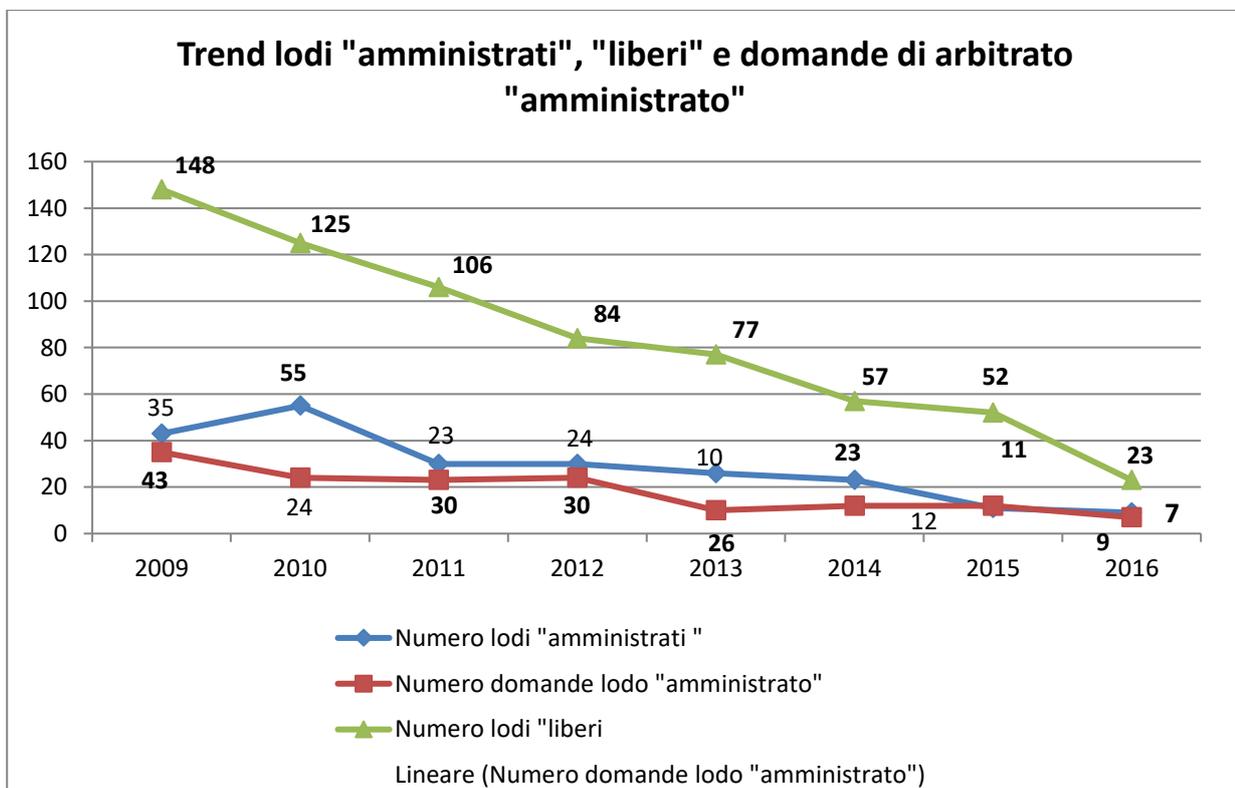
La durata dei procedimenti conclusi nel 2016 dimostra che, anche sotto tale profilo, la distinzione delle forme rimane indifferente al tipo di procedura seguita: trattasi in media di > 709 gg. per gli arbitrati amministrati, ma la durata scende a > 442 gg. se si escludono i due procedimenti che hanno registrato un' anomala durata ben superiore ai 1.500 gg.; e di > 495 gg. per quelli non amministrati: si tratta di una situazione che, oltre a riuscire incapace di per sé di giustificare la permanenza del dualismo procedimentale, nemmeno lascia alla Camera arbitrale seri poteri di intervento che non siano di pura *moral suasion*.

La vocazione tradizionale dell'istituto, sotto il profilo oggettivo, si conferma quella all'appalto di lavori (all'inverso, si direbbe non esserlo mai stata quella ai contratti di

² La Camera arbitrale, quando adotta delibere a carattere generale, ne opera la diffusione regolarmente nel sito istituzionale in funzione di una più certa garanzia di trasparenza, integrità ed efficienza dell'istituto arbitrale affidato alla sua amministrazione. Nel corso del 2016 sono stati adottati i seguenti atti generali: *Comunicato* n. 1, relativo alla archiviazione dei procedimenti quiescenti di amministrazione di arbitrati; *Comunicato* n. 2, relativo alla procedura informatica per la nomina del terzo arbitro; *Comunicato* n. 3, relativo a modalità e criteri di identificazione degli "esperti" per le procedure di "accordo bonario"; *Comunicato* n. 4, relativo al Codice deontologico degli arbitri camerale; *Comunicato* n. 5, relativo al procedimento di nomina del collegio arbitrale: adempimenti per il perfezionamento dell'incarico posti a carico dei soggetti designati e delle parti interessate ai sensi degli artt. 209 e 210, d.lgs. n. 50/2016; *Comunicato* n. 6, relativo alla iscrizione all'albo degli arbitri e all'elenco dei periti ai sensi del d.lgs. n. 50/2016 e alle modalità di presentazione delle domande; *Comunicato* n. 7, relativo alla iscrizione all'elenco dei segretari dei collegi arbitrali ai sensi del d.lgs. n. 50/2016 e alle modalità di presentazione delle domande; *Comunicato* n. 8, ancora relativo alle modalità di indicazione e di svolgimento del procedimento pubblico di estrazione per la nomina del terzo arbitro.

