

$$\frac{A_{12}}{402}$$

Comitato scientifico: Raffaele Chiarelli, Dante Cusi, Eugenio De Marco, Armando Lamberti, Claudio Rossano.

# Trattato sulla Media–Conciliazione

Volume II  
Le A.D.R. in Italia

*a cura di*  
**Simone Budelli**

*Contributi di*  
Simone Budelli  
Federico Tedeschini  
Francesco Pavone  
Luca Palazzetti  
Claudio Ferrazza  
Nino Ferrelli  
Valentina Vescovi  
Daniele Porena



Copyright © MMXII  
ARACNE editrice S.r.l.

[www.aracneeditrice.it](http://www.aracneeditrice.it)  
[info@aracneeditrice.it](mailto:info@aracneeditrice.it)

via Raffaele Garofalo, 133/ A-B  
00173 Roma  
(06) 93781065

ISBN 978-88-548-4816-0

*I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica,  
di riproduzione e di adattamento anche parziale,  
con qualsiasi mezzo, sono riservati per tutti i Paesi.*

*Non sono assolutamente consentite le fotocopie  
senza il permesso scritto dell'Editore.*

I edizione: maggio 2012

# Indice

- 7 Le esperienze arbitrali in Italia  
*Simone Budelli*
- 31 L'arbitrato  
*Federico Tedeschini*
- 51 Le ADR nei contratti pubblici  
*Francesco Pavone*
- 63 Aspetti fiscali delle conciliazioni precedenti la legge n. 69/2009  
e cenni sulla tassazione indiretta dell'accordo conciliativo  
*Luca Palazzetti*
- 69 Gli accordi stragiudiziali tra fisco e contribuente  
*Simone Budelli*
- 105 Rapporti tra ADR e responsabilità penale  
*Claudio Ferrazza*
- 123 La Camera Nazionale Arbitrale in Agricoltura  
*Nino Ferrelli*
- 159 La mediazione familiare  
*Valentina Vescovi*
- 171 L'Ombudsman italiano: vicende della difesa civica nella legi-  
slazione italiana  
*Daniele Porena*
- 183 Autori



# Le esperienze arbitrali in Italia

SIMONE BUDELLI

## 1. La disciplina dell'arbitrato dopo la riforma del 2006

La conciliazione fra due parti in lite non è sempre agevole da trovare, neanche con l'intervento di soggetti imparziali e qualificati, capaci di aiutare le parti a comprendere, comunicare e risolvere in modo consensuale le proprie divergenze.

Nei casi dove anche la mediazione e la conciliazione falliscono, al fine di non compromettere la pacifica convivenza sociale, deve intervenire il potere pubblicistico dello Stato, che impone attraverso l'autorità giurisdizionale una risoluzione d'imperio e secondo diritto della controversia, ancorché la stessa non sia condivisa dalle parti.

Un'alternativa al giudice ordinario è rappresentata dall'arbitrato, che attraverso dei giudici privati, particolarmente esperti nella materia controversa, dovrebbero essere in grado di individuare una soluzione entro termini particolarmente brevi.

La caratteristica principale dell'arbitrato, dunque, non è quella di trovare una soluzione condivisa tra i contendenti, quanto quella di dare una risposta più rapida rispetto alla giustizia "tradizionale"<sup>1</sup> e — se possibile — anche più "giusta", considerata la particolare competenza che i decisori, individuati dalle stesse parti, dovrebbero avere nella specifica materia oggetto della disputa<sup>2</sup>.

1. Il procedimento, salvo diversa statuizione fra le parti e salve proroghe di legge o convenzionali, deve concludersi, a pena di nullità, entro 240 giorni dall'accettazione dell'incarico da parte degli arbitri (art. 820 cpc). La nullità del lodo reso tardivamente, tuttavia, può essere eccepita solo nel caso in cui una delle parti abbia notificato alle controparti e agli arbitri, che intende far valere la decadenza. Questi ultimi, verificata l'esattezza della contestazione, non possono far altro che dichiarare l'estinzione del procedimento. Se il lodo, però, viene pronunciato ugualmente, anche la parte che non abbia notificato la dichiarazione di decadenza, può impugnarlo (ai sensi dell'art. 829, comma 1, n. 6, cpc).

2. Le parti possono accordarsi anche per una decisione degli arbitri in base non alle

Le parti debbono essere d'accordo solo nella fase iniziale del procedimento arbitrale, ovvero quella nella quale si decide di demandare in sede arbitrale la soluzione della controversia, ma non anche nella fase finale — come, invece, avviene nel caso di positiva conclusione della mediazione civile, secondo la recente disciplina prevista dal D. Lgs. n. 28/2010 —, cioè quella del lodo decisorio, che “*ha, dalla data della sua ultima sottoscrizione, gli effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria*” (art. 825 cpc)<sup>3</sup>.

A differenza di ciò che avviene nella mediazione civile, poi, gli arbitri possono essere liberamente scelti dalla parti (per quanto riguarda sia il numero — che però deve sempre essere dispari —, sia il modo di individuazione), con l'unica e ovvia condizione che abbiano almeno la capacità d'agire (art. 812 cpc).

Come nella mediazione civile<sup>4</sup>, invece, le parti non hanno l'obbligo di farsi assistere o rappresentare da un legale abilitato.

