



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

Consiglio di Stato

Sezione Prima

Adunanza di Sezione del 23 marzo 2022

NUMERO AFFARE 01450/2019

OGGETTO:

Autorità nazionale anticorruzione.

Quesito sulla disciplina applicabile per la composizione del collegio arbitrale ex art. 209 del d.lgs. 50/2016 e, in particolare, sulla modalità di nomina dell'arbitro di parte nel caso in cui la parte stessa non abbia provveduto;

LA SEZIONE

Vista la relazione prot. n. 0077604 del 3 ottobre 2019 con la quale l'Autorità Nazionale Anticorruzione ha chiesto il parere del Consiglio di Stato, formulando quesiti sull'interpretazione degli articoli 209 e 210 del d.lgs. 50/2016;

visto il parere reso all'Adunanza del 6 novembre 2019;

visto il parere reso all'Adunanza del 22 dicembre 2021;

esaminati gli atti e udito il relatore, consigliere Vincenzo Neri;

1. Il quesito

L'ANAC riferisce che la camera arbitrale, istituita presso l'Autorità stessa, ha sottoposto alla sua attenzione alcuni problemi interpretativi sulla disciplina applicabile, per la composizione del collegio arbitrale ex art. 209 del d.lgs. 50/2016 (codice dei contratti pubblici), nell'ipotesi in cui una delle parti non designi l'arbitro di propria competenza, evidenziando, sul punto, un possibile contrasto tra le disposizioni del codice dei contratti pubblici e quelle del codice di procedura civile.

L'Autorità spiega, infatti, che l'art. 209 del d.lgs. 50/2016, recante la disciplina dell'arbitrato in materia di contratti pubblici, al comma 4, stabilisce che il collegio arbitrale è composto da tre membri ed è nominato dalla camera arbitrale; mentre il presidente del collegio è nominato direttamente dalla camera tra i soggetti iscritti all'albo di cui al comma 2 dell'art. 210, la nomina degli altri due arbitri è effettuata dalla camera su designazione delle parti. La norma, tuttavia, non contempla l'ipotesi in cui le parti non procedano a tale designazione; la disciplina applicabile, osserva l'ANAC, dovrebbe quindi rinvenirsi nelle disposizioni del codice di procedura civile, al quale il comma 10 dell'art. 209 rimanda per gli aspetti del procedimento arbitrale non disciplinati dal codice dei contratti.

Al riguardo, osserva l'Autorità, l'art.810 c.p.c., rubricato "nomina degli arbitri", dispone che quando la nomina degli arbitri spetta alle parti e una di queste rimane inerte nella nomina del proprio arbitro, a seguito dell'invito ricevuto dall'altra parte che già vi ha provveduto, la parte più diligente può chiedere che la nomina sia fatta dal presidente del tribunale del luogo in cui è stata stipulata la convenzione di arbitrato.

Prosegue l'ANAC che la camera arbitrale ha riferito di due recenti casi in cui, dopo l'entrata in vigore del nuovo codice dei contratti pubblici, dando continuità alla prassi seguita nel precedente regime, il Giudice ordinario (segnatamente, i Tribunali di Napoli e di Taranto) ha esercitato il potere sostitutivo di cui all'art. 810 c.p.c. per provvedere alla designazione dell'arbitro di parte, poi formalmente investito della nomina da parte della camera

arbitrale. Tuttavia, tale ultimo orientamento è stato disatteso dal presidente del Tribunale di Patti (decreto n. 3688/2019 del 8 maggio 2019) che, investito della domanda di designazione sostitutiva dell'arbitro di parte ai sensi dell'art. 810 c.p.c., ha respinto l'istanza ritenendo che, con l'accoglimento della stessa, il giudice *«verrebbe chiamato ad operare un intervento giurisdizionale non tipizzato, seppur di natura non contenziosa, di mera designazione con nomina rimessa alla Camera arbitrale»*.

Riferisce ancora l'Autorità che la camera arbitrale ha ritenuto che, in assenza di un'espressa attribuzione legislativa di tale competenza (il comma 4 dell'art. 209 dispone solo con riguardo alla designazione del presidente del collegio arbitrale e non anche nei riguardi degli altri arbitri, seppur in funzione sostitutiva delle parti) non avrebbe potuto provvedere alla designazione sostitutiva e, quindi, alla successiva nomina del collegio arbitrale, tenuto anche conto che, ai sensi del comma 7 dell'art. 209, la violazione delle disposizioni previste dal codice dei contratti pubblici per la nomina del collegio arbitrale avrebbe comportato la nullità del lodo eventualmente pronunciato.