forniture): dei n. 9 procedimenti conclusi nel 2016, n. 8 hanno riguardato appunto appalti di lavori; dei n. 23 lodi depositati all'esito di procedimenti non amministrati, n. 13 hanno riguardato ancora appalti di lavori (gli altri risultando divisi tra progettazione di lavori, appalti di servizi, concessioni di servizi o di costruzione e gestione). L'ambito dei procedimenti include, peraltro, anche concessioni e appalti in cui sia parte una società a partecipazione pubblica ovvero una società controllata o collegata a una società a partecipazione pubblica, ai sensi dell'art. 2359 c.c., o che comunque abbiano ad oggetto opere o forniture finanziate con risorse a carico dei bilanci pubblici. Al riguardo, il Consiglio arbitrale ha maturato l'orientamento per cui, di là di concessioni di lavori e di servizi, pure altri rapporti contrattuali, quali finanza di progetto, locazione finanziaria di opere pubbliche, contratto di disponibilità e in generale gli altri moduli di partenariato pubblico-privato che -avendo trovato disciplina nel nuovo Codice dei contratti pubblici- presentano caratteristiche analoghe (art. 180 c.c.p.), possono trovare nell'arbitrato amministrato dalla Camera arbitrale il luogo di risoluzione delle rispettive controversie.

Figura 1.



<i>Valore delle controversie in base alla Tariffa</i>	Arbitrati amministrati	Arbitrati liberi
I scaglione (fino a € 103.291,38)	/	2
II scaglione (da € 103.291,38 a € 258.228,45)	/	2
III scaglione (da € 258.228,45 a € 516.456,90)	/	4
IV scaglione (da € 516.456,90 a € 2.582.284,49)	5	6
V scaglione (da € 2.582.284,49 a € 5.164.568,99)	/	2
VI scaglione (da € 5.164.568,99 a € 25.822.844,95)	2 (1+1)	5 (0+5)
VII scaglione (da € 25.822.844,95 a € 51.646.689,91)	1	1
VIII scaglione (oltre € 51.646.689,91)	1	1

2. Il nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50/2016) e il più recente suo Correttivo (d.lgs. n. 56/2017) costituiscono fonti caratterizzate dalle opzioni di fondo riconducibili -per un verso- alla preclusione verso arbitrati non amministrati dalla Camera e -per l'altro- al potere di quest'ultima di scegliere sì il presidente, ma pure di nominare l'intero collegio, ferma restando la designazione degli arbitri a cura di ciascuna parte: ciò che implica un indeclinabile potere nuovo di verifica, in capo alla Camera, dei loro requisiti soggettivi a pena di nullità del lodo; un potere implicito ma coerente con la finalità della legge di delegazione di assicurare integrità, imparzialità e responsabilità degli arbitri (cfr. lett. aaa) dell'art. 1).

Indubbiamente, l'avvento del C.c.p. ha aperto un fronte problematico per il diritto intertemporale: tendo qui a fornire una versione personale della necessaria ricostruzione sistematica, che quindi non dev'essere intesa in alcuna misura quale espressione delle mie funzioni di rappresentanza della Camera, dove il Consiglio arbitrale del 22 febbraio 2017 ha invero approvato una (pragmatica) risoluzione interpretativa non esattamente coincidente con la posizione che -anche alla luce del *jus superveniens*- vengo di seguito a esprimere a titolo personale.

Persistendo i dubbi circa la necessità di autorizzazione *a posteriori* dell'organo di governo della parte pubblica rispetto a quegli arbitrati non già assistiti dall'apposita determinazione autorizzativa in sede di redazione della convenzione di arbitrato siccome fondati su clausole anteriori all'entrata in vigore della Legge n. 190/2012, il tentativo più di recente condotto era stato quello della "*Commissione di studio per l'elaborazione di ipotesi di organica disciplina e riforma degli strumenti di degiurisdizionalizzazione,*

con particolare riguardo alla mediazione, alla negoziazione assistita e all'arbitrato”, guidata - presso il Ministero della Giustizia- da Guido Alpa. Nella relazione conclusiva dei lavori si legge(va) la seguente proposta novellatrice: *“Per i contratti stipulati anteriormente all’ entrata in vigore della legge 6 novembre 2012, n. 190 e recanti la clausola compromissoria, l’organo di governo dell’amministrazione può rifiutare il deferimento all’ arbitrato entro venti giorni dalla notificazione della domanda della parte privata”*.

Vi si riconosce agevolmente una replica della disciplina generale del silenzio-assenso della P.A. alla via arbitrale, segnatamente optata da una parte privata nell’ambito del c.d. arbitrato forense a norma dell’art. 1 D.l. n. 132/2014 (conv. L. n. 162/2014): lì, ai fini del *“trasferimento alla sede arbitrale di procedimenti pendenti dinanzi all'autorità giudiziaria”*, è previsto che *“le parti, con istanza congiunta, possono richiedere di promuovere un procedimento arbitrale a norma delle disposizioni contenute nel titolo VIII del libro IV del codice di procedura civile”*; in particolare, per le *“controversie di valore non superiore a 50.000 euro in materia di responsabilità extracontrattuale o aventi ad oggetto il pagamento di somme di denaro, nei casi in cui sia parte del giudizio una pubblica amministrazione, il consenso di questa alla richiesta di promuovere il procedimento arbitrale avanzata dalla sola parte privata si intende in ogni caso prestato, salvo che la pubblica amministrazione esprima il dissenso scritto entro trenta giorni dalla richiesta”* .