L'accordo può avvenire con l'inserimento di un apposita clausola sin dalla predisposizione del contratto iniziale o con un apposito accordo successivo. E tali convenzioni sono considerate autonome

norme di diritto, ma secondo equità, in qualità di “amichevoli compositori”. Tuttavia, la clausola di non impugnabilità per violazione di regole di diritto non sembra essere sufficiente per consentire agli arbitri di decidere secondo equità (cfr. G. RUFFINI, *Arbitrato – ad vocem*, in *Il Diritto*, vol. I, Milano, 2007, p. 565). Anzi, dopo la riforma, la violazione delle regole di diritto, relativamente al merito della controversia, è impugnabile solo se espressamente prevista dalle parti o imposta per legge (come nel caso in cui la decisione contrasti con norme di ordine pubblico, oppure concerna la soluzione di una questione pregiudiziale, la quale, tuttavia, non poteva essere oggetto di convenzione arbitrale, oppure rientri tra le controversie previste dall'art. 409 cpc).

3. Va, tuttavia, precisato che, da un lato, l'efficacia esecutiva si ottiene mediante un apposito decreto giudiziale emanato dall'autorità giudiziaria competente rispetto alla sede di arbitrato, e, dall'altro, con il rafforzamento delle rigide condizioni di appellabilità. Quest'ultima infatti può essere esperita entro il termine perentorio di 90 giorni dalla notificazione del lodo, ovvero entro un anno dall'ultima sottoscrizione, ed è condizionata all'esistenza di uno dei vizi previsti dall'art. 829 cpc. Può inoltre essere richiesta la revocazione straordinaria ai sensi dell'art. 395, n. ri 1, 2, 3 e 6, cpc. L'opposizione di terzo, invece, può essere esperita anche in caso lodo dichiarato esecutivo.

4. Come è noto tale disposizione ha suscitato non poche polemiche tra gli operatori giuridici, dando origine, insieme ad altre questioni (tra cui, in particolare, la genericità nell'individuazione del conciliatore, in aperto contrasto con la legge di delega, che prevedeva, invece, la necessità di una particolare preparazione giuridica di tale soggetto, nonché l'obbligatorietà della mediazione, in contrasto, secondo l'Oua, anche con la normativa europea) a ricorsi in sedi giudiziali, nazionali e comunitarie (cfr. *Ricorso Oua al Tar sull'obbligo di conciliare*, in *Il Sole 24 Ore* del 23 novembre 2010, p. 39).



rispetto ai contratti cui si riferiscono (nel senso che la loro validità è indipendente dalla validità dei contratti in cui sono contenuti) e possono avere ad oggetto uno o più rapporti anche di natura non contrattuale, senza che ciò possa considerarsi una violazione della riserva costituzionale, contenuta nell'art. 102 Cost., dal momento che lo Stato non ha il monopolio della risoluzione delle controversie, ma solo quello relativo all'uso della forza per la tutela coattiva dei diritti<sup>5</sup>.

I conflitti demandati all'arbitrato possono essere eventuali o futuri<sup>6</sup>, ma debbono avere ad oggetto diritti disponibili.

Il nostro ordinamento ha provveduto di recente a rivisitare, con il D. Lgs. 40/2006, l'intera disciplina dell'arbitrato civile, contenuta nel codice di rito (artt. 806 e ss. cpc), la quale, tra l'altro, stabilisce: la forma e il contenuto del patto compromissorio; la nomina degli arbitri, i loro diritti, i loro obblighi, le loro responsabilità e le eventuali opzioni che ne consentono la riconsiliazione; la forma ed il contenuto e l'efficacia del lodo; la sua esecutività ed appellabilità; nonché il rapporto tra giustizia ordinaria e quella arbitrale<sup>7</sup>.

In ragione di quest'ultima disposizione si distingue tra lodo rituale e l'arbitrato irrituale o libero (art. 808-ter cpc), che seppur consente alle parti di non essere condizionate dall'osservanza delle norme di procedura del codice, non può però concludersi con un lodo avente efficacia di sentenza esecutiva, ma si riduce, in buona sostanza, ad un accordo negoziale. Ciò discende dal fatto che l'art. 808-ter espressamente esclude per l'arbitrato negoziale l'applicabilità dell'art. 825 cpc<sup>8</sup> e che l'art. 474 cpc non prevede il lodo contrattuale tra i titoli esecutivi.

In altre parole, il lodo irrituale ha efficacia vincolante solo tra le parti e può essere sciolto solo per mutuo consenso o per cause ammesse dalla

5. S. SATTÀ, *Commentario al codice di procedura civile*, IV, 2, Milano, 1971, C. PUNZI, "Efficacia di sentenza" del lodo, in *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 2005, pp. 819 e ss.

6. M. BOVE, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, in M. BOVE, C. CECHELLA, *Il nuovo processo civile*, Milano, 2006.

7. L'art. 819-ter stabilisce che in presenza di un patto compromissorio la parte interessata deve sollevare l'eccezione, non rilevabile d'ufficio, nella comparsa di risposta, a pena di decadenza, l'incompetenza del giudice adito. Tuttavia, secondo la dottrina prevalente (G. RUFFINI, *Arbitrato, cit.*, p. 558), nonostante i termini usati nella richiamata novella, i rapporti tra arbitri e giudici non sarebbero riconducibili alla disciplina sulla competenza stante l'espressa inapplicabilità dell'art. 50 cpc (*traslatio iudicii*).