Rilevato il contrasto di posizioni, l'ANAC sottopone al Consiglio di Stato i seguenti quesiti:

1. se effettivamente vi sia una lacuna legislativa in ordine alla previsione dell'organo a cui spetta il potere di designazione sostitutiva nel caso dei procedimenti arbitrali per i contratti pubblici;
2. se l'arbitro di parte, trattandosi di c.d. arbitro amministrato, possa essere nominato dalla camera arbitrale, e non dal presidente del tribunale, tenuto conto che la legge delega ha escluso il ricorso a procedure arbitrali diverse da quelle amministrative e ha accentuato il ruolo di garanzia svolto dalla camera arbitrale;
3. se, in caso contrario, permanendo il potere di nomina da parte del presidente del tribunale, ai sensi dell'articolo 810 c.p.c., come deve essere coordinato tale potere di nomina con quello della camera arbitrale di verifica del possesso, nell'arbitro designato dal Presidente del Tribunale, dei requisiti

soggettivi e della insussistenza nello stesso delle condizioni di inconferibilità dell'incarico;

4. nel caso in cui, invece, si ritenga che spetti alla camera arbitrale la nomina dell'arbitro di parte, in via sostitutiva, “prefigurare le modalità” (ad esempio, l'obbligo di individuazione del nominando dall'albo degli arbitri) atte a garantire la posizione istituzionale di terzietà della camera arbitrale.

2. I pareri interlocutori.

Con parere interlocutorio n. 3056 del 2019, la Sezione ha disposto di acquisire l'avviso del Ministero della giustizia e della Presidenza del consiglio - Dipartimento degli affari giuridici e legislativi (DAGL) “*anche in vista di un possibile intervento normativo*”.

Con la nota prot. n. 0014084 del 7 dicembre 2021, il DAGL ha formulato il proprio avviso.

Considerato che non era ancora pervenuto l'avviso del Ministero della giustizia, la Sezione, con parere n. 1997 del 29 dicembre 2021, ha ritenuto opportuno sollecitare il Ministero della giustizia che ha successivamente adempiuto con nota pervenuta tramite pec in data 13 gennaio 2022.

3. Il parere del Ministero della giustizia.

Il Ministero della giustizia, con nota datata 30 dicembre 2021 (come detto pervenuta in data 13 gennaio 2022), ritiene che “*alla parte sia rimessa un'attività di mera designazione di un potenziale arbitro e che la nomina vera e propria sia sempre di competenza della Camera arbitrale (quest'ultima è altresì titolare del potere integrale di designazione e nomina del Presidente del Tribunale arbitrale)*”. Sulla base di tale premessa – pur risultando opportuna un'integrazione del comma 4 dell'art. 209 d.lgs. n.50/2016 che recepisca espressamente tali principi confermando il potere della camera arbitrale di provvedere all'intera designazione e nomina anche in caso di mancata designazione della parte – ritiene che “*la normativa speciale non sembrerebbe consentire l'estensione del richiamo alle disposizioni del codice di procedura civile anche al momento genetico della nomina degli arbitri, disciplinata in modo*

differente e autonomo dall'art. 209 del d.lgs. n. 50/2016; dal tenore di tale disposizione e di quella contenuta nell'art. 210, comma 2, si desumerebbe infatti che alla Camera arbitrale vengono attribuiti non solo i poteri relativi alla nomina intesa come conferma di una designazione iniziale effettuata dalla parte, ma anche della previa designazione nell'ipotesi in cui la parte sia rimasta inerte e non vi abbia provveduto”.