La proposta non ha avuto seguito in sede legislativa, ma la norma infine inclusa tra le correzioni al C.c.p. recate dal d.lgs. n. 56/2017 sembra assorbirne l’aspirazione. Invero, ora *“Le procedure di arbitrato di cui all'articolo 209 si applicano anche alle controversie su diritti soggettivi, derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici di cui al medesimo articolo 209, comma 1, per i quali i bandi o avvisi siano stati pubblicati prima della data di entrata in vigore del presente codice”* (art. 128, comma 1, lett. f); e ciò pare innovare -anche rispetto al quadro entro cui si muovevano le pronunce della Corte cost. per sentenza n. 108/2015 e ordinanza n. 99/2016³- i termini sostanziali del tema. Infatti, proprio

³ Qui si legge come *“la scelta dell’amministrazione di deferire ad arbitri le controversie relative ai contratti pubblici sia il risultato della «ponderata valutazione degli interessi coinvolti e delle circostanze del caso concreto», e la stessa prescritta motivazione dell’autorizzazione, diretta a garantire pubblicità e trasparenza alle ragioni della scelta dell’amministrazione di avvalersi dell’arbitrato, esclude che possa essere assegnato a un comportamento concludente valore equivalente all’autorizzazione espressa”*.

l'art. 209 cit. non distingue (più) tra autorizzazione all' inserimento della clausola e autorizzazione del ricorso all'arbitrato. E sembra così venuta meno per “*i bandi o avvisi [...] pubblicati prima della data di entrata in vigore del presente codice*” ogni possibilità o necessità di invocare il bisogno di autorizzazione *a posteriori*, cioè al c.d. “*ricorso all'arbitrato*”.

In realtà, se manca ogni esplicita soluzione normativa di tali vicende intertemporali è soltanto perchè la più recente interpretazione autentica del legislatore ha ragionevolmente stimato che sia l'odierno monopolio pubblico nell'amministrazione del procedimento arbitrale idoneo di per sè a contenere la capacità attuativa di *tutte* le convenzioni di arbitrato, anche di quelle stabilite in conformità della (diversa) legge vigente al tempo della loro redazione e non già soggette al trattamento (guarentigato) poi introdotto dalla Legge Severino.

Pertanto, il mio personale convincimento è per la sopravvenuta eliminazione (compensata dall'immanente controllo pubblico della Camera arbitrale) dell' autorizzazione al *ricorso all' arbitrato* che pur si basi ancora su convenzione anteriore alla Legge Severino, stante la mancanza di ogni base legislativa per continuare ad attingere a tale pre-vigente istituto: il che, per le clausole anteriori, vale quale *generale* riconquista normativa della (originariamente già) piena e incondizionata efficacia, quest'ultima non più risultando adesso sottoposta al *particolare* meccanismo restitutorio dell' autorizzazione *ad hoc*.

3. In dettaglio, le attuali attribuzioni della Camera arbitrale sono indicate negli artt. 209 e 210 C.c.p. In particolare, si tratta della formazione e tenuta dell'albo degli arbitri e degli elenchi di periti (da designare quali consulenti tecnici d'ufficio nei giudizi arbitrali) e segretari dei collegi arbitrali; della redazione del Codice deontologico degli arbitri camerali; dei compiti necessari alla costituzione e al funzionamento del singolo collegio arbitrale e della rilevazione annuale dei dati emergenti dal contenzioso in materia di contratti pubblici per la successiva

trasmissione all'ANAC e alla Cabina di regia. Inoltre, la Camera determina i compensi degli arbitri, dei consulenti tecnici d'ufficio e dei segretari, nonché la misura degli acconti; assicura infine il deposito dei lodi⁴ e -per quanto già detto- la pubblicazione nel sito dell'ANAC dei dati relativi agli arbitrati in corso e definiti.

Possono essere iscritti all'albo degli arbitri: *A)* gli avvocati iscritti agli albi ordinari e speciali abilitati al patrocinio davanti alle magistrature superiori e in possesso dei requisiti per la nomina a consigliere di cassazione (secondo l'interpretazione, specialmente concernente il requisito anagrafico, fornita dal Consiglio con il *Comunicato* n. 1/2015); *B)* i tecnici in possesso del diploma di laurea in ingegneria e architettura abilitati all'esercizio della professione da almeno 10 anni e corrispondentemente iscritti ai relativi albi; *C)* i professori universitari di ruolo nelle materie giuridiche e tecniche nonché i dirigenti delle pubbliche amministrazioni, con provata esperienza nella materia dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture.

