



IL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI E L'ARBITRATO AMMINISTRATO DA PARTE DELL'AUTORITÀ NAZIONALE ANTICORRUZIONE*

di Marcello di Francesco Torregrossa**

SOMMARIO: - 1. L'arbitrato nel Codice del processo amministrativo. - 2. L'arbitrato nelle controversie relative all'esecuzione dei contratti pubblici. - 3. L'arbitrato nel nuovo Codice dei contratti pubblici.

1. L'arbitrato nel Codice del processo amministrativo

L'applicabilità dell'istituto dell'arbitrato all'interno del diritto amministrativo ha richiesto un intervento espresso da parte del legislatore, in quanto, per lungo tempo, si è ritenuto che un istituto caratterizzato dall'essere collegato ad una spiccata autonomia privata, insita nel rimedio extragiudiziale, fosse in contrasto con la natura delle controversie nelle quali era in gioco un interesse pubblico e, in particolare, un atto autoritativo, per natura destinato a incidere unilateralmente sugli interessi del privato¹.

* Contributo sottoposto a *double blind peer review*.

** Dottore di ricerca "Autonomia individuale e autonomia collettiva", Università Tor Vergata di Roma.

¹ Cfr. A. AMORTH, *Annotazioni sull'arbitrato nelle controversie amministrative*, in Studi in onore di Cesare Grassetti, Milano 1980, p. 1 ss., e in Scritti giuridici, Milano 1999, vol. IV, p. 2157 ss.; G. CAIA, *Arbitrati e modelli arbitrali nel diritto amministrativo. I presupposti e le tendenze*, Milano 1989, p. 1 ss.; V. GASPARINI CESARI, *Arbitrato e controversie amministrative*, in Aa.Vv., *L'arbitrato. Profili sostanziali*, a cura di G. Alpa, Torino 1999, p. 1010 ss.

La dottrina, in assenza di una espressa posizione codicistica, poneva particolare attenzione alle sole liti arbitrali in materia di lavori pubblici e alle ipotesi di arbitrato obbligatorio². Tuttavia, venuta successivamente in evidenza una nuova concezione dell'attività amministrativa (incentrata sul modello della partecipazione del destinatario del provvedimento e sulla preminenza dello strumento consensuale anche nei rapporti pubblici), l'analisi sull'arbitrato in ambito amministrativo ha modificato i passati paradigmi logici e giuridici, sviluppando nuovi confini applicativi, soprattutto con riferimento alle controversie riguardanti i diritti soggettivi rientranti nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Tradizionalmente, infatti, la giurisprudenza civile e amministrativa ritenevano non compromettibili in arbitrato tali diritti soggettivi, poiché - in primo luogo - esso era considerato uno strumento alternativo alla giurisdizione civile ordinaria, di guisa che, nel caso di lite rientrante tra quelle devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, il ricorso all'arbitrato avrebbe significato una evidente deroga al rapporto tra le giurisdizioni predisposto normativamente³.

Su altro versante, l'incompromettibilità si giustificava con la sopravvenuta indisponibilità dei diritti soggettivi attribuiti dal legislatore alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo: la decisione di devolvere *tout court* specifiche materie al giudice amministrativo mirava ad uniformare la trattazione delle situazioni giuridiche di interesse legittimo (data per non disponibile) e di diritto soggettivo, con la conseguenza che l'eventuale e sola ammissione della deferibilità ad

Inoltre, con riferimento ai primi contributi *in subiecta materia*, v. P. CALAMANDREI, *Contributo alla dottrina dell'arbitraggio necessario nel diritto pubblico*, in *Giur. it.*, 1924, I, p. 759 ss.; E. CAPACCIOLI, *L'arbitrato nel diritto amministrativo*, I, *Le fonti*, Padova, 1957; E. FAZZALARI, *L'arbitrato nell'attività della regione*, in *Riv. dir. proc.*, 1974, p. 368 ss.; E. GUICCIARDI, *Arbitrato rituale, arbitrato necessario, giurisdizione speciale*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1943, I, p. 259 ss., e in *Studi di giustizia amministrativa*, Torino 1967, p. 488 ss.; M. LA TORRE, *L'arbitrato nel diritto amministrativo*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1935, I, p. 327 ss.; G. MIELE, *Limiti alla ammissibilità dell'arbitrato nelle controversie amministrative*, in *Nuova rass.*, 1950, p. 1841 ss.

² Si veda in tema di arbitrato nel settore dei lavori pubblici P. PASTORE, *L'arbitrato negli appalti di opere pubbliche*, 2a ed., Milano 1961; G. PINI, *Arbitrato e lavori pubblici*, Milano 1964.

³ Sul punto, *ex multis*, cfr. Cass. 4 luglio 1981, n. 4360, in *Foro it.* 1981, I, p. 1860, con nota di C.M. BARONE; Cass. 16 ottobre 1989, n. 4145, in *Rass. avv. Stato*, 1989, I, p. 327 ss.; Cass., sez. un., 3 dicembre 1991, n. 12966, in *Foro it.* 1993, I, p. 3367. Nello stesso senso, v. anche Cons. Stato 20 dicembre 1997, n. 1872; Cons. Stato, 12 febbraio 1996, n. 148. Sotto questo profilo, l'eventuale clausola compromissoria o compromesso erano considerati inevitabilmente nulli. In tal senso, cfr. Cons. Stato 4 maggio 2004, n. 2726; Cass., sez. un., 10 dicembre 1993, 12166, in *Foro it.* 1994, I, p. 2472 ss.; Cons. Stato 13 febbraio 1996, n. 148; Cass., sez. un., 10 maggio 2001, n. 190, in *Giur. it.* 2001, p. 2377 ss.

arbitri delle controversie relative a diritti avrebbe determinato una elusione della volontà legislativa in relazione alla concentrazione di tutte le controversie nella giurisdizione amministrativa⁴.