8. L'art. 825 cpc disciplina la procedura di deposito del lodo presso la cancelleria del Tribunale competente al fine di ottenere l'esecutività dello stesso.

legge; non produce, invece, effetti rispetto a terzi, salvi i casi previsti dalla legge (art. 1372 c.c.)<sup>9</sup>. Anch'esso può essere impugnato di fronte al Giudice, competente in primo grado secondo le norme ordinarie, anche per vizi che vanno oltre il catalogo previsto dall'art. 808-ter cpc.

Ecco, dunque, che in dottrina si distingue anche tra l'arbitrato *ad hoc*, dove le parti o, in assenza, gli arbitri (anche in deroga alla disciplina codicistica, con gli effetti di cui sopra) regolano in via esclusiva il proprio procedimento e l'arbitrato istituzionale o amministrato, in cui le parti si affidano ad un soggetto istituzionalmente competente a svolgere tale attività.

La volontarietà, come si è detto, caratterizza le procedure arbitrali, ma ci possono essere anche arbitrati obbligatori, ove la risoluzione della controversia in una sede diversa da quella giudiziaria è imposta dalla legge, a tutte le parti o ad una sola di esse.

Da ultimo, pare opportuno accennare anche alle questioni specifiche che si pongono nel caso di fallimento.

In analogia con quanto stabilito dall'art. 43 l. fall., secondo cui il processo ordinario si interrompe con l'apertura del fallimento, anche l'eventuale procedimento arbitrale attivato prima della dichiarazione di fallimento si interrompe.

Più controversa è, invece, la questione se nei contratti in cui il curatore è subentrato, lo stesso rimane vincolato alla clausola arbitrale ivi contenuta.

Secondo la prevalente dottrina<sup>10</sup>, la curatela rimane vincolata alla clausola compromissoria, a condizione che nei confronti della stessa non vengano proposte domande relative ad accertamento di crediti verso il fallito, ovvero che costituiscano l'antecedente logico per tale accertamento.

Altra questione è se l'arbitrato pendente è collegato ad un contratto nel quale il curatore subentra. In questo caso, contrariamente al

9. Anche il lodo irrituale può essere impugnato di fronte al giudice competente per il primo grado, secondo l'elenco di vizi procedimentali, contenuto nell'art. 808-ter, comma 2, cpc. Tuttavia, la norma non vieta azioni volte a far dichiarare la nullità radicale o l'inesistenza del lodo, nel caso di inesistenza o nullità del patto commissorio, che invece possono essere esperite anche oltre il termine quinquennale previsto per l'annullabilità dei negozi giuridici (cfr. S. SATTA, C. PUNZI, *Diritto processuale civile – Appendice di aggiornamento*, Padova, Cedam, 2007).

10. Cfr. A. DELLA CHÀ, *Procedure concorsuali – Effetti sui contratti pendenti (ad vocem)*, in *Il Diritto – Enc. Giur.*, Il Sole 24 Ore, Milano, II, 2007, 696.

principio contenuto nel predetto art. 43 l. fall., la procedura alternativa di risoluzione della controversia non sembra possa interrompersi, ma potrà proseguire nei limiti sopra richiamati.

Nel caso più frequente di sospensione del contratto a causa di fallimento, infine, anche gli effetti della clausola arbitrale rimarranno sospesi.

### I.1. *Gli arbitrati stranieri*

Una disciplina speciale è riservata dal codice civile (sulla base di convenzioni internazionali a cui ha aderito anche il nostro Paese) agli arbitrati in cui le parti in lite decidono di porre all'estero la sede in cui compiere la procedura stragiudiziale<sup>11</sup>.

In questi casi il lodo acquista efficacia in Italia solo attraverso uno speciale procedimento disciplinato dagli artt. 839 e 840 cpc (peraltro non modificati dalla novella posta dal D. Lgs. n. 40/2006 e, quindi, risalenti alla L. n. 25 del 5 gennaio 1994, redatta sulla base della Convenzione di New York del 1958, resa esecutiva in Italia dieci anni dopo, con la L. n. 62/1968).

Tale procedura si compone di due fasi.

A) La prima è caratterizzata da un giudizio senza contraddittorio, in cui una parte (o i suoi eredi) sottopongono all'Autorità Giudiziaria italiana il lodo straniero, al fine di un suo riconoscimento e conseguentemente dell'acquisizione di efficacia del medesimo anche nel territorio della Repubblica. Il giudice, in primo luogo, deve accertare la regolarità formale del lodo straniero, ovvero la sua natura concretamente e sostanzialmente arbitrale, indipendentemente del *nomen iuris* utilizzato<sup>12</sup>, nonché la vincolatività (ovvero la natura non negoziale) dello stesso. In secondo luogo, deve verificare la compromettibilità della lite secondo le disposizioni interne (nel caso specifico deve trat-

11. Sull'argomento, fra i tanti, si veda, M. MARINELLI, *Arbitrato estero – ad vocem*, in *Il Diritto – Enc. Giur.*, Il Sole 24 Ore, Milano, 2007, p. 577 e ss.