Per ogni procedimento spetta adesso -come detto- alla Camera arbitrale, non soltanto il potere di scelta del presidente, ma anche di nomina del collegio, ferma restando la designazione degli arbitri di elezione di ciascuna parte (con le restrizioni riguardanti la P.A.: v. art. 209, c. 5). Dal combinato disposto degli artt. 209 e 210 citt. derivano le seguenti innovazioni⁵: *a)* la riduzione delle categorie dei soggetti aventi titolo all'iscrizione all'albo (sempre destinato a servire per l'attingimento del terzo, e talora per quello di elezione della P.A.), in ragione della avvenuta cancellazione della categoria formata da avvocati dello Stato e magistrati a riposo; *b)* il venir meno per i dirigenti delle pubbliche amministrazioni del requisito della laurea nelle materie giuridiche e

⁴ Per quanto riguarda il deposito dei lodi il comma 13 dell'art. 209 C.c.p. prevede la possibilità che il deposito medesimo venga effettuato in forma telematica: la Camera arbitrale ha provveduto alla formulazione di una proposta all'Autorità circa le modalità di attuazione della norma medesima, che è attualmente sottoposta al parere dell'Agenzia delle entrate per la parte concernente gli adempimenti ai fini dell'osservanza degli obblighi fiscali da parte dei soggetti gravati.

⁵ La sentenza n. 250 del 2016 della Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 241, comma 5, C.c.p. abr. (nel testo modificato dall'art. 5, comma 1, lettera c), del d.lgs. n. 53/2010), nella parte in cui stabiliva che il presidente del collegio arbitrale è scelto "*comunque tra coloro che nell'ultimo triennio non hanno esercitato le funzioni di arbitro di parte o di difensore in giudizi arbitrali disciplinati dal presente articolo, ad eccezione delle ipotesi in cui l'esercizio della difesa costituisca adempimento di dovere d'ufficio del difensore dipendente pubblico. La nomina del presidente del collegio effettuata in violazione del presente articolo determina la nullità del lodo ai sensi dell'articolo 829, primo comma, n. 3, del codice di procedura civile*". Tale sentenza, pur concernendo norma del codice previgente e tuttavia analoga alla formulazione di quello corrente, risulta pronunciata in ragione dell'eccesso di delega riscontrato nel caso specifico, assumendo espressamente che la pronuncia stessa "*in nessun modo ed in nessun punto investe le successive norme che hanno disciplinato ex novo la materia*".

tecniche; c) l'ampliamento dell'area di inconferibilità dell'incarico, per cui ora non possono essere nominati: 1) i magistrati ordinari, amministrativi contabili e militari, in servizio o a riposo, nonché gli avvocati e procuratori dello stato, in servizio o a riposo, e i componenti delle commissioni tributarie; 2) coloro che nell'ultimo triennio hanno esercitato le funzioni di arbitro di parte o di difensore in giudizi arbitrali disciplinati dal C.c.p.⁶; 3) coloro che, prima del collocamento a riposo, hanno trattato ricorsi in sede civile, penale, amministrativa o contabile presentati dal soggetto che ha richiesto l'arbitrato; 4) coloro che hanno espresso parere, a qualunque titolo, nelle materie oggetto dell'arbitrato; 5) coloro che hanno predisposto il progetto o il capitolato di gara o dato parere sullo stesso; 6) coloro che hanno diretto, sorvegliato o collaudato i lavori, i servizi, o le forniture a cui si riferiscono le controversie; 7) coloro che hanno partecipato a qualunque titolo alla procedura per la quale è in corso l'arbitrato.

L'individuazione del terzo arbitro è effettuata dal Consiglio arbitrale secondo una procedura scandita in due fasi: nella prima, mediante sorteggio pubblico con modalità elettronica, è formato un elenco di quindici soggetti che garantisca la presenza, tra i primi undici, di tre estratti ricompresi in ciascuna delle categorie indicate nelle lettere A) e B), e di cinque estratti nelle categorie di cui alla lett. C), mentre per i rimanenti quattro il sorteggio è effettuato tra tutte le categorie predeterminate dalla legge; nella seconda fase, salve le dirimenti controindicazioni provenienti dalle parti interessate, è determinato dalla Camera stessa il nominativo del presidente del collegio arbitrale secondo criteri oggettivi, predefiniti, accessibili e controllabili.

L'albo degli arbitri ha visto n. 74 cancellazioni a fronte di n. 71 nuove iscrizioni nell'ultimo anno; per il 2016 è stata inoltre confermata la tendenza a scegliere, per il terzo arbitro, soggetti con competenze ed esperienze giuridiche.

⁶ Concorre poi la regola di incompatibilità, contenuta nel comma 10 dell'art. 210, per la quale durante il periodo di appartenenza, e nei successivi tre anni, i soggetti iscritti all'albo non possono espletare incarichi professionali in favore delle parti dei giudizi arbitrali da essi decisi, ivi compreso l'incarico di arbitro di parte.

Per quanto riguarda l'iscrizione all'elenco dei periti, le innovazioni sono costituite dalla circostanza che: *x*) è venuta meno ogni altra delimitazione dell'ambito dei soggetti legittimati che non siano il possesso di un diploma di laurea e la comprovata esperienza professionale; *y*) la maturazione di quest'ultima è prescritta per almeno un quinquennio di attività (e non più, decennio), con corrispondente iscrizione all'albo (quando esigibile).

L'elenco dei periti ha visto n. 54 cancellazioni a fronte di n. 33 iscrizioni nel 2016; anno per il quale è stata pure confermata la tendenza a scegliere, per il consulente tecnico d'ufficio, soggetti con competenze ed esperienze ingegneristiche.