Ulteriore argomentazione a sostegno di questa impostazione giuridica si rinveniva nell'impossibilità di impugnare il lodo presso la Corte d'appello ordinaria, rappresentando anch'essa una inammissibile ipotesi di deroga al riparto di giurisdizione voluto dal legislatore, dal momento che «*laddove la legge [prevedeva] la giurisdizione esclusiva, ogni intervento dell'autorità giudiziaria ordinaria [risultava] precluso perché norme di legge siffatte [erano] formulate in modo da non autorizzare il "ritaglio" di competenza a favore del giudice ordinario per quanto riguarda ipotetiche sentenze arbitrali e loro impugnazioni*»⁵.

Il costante quadro giurisprudenziale così ricostruito è stato sin dall'inizio accompagnato da isolate decisioni e da alcune voci dottrinali, secondo cui – *ex adverso* – l'ordinamento giuridico, nelle materie di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ammetteva la validità della clausola compromissoria nelle questioni aventi ad oggetto situazioni di diritto soggettivo perfetto, suscettibili di transazione⁶.

Tale contrario orientamento poneva la propria *ratio* giuridica nei principi desumibili dall'art. 806 c.p.c., in virtù del quale non si riteneva che dalla norma attributiva della giurisdizione fossero ricavabili altri limiti, oltre alla indisponibilità, per la compromettibilità in arbitrato dei diritti soggettivi.

Sotto questo profilo, infatti, le disposizioni presenti nel codice di procedura civile, ai fini della corretta valutazione del compromesso, inducevano a ritenere che l'inderogabilità della competenza giurisdizionale non incidesse sulla disponibilità della situazione giuridica da parte delle parti, bensì unicamente sulla preferenza della cognizione di un giudice amministrativo rispetto a quello ordinario, senza gravare in alcun modo sulla validità dello stesso compromesso⁷.

⁴ Così Cass., sez. un., 11 aprile 1990, 3075, in Riv. arb., 1991, p. 275.

⁵ Si veda G. CAIA, *Arbitrati e modelli arbitrali*, cit., p. 205.

⁶ Secondo la Cass., sez. un., 5 agosto 1948, n. 1384, in Foro it., 1948, I, p. 820 ss.. «*si potrebbe obiettare che non sono compromettibili le vertenze, per la cui risoluzione sia stato, dal legislatore, predisposto un organo giurisdizionale speciale, come nel caso attuale. Ciò non è esatto. Non esiste, né nel nostro diritto processuale, né nel nostro diritto sostanziale, un principio generale, in base al quale dovrebbe escludersi la compromettibilità delle vertenze devolute ad un organo giurisdizionale speciale. [...] Dall'art. 806 cod. proc. civ., per contro, si deduce un principio generale diverso; e, cioè, che sono compromettibili tutte le controversie, eccettuate quelle tassativamente indicate nell'art. 806; ed, in particolar modo, quelle non transigibili, perché relative a diritti indisponibili*»

⁷ Cfr. V. ANDRIOLI, *Procedura arbitrale e regolamento di giurisdizione*, in Foro it., 1956, I, p. 484 ss. In tal senso, si veda anche S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, vol. IV, tomo II, Milano 1971, p. 199 ss.; C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Padova 2000, vol. I, p. 252 ss.;

Del resto, la scelta legislativa di devolvere ad una specifica giurisdizione una intera materia non determinava *ex se* la mutazione della posizione soggettiva rilevante, considerato che proprio alla sua sostanziale natura giuridica occorrerebbe fare riferimento per individuare i limiti dell'arbitrabilità.

Parallelamente, la corrente di pensiero in esame contestava il tralatizio dogma secondo cui l'arbitrato costituiva un rimedio delle controversie alternativo alla sola giurisdizione civile: l'arbitrato avrebbe carattere alternativo in quanto esso rappresenterebbe semplicemente uno strumento lecito ed ulteriore per risolvere le controversie, al pari di altri strumenti giuridici, come la transazione, dove le parti esprimerebbero la volontà di definire la lite insorta al di fuori della giurisdizione statale⁸.

Secondo tale orientamento, l'arbitrato rappresenta quindi uno strumento di risoluzione delle controversie fondato sull'autonomia privata e, come tale, l'ordinamento lo riconosce e lo disciplina, prevedendo al contempo una vincolatività all'accordo compromissorio e al lodo. Di conseguenza, attesa la sua natura intrinseca, il rimedio in esame presenterebbe senza alcun dubbio carattere alternativo alla giurisdizione civile, ma anche alla stessa giurisdizione amministrativa⁹.

Oltre all'apporto dottrinale, l'estensione dell'ambito applicativo dell'arbitrato al diritto amministrativo ha avuto un fondamentale contributo dall'opera adeguatrice della Corte costituzionale¹⁰, la quale, sulla base del presupposto che *“l'arbitrato è un*

V. DOMENICHELLI, *giurisdizione amministrativa e arbitrato: riflessioni e interrogativi*, in Riv. dir. proc. amm., 1996, p. 238 ss.; C. SELVAGGI, *L'arbitrato nelle controversie devolute alla giurisdizione amministrativa*, in Riv. Arb., 1992, p. 455 ss.; C. CONSOLO, *Sul «campo» dissodato della compromettibilità per arbitri*, in Riv. Arb., 2003, p. 249 ss.; S. CASSESE, *L'arbitrato nel diritto amministrativo*, in Riv. trim. dir. pubbl., 1996, p. 325 ss.; A. BARRELLA, *Incompatibilità tra giurisdizione amministrativa e arbitrato*, in Riv. arb., 2000, p. 203 ss.; M. VACCARELLA, *Arbitrato e giurisdizione esclusiva*, Torino 2004, p. 10 ss.

⁸ Sul punto, si veda, tra gli altri, M.S. GIANNINI, A. PIRAS, voce *Giurisdizione amministrativa*, in Enc. dir., vol. XIX, Milano 1970, p. 229 ss.; N. PICARDI, *La vocazione del nostro tempo per la giurisdizione*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2004, p. 41 ss.; G. VERDE, *Sul monopolio dello Stato in tema di giurisdizione*, in Riv. dir. proc., 2003, p. 371 ss.

Con particolare riferimento ai rapporti tra la «giurisdizione arbitrale» e la «giurisdizione statale», cfr. G. VERDE, *Pubblico e privato nel processo arbitrale*, in Riv. arb., 2002, p. 633 ss.