12. Anche negli altri ordinamenti accanto all'arbitrato che noi definiamo rituale, il cui lodo equivale ad una sentenza, esistono ulteriori e diverse forme (irrituali) di composizione delle liti: si pensi ad esempio all'*expertise irrevocable ou obligatoire* in Francia e in Belgio; il *bindend advies*, in Olanda; lo *schiedsgutachten* in Germania, Svizzera e Austria; la *certification*, la *valuation* (o *appraisal*) e l'*adjudication* nei sistemi di *common law*.

tarsi di diritti disponibili ex art. 806 cpc) e la non contrarietà all'ordine pubblico del lodo, di cui si chiede il riconoscimento<sup>13</sup>.

Competente a decidere questa prima fase (come detto *inaudita altera parte*) è il Presidente della Corte d'Appello nella cui circoscrizione risiede almeno uno dei soggetti contro i quali è richiesto il riconoscimento. Se nessuna delle controparti risiede in Italia, è competente il Presidente della Corte d'Appello di Roma.

B) La seconda fase (eventuale, ma a contraddittorio pieno), si consuma di fronte alla medesima Corte d'Appello, con una citazione che prende le forme dell'opposizione a decreto ingiuntivo (ex artt. 645 e ss. cpc) e che deve essere notificata entro 30 giorni dalla comunicazione del decreto presidenziale di accoglimento o di rigetto del lodo.

Le cause di invalidità oggettive o soggettive sono previste dall'art. 840, comma 3, cpc: tra queste oltre ad una rivalutazione anche d'ufficio delle motivazioni addotte nel decreto presidenziale (incompromettibilità della lite e contrarietà all'ordine pubblico) i giudici possono essere chiamati a valutare, tra l'altro, (con onere probatorio a carico dei richiedenti), la capacità d'agire delle parti, la violazione del principio del contraddittorio e del diritto di difesa, il superamento dei limiti del mandato arbitrale, la violazione delle regole stabilite dalle parti nel compromesso (o in via suppletiva quelle dell'ordinamento di appartenenza del lodo).

La sentenza della Corte d'Appello può essere impugnata in Cassazione.

## 2. Gli arbitrati amministrativi

L'art. 6 della L. 205/00<sup>14</sup> (norma oggi ribadita dall'art. 12 dal Codice

13. A tal proposito si discute se la valutazione dell'ordine pubblico debba limitarsi al contenuto del lodo, oppure se si debba prendere in considerazione anche la correttezza del procedimento arbitrale e quindi il rispetto di principi quali la regolarità del contraddittorio e l'imparzialità dell'organo giudicante. Sull'argomento si veda A. BRIGUGLIO, *L'arbitrato estero*, Padova, 1999, p. 229 e ss.

14. Art. 6 "1. Sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie relative a procedure di affidamento di lavori, servizi o forniture svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale. 2. Le controversie concernenti diritti soggettivi devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo

del processo amministrativo<sup>15</sup>) ha finalmente aperto la possibilità di effettuare arbitrati nelle controversie aventi ad oggetto diritti soggettivi di competenza dei giudici amministrativi<sup>16</sup>.

La norma in questione è, peraltro, di stretta applicazione, stante la sua natura eccezionale: l'accordo compromissorio stipulato dalle parti, infatti, comporta indirettamente una deroga alle norme ordinarie sulla giurisdizione, dal momento che, in caso di impugnazione del lodo, la controversia passa dalla competenza del giudice amministrativo a quella del giudice ordinario.

In ragione di ciò non è possibile utilizzare l'arbitrato quando la situazione giuridica azionata riguarda interessi legittimi (e non diritti soggettivi), di competenza, come detto, della giustizia amministrativa<sup>17</sup>.

L'arbitrato amministrativo, stante anche la laconicità della norma, è dunque facoltativo e libero, ovvero le parti hanno la possibilità di concordare, nel rispetto dei principi generali, anche la disciplina del rito, senza limitazioni da parte di norme eteronome.

Esso assume rilevanza nella fase di formazione del rapporto, dal momento che, invece, nella fase esecutiva del contratto, la P.A. agisce come un soggetto di diritto privato e la giurisdizione delle controversie, salvo le deroghe previste dalla legge, passa al giudice civile.

## 2.1. *L'Arbitrato nei contratti pubblici*

All'interno della nuova e più ampia categoria degli arbitrati amministrativi esiste, tuttavia, una forma specifica di arbitrato per la risoluzione delle controversie in materia di appalti pubblici, che ha una storia antica di quasi 150 anni; purtroppo, soprattutto negli ultimi decenni, la normativa in materia è stata caratterizzata da numerosi,

*possono essere risolte mediante arbitrato rituale di diritto*".

15. L'art. 12 del D. Lgs. 104 del 2 luglio 2010, dispone: "*Le controversie concernenti diritti soggettivi devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo possono essere risolte mediante arbitrato rituale di diritto*".

16. Secondo un consolidamento orientamento giurisprudenziale anteriore alla novella legislativa, le materie di competenza del giudice amministrativo non potevano essere definite da arbitri privati e nulle erano le clausole convenzionali che prevedevano tale possibilità.

17. Cfr. Cass. SS. UU. n. 14090 del 27 luglio 2004.

quanto contraddittori, interventi, che ne hanno messo in dubbio la stessa legittimità ed efficacia<sup>18</sup>.

