

La Corte costituzionale torna a pronunciarsi su arbitrato in materia di contratti pubblici ed autorizzazione della p.a.

di Gaetano Armao

Docente di diritto amministrativo europeo-Dipartimento di Scienze politiche e relazioni internazionali dell'Università di Palermo

1. L'art. 1, comma 19, della legge n. 190 del 2012 e s.m.i. prevede la preventiva autorizzazione motivata da parte dell'organo di governo dell'amministrazione, a pena di nullità della clausola compromissoria, è una norma imperativa che condiziona l'autonomia contrattuale delle parti. Essa si applica, ai sensi del comma 25 dello stesso art. 1, anche alle clausole compromissorie inserite nei contratti pubblici anteriormente all'entrata in vigore della legge n. 190 del 2012, fatti salvi gli arbitrati nei quali gli incarichi arbitrali siano stati conferiti o per i quali sia intervenuta l'autorizzazione prima di tale data.

Con la nota sentenza n. 108 del 2015 la Corte costituzionale ha ritenuto costituzionalmente legittimo l'art. 1, comma 25, della legge 6 novembre 2012, n. 190 (*Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione*), in riferimento agli artt. 3, 24, 25, 41, 108 e 111 della Costituzione, nonché l'art. 241, comma 1, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE), come sostituito dall'art. 1, comma 19, della legge n. 190 del 2012.

Il Giudice delle leggi, in riferimento ai dediti profili di violazione degli artt. 3, 24, 25, 41, 102 e 111 Cost. ha ritenuto insussistente la lesione del principio di parità delle parti nel processo e la disparità di trattamento fra arbitrati in materia di contratti pubblici e arbitrati di diritto comune. Ciò nel presupposto che "*[l]o ius superveniens consistente nel divieto di deferire le controversie ad arbitri senza una preventiva e motivata autorizzazione non ha l'effetto di rendere nulle in via retroattiva le clausole compromissorie originariamente inserite nei contratti, bensì quello di sancirne l'inefficacia per il futuro, in applicazione del principio, espresso dalla costante giurisprudenza di legittimità, secondo il quale la nullità di un contratto o di una sua singola clausola, prevista da una norma limitativa dell'autonomia contrattuale che sopravvenga nel corso di esecuzione di un rapporto, incide sul rapporto medesimo, non consentendo la produzione di ulteriori effetti, sicché il contratto o la sua singola clausola si devono ritenere non più operanti*", che – prosegue la sentenza n. 108 del 2015 – "*[n]on si pone conseguentemente alcun problema di retroattività della norma censurata o di ragionevolezza della supposta deroga all'art. 11 delle disposizioni sulla legge in generale*".

La Corte costituzionale si è nuovamente pronunciata in materia con l'ordinanza n. 99 del 2016 per ribadire il proprio orientamento in una fattispecie solo apparentemente analoga. La questione riguardava, infatti, il caso in cui, pur di fronte all'entrata in vigore della richiamata disposizione normativa, l'amministrazione parte dell'arbitrato abbia formalmente manifestato l'intendimento di procedere nel giudizio, anche in assenza dell'esplicita autorizzazione *sancta* dalla norma in questione.

Il Collegio remittente aveva ritenuto pregiudiziale, al fine emettere il lodo arbitrale richiesto, doversi sollevare nuovamente questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 25, legge n. 190/2012, in relazione agli artt. 3, 24, 25, 41, 108, 111 e dell'art. 241, comma 1 decreto legislativo n. 163/2006, come modificato dall'art. 1, comma 19, legge n. 190/2012 in relazione agli artt. 3, 24, 25, 41, 102, 111 Cost.

2. Giova ricordare che il citato art. 1, comma 19, l. n. 190 del 2012 ha infatti previsto 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, previa autorizzazione motivata da parte dell'organo di governo dell'Amministrazione. L'inclusione della clausola compromissoria, senza preventiva autorizzazione, nel bando o nell'avviso con cui è indetta la gara ovvero, per le procedure senza bando, nell'invito, o il ricorso all'arbitrato, senza preventiva autorizzazione, sono nulli»*. Il comma 25 afferma, invece, che: *“Le disposizioni di cui ai commi da 19 a 24 non si applicano agli arbitrati conferiti o autorizzati prima della data di entrata in vigore della presente legge”*.

Parimenti Codice del processo amministrativo (d.lgs. 104/2010), all'art. 12, come modificato dall'art. 1, co. 1, lett. a) del d.lgs. 15 novembre 2011 n. 195. Ha previsto il rinvio agli artt. 806 ss. del c.p.c., con la precisa intenzione di chiarire che la disciplina applicabile è quella processualcivile. L'art. 12 c.p.a. (rubricato *“Rapporti con l'arbitrato”*) stabilisce, infatti, che *“le controversie concernenti diritti soggettivi devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo possono essere risolte mediante arbitrato rituale di diritto ai sensi degli articoli 806 e seguenti del codice di procedura civile”*.

Appare utile ricordare che adesso il nuovo codice dei contratti pubblici prevede all'art. 209 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 di cui agli articoli 205 e 206 possono essere deferite ad arbitri. L'arbitrato, ai sensi dell'articolo 1, comma 20, della legge 6 novembre 2012, n. 190, 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.

In particolare poi, al secondo comma, il citato art. 209 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 meno la clausola compromissoria. L'aggiudicatario può ricusare la clausola compromissoria, che in tale caso non è inserita nel contratto, comunicandolo alla stazione appaltante entro venti giorni dalla conoscenza dell'aggiudicazione. E' vietato in ogni caso il compromesso"*.