⁹ Cfr. G. VERDE, *Arbitrato e pubblica amministrazione*, in Riv. Arb., 2001, p. 414 ss. secondo cui *«le parti manifestano soltanto la volontà di deferire la controversia al giudice privato e di escludere il giudice statale»*.

¹⁰ In tema di sentenze della Corte costituzionale si v., tra gli altri, A. PAJNO, *Arbitrato nelle*

*istituto di diritto comune, che trova applicazione anche nel campo del diritto amministrativo*¹¹, ha negato la possibilità che esso potesse qualificarsi come istituto di diritto speciale. In tal modo, la Corte ha contribuito in maniera sostanziale a ricondurre, per quanto possibile, l'arbitrato all'interno del diritto comune.

Alla luce di ciò, il legislatore, attraverso l'art. 6, secondo comma, della legge 21 luglio 2000 n. 205, recante "*Disposizioni in materia di Giustizia amministrativa*", ha fatto proprie le suddette osservazioni dottrinali e giurisprudenziali, disponendo che "*le controversie concernenti diritti soggettivi devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo possono essere risolte mediante arbitrato rituale di diritto*".

Tale previsione è stata sostanzialmente riprodotta nel Codice del processo amministrativo (d.lgs. n. 104/2010), all'art. 12, come modificato dall'art. 1, comma 1, lett. a), del d.lgs. 15 novembre 2011 n. 195, ad eccezione del rinvio agli artt. 806 ss. del c.p.c., con la conseguenza che il riformulato art. 12 c.p.a. (rubricato come "*Rapporti con l'arbitrato*") stabilisce 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*", facendo così intendere la chiara volontà legislativa di applicare la disciplina processualcivile¹².

Come è evidente dalla lettura dell'art. 12 c.p.a., la norma contempla due limiti particolarmente stringenti ai fini dell'utilizzo dell'arbitrato in campo amministrativo: il primo, di natura oggettiva, circoscrive l'ambito applicativo alle sole controversie aventi ad oggetto i diritti soggettivi; il secondo limite, invece, prevede la legittimità del solo arbitrato rituale e di diritto, escludendo, pertanto, sia quello irrituale, che quello secondo equità.

Di conseguenza, maggiori difficoltà interpretative si riscontrano in ordine a due differenti problematiche: la prima inerente alla portata applicativa del riferimento ai diritti soggettivi, ossia se possano essere investiti da arbitrato, ad esempio, anche i profili relativi al risarcimento del danno provocato da lesione degli interessi legittimi; la seconda afferente alla possibilità di devolvere all'arbitrato tutte le

controversie amministrative, in Enc. giur., vol. I, 2005, p. 8 ss.; M. DELSIGNORE, *La compromettibilità in arbitrato nel diritto amministrativo*, Milano, 2007, p. 36 ss. Si v. anche S. CASSESE, *Arbitrato e diritto comune della pubblica amministrazione*, in *Giornale del diritto amministrativo*, 1996, 6, p. 524 ss.

¹¹ S. CASSESE, *L'arbitrato nel diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1996, p. 317.

¹² In dottrina, cfr. L. ACQUARONE e C. MIGNONE, *Arbitrato nel diritto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, IV ed., vol. I, 1987, p. 371; G. CAIA, *Arbitrati e modelli arbitrali nel diritto amministrativo*, Milano, 1989, p. 201 ss.

controversie di competenza del giudice amministrativo, ivi comprese quelle riconducibili alla giurisdizione generale di legittimità, oppure solo quelle concernenti la sua giurisdizione esclusiva¹³.

Sotto quest'ultimo profilo, la tesi prevalente era quella di natura maggiormente restrittiva, che riconosceva la possibilità di compromettere in arbitri solo le controversie rientranti nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (art. 133 c.p.a.), in quanto, nel caso di appello del lodo arbitrale si sarebbe assistito ad una deroga alla giurisdizione, per effetto dell'affidamento al giudice ordinario – la Corte d'appello – di controversie per loro natura spettanti al giudice amministrativo¹⁴.

A tale impostazione si replicava che l'introduzione dell'art. 12, sebbene riproduttivo sostanzialmente dei contenuti della previgente normativa, ha rovesciato la precedente impostazione, dal momento che esso, in primo luogo, si inserisce all'interno del Libro I, Titolo I, Capo III del codice, con lo scopo di disciplinare a tutto tondo la giurisdizione amministrativa, dettando una norma di chiusura del Capo, cui sembrerebbe potersi riconoscere una portata applicativa sicuramente più estesa e, come tale, riferibile a tutta la giurisdizione amministrativa.

Inoltre, il medesimo art. 12 ha risolto anche in modo esplicito la questione relativa alla impugnazione del lodo. Infatti, l'espresso riferimento agli articoli 806 c.p.c. e seguenti determina l'applicabilità anche degli artt. 827-830 c.p.c. relativi all'impugnazione davanti alla Corte d'appello.

Sebbene sia stato sollevato un dubbio di costituzionalità per tale soluzione, in ragione della sottrazione della controversia al giudice naturale costituito, deviando pertanto dal fine normativo dell'unicità della sede e della concentrazione delle tutele all'azione giudiziaria¹⁵, l'intento legislativo, posto alla base del nuovo Codice del

¹³ V. A. SANDULLI, *L'arbitrato nel codice del processo amministrativo*, in *Giornale del diritto amministrativo*, n. 2/2013, p. 208.

¹⁴ In tal senso, cfr. Cass., sez. un., 27 luglio 2004, n. 14090, secondo cui tale disposizione doveva intendersi quale norma di stretta interpretazione, in quanto avrebbe comportato una deroga alla giurisdizione, affidando al giudice ordinario, in sede di impugnazione del lodo, controversie che, in assenza dell'arbitrato, sarebbero di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Dunque, a seguito del citato art. 6, c. 2, sarebbero stati compromettibili in arbitrati soltanto i diritti soggettivi di cui alla giurisdizione esclusiva, non essendo sufficiente la mera idoneità della pretesa a formare oggetto di transazione.