La funzione dell'arbitrato nei contratti pubblici<sup>19</sup>, regolato dal Codice dei Contratti (D. Lgs. 163/2006<sup>20</sup>) è ancor più esaltata, oggi, dopo il recente recepimento della direttiva comunitaria cd. "ricorsi", che ha previsto una procedura "speciale" nel caso di impugnazione delle aggiudicazioni.

Tra la conclusione di qualsiasi gara ad evidenza pubblica e la firma del relativo contratto con il soggetto aggiudicatario, il legislatore, infatti, ha previsto un termine dilatorio di 35 giorni, al fine di consentire ai concorrenti pretermessi di "studiare le carte" e fare ricorso con una situazione non compromessa dall'esecuzione del contratto già avviata.

Il tempo massimo per fare ricorso e tutti gli altri termini processuali però sono stati ridotti alla metà. La notifica del ricorso, poi, blocca definitivamente la firma del contratto, almeno fino alla decisione del giudice in merito alla sospensiva.

L'accordo bonario previsto dal codice dei contratti pubblici<sup>21</sup> è diventato obbligatorio e, pertanto, il suo mancato esperimento rende

18. L'arbitrato nei lavori pubblici è stato previsto per la prima volta nell'ordinamento italiano con la legge n. 2248, all. F, del 20 marzo 1865. Gli interventi normativi nel corso di questi anni sono stati numerosi, ma si sono intensificati a partire dagli anni '90 con varie normative emanate in rapida e contraddittoria successione (le cd. "Merloni").

19. Sull'argomento si veda tra gli altri A. ABBAMONTE, *Gli strumenti stragiudiziali di risoluzione delle controversie* (art. 239-242), in M. SANINO (a cura di), *Commento al codice dei contratti*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 655 e ss.; A. DAPAS, L. VIOLA, *L'arbitrato nel nuovo codice dei contratti pubblici*, Giuffrè, Milano, 2007; R. DE NICTOLIS, *Il nuovo contenzioso in materia di appalti pubblici*, Giuffrè, Milano, 2007; G. FERRARI, *Art. 239-243*, in R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Codice degli appalti pubblici*, Nel Diritto Editore, Roma, 2007, pp. 1300 e ss.

20. Il 16 aprile 2006 è stato emanato in attuazione alle Direttive comunitarie 2004/17/CE e 2004/18/CE e della legge delega n. 623 del 18 aprile 2005, il cd. Codice dei contratti pubblici, al fine di pervenire ad un'unica e semplificata disciplina per l'affidamento dei lavori, servizi e forniture della pubblica amministrazione. Il nuovo T.U. non si è limitato a regolare l'attività contrattuale, ma ha cercato di ricondurre ad unità anche la disciplina sull'eventuale fase contenziosa, compreso quindi il procedimento arbitrale (ma anche la transazione e l'accordo bonario). Il legislatore delegato ha cercato, inoltre, di risolvere definitivamente i vari dubbi emersi in giurisprudenza (cfr. Cons. St. n. 6335/2003) sulla legittimità delle deroghe previste rispetto alla disciplina dell'arbitrato civile.

21. L'art. 240 del Codice dei contratti pubblici ha previsto l'obbligo di tentare l'accordo bonario qualora a seguito di contestazioni dell'esecutore del contratto, verbalizzate nei documenti contabili, l'importo economico controverso non sia inferiore al 10% dell'importo contrattuale originariamente stipulato.

improcedibile il ricorso al Tar.

In questo quadro, gli arbitri, da sempre avversati per l'esosità dei costi<sup>22</sup>, sono tornati ad avere una effettiva appetibilità.

Il problema delle parcelle degli arbitri è stato risolto applicando le tariffe professionali<sup>23</sup> e prevedendo comunque un tetto massimo di spesa, pari a 100.000 euro a collegio.

Quello degli "indecenti accaparramenti"<sup>24</sup> è stato risolto prevedendo anche in questo caso un tetto massimo di incarichi: si potranno svolgere le funzioni di Presidente in un solo collegio ogni tre anni.

Rimodulate anche le sanzioni alla pubblica amministrazione che svolge gare in modo illegittimo: sono previste sanzioni che vanno da 0,5 al 5% del valore del contratto.

L'arbitrato può essere attivato dalla P.A. o dai privati<sup>25</sup> per risolvere tutte le controversie relative ai diritti soggettivi, che conseguono dall'esecuzione dei contratti pubblici disciplinati nel predetto Codice.

Si tratta di un arbitrato rituale (il lodo ha effetto di sentenza), facoltativo e amministrato, in quanto l'autonomia prevista dal codice di procedura civile è limitata da fonte eteronoma, ovvero dagli art. 241 e ss. del Codice dei Contratti, che prevedono tra l'altro:

- a) l'arbitrato deve essere proceduto dal tentativo di cd. accordo bonario, qualora necessario, secondo quanto previsto dall'art. 240 Codice Contratti;

22. Il Ministro Di Pietro ne aveva previsto l'abrogazione, ma la norma non è mai entrata in vigore. Le polemiche erano legate non tanto all'efficacia o all'efficienza dello strumento, quanto alle parcelle degli arbitri agganciate all'importo dell'opera (per appalti fino a 50 milioni di euro, gli arbitri potevano arrivare a chiedere addirittura 1,5 milioni di euro).