Mentre il successivo terzo comma comm in la nullità per la *"clausola compromissoria inserita senza autorizzazione nel bando o nell'avviso con cui è indetta la gara ovvero, per le procedure senza bando, nell'invito. La clausola è inserita previa autorizzazione motivata dell'organo di governo della amministrazione aggiudicatrice"*.

2. L'arbitrato che ha dato luogo al pronunciamento del giudice delle leggi è stato incardinato dopo l'entrata in vigore della legge n. 190 del 2012, tuttavia rispetto alle determinazioni formalmente assunte dalle parti esse avevano provveduto nell'ordine:

- a) alla nomina dell'arbitro,
- b) alla nomina del difensore,
- c) al conferimento della procura *ad litem*,
- d) alla condivisione nell'individuazione del Presidente,
- e) alla nomina dei consulenti di parte,
- f) all'autorizzazione alla testimonianza di fronte al

Collegio di un proprio tecnico,

il Collegio ha ritenuto, quindi, che tali manifestazioni di volontà, successive all'entrata in vigore della normativa in precedenza citata, costituissero epifenomeno di univoca e reiterata volontà della parte pubblica di coltivare l'arbitrato, in guisa da assimilare tali ed incontrovertibili manifestazioni di volontà all'autorizzazione introdotta dal legislatore del 2012.

Come si avrà modo di sottolineare tale convincimento trovava riscontro anche nella giurisprudenza amministrativa che, seppur isolatamente, si era pronunciata nel senso di assimilare all'autorizzazione motivata comportamenti concludenti della parte pubblica, anche successivi all'incardinamento dell'arbitrato.

Come parimenti evidenziato dal Collegio remittente, quando la questione era stata già assunta in decisione è stata pubblicata la sentenza della Corte costituzionale n. 108 del 2015, depositata in Cancelleria il 9 giugno 2015, che ha risolto negativamente la questione di costituzionalità sollevata da Collegio arbitrale costituito in Roma (e relativo alla controversia tra la Seriana 2000 società cooperativa sociale Onlus e l'AUSL Roma E) con ordinanza del 16 giugno 2014.

Il Giudice delle leggi ha così dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 25, della

legge 6 novembre 2012, n. 190, in riferimento agli artt. 3, 24, 25, 41, 108 e 111 della Costituzione, e dell'art. 241, comma 1, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE), come sostituito dall'art. 1, comma 19, della legge n. 190 del 2012, in riferimento agli artt. 3, 24, 25, 41, 97, 102 e 111 Cost.

In particolare secondo la Corte "la scelta operata dal legislatore, di affidare all'organo di governo il compito di autorizzare motivatamente il ricorso all'arbitrato nei contratti pubblici, non è irragionevole. L'ampia discrezionalità di cui gode l'amministrazione nel concedere o negare l'autorizzazione, non solo non è riducibile alla categoria dei semplici apprezzamenti tecnici, involgendo essa valutazioni di carattere politico-amministrativo sulla natura e sul diverso rilievo degli interessi caso per caso potenzialmente coinvolti nelle controversie derivanti dall'esecuzione di tali contratti, ma, per il suo stesso oggetto, si esprime in giudizi particolarmente delicati, in quanto connessi all'esigenza perseguita dalla disposizione censurata di prevenire e reprimere corruzione e illegalità nella pubblica amministrazione, e dunque non inopportunamente affidati all'organo di governo".

L'ordinanza del collegio arbitrale che ha sollevato questione di legittimità costituzionale relativamente a tali disposizioni normative aveva ravvisato che le norme appena richiamate avrebbero determinato, retroattivamente, l'inefficacia della clausola d'arbitrato anteriore all'entrata in vigore della legge ed avrebbero riservato alla parte pubblica il potere di decidere in ordine all'azionabilità della clausola arbitrale, determinando l'insorgere di una questione pregiudiziale rispetto alla definizione nel merito della lite la cui risoluzione era stata affidata al Collegio arbitrale.

Secondo la condivisibile prospettazione del Collegio arbitrale remittente, infatti, andava ritenuta rilevante e non manifestamente infondata la questione di costituzionalità dell'art. 1, comma 19 e comma 25, della legge n. 190/2012.

E ciò nel presupposto che l'art. 241, comma 1, del decreto legislativo n. 163/2006, nella sua formulazione in vigore dal 28 novembre 2012 (ai sensi dell'art. 1, comma 19, della legge 6 novembre 2012 n. 190, c.d. legge anticorruzione), stabilisce 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, previa autorizzazione motivata da parte dell'organo di governo dell'amministrazione"*.

La norma prosegue poi prevedendo che *"L'inclusione della clausola compromissoria, senza preventiva autorizzazione, nel bando o nell'avviso con cui e' indetta la gara ovvero, per le procedure senza bando, nell'invito, o il ricorso all'arbitrato, senza preventiva autorizzazione, sono nulli"*.

Il legislatore, secondo il giudice delle leggi, avrebbe così introdotto nell'ordinamento *"una norma imperativa che*

condiziona l'autonomia contrattuale delle parti" (così sempre la sent. n. 108 del 2015).

Mentre con il richiamato art. 1, comma 25, della legge n. 190/2012 e s.m.i. il legislatore ha inteso prevedere l'applicazione di tale regime anche alle clausole compromissorie inserite nei contratti pubblici anteriormente all'entrata in vigore della legge n. 190 del 2012, fatti salvi gli arbitrati nei quali gli incarichi arbitrali siano stati conferiti o per i quali sia intervenuta l'autorizzazione prima di tale data.

L'Arbitrato che ha dato luogo al giudizio costituzionale - analogamente al presente - è stato «conferito» dopo l'entrata in vigore della legge n. 190/2012 s.m.i. In termini analoghi, infatti - come precisato in fatto - gli arbitri del presente giudizio sono stati nominati nel 2013.