4. Il parere del Dipartimento per gli affari giuridici e legislativi.

Per il DAGL, in prima battuta, il dato testuale (l'articolo 209, comma 10) porterebbe a ritenere competente per la nomina, e non la semplice designazione, il presidente del tribunale: *“Oltre ad essere in linea con le disposizioni appena citate, tale conclusione va preferita rispetto all'attribuzione al presidente del tribunale del solo potere di designazione (che effettivamente non trova supporto normativo) perché evita il sindacato della Camera arbitrale sull'operato di un organo giurisdizionale di vertice, così come era nel vigore del codice di cui al d.lgs. n. 163 del 2006 (che però riservava alle parti la nomina, e non la mera designazione, dell'arbitro di propria competenza)”.*

Per il Dipartimento *“la soluzione appena esposta tuttavia si pone in contrasto con la disciplina dell'arbitrato amministrato delineata dal Codice dei contratti pubblici, laddove, nell'intento di assicurare effettività al rimedio e garantire un giudizio di diritto imparziale, ma anche tecnicamente competente, si è attribuito il potere di nomina dell'intero collegio arbitrale alla Camera arbitrale. Precipitato di tale potere è da ritenersi altresì quello di verifica della sussistenza dei requisiti e dell'insussistenza delle cause di incompatibilità in capo agli arbitri designati dalle parti, compresi quelli designati dalla parte pubblica, onde prevenire possibili cause di nullità del lodo. Ritenendosi che vada preservata la coerenza sistematica della disciplina del Codice dei contratti pubblici in tema di arbitrato amministrato, appare preferibile la soluzione della questione nel senso di attribuire alla Camera arbitrale il potere sostitutivo dell'inerzia della parte nella designazione dell'arbitro, affidando perciò all'organo appositamente istituito presso l'Autorità anche questo compito, in aggiunta a quello di designazione e nomina del Presidente. Si tratta di un intervento in linea con la previsione dell'articolo 210, comma 2, in forza della quale la Camera arbitrale*

provvede, tra l'altro, "agli adempimenti necessari alla costituzione e al funzionamento del collegio arbitrale"».

Conclude, infine, affermando che *“pur ritenendo che la lacuna normativa evidenziata con l'istanza di parere possa essere colmata dall'interprete, questo Dipartimento resta disponibile a valutare l'opportunità di un intervento integrativo delle disposizioni del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, ove dovesse essere motivatamente esclusa la praticabilità di una soluzione interpretativa del testo normativo”.*

5. Il quadro normativo.

Per la risposta ai quesiti, la Sezione ritiene opportuno rivolgere brevemente l'attenzione al quadro normativo in materia di arbitrato.

5.1. Le regole vigenti nell'arbitrato rituale e irrituale disciplinato dal codice di procedura civile.

L'arbitrato è uno strumento per la risoluzione delle controversie in alternativa alla giustizia ordinaria.

Ai sensi dell'articolo 806 c.p.c. *“le parti possono far decidere da arbitri le controversie tra di loro insorte che non abbiano per oggetto diritti indisponibili, salvo espresso divieto di legge”.*

Per giungere alla procedura arbitrale, le parti devono manifestare innanzitutto l'intenzione di derogare alla giurisdizione ordinaria nel momento in cui è insorta la controversia mediante la stipulazione di un accordo, il compromesso, che deve essere redatto, a pena di nullità, per iscritto e deve determinare l'oggetto della controversia (articolo 807 c.p.c.). Le parti, nel contratto che stipulano o in un atto separato, possono anche stabilire che le controversie nascenti dal contratto siano decise da arbitri, purché si tratti di controversie che possono formare oggetto di convenzione d'arbitrato (articolo 808 c.p.c.). Gli articoli 809 c.p.c. e seguenti disciplinano composizione e modalità di nomina del collegio arbitrale.

Il procedimento arbitrale può svolgersi attraverso il c.d. “arbitrato *ad hoc*”, oppure attraverso un'istituzione arbitrale, c.d. “arbitrato amministrato” o

istituzionale. Nel primo caso sono direttamente le parti a stabilire nel compromesso o nella clausola compromissoria la regolamentazione applicabile al procedimento. Nel secondo, la gestione dell'arbitrato è rimessa ad una determinata istituzione e la disciplina applicabile è fissata dal regolamento da essa predisposto; *“i cd arbitrati amministrati, altro non sono che forme assistite da un'istituzione a ciò preposta, che provvede ad una serie di incombenze pratiche, svolgendo sostanzialmente una funzione di controllo dell'intero processo arbitrale, al fine di rendere meno litigioso lo svolgimento della procedura arbitrale, senza che ciò comporti alcun rapporto tra gli arbitri e l'istituzione, arbitri che nel momento in cui accettano, si impegnano esclusivamente nei confronti delle parti”* (Consiglio di Stato, sez. IV, 17 ottobre 2003, n. 6335).