¹⁵ Cfr. R. DE NICTOLIS, *L'arbitrato delle pubbliche amministrazioni, dalla legge Merloni alla legge n. 166/2002*, in *Urb. e app.*, 2002, p. 1005. Così P. DE LISE, *Verso L'arbitrato nel diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1990, p. 1196-1197, lo stesso argomento veniva utilizzato dall'Autore, prima della legge n. 205/2000, per sostenere l'inammissibilità dell'arbitrato nelle materie di giurisdizione esclusiva, confluendo l'arbitrato «nell'alveo della giurisdizione ordinaria, attraverso i mezzi di impugnazione del lodo. Ammettere un tale giudizio, infatti,

processo amministrativo, tende univocamente alla conferma dell'arbitrato quale strumento di diritto comune e all'unità del rito arbitrale. In tale ipotesi, pertanto, la soluzione adottata risulta giustificata dall'esigenza, considerata prevalente da parte del legislatore, di conservare la certezza del rito arbitrale, attraverso lo svolgimento del giudizio di impugnazione del lodo secondo la disciplina del codice di rito civile e, pertanto, dinanzi alla Corte di appello¹⁶.

Per contro, con riferimento alle controversie relative alla risarcibilità dei danni derivanti da lesioni degli interessi legittimi, a fronte di una tesi favorevole all'estensione dell'arbitrato alle controversie risarcitorie, in quanto ad essere coinvolto non sarebbe l'esercizio del potere pubblico ma solo le conseguenze patrimoniali dell'esercizio illegittimo (o mancato esercizio o esercizio tardivo) del potere, appare maggiormente rispettosa del dato testuale l'impostazione che prevede il risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi come una forma di tutela di tale specifica situazione giuridica. Tale impostazione è stata anche confermata dalla stessa Corte costituzionale, secondo cui il potere del giudice amministrativo di disporre il risarcimento del danno ingiusto non costituisce una nuova "materia" attribuita al giudice amministrativo, ma una forma di tutela "ulteriore" rispetto a quella classica demolitoria, con la conseguenza che il risarcimento da lesione di interesse legittimo riguarderebbe, esclusivamente, la tutela di questa situazione giuridica soggettiva e, come tale, non compromettibile in arbitri ai sensi dell'art. 12, comma 1.

Inoltre, lo stesso inquadramento codicistico della norma sembra confermare tale impostazione, stante la chiara distinzione offerta dal Codice del processo amministrativo in ordine alle controversie relative ad interessi legittimi e quelle

significherebbe alterare il riparto tra le giurisdizioni e negare la stessa ragione dell'esistenza del giudice amministrativo».

¹⁶ Cfr. A. SANDULLI, *L'arbitrato nel codice del processo amministrativo*, in *Giornale del diritto amministrativo*, n. 2/2013, p. 207. "Questa soluzione sarebbe comunque condivisibile nell'ipotesi in cui la Corte di appello, in sede di impugnazione del lodo, fosse chiamata a pronunciarsi sulla sola fase rescindente, ablativa del lodo. Ciò in quanto, in tale ipotesi, non verrebbe neppure lambita l'area di indagine sottesa all'originaria situazione giuridica soggettiva protetta. Diversamente nell'ipotesi in cui fosse interessata anche la fase rescissoria, poiché in tal caso la pronuncia della Corte di appello finirebbe per incidere sul merito. Peraltro, per scindere fase rescindente (al giudice ordinario) e fase rescissoria (al giudice amministrativo) sarebbe necessario un apposito intervento legislativo. Scissione che finirebbe comunque per ingenerare confusione e per reintrodurre elementi di specialità nel rito". Cfr. inoltre C. CONSOLO, *L'oscillante ruolo dell'arbitrato al crescere della giurisdizione esclusiva e nelle controversie sulle opere pubbliche (fra semi di obbligatorietà ed esigenze di più salde garanzie)*, in AA.VV., *Arbitrato e pubblica amministrazione*, Milano, 1980, p. 154; ID., *La giurisdizione del giudice amministrativo si giustappone a quella del giudice "ordinario" e ne imita il processo*, in *Giust. civ.*, 2000, II.

riguardanti diritti soggettivi (art. 7, comma 1), nonché, in particolare, la chiara demarcazione tra le forme di tutela dell'interesse legittimo e quelle del diritto soggettivo (art. 7, comma 7). In tale quadro, quindi, la formula giuridica contenuta nell'art. 12, che fa espresso riferimento ai diritti soggettivi, non può ritenersi idonea a comprendere forme di tutela differenti e riferibili a situazioni giuridiche soggettive di interesse legittimo¹⁷.

2. L'arbitrato nelle controversie relative all'esecuzione dei contratti pubblici

Individuata la disciplina dell'arbitrato in ambito pubblico secondo quanto previsto dal codice del processo amministrativo, si deve comunque osservare che l'ordinamento giuridico estende, con i dovuti accorgimenti, l'istituto dell'arbitrato anche alla materia dei contratti pubblici, così come stabilito dal nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50), che recepisce le direttive 2014/23/UE sulle concessioni, 2014/24/UE sugli appalti pubblici e 2014/25/UE sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali.

In ragione dell'art. 1, comma 1, lett. aaa), della legge delega 28 gennaio 2016, n. 11, che indicava la necessità di una *“razionalizzazione dei metodi di risoluzione delle controversie alternativi al rimedio giurisdizionale, anche in materia di esecuzione del contratto, disciplinando il ricorso alle procedure arbitrali al fine di escludere il ricorso a procedure diverse da quelle amministrate, garantire la trasparenza, la celerità e l'economicità e assicurare il possesso dei requisiti di integrità, imparzialità e responsabilità degli arbitri e degli eventuali ausiliari; [...]”*, la disciplina descritta dagli artt. 209 – 210 del d.lgs. n. 50/2016 non presenta particolari discrasie rispetto a quella previgente del d.lgs. n. 163/2006, fatta salva la decisione di eliminare l'applicazione dell'arbitrato volontario in materia di contratti pubblici.