Nel giudizio arbitrale, peraltro, non e' intervenuta alcuna autorizzazione (nè un diniego) da parte dell'amministrazione pubblica convenuta (Azienda Ospedaliera di Rilievo Nazionale e di Alta Specializzazione Civico Di Cristina – Benfratelli), pur essendo stato l'arbitrato "conferito" dopo dell'entrata in vigore della predetta legge alla stregua della clausola compromissoria come in atti.

L'art. 1, comma 19 e 25 della legge n. 190/2012, determinando la confluenza anche dell'arbitrato nel campo di applicazione della disciplina scaturente dalla c.d. Legge Anticorruzione, avrebbe l'effetto di rendere inefficaci, e con evidente effetto retroattivo, pattuizioni assunte ben prima dell'entrata in vigore della legge stessa ovvero rimettendo alla parte pubblica il potere di decidere in ordine alla possibilità di compromettere in arbitri la controversia, pur di fronte all'adozione di atti e comportamenti univoci nel senso di convenire in arbitri la controversia.

Anche nella fattispecie in esame ed avuto riguardo alla peculiarità appena descritta, pur a seguito del pronunciamento del Giudice delle leggi, la norma ha suscitato consistenti dubbi di legittimità costituzionale nel Collegio arbitrale remittente ed ha indotto così il Collegio di prospettarla nuovamente alla Corte costituzionale.

La questione di costituzionalità, quindi, oltre che rilevante per evidenti ragioni di pregiudizialità rispetto alla definizione nel merito della lite insorta tra le parti, in quanto riguarda l'ammissibilità del ricorso all'arbitrato pur in assenza di formale "autorizzazione" da parte dell'Amministrazione pubblica è stata ritenuta non manifestamente infondata.

Ed infatti, giusta l'art. 1, comma 25, della richiamata legge n. 190/2012 sussiste l'obbligo di autorizzazione motivata all'arbitrato siccome sancito dall'art. 241, comma 1, decreto legislativo n.163/2006, in guisa da trovar applicazione anche in relazione a clausole compromissorie stipulate ben prima all'entrata in vigore della legge del 2012 e nonostante siano intervenute chiare ed inequivocabili manifestazioni di volontà espresse dalla parte pubblica dopo la notificazione dell'atto di accesso arbitrale - come nel caso di specie - con evidenti effetti retroattivi che incidono non solo sui diritti e sulle libertà garantite dagli artt. 24, 41 e 108 Cost. e comunque dagli artt. 3, 25 e 111 Cost.

Secondo l'ordinanza di rimessione non avrebbe potuto revocarsi in dubbio che la pronuncia della Corte costituzionale da ultimo citata abbia statuito sulla legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 19, della legge n. 190 del 2012, ove essa prevede che la preventiva autorizzazione motivata da parte dell'organo di governo dell'amministrazione parte del giudizio arbitrale, a pena di nullità della clausola compromissoria, è una norma imperativa che condiziona l'autonomia contrattuale delle parti, ma non ha riguardato la questione della compatibilità con le richiamate norme costituzionali di un'interpretazione che, pur di fronte ad atti e compartimenti univoci della parte pubblica, ritenga tassativa l'adozione di un'autorizzazione espressa.

Da quanto previsto, giusta il comma 25 dello stesso art. 1, q mente dell'ordinanza di rimessione sarebbe disceso che tale previsione avrebbe trovato pacifica applicazione anche alle clausole compromissorie inserite nei contratti pubblici in data anteriore all'entrata in vigore della più volte richiamata legge n. 190 del 2012, fatti salvi gli arbitrati nei quali gli incarichi arbitrali siano stati conferiti o per i quali sia intervenuta l'autorizzazione prima di tale data.

Ed invero ad avviso della Corte costituzionale, nella più volte citata sentenza del 2015, tale tipo di effetto si sottrae alle censure sollevate nella precedente ordinanza di rimessione del collegio arbitrale.

In termini di diritto intertemporale, conseguentemente, *"lo ius superveniens consistente nel divieto di deferire le controversie ad arbitri senza una preventiva e motivata autorizzazione non ha l'effetto di rendere nulle in via retroattiva le clausole compromissorie originariamente inserite nei contratti, bensì quello di sancirne l'inefficacia per il futuro, in applicazione del principio, espresso dalla costante giurisprudenza di legittimità, secondo il quale la nullità di un contratto o di una sua singola clausola, prevista da una norma limitativa dell'autonomia contrattuale che sopravvenga nel corso di esecuzione di un rapporto, incide sul rapporto medesimo, non consentendo la produzione di ulteriori effetti, sicché il contratto o la sua singola clausola si devono ritenere non più operanti. Non si pone conseguentemente alcun problema di retroattività della norma censurata o di ragionevolezza della supposta deroga all'art. 11 delle disposizioni sulla legge in generale"*.

La Corte, nel giudicare sulla fattispecie, con la sentenza n. 108 del 2015 si è spinta sino a qualificare come effetto di una scelta *"discrezionale del legislatore"* quella di subordinare a una preventiva e motivata autorizzazione amministrativa il deferimento ad arbitri delle controversie derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi, forniture, concorsi di progettazione e di idee, non è manifestamente irragionevole, configurandosi come un mero limite all'autonomia contrattuale, *"la cui garanzia costituzionale non è incompatibile con la predeterminazione di limiti a tutela di interessi generali"* (ordinanza n. 11 del 2003).