Infine, nell'elenco dei segretari dei collegi arbitrali possono essere iscritti i funzionari in possesso di diploma di laurea in materia giuridica o economica o equipollenti e, ove necessario, in materie tecniche, purché inseriti nei ruoli delle pubbliche amministrazioni con anzianità di servizio non inferiore a cinque anni (art. 210, comma 12). Rispetto al regime precedente, la disciplina ha optato, ai fini della delimitazione dell'area dei funzionari legittimati, per la esplicita menzione del T.U. n. 165/2001 onde individuare le PP.AA. di possibile estrazione, soltanto mantenendo l'indicazione additiva e specifica dell'ANAC (art. 209, comma 8).

Nel 2016 si sono registrate n. 13 iscrizioni, di cui n. 9 hanno riguardato, in ultimo, funzionari dell' ANAC.

4. Col nuovo C.c.p. permane, di fatto (*...donec aliter provideatur*), il vigore della disciplina anteriore quanto ai compensi spettanti agli arbitri.

La normativa che origina(va) nell' art. 241, c. 12, d.lgs. 163/2006 e s.m.i. prevede parametri di riferimento e limiti.

Quanto ai primi (parametri), essi si riassumono nel rinvio recettizio al decreto del Ministro dei lavori pubblici n. 398/2000 con indicazione dei compensi ivi articolata

in n. 8 scaglioni di valore della controversia, ciascuno recante l'individuazione degli importi minimo e massimo del compenso liquidabile.

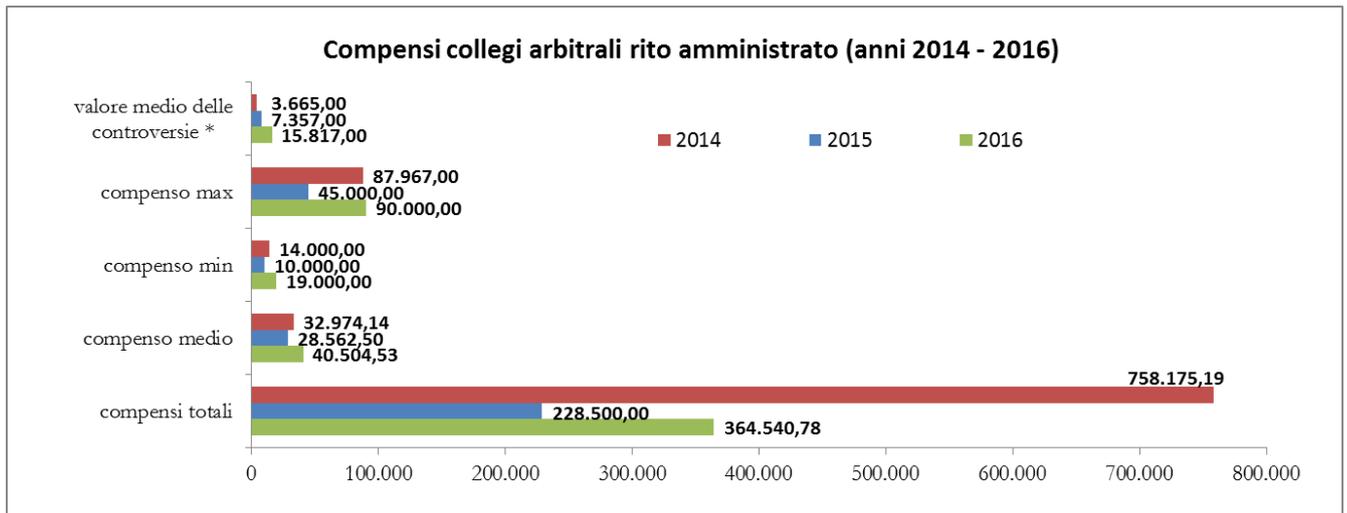
Quanto ai secondi (limiti), si riassumono nel dimezzamento dei compensi per scaglioni fissati in origine da tale decreto, nel divieto assoluto di incrementi del compenso massimo e nel tetto massimo stabilito al compenso per il collegio arbitrale, comprensivo degli eventuali diritti del segretario, nell'importo di € 100.000,00 (aggiornabile ogni triennio per decreto interministeriale, mai tuttavia intervenuto). A detti limiti generali sono stati aggiunti -con il d.l. n. 112/2008, conv. in L. n. 133/2008, art. 61, comma 9, e con il d.l. n. 201/2011, conv. in l. n. 214/2011, art. 23 ter-, limiti ulteriori applicabili ai soli “*dependent[i] public[i]*”, che rispettivamente determinano, per arbitri e segretari, un'ulteriore dimidiazione del compenso individuale.

I compensi riconosciuti a favore dei collegi arbitrali insediati presso la Camera arbitrale per i n. 9 lodi amministrati del 2016 ammontano a € 364.540,78 per una media pari a € 40.504,53 euro (€ 19.000 >90.000). Ma, dovendosi realisticamente tener conto del fatto che il valore medio delle controversie dell'anno è sostanzialmente raddoppiato rispetto all'ultimo periodo corrispondente e che lo si può ragionevolmente affrancare dal valore estremo (liquidato per una controversia di oltre 54 milioni di euro), la media dei compensi arbitrali nell'anno di riferimento finisce per assumere il valore di € 34.317,60, solo apparentemente (per giunta, di poco) superiore ai livelli degli anni precedenti.