23. Le tariffe rimangono ferme per tre anni, salvo la rivalutazione Istat.

24. Cfr. V. Uva, *Riti alternativi per le liti su gare e forniture*, in *Il Sole 24 Ore*, n. 78 del 20 marzo 2010, p. 27.

25. Sotto il profilo della legittimazione soggettiva va precisato che l'art. 1, comma 1, del D.Lgs. 163/06 prevede che il Codice si applica ai "contratti delle stazioni appaltanti, degli enti aggiudicatori e dei soggetti aggiudicatori, aventi per oggetto l'acquisizione di servizi, prodotti, lavori e opere". Tuttavia, l'art. 3, comma 29, indica come enti aggiudicatori le amministrazioni aggiudicatrici, le imprese pubbliche e i soggetti che, pur non essendo amministrazioni o imprese pubbliche, "operano in virtù di diritti speciali o esclusivi concessi loro dall'autorità competente secondo le norme vigenti". Gli altri soggetti aggiudicatori, invece, previsti dal successivo comma 31, "ai fini della parte II, sono i soggetti privati tenuti all'osservanza delle disposizioni del presente Codice". A questi "altri soggetti", quindi, non si applicherebbero le norme sull'arbitrato.

- b) il collegio è composto da tre membri, scelti tra soggetti di particolare esperienza nella materia controversa, i quali, oltre a poter essere ricusati per i motivi previsti dall'art. 815 cpc<sup>26</sup>, non devono aver progettato, diretto, sorvegliato o collaudato i lavori, i servizi o le forniture per cui è sorta la lite, né devono aver espresso in qualsiasi modo giudizi o pareri sulla controversia pendente;
- c) in caso di mancato accordo sulla nomina del terzo arbitro, ad iniziativa della parte più diligente, vi provvede la Camera arbitrale per i contratti pubblici, costituita presso l'Autorità di Vigilanza dei lavori pubblici. In questa ipotesi, la procedura viene ulteriormente regolata dalle previsioni dell'art. 243 Codice dei Contratti<sup>27</sup>;

26. Art 815 cpc: *“Un arbitro può essere ricusato: 1) se non ha le qualifiche espressamente convenute dalle parti; 2) se egli stesso, o un ente, associazione o società di cui sia amministratore, ha interesse nella causa; 3) se egli stesso o il coniuge è parente fino al quarto grado o è convivente o commensale abituale di una delle parti, di un rappresentante legale di una delle parti, o di alcuno dei difensori; 4) se egli stesso o il coniuge ha causa pendente o grave inimicizia con una delle parti, con un suo rappresentante legale, o con alcuno dei suoi difensori; 5) se è legato ad una delle parti, a una società da questa controllata, al soggetto che la controlla, o a società sottoposta a comune controllo, da un rapporto di lavoro subordinato o da un rapporto continuativo di consulenza o di prestazione d'opera retribuita, ovvero da altri rapporti di natura patrimoniale o associativa che ne compromettono l'indipendenza; inoltre, se è tutore o curatore di una delle parti; 6) se ha prestato consulenza, assistenza o difesa ad una delle parti in una precedente fase della vicenda o vi ha depresso come testimone. Una parte non può ricusare l'arbitro che essa ha nominato o contribuito a nominare se non per motivi conosciuti dopo la nomina. La ricusazione è proposta mediante ricorso al presidente del tribunale indicato nell'articolo 810, secondo comma, entro il termine perentorio di dieci giorni dalla notificazione della nomina o dalla sopravvenuta conoscenza della causa di ricusazione. Il presidente pronuncia con ordinanza non impugnabile, sentito l'arbitro ricusato e le parti e assunte, quando occorre, sommarie informazioni. Con ordinanza il presidente provvede sulle spese. Nel caso di manifesta inammissibilità o manifesta infondatezza dell'istanza di ricusazione condanna la parte che l'ha proposta al pagamento, in favore dell'altra parte, di una somma equitativamente determinata non superiore al triplo del massimo del compenso spettante all'arbitro singolo in base alla tariffa forense. La proposizione dell'istanza di ricusazione non sospende il procedimento arbitrale, salvo diversa determinazione degli arbitri. Tuttavia, se l'istanza è accolta, l'attività compiuta dall'arbitro ricusato o con il suo concorso è inefficace”.*

27. L'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, ai sensi dell'art. 242 Codice dei Contratti, nomina, fra soggetti dotati di particolare competenza, i cinque membri che formano per un quinquennio il Consiglio della Camera arbitrale per i contratti pubblici. Il Consiglio al suo interno nomina il Presidente. La Camera arbitrale cura la formazione e la tenuta dell'albo dei consulenti tecnici e degli arbitri, all'interno dei quali sceglie in caso di mancato accordo fra le parti il terzo componente del collegio arbitrale. La questione, peraltro, era stata posta dal Consiglio di Stato che, con la sent. n. 6335 del 17 ottobre 2003, aveva dichiarato l'illegittimità del regolamento di esecuzione (art. 150 del DPR 554/99) della Legge Merloni



- d) sono ammessi tutti i mezzi di prova regolati dal codice di rito, con esclusione del giuramento in tutte le sue forme;
- e) il lodo, entro dieci giorni dall'ultima sottoscrizione, va depositato presso la Camera arbitrale. La sua esecutività rimane però regolata dal codice di procedura civile<sup>28</sup>;
- f) il lodo poi diventa impugnabile anche nel merito e non solo per vizi formali;
- g) l'ordinanza collegiale di liquidazione del compenso e delle spese di consulenza tecnica, ovvero il provvedimento di liquidazione emesso dalla Camera arbitrale nella procedura regolata dall'art. 243 Codice dei Contratti, costituisce titolo esecutivo<sup>29</sup>.

