

**Roma, 15 febbraio 2008**  
**Prot. 123**

**CIRCOLARE N. 22 / 2008**  
**AGLI ENTI ASSOCIATI**

**LG/**

**GESTIONE PATRIMONIO**  
 **ENTI PUBBLICI ECONOMICI**  
 **ENTI PUBBLICI NON ECONOMICI**

**OGGETTO:**

**Legge 24.12.2007, n. 244 – Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2008)- Art. 3, 19° comma – Disposizioni in tema di arbitrato.**

L'art. 3 della legge finanziaria 2008 contiene, al comma 19, disposizioni particolarmente significative in materia di contenzioso nei contratti per lavori, servizi e forniture stipulati dagli enti associati.

Prima di entrare nel merito delle innovazioni apportate dalla legge 244, appare opportuno rilevare che, in alternativa al contenzioso innanzi al Tribunale, è prevista, ancora per qualche mese come si vedrà, la possibilità di risolvere la controversia attraverso l'arbitrato, sistema di giustizia alternativo rispetto a quello ordinario, nel quale la vertenza è risolta da "giudici", gli arbitri, nominati dalle parti.

Con il Codice dei contratti di lavori pubblici, servizi e forniture, è stata, come è noto, abrogata la normativa sino ad allora vigente ed è stata prevista, *ex novo*, la disciplina dell'arbitrato (artt. 241-242-243).

Più in particolare, abrogata pressoché totalmente la disciplina vigente (ivi compreso il regolamento di procedura arbitrale (art. 256)), il Codice rinvia alla regolamentazione ordinaria dell'arbitrato, prevista dal codice di procedura civile (artt. 806 ss.).

Senza voler entrare nel merito, si reputa opportuno richiamare l'attenzione su alcuni elementi di carattere generale in tema di arbitrato:

- a) nel testo del contratto deve essere inserita la clausola che deferisce ad arbitri la controversia. Altrimenti non può essere adito il collegio arbitrale, ma la questione potrà essere risolta soltanto dal giudice ordinario;
- b) possono formare oggetto di arbitrato tutte le controversie derivanti dall'esecuzione del contratto, siano, cioè, state, o meno, oggetto di riserva;
- c) l'arbitrato si conclude con il c.d. lodo (che è la sentenza arbitrale), il quale può essere impugnato con appello innanzi alla Corte di Appello, ma soltanto per determinati e tassativi casi previsti dal codice di procedura civile (v., in particolare, ad esempio, l'art. 829: nullità del lodo). In altri termini, a differenza della sentenza del giudice ordinario, l'impugnazione del lodo è più limitata.

L'art. 253, commi 33 e 34, del Codice ha, dal suo canto, disciplinato il regime transitorio degli arbitrati introdotti antecedentemente alla sua entrata in vigore.

Appare, inoltre, opportuno rilevare come anche nei contratti aventi ad oggetto lavori, forniture e servizi, indipendentemente dalla disciplina processuale applicabile e dalla casistica, particolare importanza assume l'art. 6 della legge 21.7.2000, n. 205 (norma in materia di giustizia amministrativa), il quale, nel 2° comma, con norma di carattere generale, dispone che «le controversie concernenti diritti soggettivi devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo possono essere risolte mediante arbitrato rituale di diritto»: il

LA FEDERAZIONE ITALIANA PER LA CASA ADERISCE A CONFSERVIZI

contenzioso, infatti, riguardante la fase antecedente la stipula del contratto rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo.

Questo quadro normativo è stato totalmente ribaltato dall'ultima delle modifiche sostanziali al Codice introdotta, come si diceva, dalla legge 28.12.2007, n. 244, entrata in vigore il 1° gennaio 2008.

L'art. 3, 19° c., prescrive il divieto «alle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165» (19° comma), esteso anche «società interamente possedute ovvero partecipate maggioritariamente dalle pubbliche amministrazioni di cui al medesimo comma, nonché agli enti pubblici economici ed alle società interamente possedute ovvero partecipate maggioritariamente da questi ultimi» (20° comma), «di inserire clausole compromissorie in tutti i loro contratti aventi ad oggetto lavori, forniture e servizi ovvero, relativamente ai medesimi contratti, di sottoscrivere compromessi», comminando non solo la nullità delle relative pattuizioni ma prevedendo anche che la sottoscrizione di una clausola o di un compromesso costituisce illecito disciplinare e determina responsabilità erariale.

Si raccomanda, quindi, la massima attenzione al rispetto della norma, che coinvolge immediatamente, in via diretta ed indiretta, la responsabilità dell'ente, degli amministratori, se firmatari del contratto, e dei dirigenti, funzionari e responsabile del procedimento, se firmatari e/o predisponesti il contratto.