Meritevole di maggiore evidenziazione – tanto da essere stata invero oggetto della Segnalazione n. 1/2017 – è la prassi seguita per l'autodeterminazione dei compensi dei collegi arbitrali nei procedimenti non amministrati (fermi altri margini di loro opacità, quale la frequente designazione di ausiliari con omonimia rispetto a uno degli arbitri), dove si registrano: *i*) compensi liquidati non sulla base e del d.m. n. 398/2000, bensì del d.m. 10 marzo 2014, n. 55, recante i parametri per la professione forense; *ii*) liquidazioni comunque sproporzionate rispetto ai parametri stabiliti dal d.m. 398/2000 (solo per circa 1/3 dei casi la differenza appare meno significativa);

iii) superamenti del limite massimo di € 100.000,00 (in un caso fino al quintuplo); iv) diritti liquidati in favore del segretario stabilmente esuberanti il limite a suo tempo indicato dalla Camera arbitrale in apposito *Comunicato* n. 23/2006, pur tolta qui ogni questione circa la cogenza diretta di tale parametro.

Figura 2.



* L'importo del valore delle controversie è in milioni di €

Per quanto concerne i compensi per i consulenti tecnici d'ufficio, la normativa attualmente vigente sul punto (art. 209, c. 18), confermando la disciplina precedente, dispone il rinvio agli articoli da 49 a 58 del T.U. in materia di spese di giustizia. I compensi liquidati a favore dei n. 6 consulenti d'ufficio designati dalla Camera arbitrale ammontano nel 2016 a € 63.725,62, per una media pari a € 10.620,94. Per quanto riguarda invece i compensi dei n. 4 C.t.u. nominati nell'ambito di procedimenti arbitrali non amministrati dei cui dati si dispone (almeno in altri n. 5 casi il compenso del C.t.u. non è indicato), riporta una media pari a € 22.079,44, evidentemente imputabile alle liquidazioni operate direttamente dagli arbitri.

Figura 3.