Nello specifico, l'art. 209 prescrive, al primo comma, 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

¹⁷ Cfr. A. PAJNO, *La giurisdizione*, in *Diritto processuale amministrativo*, a cura di A. SANDULLI, 2 ed., Milano, 2013.

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”.

Atteso che anche in questo caso il legislatore circoscrive l'ambito applicativo alle sole controversie su diritti soggettivi derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici (sebbene successivamente sia stato esteso anche alle concessioni e ai soggetti indicati espressamente dalla legge Anticorruzione del 2012 e ripresi dallo stesso articolo del nuovo Codice dei contratti pubblici, come dimostra la lettura della suddetta norma), la disciplina, nei successivi commi, prevede alcuni adempimenti formali diretti ad esaltare, da un lato, la natura volontaria di tale rimedio e – dall'altro – a garantire la massima trasparenza.

Sotto il primo profilo, in virtù delle considerazioni in punto di diritto svolte dalla Corte costituzionale in merito al c.d. arbitrato obbligatorio¹⁸, l'art. 209, comma 3, stabilisce la nullità della clausola compromissoria inserita – senza previa autorizzazione motivata da parte dell'organo di governo dell'amministrazione – nel bando o nell'avviso (o nell'invito, per le gare senza bando), riservando in ogni caso all'aggiudicatario la facoltà di ricusare tale clausola attraverso una comunicazione da inviare entro venti giorni dalla conoscenza dell'aggiudicazione¹⁹.

Con riferimento invece alla finalità di trasparenza amministrativa, il legislatore prescrive, sempre a pena di nullità, l'indicazione nel bando dell'inserimento della

¹⁸ Cfr. E. FAZZALARI, *Contro l'arbitrato obbligatorio*, nota a Cass. civ., S.U. 10 febbraio 1992, n. 1458, in Riv. arb., 1993, p. 211 ss. Solo la concorde volontà dei contraenti consente di evitare la giurisdizione statale. La legge 10 dicembre 1981, n. 741, contenente norme per l'accelerazione delle procedure per l'esecuzione di opere pubbliche, reintroduceva un arbitrato “di fatto” obbligatorio fissando la regola per cui *“la competenza arbitrale può essere esclusa solo con l'apposita clausola inserita nel bando o invito di gare, oppure nel contratto in caso di trattativa privata”*. Così, la Corte costituzionale, con sentenza 9 maggio 1996, n. 152, che dichiarava l'incostituzionalità della disposizione, rilevando che questa attribuiva alla sola amministrazione (e non ad entrambe le parti, come nel Capitolato del 1962) la facoltà di scelta.

¹⁹ Riguardo alla modalità della comunicazione, la disposizione non indica una forma particolare, dovendosi intendere, pertanto, che si possa ricorrere a qualsiasi strumento di comunicazione; riguardo al termine per la comunicazione, diversi elementi fanno propendere per la tesi dell'aggiudicazione provvisoria. V. G.B. DE LUCA, *La disciplina arbitrale nei contratti pubblici*, Tesi di dottorato, Luiss Guido Carli, a.a. 2012/2013, il quale osserva che *«quando il d.lgs. n. 53 del 2010 ha voluto riferirsi all'aggiudicazione definitiva, lo ha espressamente precisato. In questo senso, si vedano, infatti, le seguenti disposizioni: art. 1, comma 1, lettera c) (relativo all'art. 11, comma 10 e comma 10-ter, c.c.p.); art. 2, comma 1, lettere b) e d) [relativo all'art. 79, comma 5, lettera a), e comma 5-bis, c.c.p.]; art. 8, comma 1, lettera c) (relativo all'art. 245, comma 2, e comma 2-ter, c.c.p.); artt. 9, 10 e 11 (che hanno introdotto gli artt. 245-bis, 245-ter e 245-quater c.c.p.)»*.

clausola compromissoria e fa divieto alle parti di accordarsi, una volta insorta la controversia, sul deferimento ad arbitri in assenza di esplicitazione nel bando di gara.

Sotto questo profilo, la formulazione di tale divieto (“è vietato in ogni caso il compromesso”) e la sua collocazione all’interno dell’art. 209, comma 2, hanno determinato la sua ricostruzione ermeneutica secondo due differenti canoni interpretativi: il primo criterio, che ha trovato maggiore riscontro nella giurisprudenza amministrativa in quanto aderente al dato testuale legislativo e rigoroso nell’attuazione del principio di trasparenza, riconosceva al divieto in esame una natura assoluta, idonea a considerare nulla qualsiasi clausola compromissoria in assenza di una sua previsione nel bando di gara; il secondo, per lo più di impostazione dottrinarica, basato sulla nota distinzione tra compromesso e clausola compromissoria²⁰ (il cui tratto differenziale risiede proprio nel fatto che, mentre il compromesso riguarda le controversie già insorte, la clausola compromissoria riguarda quelle future) limitava l’ambito applicativo di tale divieto alle sole ipotesi di lite o controversia insorta, consentendo, in ogni momento, purché prima della stessa controversia, la possibilità per le parti di accordarsi per un arbitrato, nella sua classica funzione di ordinario rimedio alternativo al giudizio civile.

Per quanto attiene invece alla natura giuridica dell’autorizzazione preventiva, la Corte costituzionale, con la sentenza 9 giugno 2015 n. 108, avente ad oggetto in via principale la problematica inerente alla sua applicazione nei confronti degli arbitrati che siano già stati conferiti o autorizzati prima dell’entrata in vigore della legge n. 190/2012 (che ha introdotto l’istituto dell’autorizzazione preventiva)²¹, con un

²⁰ Cfr. E. ODORISIO, *L’arbitrato nel codice dei contratti pubblici*, in C. PUNZI, *Disegno sistematico dell’arbitrato*, 2° ed. Padova, p. 180. Cfr. altresì S. LA CHINA, *L’arbitrato. IL sistema e l’esperienza*, Milano, 2011, p. 33 ss.; G. VERDE, *La convenzione d’arbitrato*, in G. VERDE (a cura di), *Diritto dell’arbitrato*, Torino, 2005, p. 71 ss.; ID., *Lineamenti di diritto dell’arbitrato*, Torino, 2006, p. 51 ss.