### 3. L'arbitrato nelle controversie di lavoro

Tutta la materia del contenzioso stragiudiziale per le liti di lavoro ha subito, recentemente, profonde modifiche. In base alla legge n. 183/2010 (cd. "Collegato lavoro"), sono state introdotte rilevanti novità: tra queste, in primo luogo, l'estensione delle procedure in esame alle controversie relative ai rapporti di lavoro con le Pubbliche Amministrazioni (ad esclusione, come è noto, della fase concorsuale, per la quale rimane competente il giudice amministrativo)<sup>30</sup>.

(L. n. 109/94), nella parte in cui non consentiva alle parti di concordare la nomina del terzo arbitro, dal momento che tale vincolo avrebbe ricondotto il procedimento all'interno di una giurisdizione speciale, in contrasto con i principi costituzionali. Inoltre la Camera arbitrale, seppur dotata di autonomia e indipendenza, era sempre riconducibile all'interno della P. A., di cui faceva parte integrante: per tale ragione non poteva definirsi soggetto terzo. Il Codice dei contratti pubblici, come detto, ha invece ribadito l'obbligatorietà di una disciplina diversa da quella dell'arbitrato civile. La Camera arbitrale, inoltre, redige il codice deontologico e determina nei limiti fissati dalla legge il compenso dovuto agli arbitri.

28. In base all'art. 824-bis cpc, il lodo acquista efficacia di una sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria, dopo l'ultima sottoscrizione.

29. Tale norma ha suscitato dubbi in dottrina: "Non è configurabile un titolo esecutivo di natura giudiziale, né stragiudiziale, in quanto le parti non hanno conferito espresso mandato all'istituzione (come nell'arbitrato amministrativo convenzionale) per la disciplina delle spese" (N. Giallongo, *Arbitrato nelle controversie dei lavori pubblici – ad vocem*, in *Il Diritto – Enc. Giur.*, Il Sole 24 Ore, Milano, 2007, p. 595).

30. Sono, dunque, state abrogate le precedenti norme dettate in materia (artt. 65 e 66 del D. Lgs. 165/2001), ma continuano a rimanere in vigore alcune norme particolari: a) la P.A. può essere rappresentata nel giudizio di primo grado da propri dipendenti; b)

Per quanto riguarda, in particolare, le procedure arbitrali, oltre al loro potenziamento, (che si lega al declassamento del tentativo di conciliazione da obbligatorio a facoltativo), le novità principali possono essere così sintetizzate:

- a) sarà il lavoratore che, in epoca antecedente all'insorgere della lite, potrà irrevocabilmente optare per tale sistema di risoluzione della lite;
- b) le parti potranno dare al giudice-arbitro la possibilità di decidere secondo equità, seppur nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento e dei principi regolatori della materia anche derivanti da obblighi comunitari.

Ma cosa vuol dire in concreto giudizio di equità?

La Corte costituzionale ha avuto modo di precisare che l'equità non può assurgere a fonte autonoma e alternativa alla legge, ma consente al giudicante di individuare anche eventuali norme non scritte che, in relazione al caso concreto, consentano una soluzione più adeguata, tenuto però conto dei principi cui si ispira il diritto che disciplina la medesima fattispecie, discostandosi dall'applicazione della norma di diritto.

In altre parole, anche nel giudizio di equità il diritto deve guidare i giudicanti, i quali però si potranno discostare da esso nel caso in cui la diversa soluzione, rispetto a quella di diritto, appaia più adeguata al caso concreto. Essa, in ogni caso, dovrà tener conto della *ratio* delle norme, delle peculiarità del caso specifico, nonché della sensibilità sociale e dei risvolti economici della questione, nel tempo e nel luogo in cui è stata pronunciata.

incentivazione di accordi collettivi di interpretazione autentica, a modifica delle clausole contrattuali controverse (art. 64, commi 1 e 2, D. Lgs. 165/01); c) la possibilità nelle medesime controversie dell'intervento e dell'impugnazione da parte dell'ARAN e dei sindacati stipulanti (art. 64, comma 3, D. Lgs. cit.); d) l'Aran può comunque intervenire in qualsiasi controversia di lavoro pubblico "al fine di garantire la corretta interpretazione e l'uniforme applicazione dei contratti collettivi" (mentre analogo potere spetta al Dipartimento della Funzione Pubblica, per quanto riguarda le cause di pubblico impiego non privatizzato. Il medesimo Dipartimento può intervenire *ad adiuvandum* anche nelle controversie di lavoro pubblico privatizzato, se da queste potrebbero derivare significativi oneri aggiuntivi per la finanza pubblica, in considerazione del numero dei soggetti anche potenzialmente interessati).