Da qui la conclusione che *"Le medesime esigenze di contenimento dei costi delle controversie e di tutela degli interessi pubblici coinvolti valgono anche in questa materia, nella quale a*

tali esigenze si accompagna la generale finalità di prevenire l'illegalità della pubblica amministrazione. Ad essa è dichiaratamente ispirata la censurata previsione della legge n. 190 del 2012, che non esprime un irragionevole sfavore per il ricorso all'arbitrato, come sostiene il rimettente, ma si limita a subordinare il deferimento delle controversie ad arbitri a una preventiva autorizzazione amministrativa che assicuri la ponderata valutazione degli interessi coinvolti e delle circostanze del caso concreto".

4. Le norme della c.d. Legge Anticorruzione sin qui richiamate, in quanto postulano l'ineludibilità del provvedimento di autorizzazione motivata della parte pubblica, rendendo irrilevanti evidenti ed uniche manifestazioni di volontà al conferimento dell'arbitrato, producono effetti lesivi e pertanto debbono ritenersi incostituzionali.

Ed infatti non potrebbe approdarsi a diversa conclusione circa il riconoscimento di un vero e proprio 'privilegio' della parte pubblica di porre nel nulla una clausola compromissoria per effetto di una disposizione sopravvenuta, che travolge l'efficacia e la vincolatività di un patto spontaneamente stipulato tra le parti o a cui, comunque, la parte privata ha dato adesione.

In tal guisa, sebbene con riguardo alla questione nuova che il collegio remittente ha nuovamente sollevato, sono state ribadite le censure già prospettate alla Corte costituzionale con l'ordinanza sulla quale si è già pronunciata, ed alla stregua delle quali deve ritenersi che legislatore ha quindi disatteso il principio della certezza e stabilità del diritto e dell'ordinamento giuridico, che impone di non introdurre disposizioni che operino retroattivamente su clausole contrattuali esistenti, ledendo principi e diritti di rango costituzionale (nonché quelli inerenti la libertà di iniziativa economica e l'autonomia negoziale e di impresa ex art. 41 Cost), peraltro rafforzata dalla circostanza secondo la quale, nel caso di specie, la novella del 2012 conduce dei contratti pubblici imporrebbe di considerare irrilevanti atti e comportamenti processuali adottati dalla p.a. in spregio ai principi di proporzionalità e parità delle parti nel processo.

In altre parole il Collegio sollevare la questione di legittimità costituzionale ritenuta inammissibile dalla Corte costituzionale ha condiviso la censura alla stregua della quale il principio dell'irretroattività della legge - soprattutto quando determina effetti come quelli descritti nel presente giudizio arbitrale - non consente all'atto normativo nuovo di produrre effetti, oltre che sui rapporti giuridici esauriti prima della sua entrata in vigore, anche su quelli sorti anteriormente ed ancora in essere se, in tal modo, si rendono nulli o comunque inefficaci atti giuridici che già sono stati legittimamente adottati.

Giova al riguardo osservare che secondo la giurisprudenza della Corte Costituzionale (v. Corte Cost. n. 229/1999), l'applicazione retroattiva della norma, che restringa a tal punto diritti costituzionalmente tutelati, può essere giustificata solo in ipotesi eccezionali, in quei casi in cui sussistano interessi aventi parimenti rilevanza costituzionale ed a condizione che vi sia

un'adeguata giustificazione sul piano della ragionevolezza (cfr., tra le altre, Corte Cost. n. 229/1999).

Neanche nella fattispecie che ha dato luogo all'arbitrato, invero, avrebbero potuto ravvisarsi esigenze che potevano ragionevolmente giustificare, nell'ottica del bilanciamento, la decisione del legislatore di privare di efficacia, in via retroattiva, le clausole compromissorie.

Infatti, se da un lato la facoltà delle parti di stipulare un patto negoziale per adire il giudice arbitrale per le future controversie è riconosciuta e tutelata dagli artt. 24, 41 e 108 Cost., dall'altro lato la decisione del legislatore di estendere l'obbligo di autorizzazione motivata all'arbitrato ai rapporti scaturiti da clausole compromissorie antecedenti alla legge n.190/2012 non risulta giustificata da un contrapposto interesse di rilevanza costituzionale di pari peso.

La previsione dell'autorizzazione come disciplinata dalla legge n. 190/2012 rimessa alla parte pubblica, senza contemplare la rilevanza di atti e comportamenti adottati nel corso del giudizio arbitrale ed aventi analoga portata, appare incompatibile con la tutela di un istituto tutelato a livello europeo e costituzionale, qual è l'arbitrato. giusta gli artt. 24, 41, 108 e 111 Cost.

La previsione normativa di un obbligo inderogabile di autorizzazione come quello descritto non risulta conforme agli artt. 3, 24, 25, 41 e 111 Cost. anche sotto altro profilo. Esso determina, infatti, una lesione dell'affidamento da parte di coloro che abbiano volontariamente e consapevolmente stipulato le suddette clausole contrattuali, senza poter prevedere che sarebbero scaturite conseguenze negative sul piano dell'accesso alla giustizia, con ciò affievolendo irragionevolmente la certezza nella stabilità del diritto e dell'ordinamento giuridico. Come pure dei privati che, nonostante la presenza di tale obbligo, abbiano coltivato l'arbitrato anche indotti dall'adozione di atti e comportamenti univoci della p.a.

In tali ipotesi, infatti, il giudice naturale ex art. 25 Cost. risulta già individuato, seppur in via negoziale, con la clausola compromissoria, per effetto dell'esercizio dell'autonomia privata delle parti ex art. 41 Cost. e rendendo comunque più difficoltoso l'accesso alla giurisdizione arbitrale, in violazione degli artt. 24, 25 e 111 Cost.

Parimenti l'art. 1 comma 19, legge n. 190/2012, che modifica l'art. 241, comma 1, d.lgs. n.163 del 2006 e s.m.i., risulta di dubbia costituzionalità avuto riguardo agli artt. 3, 24, 25, 41, 102, 111 Cost. sotto ulteriori profili.