²¹ Atteso che per “conferito” si intende l’arbitrato per il quale siano già stati nominati gli arbitri e che per “autorizzato” l’arbitrato per il quale sia intervenuta una autorizzazione dell’organo di governo, la Corte, attraverso una lettura costituzionalmente orientata di quanto disposto dall’art. 1, comma 19, della legge n. 190/2012, ha affermato che “*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*”.

obiter dictum ha svolto due considerazioni particolarmente interessanti: da un lato, ha sostenuto che la scelta di prevedere una autorizzazione da parte dell'amministrazione si configura come un mero limite all'autonomia contrattuale, la cui garanzia costituzionale non è incompatibile con la previsione di restrizioni a tutela di interessi generali (tra cui le esigenze di contenimento dei costi delle controversie e la tutela degli interessi pubblici coinvolti); dall'altro, ha riconosciuto una parità sostanziale tra le parti, in quanto la stessa libertà contrattuale, che si esprime nella autorizzazione, si può riscontrare nello strumento riservato alla parte privata, consistente nella facoltà di ricusare la clausola compromissoria.

In definitiva, l'arbitrato delineato dall'art. 209 del Codice appalti è indubbiamente un rimedio diverso rispetto a quello disciplinato dal codice di procedura civile negli artt. 806 e ss., atteso che il primo, nonostante il rinvio alle disposizioni del codice di rito ad integrazione di quanto non previsto nella disciplina pubblica, presenta proprie caratteristiche, come emerge chiaramente dall'analisi dei limiti, sopra descritti, posti alla convenzione arbitrale di cui all'art. 209, in deroga alle previsioni *ex art.* 808 c.p.c.

Sul punto, l'art. 209, comma 10, prevedendo espressamente che *“ai giudizi arbitrali si applicano le disposizioni del codice di procedura civile, salvo quanto disposto dal presente codice”*, afferma in modo chiaro che – a differenza di altre discipline speciali di diritto dell'arbitrato, come ad esempio quello societario – in tema di contratti pubblici l'unica disciplina applicabile è quella stabilita dal d.lgs. n. 50/2016, di talché, esclusa la coesistenza di due arbitrati, le parti non sono libere di scegliere tra un modello di arbitrato regolamentato dal codice di rito e quello del Codice dei contratti pubblici²², ma devono necessariamente fare riferimento a quest'ultimo.

Dunque, l'unico arbitrato cui si può ricorrere in materia di contratti pubblici è quello descritto dagli artt. 209 e 210 del d.lgs. n. 50/2016 e la relativa disciplina è solo in parte quella processualcivilistica, in quanto si prevede una necessaria integrazione con le disposizioni, appunto, del Codice in esame, confermandosi così la *ratio* esplicitata dalla legge delega, volta all'emanazione di una normativa che fosse, per un verso, indipendente e, sull'altro, non si discostasse da quella ordinaria per quanto riguarda le modalità di svolgimento dell'arbitrato.

3. L'arbitrato nel nuovo Codice dei contratti pubblici e la Camera arbitrale dell'ANAC

²² Così E. ODORISIO, *L'arbitrato nel codice dei contratti pubblici*, cit., p. 182. Comunque, lo stesso problema si è posto con riferimento all'arbitrato societario di cui al d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, dove si distinguono la tesi dell'esclusività dell'arbitrato societario e quella del «doppio binario».

Nonostante l'espressa volontà del legislatore delegante mirasse verso una modalità equivalente tra arbitrato pubblico ed ordinario, la disciplina del nuovo Codice dei contratti pubblici, per quanto attiene alle forme di arbitrati cui l'amministrazione può far ricorso, si rileva particolarmente restrittiva sia rispetto ai tipi di arbitrato disciplinati dal codice di procedura civile, che riguardo alla disciplina amministrativa previgente. Quest'ultima, come è noto, al pari del diritto comune, distingueva due tipologie di arbitrato: l'arbitrato libero e l'arbitrato amministrato²³.

Nel primo, le parti e gli arbitri gestivano il procedimento in totale libertà sfruttando appieno l'art. 816-bis c.p.c., ossia la libertà di "*stabilire le norme che gli arbitri debbono osservare nel procedimento*", senza nessun ausilio esterno. E nel caso in cui fossero sorte difficoltà di natura procedurale, queste sarebbero state risolte o di comune accordo tra le parti stesse ovvero, in subordine, dagli arbitri o dal giudice ordinario.

L'arbitrato amministrato invece presupponeva la presenza di una convenzione sottoscritta da entrambe le parti che richiamasse il regolamento predisposto da una terza istituzione, pubblica o privata, diretta a dettare preventivamente le regole e la gestione del giudizio.

Tale distinzione, se poteva avere un significato nella vecchia disciplina laddove l'art. 241 del d.lgs. n. 163/2006 prevedeva l'ammissibilità di entrambe le forme di arbitrato negli schemi procedurali amministrativi, non ha più ragion d'essere nell'attuale quadro normativo, dal momento che l'amministrazione deve ricorrere necessariamente alla sola fattispecie amministrata.

Tuttavia, appare opportuno sottolineare come già i meccanismi della precedente disciplina dell'art. 241 avessero dato luogo a dubbi di legittimità costituzionale nella

²³ Cfr. in tema di arbitrati rituali e irrituali, *ex multis*, L. BIAMONTI, voce *Arbitrato (diritto processuale civile)*, in Enc. dir., vol. II, Milano, 1958, p. 940 ss.; G. SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, 3a ed., Milano 1988, p. 23 ss.; R. VECCHIONE, *L'arbitrato nel sistema del processo civile*, Milano 1971, p. 93 ss.; M. BOVE, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, in M. Bove, C. Cecchella, *Il nuovo processo civile*, Milano, 2006, p. 99 ss.; G. VERDE, *Arbitrato irrituale*, in *Riv. arb.* 2005, p. 670 ss.; C. PUNZI, *Brevi note in tema di arbitrato amministrato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, 4, p. 1325; S. AZZALI, *L'arbitrato amministrato e l'arbitrato ad hoc*, in Alpa (a cura di), *L'arbitrato: profili sostanziali*, Torino, 1999, p. 1 ss.; T. GALLETTO, in AA. VV., *Arbitrato, ADR, conciliazione*, diretto da M. RUBINO SAMMARTANO, Bologna, p. 404; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *La nuova disciplina dell'arbitrato amministrato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, 3, p. 993 ss.; S. SATTA – C. PUNZI, *Diritto processuale civile, Appendice di aggiornamento alla XIII ed.*, Padova 2007, p. 155 ss.; E. BERNINI, *L'arbitrato amministrato*, in *L'arbitrato*, a cura di C. Cecchella, Milano, 2005, p. 381 ss.

parte in cui stabilivano *ex lege* la trasformazione da arbitrato libero ad amministrato in caso di mancato accordo per la nomina del terzo arbitro.