L'entrata in vigore del divieto è stata, però, con l'art. 15 d.l. 31.12.2007, n. 248 (c.d. «decreto mille proroghe», in GU 31.12.2007, n. 302), differita al 1° luglio 2008, «al fine di consentire la devoluzione delle competenze alle sezioni specializzate di cui all'articolo 1 del decreto legislativo 27 giugno 2003, n. 168» (Sezioni specializzate presso Tribunali e Corti di Appello in materia di proprietà industriale), con ciò rispondendo alle legittime preoccupazioni di chi aveva a più riprese sottolineato, pur manifestando la propria contrarietà al divieto di arbitrato, la necessità che almeno le controversie relative ai contratti pubblici non fossero assegnate ai giudici delle sezioni ordinaria dei Tribunali a causa dell'eccessivo rallentamento cui sarebbero andate incontro.

Con l'art. 3 della legge finanziaria 2008, quindi, viene fissato un espresso divieto di legge alla possibilità delle parti di far decidere ad arbitri controversie riguardanti, dal punto di vista oggettivo, pretese derivanti da contratti aventi ad oggetto lavori, forniture e servizi (19° comma) e, dal punto di vista soggettivo, contratti di cui una parte sia una pubblica amministrazione (19° comma), ovvero società o enti pubblici economici di cui al comma 20.

La *ratio* del divieto si fonda, come ha anche rilevato l'Autorità di vigilanza, da un lato, sul numero di casi in cui l'amministrazione è stata ritenuta soccombente in sede arbitrale e, dall'altro lato, su una prevista diminuzione di spesa per l'amministrazione che non dovrà, quindi, più corrispondere onorari agli arbitri (la cui determinazione è stata più volte oggetto di intervento normativo finalizzato alla diminuzione delle spese connesse alla via arbitrale peraltro, forse, compensate da una maggiore velocità di decisione): il comma 22 individua, infatti, i soggetti che dovranno «determinare con decreto i risparmi conseguiti per effetto dell'applicazione della norma «affinché siano corrispondentemente ridotti gli stanziamenti, le assegnazioni ed i trasferimenti a carico del bilancio dello Stato e le relative risorse siano riassegnate al Ministero della giustizia per il miglioramento del relativo servizio».

Riprendendo il testo di legge, il comma 19 prevede, dunque, la nullità delle convenzioni arbitrali comunque stipulate successivamente all'entrata in vigore della legge.

Il comma 21 disciplina la sorte delle clausole e dei compromessi già stipulati:

- La prima ipotesi considerata è quella in cui il collegio non si è ancora costituito alla data del 30 settembre 2007: in tale ipotesi, «è fatto obbligo ai soggetti di cui ai commi 19 e 20 di declinare la competenza arbitrale, ove tale facoltà sia prevista nelle clausole arbitrali inserite nei predetti contratti» - sia consensualmente o per legge (qualora, ad esempio, si tratti di lavori pubblici disciplinati dal vecchio capitolato generale di cui al d. P.R. 16.7.1962, n. 1063) -, con la conseguenza che «dalla data della relativa comunicazione opera esclusivamente la giurisdizione ordinaria».
- Corollario della norma è che la competenza del collegio permane, qualora sia stato costituito prima del 30 settembre 2007.
- La seconda ipotesi prevista prende, invece, in considerazione il caso in cui, sempre nei contratti per i quali sia prevista la facoltà di declinatoria della competenza arbitrale, il collegio sia stato già costituito successivamente al 30 settembre 2007 e fino alla data di entrata in vigore della legge (1.1.2008), prevedendo che esso decada automaticamente e le relative spese restino integralmente compensate tra le parti.

Il differimento, ex art. 15 d.l. 31.12.2007, n. 248, della entrata in vigore della normativa comporta, innanzitutto, che le amministrazioni, nei contratti da stipulare fino al 1° luglio 2008, potranno inserire clausole compromissorie pienamente valide, in quanto fino a tale data non opera il divieto del loro inserimento.

Problemi interpretativi ed operativi porrà, invece, l'applicazione del comma 21 dell'art. 3 della legge finanziaria, in quanto, come si è visto, è collegato ad un periodo temporale (30.9.2007), molto remoto rispetto alla data di entrata in vigore della nuova normativa (1.7.2008).

Allorquando, infatti, come ha anche avuto modo di rilevare esattamente l'ANCE (*Commento alle disposizioni* del 4.1.2008), «entrerà in vigore dopo il 1° luglio 2008, il comma 21 conterrà comunque la previsione della decadenza dei collegi costituiti dopo il 30 settembre 2007. Si verrebbe perciò a creare la singolare situazione dell'obbligo di declinatoria e della decadenza dei collegi costituiti in deroga a tale obbligo, relativamente ad un periodo di tempo (30 settembre 2007-1° luglio 2008) in cui tale obbligo non sussisteva (dal 30 settembre 2007 al 1° gennaio 2008 perché è periodo antecedente alla legge finanziaria, e dal 1° gennaio 2008 al 1° luglio 2008 perché è periodo nel quale l'intera disposizione è sospesa e perciò di fatto non opera nella realtà giuridica)».

È evidente l'importanza che, in argomento, assume la legge di conversione del decreto, dove dovrebbero essere inserite le indispensabili norme di raccordo con i limiti temporali previsti dal comma 21 dell'art 3 della legge finanziaria o di aggiornamento degli stessi.

Cordiali saluti.

p. Il Direttore Generale  
Venanzio Gizzi