In primo luogo emerge con gli artt. 3 e 111 della Cost., nella parte in cui sanciscono i principi di parità delle parti nel processo, l'economicità dei mezzi processuali, la garanzia della tutela giurisdizionale.

Ebbene tale parità potrebbe ritenersi vulnerata, ben oltre le stesse statuizioni del Giudice delle leggi, laddove fossero considerati *tamquam non esset* rilevanti manifestazioni di volontà processuale dell'amministrazione pubblica parte del giudizio, con grave pregiudizio dell'integrità dell'istituto arbitrale.

Analoga sorte subirebbe poi il principio di economica processuale, poiché seguendo un'interpretazione letterale della previsione sulla tassatività dell'autorizzazione motivata dovrebbero porsi nei nulli molteplici atti processuali utili alla risoluzione della controversia per la quale le parti hanno acceduto volontariamente all'arbitrato.

Appare quindi incompatibile con il delineato quadro di riferimento incentrato sulla parità delle armi nel processo il riconoscimento di un vero e proprio privilegio processuale per la Pubblica Amministrazione vincolato a soli profili formali (l'ineludibilità dell'autorizzazione motivata).

In guisa da favorire solo una parte della controversia, realizzando un ingiustificato sbilanciamento a favore della parte pubblica, in senso analogo a quello sbilanciamento già censurato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 186/2013 (con la quale è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 1, comma 51, della legge 13 dicembre 2010, n. 220).

Come già segnalato, il Giudice delle leggi ha affermato con la sentenza n. 376 del 2001, che l'arbitrato costituisce procedimento comunque assoggettato alle garanzie di contraddittorio e di imparzialità tipiche della giurisdizione civile ordinaria, sicché proprio sulla base di tale principio è stato riconosciuto ai collegi arbitrali il potere di sollevare le questioni di legittimità costituzionale degli atti normativi.

Ne' d'altronde possono revocarsi dubbi sulla natura giurisdizionale dell'arbitrato, considerata la giurisprudenza della Corte Costituzionale e della Corte di Cassazione (cfr. di recente anche Cass. SS.UU. n. 24153/2013).

Ancor più marcato, nella nuova prospettiva che della questione postula questo Collegio, appare poi il contrasto con l'art. 3 Cost. avuto riguardo all'ingiustificata disparità di trattamento rispetto alla disciplina degli arbitrati risultante dal c.p.c., rispetto ad un'interpretazione della richiamata norma di cui all'art. 241 del d.lgs. n. 163 del 2006 e s.m.i. che ritenga di accedere ad un approccio formale all'autorizzazione motivata all'arbitrato.

5. Sulla questione giova, altresì, richiamare la statuizione del giudice amministrativo che con riguardo al concetto di "arbitrato autorizzato", di cui all'art. 1, comma 25, della legge n. 190 del 2012, ha osservato che esso non può essere in tutto assimilabile al concetto di autorizzazione di cui al precedente comma 19 in quanto la previsione da ultimo richiamata varrebbe *"soltanto per i contratti stipulati successivamente al 28 novembre 2012"*.

Con la conseguenza che la previsione di cui al comma 25 riguarderebbe invece il regime delle clausole compromissorie inserite nei contratti di appalto stipulati prima dell'entrata in vigore della legge n. 190 del 2012 ma il significato dell'autorizzazione ivi richiamata non potrebbe *"essere direttamente ricavata dal regime contenuto nel precedente comma 18 che richiede, in effetti, un assenso espresso per poter attivare la clausola arbitrale"* (TAR Lazio, III, 10 febbraio 2015, n. 2423).

In tal guisa l'autorizzazione prescritta dal comma 25 dell'art.1 della legge n.190 del 2012 - a tenore della richiamata pronuncia del giudice amministrativo - andrebbe riferita anche a tutte quelle ipotesi in cui la stazione appaltante ha comunque mantenuto *"comportamenti in equivoci idonei a far emergere la volontà di attivare la clausola arbitrale contenuta nel contratto di appalto di che trattasi, anche prescindendo da una manifestazione espressa in tal senso"*.

Ed in questo senso militerebbe, altresì, quanto previsto dall'art. 808 quinquies del c.p.c. alla stregua del quale *"la conclusione del procedimento arbitrale senza pronuncia sul merito, non toglie efficacia alla convenzione d'arbitrato"* e dal che può ricavarsi che la procedura arbitrale non si estingue fino a quando non vi sia una pronuncia sul merito della controversia e che, pertanto, *"esiste un collegamento che parte dalla prima attivazione della clausola compromissoria fino alla conclusione della procedura arbitrale con l'adozione di un lodo che definisca il merito del contenzioso insorto tra le parti"*.

Ciò posto, emergerebbe quindi, con nitore, che il consenso prestato dall'Amministrazione all'attivazione della clausola arbitrale espresso con atti concludenti *"possa rientrare nel concetto di "arbitrato autorizzato" contenuto nell'art.1, comma 25, della legge n.190 del 2012"* in guisa da non far ricadere la clausola compromissoria nel regime di inefficacia sopravvenuta di cui alla normativa più volte richiamata.

In conclusione, il Collegio arbitrale remittente, se si è trovato di fronte al chiaro pronunciamento della Corte costituzionale che, secondo il canone ermeneutico prescelto, impone di applicare la prescrizione circa la necessità della preventiva autorizzazione motivata all'arbitrato, ha ritenuto tuttavia di non esimersi dal rilevare che la richiamata disposizione della legge n. 190 del 2012 risulta non conforme ai principi in precedenza declinati laddove non assimila all'autorizzazione, comportamenti concludenti ed atti formali, peraltro reiterati come nel presente giudizio, che consentano di rilevare la conclamata ed incontrovertita volontà della parte pubblica di coltivare l'arbitrato.