Segnatamente, l'art. 241 del vecchio Codice degli appalti disponeva la composizione del collegio arbitrale secondo un numero prefissato *ex lege* (tre componenti), sulla base del seguente criterio di ripartizione: ogni parte indicava il proprio arbitro di competenza e di comune accordo – ovvero, su loro mandato, gli stessi arbitri indicati – nominavano il terzo arbitro in qualità di Presidente del collegio.

Solo in caso di mancato accordo su quest'ultimo, il legislatore obbligava le parti a porre in essere l'arbitrato amministrato, integrando il precedente accordo arbitrale con il regolamento dell'ente previsto dalla stessa normativa, cui spettava la nomina dell'arbitro mancante²⁴.

Pertanto, la scelta di aderire ad un arbitrato amministrato da parte di una istituzione terza era prescritta direttamente dalla legge, con la conseguenza che si poteva parlare di arbitrato “obbligatoriamente amministrato” e, come tale, a detta di alcuni, incostituzionale in quanto limitativo della volontà delle parti nella scelta degli arbitri e contrario al principio di ragionevolezza, dal momento che solo l'accordo o meno delle parti sulla nomina del terzo arbitro risultava determinante nell'opzione tra la forma libera e amministrata²⁵.

A tali affermazioni, parte della dottrina sosteneva che la scelta legislativa non limitava, in realtà, la volontà e la libertà delle parti poiché non sottraeva loro la possibilità di nominare il terzo arbitro, ma si limitava a prevedere un meccanismo in grado di garantire l'operatività, e quindi l'efficacia, della convenzione arbitrale, non molto diversamente da quanto previsto nell'arbitrato di diritto comune con l'art. 810 c.p.c. in forza del quale è disciplinato, per la stessa ragione e con i medesimi poteri, l'intervento del Presidente del Tribunale²⁶.

Nonostante i dubbi sollevati dalla previgente formulazione normativa, sulla base dei criteri direttivi forniti dalla citata legge delega, l'art. 209, comma 4 del nuovo Codice dei contratti pubblici²⁷ ha rafforzato l'ambito applicativo dell'arbitrato

²⁴ V. F. RICCI, *Note sull'arbitrato «amministrato»*, in Riv. dir. proc., 2002, p. 1 ss.; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *La nuova disciplina dell'arbitrato amministrato*, in Riv. trim. dir. e proc. civ., 2008, p. 993 ss.

²⁵ Per i riferimenti, v. E. ODORISIO, *Arbitrato rituale e lavori pubblici*, cit. p. 312 ss.

²⁶ Così E. ODORISIO, *L'arbitrato nel codice dei contratti pubblici*, cit., p. 202, il quale afferma che, al massimo, si può «discutere l'opportunità di tale scelta da un punto di vista di politica legislativa, [ma] non si può certo ritenere che si tratti di un sistema irragionevole».

²⁷ “Il collegio arbitrale è composto da tre membri ed è nominato dalla Camera arbitrale di cui

amministrato nelle controversie afferenti all'esecuzione dei contratti pubblici, stabilendo la sua operatività non più come meccanismo procedimentale per superare il dissenso delle parti in ordine alla nomina del Presidente del collegio, bensì prevedendolo come unico istituto applicabile *in subiecta materia*. Sicché la nomina del Presidente del collegio é ormai direttamente effettuata da parte della Camera arbitrale per i contratti pubblici relativi a lavori, servizi, forniture, istituita presso l'Autorità nazionale anticorruzione.

Nello specifico, la procedura per la designazione del terzo arbitro, effettuata dal Consiglio della Camera arbitrale²⁸, si compone di due differenti fasi, così come espressamente disciplinate dai Comunicati n. 2 e n. 8 del 2016: la prima si caratterizza per l'utilizzo di un sorteggio digitalizzato, mediante il quale formare 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) dell'art. 210 comma 7 (avvocati, ingegneri e architetti), e di cinque estratti nelle categorie di cui alla lett. c) del medesimo articolo (professori universitari di ruolo nelle materie giuridiche e dirigenti della pubblica amministrazione). Nella seconda fase, fatte salve eventuali motivate controindicazioni provenienti dalle parti interessate, il Consiglio designa il presidente del collegio arbitrale sulla base di criteri predeterminati dalla Camera stessa e valutando l'appropriatezza del *curriculum* personale dei sorteggiati rispetto all'oggetto della controversia da decidere²⁹.

all'articolo 210. Ciascuna delle parti, nella domanda di arbitrato o nell'atto di resistenza alla domanda, designa l'arbitro di propria competenza scelto tra soggetti di provata esperienza e indipendenza nella materia oggetto del contratto cui l'arbitrato si riferisce. Il Presidente del collegio arbitrale è designato dalla Camera arbitrale tra i soggetti iscritti all'albo di cui al comma 2 dell'articolo 210, in possesso di particolare esperienza nella materia oggetto del contratto cui l'arbitrato si riferisce”.