Più in concreto è stata considerata corretta l'interpretazione secondo cui il giudice (di pace), individuata una norma, può fare derivare conseguenze diverse, oppure applicarla anche a fattispecie diverse da quelle previste dal legislatore (nel caso in cui manchino gli elementi costitutivi).

Riportando la questione nell'ambito del lavoro, si potrebbe immaginare che in caso di licenziamento illegittimo, pur in assenza dei requisiti dimensionali, l'arbitro possa disporre la reintegra, qualora ciò rispondesse ad esigenze equitative da valutare ovviamente nel caso concreto.

Nonostante queste precisazioni, è difficile individuare l'esatta linea di confine tra interpretazione equitativa e quella arbitraria, specie nella legislazione giuslavoristica, dove la maggior parte delle norme hanno il carattere dell'imperatività e dell'inderogabilità<sup>31</sup>.

L'interpretazione equitativa potrebbe, dunque, rivelarsi al contempo la forza, ma anche la debolezza dell'intero impianto: l'incertezza potrebbe spaventare a tal punto le parti, tanto da farle rifuggire dall'utilizzo delle procedure arbitrali<sup>32</sup>.

- c) Le modalità di risoluzione delle controversie arbitrali sono passate da tre a quattro<sup>33</sup> e sono tutte caratterizzate dall'irrituale

31. Sul punto si pensi ad esempio all'art. 2103 che riconosce il diritto a mansioni equivalenti, stabilendo che "ogni patto contrario è nullo". Tuttavia, la stessa Corte di Cassazione ha più volte derogato a questa norma imperativa, ammettendo la legittimità del patto di demansionamento (anche al di fuori delle procedure di mobilità), qualora questo sia finalizzato a salvare i livelli occupazionali.

32. Cfr. A. NEGRI, *La lite finisce dall'arbitro*, in *Il Sole 24 Ore*, n. 321 del 22 novembre 2010, p. 7.

33. Prima della riforma le procedure arbitrali, modificate con la novella del 1998 (D. Lgs. n. 80 del 31 marzo 1980, poi modificato dal D. Lgs. n. 387 del 29 ottobre 1998) erano solo tre: 1) arbitrato irrituale, se previsto nel contratto collettivo, che prendeva origine dal compromesso individuale perfezionato, in sede di tentativo di conciliazione fallito; 2) arbitrato irrituale, *ex contractu* ed *ex lege*, disciplinato dall'art. 5 della L. n. 533/73, la cui efficacia era mortificata dalla impugnabilità del lodo per violazioni di norme inderogabili (in altri termini, poca convenienza c'era a rivolgersi all'arbitro, se la parte soccombente aveva la possibilità di riproporre al giudice tutte le questioni fondamentali); 3) arbitrato rituale, *ex contractu* ed *ex lege*, disciplinato dagli artt. 806, comma 2 e 829, commi 4 e 5, cpc (si pensi a tal riguardo all'art 7 dello Statuto dei lavoratori, il quale prevede l'arbitrato per l'impugnazione delle sanzioni disciplinari oppure si considerino i contratti collettivi per i dirigenti, che prevedono il collegio arbitrale in materia di licenziamento ingiustificato). A tal riguardo si vedano, tra i tanti, C. CECHELLA, *L'arbitrato nel diritto del lavoro*, in *Idem* (a cura di), *L'arbitrato*, Torino, 2005; B. CAPPONI, *L'arbitrato in materia di lavoro dopo le riforme*

lità del rito e quindi dall'efficacia solo contrattuale (e non di sentenza) del lodo.

3.1. *Arbitrato disciplinato dall'art. 412 cpc, rimesso alle Commissioni di conciliazione istituite presso la Direzione Provinciale del Lavoro*

Le parti, in qualsiasi fase della procedura conciliativa oppure al termine della stessa, in caso di suo fallimento, possono conferire mandato alla medesima Commissione conciliativa di risolvere la controversia. La richiesta congiunta ha un contenuto obbligatorio ed uno facoltativo.

Per quanto riguarda il primo, l'istanza deve indicare:

- a) il termine per la pronuncia del lodo, che non può comunque superare il termine di 60 giorni dal conferimento dell'incarico agli arbitri, il cui superamento determina la revoca automatica dell'incarico;
- b) le norme invocate dalle parti a sostegno delle loro pretese;
- c) l'eventuale richiesta di decidere secondo equità, nel rispetto però dei principi generali dell'ordinamento e dei principi regolatori della materia, anche derivanti da obblighi comunitari.

Per quanto riguarda, invece, la parte facoltativa, la richiesta congiunta di arbitrato può anche contenere (al fine di non inficiare il lavoro di mediazione svolto e gli accordi già raggiunti in sede di conciliazione) l'indicazione di una pur parziale definizione della controversia, indicando anche — se possibile — il credito che spetta al lavoratore.

3.2. *Arbitrato–conciliazione disciplinato dall'art. 412–ter cpc, secondo quanto previsto nei contratti collettivi sottoscritti dalle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative*

Le parti, nei casi in cui i contratti collettivi sottoscritti dalle associazioni sindacali maggiormente rappresentative a livello nazionale lo consentano, possono optare per la procedura di conciliazione e di arbitrato ivi prevista.