Con la conseguenza di trasformare, in palese contrasto con il principio di effettività, l'autorizzazione non nella forma di estrinsecazione dell'intendimento consapevole della p.a. di ricorrere all'arbitrato (e come tale individuabile anche in altri epifenomeni che tale volontà possano far rilevare), ma in uno stretto vincolo formale la cui inosservanza può essere utilizzata in ogni momento per rendere inefficace l'attività svolta dal collegio arbitrale e dalla stessa parte pubblica che l'arbitrato ha coltivato. Per di più, in una fase di prima applicazione della norma ed in pendenza di una questione di legittimità costituzionale sulla disposizione normativa in esame, in precedenza risolta con sentenza del Giudice delle leggi.

Se come precisato dalla Corte costituzionale nella sentenza da ultimo richiamata in materia di arbitrato, va rilevata una scelta discrezionale del legislatore che ha deciso di subordinare ad una preventiva e motivata autorizzazione amministrativa il deferimento ad arbitri delle controversie derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi, forniture, concorsi di

progettazione e di idee, non configurandosi, in tal senso, alcuna manifesta irragionevolezza, ma *un «mero limite all'autonomia contrattuale, la cui garanzia costituzionale non è incompatibile con la prefissione di limiti a tutela di interessi generali (ordinanza n. 11 del 2003)»*.

Non può tuttavia revocarsi in dubbio che tale scelta è risultata non conforme ai declinati principi costituzionali laddove non considerava l'intervenuta adozione di atti e comportamenti che, univocamente e reiteratamente, confermino il chiaro ed univoco intendimento dell'amministrazione appaltante di coltivare l'arbitrato incardinato.

Il Collegio remittente ha così ritenuto che qualora non si tenga conto di ciò, e dunque venisse dichiarata l'inefficacia della clausola arbitrale, dovrebbe riscontrarsi non *“un mero limite all'autonomia contrattuale”* ma una vera e propria vulnerazione della stessa incompatibile con l'ordinamento costituzionale.

La norma censurata è infatti apparsa, sotto ulteriore profilo, di dubbia costituzionalità in quanto determinerebbe un assetto in contrasto con gli artt. 3, e 111 della Cost., nella parte in cui sanciscono i principi di uguaglianza e di parità delle parti nel processo e con l'art. 24 Cost. che garantisce il diritto di difesa come necessità che le parti, tra le quali è sorta la controversia e che si sono rivolte al giudice per ottenere la decisione sulla medesima, possano esercitare pienamente le proprie ragioni.

Non può infatti non affermarsi che l'autonomia negoziale di cui gode la P.A. è pur sempre limitata e funzionale, poiché deve svolgersi nel rispetto dei principi costituzionali di legalità, d'imparzialità e di tutela del terzo, che devono essere perseguiti nell'osservanza di criteri imperativi e continuativi, in assenza di discriminazioni e di limitazioni del diritto di azione dei terzi a tutela d'interessi legittimi.

Ne consegue che lo strumento contrattuale può essere usato solamente nel rispetto degli scopi fissati dal legislatore. Tali condizioni vengono meno nel caso di specie.

La legge n.190 del 2012 diretta alla prevenzione e repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione disegna un complesso quadro di misure, dirette a contrastare fenomeni di corruzione e illegalità sia attraverso una strategia repressiva che di prevenzione dei fenomeni illegali improntando il comportamento a parametri di lealtà, di correttezza, di servizio al bene comune che dovrebbe rappresentare l'essenza stessa del pubblico dipendente, così come prescrive la Costituzione, che impone di svolgere le funzioni pubbliche con *“disciplina e onore”* (art. 54, comma 2), con imparzialità (art.97) nonché di essere al servizio esclusivo alla Nazione (art. 98).

La Corte, in merito alla irragionevolezza della normativa in esame, ha affermato nella sentenza più volte richiamata che *“Le medesime esigenze di contenimento dei costi delle controversie e di tutela degli interessi pubblici coinvolti valgono anche in questa materia, nella quale a tali esigenze si accompagna la generale finalità di prevenire l'illegalità della pubblica amministrazione. Ad essa è dichiaratamente ispirata la censurata previsione della legge n. 190 del 2012, che non esprime un irragionevole sfavore per il*

ricorso all'arbitrato, come sostiene il rimettente, ma si limita a subordinare il deferimento delle controversie ad arbitri a una preventiva autorizzazione amministrativa che assicuri la ponderata valutazione degli interessi coinvolti e delle circostanze del caso concreto".

La pubblica amministrazione essendo parte attiva di un procedimento arbitrale, come nel giudizio in questione, ha non solo effettuato - sia implicitamente che esplicitamente, sebbene in forma diversa dall'autorizzazione motivata - la scelta di ricorrere a tale procedura, che dunque è stata dalla stessa reiteratamente ponderata, ma ha dato seguito ad un iter procedimentale che ha generato una copiosa attività processuale e costi. Mentre la stessa parte pubblica non ha mai rilevato la palettata tassativa dell'autorizzazione motivata di che trattasi.

Come osservato nella precedente ordinanza di rimessione dal Collegio arbitrale, la disciplina dell'autorizzazione all'arbitrato determinerebbe orbene un vero e proprio diritto potestativo in merito alla instaurazione ed addirittura alla prosecuzione del giudizio arbitrale favorendo solo una parte della controversia, realizzando uno sbilanciamento a favore della parte pubblica.