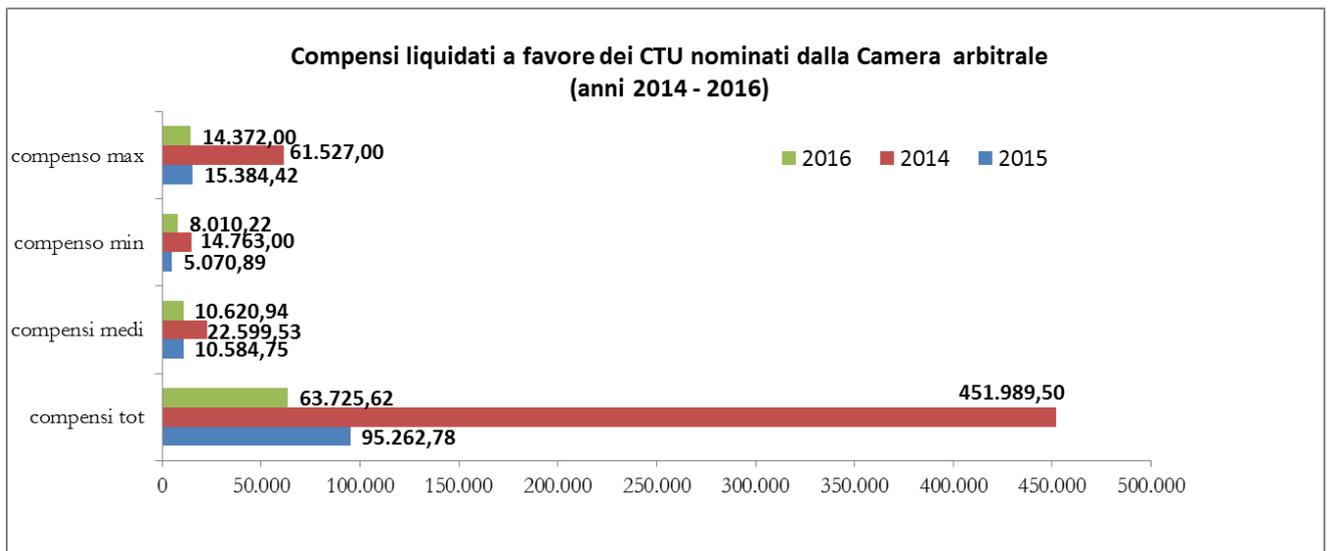
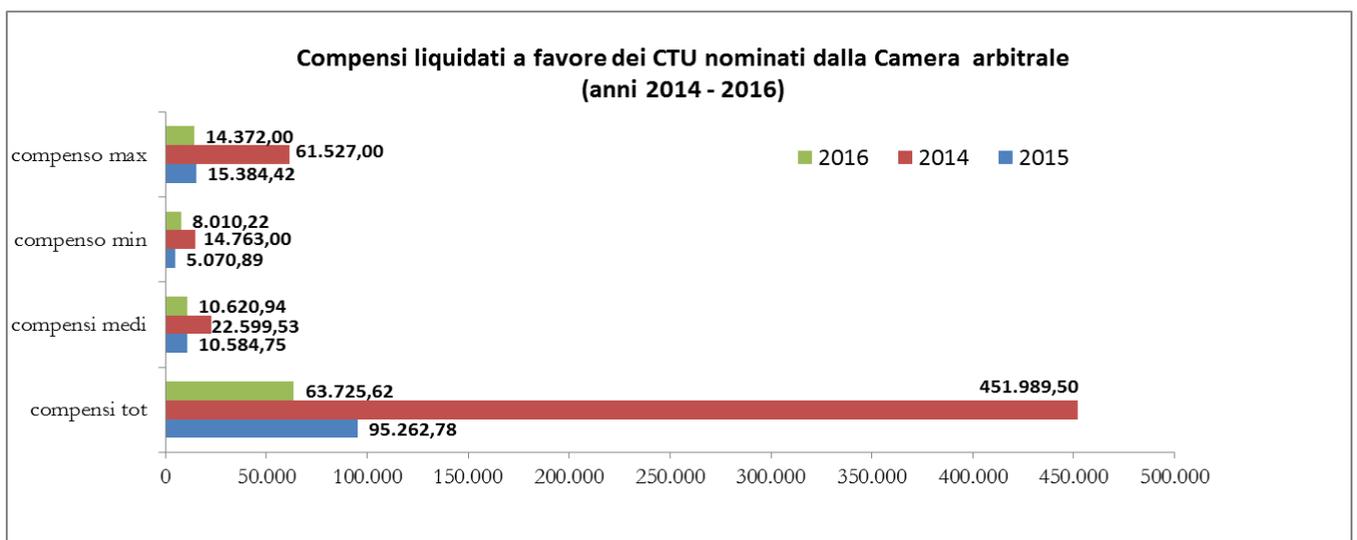
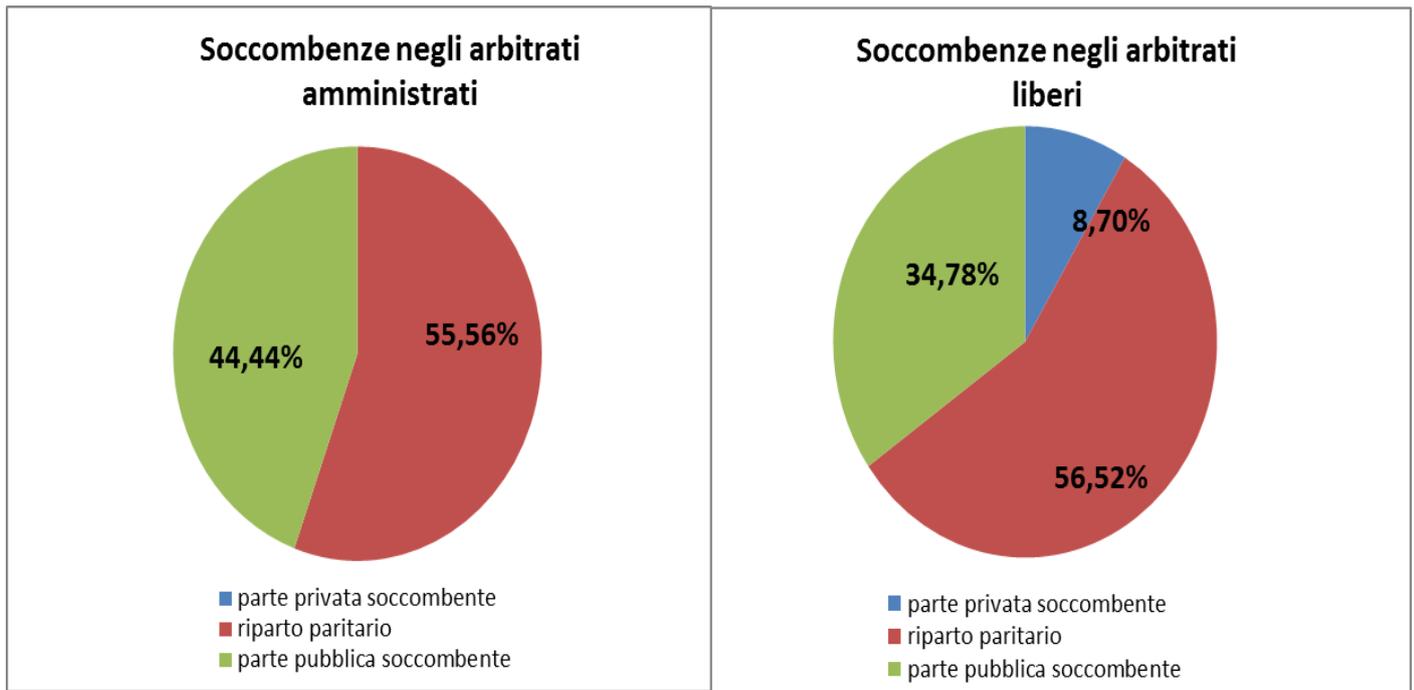


Figura 4.



Va infine segnalato che dai lodi depositati nel 2016 in ambito di procedimenti amministrati risulta che in nessun caso il riparto delle spese ha penalizzato la parte privata, in n. 5 casi essendo stato paritario, nei n. 4 rimanenti penalizzando la parte pubblica (tuttavia, diversamente dall'anno precedente, mai nella misura del 100%).

Dai lodi resi nei procedimenti non amministrati in n. 2 casi il riparto ha penalizzato la parte privata, in n. 13 casi è stato paritario, in n. 8 casi ha penalizzato la parte pubblica (in n. 4 casi nella misura del 100 per cento).