²⁸ Ai sensi dell'art. 210, comma 4, del nuovo Codice dei contratti pubblici, “*Il consiglio arbitrale, composto da cinque membri, è nominato dall'ANAC fra soggetti dotati di particolare competenza nella materia dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, al fine di garantire l'indipendenza e l'autonomia dell'istituto, nonché dotati dei requisiti di onorabilità stabiliti dalla medesima Autorità. Al suo interno, l'ANAC sceglie il Presidente. L'incarico ha durata quinquennale ed è retribuito nella misura determinata dal provvedimento di nomina nei limiti delle risorse attribuite all'Autorità stessa. Il Presidente e i consiglieri sono soggetti alle incompatibilità e ai divieti previsti dal comma 10”.*

²⁹ La volontà legislativa di rafforzare il ruolo della Camera arbitrale istituita presso l'ANAC, investendola di una centralità ordinamentale nella risoluzione delle controversie extragiudiziali, trova ulteriore conferma nella decisione di assegnare a tale organismo una funzione regolatoria per l'applicazione dell'arbitrato all'erogazione da parte del Fondo di solidarietà di prestazioni in favore degli investitori in banche soggette a procedure di risoluzione.

Segnatamente, il decreto del Presidente del Consiglio 28 aprile 2017 n. 82, provvedimento attuativo dell'art. 1, comma 859, l. 28 dicembre 2015 (legge di stabilità 2016), ha assegnato alla Camera arbitrale (art. 4) la funzione di disporre linee guida al fine di rendere omogenea, da parte dei collegi

In tale quadro, se già la vecchia formula legislativa aveva sollevato perplessità circa la sua legittimità costituzionale, la nuova disposizione sembrerebbe presentare un carattere ancor più autoritativo della precedente, incidendo profondamente sulla volontà comune delle parti, inteso come unico presupposto per evitare la giurisdizione statale e devolvere la controversia alla risoluzione tramite arbitrato. Ciò in quanto, in primo luogo, obbliga il soggetto aggiudicatario ad accettare unicamente l'arbitrato amministrato e, una volta aderito senza effettuare alcuna comunicazione nell'esercizio della relativa facoltà di riconsiliazione, obbliga lo stesso a rivolgersi alla Camera arbitrale costituita presso l'ANAC, limitando l'autonomia privata sia al momento costitutivo della clausola arbitrale, sia con riferimento alla modalità di svolgimento dello stesso rimedio stragiudiziale, attraverso l'imposizione *ex lege* del regolamento di un solo ente terzo.

Alla luce di ciò, in definitiva, sarebbe opportuno interrogarsi, in primo luogo, sulla conformità della legge delega del nuovo Codice degli appalti rispetto ai principi dettati in materia da parte della Carta costituzionale e, conseguentemente, sulla legittimità delle norme inserite nel decreto legislativo lesive del principio volontaristico, proprio dell'istituto dell'arbitrato.

ABSTRACT

L'iniziale assenza di una normativa generale sull'utilizzo dell'arbitrato in ambito amministrativo ha indotto la giurisprudenza a ritenerlo inapplicabile alle controversie pubbliche, avuto riguardo all'inconciliabilità tra l'interesse pubblico insito nell'attività delle amministrazioni e la forte autonomia privata sottesa a tale rimedio extragiudiziale.

Il legislatore, facendo proprie le considerazioni svolte dalla Corte costituzionale, ha definitivamente previsto nel Codice del processo amministrativo l'arbitrato rituale di diritto quale strumento di risoluzione per le controversie concernenti i diritti soggettivi devoluti alla giurisdizione del giudice amministrativo, stabilendo, tuttavia, specifici limiti al suo utilizzo.

arbitrali, l'applicazione degli indici e degli elementi di valutazione della sussistenza delle violazioni degli obblighi di informazione, diligenza, correttezza e trasparenza previsti dal testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, nonché la funzione, nel caso di costituzione di più collegi arbitrali, di disciplinare i criteri per la distribuzione dei procedimenti tra i singoli collegi in ragione dell'omogeneità oggettiva o soggettiva delle questioni o, ancora, dell'identità della banca emittente gli strumenti finanziari subordinati.

Sempre in campo pubblico, l'ordinamento giuridico ha esteso l'istituto dell'arbitrato anche alla materia dei contratti pubblici, inserendolo, da ultimo, negli articoli 209 e 210 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50.

Gli adempimenti prescritti in tali disposizioni, ai fini dell'applicabilità dell'arbitrato alle liti derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici, hanno sollevato alcuni dubbi di legittimità, con particolare riferimento all'autorizzazione motivata da parte dell'organo di governo dell'amministrazione e al meccanismo della nomina del terzo arbitro, in quanto espressione, rispettivamente, di una deroga alla parità sostanziale tra le parti e di una limitazione della volontà delle stesse.

Sotto quest'ultimo profilo, la decisione legislativa di ammettere nel nuovo Codice dei contratti pubblici solo l'arbitrato amministrato da parte della Camera arbitrale dell'ANAC ha riaperto la necessità di valutare la vigente normativa con le osservazioni effettuate dalla Corte costituzionale nella pronuncia del 9 giugno 2015, n. 108.

The initial absence of a general regulation on use of arbitration in the administrative sphere has led jurisprudence to consider it inapplicable to public controversies, having regard to the irreconcilability between the public interest and the strong private autonomy underlying to this extrajudicial procedure.

Taking into account the considerations made by Constitutional Court, legislator definitively established the arbitration in the Code of the administrative process as legal instrument for the settlement of disputes, providing, however, specific limits to its use.

The judicial system has also extended institution of arbitration to the public contracts, including it in articles 209 and 210 of the legislative decree 18 April 2016, n. 50.

The requirements set in these provisions, in relation to applicability of arbitration to disputes arising from the execution of public contracts, have raised some doubts of legitimacy, with particular reference to prearranged authorization of the administration and mechanism of appointment of the third arbitrator, because notwithstanding the substantial equality between the parties and their will.

From this latter point of view, the legislative decision to admit in the Code of public contracts only the arbitration administered by ANAC Arbitration Chamber reopened the need to evaluate the new legislation with the observations made by Constitutional Court in its sentence 9 June 2015, n. 108.

KEYWORDS: ARBITRATO; ARBITRATO AMMINISTRATO; CODICE DEL PROCESSO AMMINISTRATIVO; CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI; ANAC.