6. Sembra infine utile richiamare quanto affermato dall'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC) con la Determinazione n. 6, del 18 dicembre 2013, pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* n. 18 del 23 gennaio 2014 - recante "*Indicazioni interpretative concernenti le modifiche apportate alla disciplina dell'arbitrato nei contratti pubblici dalla legge 6 Novembre 2012, n. 190, recante disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione*".

Nella richiamata determinazione l'Autorità ha affermato che "*rimane irrisolta, tuttavia, una questione di non poco rilievo, vale a dire quella dell'inclusione nel potere di previa autorizzazione, riconosciuto all'organo di governo, anche del potere di convalidare, motivando espressamente, le clausole arbitrali già inserite nei bandi per gli arbitrati non ricadenti nell'ipotesi di cui all'art. 1, comma 25.*" Sempre secondo l'Autorità "*Nel silenzio della norma, tale aspetto appare particolarmente critico, anche in relazione all'incidenza sull'autonomia negoziale delle parti: se da un lato l'impossibilità di convalidare le pregresse clausole compromissorie può ritenersi conforme alla ratio della novella, intesa a limitare il ricorso all'arbitrato, dall'altro, l'impossibilità di convalidare le pregresse clausole compromissorie da parte dell'organo di governo si porrebbe in contrasto con il potere espressamente riconosciuto a quest'ultimo di contemplarle pro futuro. Onde evitare un'irragionevole disparità di trattamento tra i contratti futuri, per i quali è sempre possibile rendere l'autorizzazione, in conformità al comma 19, dell'art.1 della legge n. 190/2012, ed i contratti in corso, in ordine ai quali i relativi bandi di gara rechino clausole arbitrali (pur in assenza dell'autorizzazione alla data di entrata in vigore della legge sopra richiamata), si ritiene ammissibile, anche per quest'ultimi il rilascio di un'autorizzazione a posteriori".*

Alla stregua della determinazione sin qui richiamata - dunque - per arbitrato autorizzato deve intendersi l'arbitrato per il quale, prima dell'entrata in vigore della legge n. 190/2012, sia intervenuto il consenso dell'ente di appartenenza dell'arbitro, se del caso da parte dell'organo di autogoverno e ritiene possibile rilasciare una autorizzazione a posteriori per convalidare, motivando espressamente, le clausole arbitrali già inserite nei bandi per gli arbitrati non ricadenti nell'ipotesi di cui all'art. 1, comma 25.

Sicché continua in questo senso a trovare applicazione l'art. 810 c.p.c. con la precisazione che per i casi di clausole arbitrali già inserite nei bandi, per gli arbitrati non ricadenti nell'ipotesi di cui all'art. 1, comma 25 (arbitrati non conferiti o non autorizzati alla data di entrata in vigore della legge), è, in ogni caso, possibile e necessaria l'autorizzazione postuma.

Si è così rappresentato che, in contrasto con gli evocati principi costituzionali ai quali va ancorato l'istituto processuale dell'arbitrato, non ammettere che tale autorizzazione postuma poteva intervenire anche tramite comportamenti concludenti come nel caso in oggetto.

Giova osservare al riguardo che, in senso analogo a quanto prospettato nell'ordinanza di rimessione, milita anche la giurisprudenza del giudice di nomofilachia che fornisce utili riferimenti proprio con riguardo all'istituto arbitrale. Sembra utile ricordare che la giurisprudenza di legittimità in materia di arbitrato internazionale, ad esempio, ha già, con più pronunce, riconosciuto pregnante rilevanza a tali atti e comportamenti.

La Cassazione civile sez. un. nella sentenza 13 luglio 2005 n. 14695 ha affermato che la cosiddetta "*proroga tacita della giurisdizione*" del giudice adito che si realizza, ai sensi dell'art. 18 della convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968 in tema di competenza giurisdizionale ed esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, quando il convenuto, costituendosi in giudizio, non contesti la giurisdizione del giudice adito, ovvero sollevi, in proposito, contestazioni meramente aggiuntive rispetto alle altre deduzioni difensive, svolte in merito o in rito, delle quali chieda l'esame e la risoluzione non in via subordinata rispetto alla questione della giurisdizione, ma in via prioritaria.

Sempre secondo l'orientamento della Suprema Corte di Cassazione civile sez. un. 25 ottobre 2013 n. 24153 ha affermato che il difetto di giurisdizione nascente dalla presenza di una clausola compromissoria siffatta può essere rilevato in qualsiasi stato e grado del processo a condizione che il convenuto non abbia espressamente o tacitamente accettato la giurisdizione italiana, e dunque solo qualora questi, nel suo primo atto difensivo, ne abbia eccepito la carenza.

Mentre altra pronuncia del giudice di nomofilachia (Cass. civ. sez. un. 21 ottobre 2009 n. 22236), in tema di deroga alla giurisdizione italiana a favore di un giudice straniero o di un arbitrato estero l'art. 4 l. n. 218 del 1995, ha attribuito rilevanza, ai fini dell'accettazione della giurisdizione, al comportamento concludente delle parti o idoneo a fare riconoscere la volontà delle parti.

Come ricordato il Collegio remittente ha così ritenuto che ricorressero i presupposti contemplati dall'art. 23 della legge 11 marzo 1953, n. 87, per la rimessione delle questioni di legittimità costituzionale come sin qui delineate e segnatamente la rilevanza e l'impossibilità di definire il presente giudizio arbitrale indipendentemente dalla risoluzione delle questioni e la non manifesta infondatezza delle stesse.