5. L'esperienza di un arbitrato necessariamente amministrato (adesso dalla Camera per i contratti pubblici presso l'Anac, e comunque) in sede pubblica viene realizzando quello forma -pure altrove nota- "*of centrally gathering and processing awards*"⁷ perchè l'arbitro nella materia dei contratti pubblici mantiene una posizione differenziata e qualificata, distinguendosi ora per taluni "*additional powers*" ora per assai peculiari doveri, a cominciare da quelli derivanti dalla qualificazione attribuibile in termini diversi da quanto risulta attualmente per gli arbitri di diritto comune, questi ultimi notoriamente immunizzati dallo statuto penalistico finanche dell'incaricato di pubblico servizio.

Autorevoli colleghi hanno criticato l'opzione viceversa favorevole alla pubblicizzazione dello statuto, onde si tratterebbe di "*scelta che snatur[a] totalmente il senso dell'arbitrato, che si avvia sulla pericolosa china di una giurisdizione speciale*"⁸. Personalmente, non credo che il successo dell'arbitrato possa oltremodo risiedere nel nativo giusprivatismo e nella oltranzistica difesa di una non più (*ratione materiae*

⁷ Cfr. R. Sherlock, *Dispute Resolution Provisions in the (Irish) Public Works Contracts*, [2010] 76 *Arbitration* 4, November, Chartered Institute of Arbitrators, 639.

⁸ Cfr. Biavati, *Osservazioni sulla relazione della Commissione Alpa*, dattiloscritto del 2 aprile 2017, per il Comitato scientifico dell'Unione nazionale delle Camere civili, in part. § 2.

almeno) giustificabile privatezza⁹. L'arbitrato in materia di appalto di lavori, servizi e forniture in cui l'erario è direttamente o indirettamente interessato postula elevatissimi livelli di specialità, sul piano legislativo, che neppure è più riducibile a certe figure soggettive né sicuri ambiti obiettivi: ho già osservato quanto complesso sia tracciare il perimetro applicativo della disciplina che infine, a norma dell'art. 209 C.c.p., “*si applica anche alle controversie relative a concessioni e appalti pubblici di opere, servizi e forniture in cui sia parte una società a partecipazione pubblica ovvero una società controllata o collegata a una società a partecipazione pubblica, ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile, o che comunque abbiano ad oggetto opere o forniture finanziate con risorse a carico dei bilanci pubblici*”. E', allora, in ragione della protezione erariale che si osservano criteri selettivi degli arbitri (con evidenti asimmetrie tra le parti e comunque) espropriativi della più ampia facoltà di scelta, si impongono guarentigie pubblicitarie (sul modello di altre figure di arbitrato a evidenza pubblica, qual è quello presso l'Icsid¹⁰) del corso del giudizio e dei suoi esiti¹¹, si fissano inderogabili limiti alla remunerazione dell'opera prestata dagli interessati (cfr. art. 209, c. 16) e rimuovono di contro quelli altrimenti propri della impugnazione del lodo (cfr. art. 209, c. 14); sin d'ora, peraltro, potendosi ipotizzare forme di concorso dei privati agenti quali arbitri nella responsabilità per danno erariale (per es., nella liquidazione di importi eccedenti i limiti normativi nei procedimenti non amministrati). Sicché, apparirebbe francamente il più coerente compimento di un disegno di specialità la prescrizione inerente allo *status* pubblico dell' arbitro titolato a operare presso la Camera arbitrale. La quale starebbe, in aggiunta, a riallineare le figure dei coarbitri stante l'estrazione dai ruoli della dirigenza pubblica di almeno uno di essi (art. 209, comma 5, C.c.p.), con improbabile sospensione, sotto il profilo del diritto punitivo, di tale pregresso statuto soggettivo

⁹ Cfr., in tema, Consolo, *La riservatezza del processo arbitrale in Italia*, in *Int'l Lis*, 2014, 161.

¹⁰ <https://icsid.worldbank.org/en/>; nella letteratura italiana cfr. Draetta, *L'arbitrato internazionale come funzione pubblica*, in *Dir. comm. internaz.*, 2013, 795.

¹¹ Cfr. Comunicato n. 1/2017 della Camera arbitrale per i contratti pubblici, cit.; *adde* Cass., sez. VI pen.; sentenza 15 febbraio 2017, n. 11959 (dep. 13 marzo 2017), in *Foro it.*, 2017, *Ant. e novità*, fasc. 3, 75.

in ragione della occasionale funzione arbitrale (*ex hoc, propter hoc*) svolta, e sempre per mandato (anche) della P.a.¹².

Se davvero si vuole che la lite da contratto pubblico sia portata in arbitri come “*ordinario rimedio*”¹³, è anche conferendo una veste soggettiva nuova a questi ultimi che si può contribuire alla restituzione della determinazione di agire in arbitrato quella medesima dignità recata dall’azione “*davanti a Giudice*” (dovrebbe, invero, trattarsi di un riflesso esatto e speculare di questa in base all’art. 24, 1° comma, Cost.).

FERRUCCIO AULETTA

¹² Cfr. Salvemme, *La responsabilità penale degli arbitri - Nuove ipotesi in seguito all’emanazione del d.l. 12 settembre 2014 n. 132*, in *Riv. arbitrato*, 2016, 189.

¹³ Cfr. L. n. 88/2009 (Disposizioni per l’adempimento di obblighi derivanti dall’appartenenza dell’Italia alle Comunità europee - Legge comunitaria 2008), art. 44, comma 3, lett. m): “ [...] 2) *prevedere l’arbitrato come ordinario rimedio alternativo al giudizio civile*”.