7. Con l'richiamata ordinanza n.99 del 2016 il Giudice delle leggi, nonostante le questioni sin qui declinate ha invece confermato l'orientamento espresso nella stessa sentenza n. 108 del 2015 ove è stato precisato, altresì, che le medesime esigenze di contenimento dei costi delle controversie e di tutela degli interessi pubblici coinvolti, già considerate meritevoli di protezione in sede di scrutinio dei divieti normativi di ricorrere all'arbitrato, *"valgono anche in questa materia, nella quale a tali esigenze si accompagna la generale finalità di prevenire l'illegalità della pubblica amministrazione"*, a cui «è dichiaratamente ispirata la censurata previsione della legge n. 190 del 2012, che non esprime un irragionevole sfavore per il ricorso all'arbitrato, come sostiene il rimettente, ma si limita a subordinare il deferimento delle controversie ad arbitri a una preventiva autorizzazione amministrativa che assicuri la ponderata valutazione degli interessi coinvolti e delle circostanze del caso concreto".

In particolare il Giudice costituzionale nella pronuncia da ultimo emessa ha precisato che nemmeno la mancata equiparazione tra assenso tacito e autorizzazione espressa, prospettata dal Collegio arbitrale a quo, incorre nel vizio di manifesta irragionevolezza, *"giacché solo la espressa preventiva autorizzazione motivata è in grado di assicurare – a differenza dell'assenso tacito – che 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"*.

Ciò in quanto la norma denunciata richiede l'autorizzazione motivata non conceda spazio a quella tacita conclusione che preclude quindi l'introduzione di una nuova e diversa interpretazione da quella prospettata nella richiamata sentenza n. 108 del 2015.

BIBLIOGRAFIA ESSENZIALE

Acquarone L. e Mignone C., voce *Arbitrato nel diritto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, IV, ed., vol. I, Torino, 1987, 367 e ss.; Caia G., *Arbitrati e modelli arbitrali nel diritto amministrativo, I presupposti e le tendenze*, Milano, 1989; 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; Caracciolo La Grotteria A., *Profili dell'arbitrato nel diritto amministrativo*, in *Dir. proc. amm.* 2007, 722 ss. Cassese S., *Arbitrato e diritto comune della pubblica amministrazione*, in *Giornale dir. amm.*, 1996, 523 ss. Cianflone A., *L'appalto di opere pubbliche*, 8^a ed., Milano, 1988, 1101, ss.; Delsignore M., *La compromettibilità in arbitrato nel diritto amministrativo*, Milano 2007. Dapas A., Viola L., *L'arbitrato nel nuovo codice dei contratti pubblici*, Milano 2007; Fazzalari E., *Una vicenda singolare: l'arbitrato in materia di opere pubbliche*, in *Riv. arb.*, 1998, 813 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.; 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. Goisis F., *Compromettibilità in arbitri e transigibilità delle controversie relative all'esercizio del potere amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 243 ss.: Laschena R., voce *Arbitrato: II Arbitrato nelle controversie amministrative*, in *Enc. giur.*, vol. II, Roma, 1988; Lodigiani A., *Arbitrato in materia di opere pubbliche*, in *Riv. trim. app.*, 1991, 177 ss.; Lubrano F., *Arbitrato e pubblica amministrazione (la pubblica amministrazione come parte)*, in *Scritti Punzi*, Torino 2008, vol. II, 489 ss., Mele E., *L'arbitrato nelle controversie degli appalti di opere pubbliche: obbligatorietà e facoltatività*, in *Dir. proc. amm.*, 1991, 469 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. Odorisio E., *Arbitrato rituale e «lavori pubblici»*, Milano, 2011; Picozza E., *I lavori pubblici*, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da Santaniello G., vol. X, Padova, 1990, 469 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. 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.; ID, *Vicende recenti e meno recenti in tema di arbitrato delle controversie negli appalti di opere pubbliche*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2010, p. 753 ss.; ID., *Disegno sistematico dell'arbitrato*, 2a ed., Padova 2012; Recchia G., *Arbitrati di diritto comune ed amministrazioni pubbliche*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, 7 ss.; Romano Tassone A, *Giurisdizione amministrativa e arbitrato*, in *Riv. Arb.* 2000, 249 ss. ID, *Giurisdizione amministrativa ed arbitrato nella L. n. 205/2000*, in *Riv. Arb.* 2000, 627 ss., ID, *Lodo arbitrale ex art. 6, l. n. 205 del 2000 e giudice dell'impugnazione*, in *Foro amm. CDS*, 2003, 2276 ss., Sandulli A., *L'arbitrato nel codice del processo amministrativo*, in *Giornale dir. amm.*, 2/2013, 208 e ss.; Scoca F.G., *La capacità dell'amministrazione di compromettere in arbitri*, in *Arbitrato e pubblica amministrazione*, a cura di Draetta U., Milano, 1991; ID, *Osservazioni sulla disciplina dell'arbitrato di lavori pubblici*, in *Riv. trim. app.*, 2002, 609 ss. Travi A., *Arbitrati negli appalti pubblici: nuovi divieti e incertezze persistenti*, in *Corriere giur.* 2008, 449 ss.; Verde G., *Arbitrato e pubblica amministrazione*, in *Dir. proc. amm.* 1996, 215 ss.; ID, *Ancora su arbitri e Pubblica Amministrazione (in occasione della L. 21 luglio 2000, n. 205, art. 6)*, in *Riv. arb.* 2000, 387 ss.; ID, *Arbitrato e pubblica amministrazione*, in *Riv. arb.* 2001, 407 ss.

Sulla sent. della corte costituzionale n. 108 del 2015 si veda per tutti Marzocco A.M., *Autorizzazione del « ricorso all'arbitrato » (art. 241, 1° co., D.lgs. 163/2006) e clausole compromissorie preesistenti: l'opinabile parallelo della Corte Costituzionale e l'esegesi dell'art. 241*, in *Riv. arb.*, 1/2016,, 69 e ss.