L'iter procedurale si conclude con il lodo, cioè con decisione della controversia che ha valore di sentenza dichiarativa, in caso di *arbitrato rituale*, ovvero di atto negoziale, in caso di *arbitrato irrituale*.

Giova in questa sede ricordare che la giurisprudenza della Corte costituzionale ha escluso la legittimità costituzionale degli arbitrati obbligatori affermando che *“le ipotesi di arbitrato previste dalla legge sono illegittime solo se hanno carattere obbligatorio, e cioè impongono alle parti il ricorso all'arbitrato, senza riconoscere il diritto di ciascuna parte di adire l'autorità giudiziaria ordinaria (sentenze n. 221 del 2005, n. 325 del 1998, n. 381 del 1997, n. 152 e n. 54 del 1996, n. 232, n. 206 e n. 49 del 1994, n. 488 del 1991, n. 127 del 1977)”* (Corte cost. 13 giugno 2018, n. 123). Sempre per la Corte costituzionale, deve essere ribadito il principio, enunciato già con la sentenza n. 127 del 1977, per cui la "fonte" dell'arbitrato non può essere individuata in una legge ordinaria o in una volontà autoritativa, perché solo la scelta dei soggetti (intesa come uno dei possibili modi di disporre, anche in senso negativo, del diritto di cui all'art. 24, primo comma, Cost.) può derogare al precetto contenuto nell'art. 102, primo comma, Cost. Ciò corrisponde al criterio di interpretazione sistematica del testo costituzionale (nel quale la portata di una norma può essere circoscritta soltanto da altre norme dello stesso testo o da altre ancora ad esse parificate)

e corrisponde anche alla garanzia costituzionale dell'autonomia dei soggetti (sottolineata con particolare vigore nella sent. n. 2 del 1963 della Corte costituzionale), autonomia, che, mentre ad altro proposito è tutelata dagli artt. 41 - 44 Cost., nella materia che ne occupa e per le situazioni di vantaggio compromettibili è appunto garantita dall'art. 24, primo comma, della Costituzione.

5.2. La disciplina vigente nel codice del 2006: brevi cenni.

Il d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (codice dei contratti pubblici) ha ricondotto il sistema ad unità dopo la complessa stratificazione legislativa che si era creata a seguito delle differenti versioni della c.d. legge Merloni.

Il codice, nell'originaria formulazione, aveva ribadito la volontarietà dell'arbitrato, richiamando contestualmente le disposizioni del codice di procedura civile.

Per quanto d'interesse, all'articolo 241 era previsto che *“ai giudizi arbitrali si applicano le disposizioni del codice di procedura civile, salvo quanto disposto dal presente codice”*. L'articolo stabiliva inoltre che *“il collegio arbitrale è composto da tre membri”* e che *“ciascuna delle parti, nella domanda di arbitrato o nell'atto di resistenza alla domanda, nomina l'arbitro di propria competenza tra soggetti di particolare esperienza nella materia oggetto del contratto cui l'arbitrato si riferisce”*. Inoltre, *“il Presidente del collegio arbitrale è scelto dalle parti, o su loro mandato dagli arbitri di parte, tra soggetti di particolare esperienza nella materia oggetto del contratto cui l'arbitrato si riferisce (...)”* e, in caso di mancato accordo per la nomina del terzo arbitro, ad iniziativa della parte più diligente, provvede la camera arbitrale, sulla base di criteri oggettivi e predeterminati, scegliendolo nell'apposito albo (comma 15); in tal caso l'arbitrato era amministrato dalla stessa camera arbitrale, ex artt. 242 e 243, d.lgs. n. 163/06.

5.3. L'attuale disciplina contenuta agli artt. 209 e 210 del codice del 2016.

Il codice dei contratti pubblici del 2016 (d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50) dà vita ad un sistema per la risoluzione alternativa delle controversie che riproduce vecchi principi e introduce elementi innovativi.

L'attuale disciplina contenuta agli artt. 209 e 210 del codice del 2016 opta, in modo chiaro, per la soluzione del c.d. arbitrato amministrato.

L'arbitrato nel nuovo codice si connota, soprattutto, per essere un arbitrato obbligatoriamente amministrato dalla camera arbitrale per i contratti pubblici, istituita presso l'ANAC. Le parti, pertanto, non possono più optare per l'arbitrato *ad hoc* e, altra caratteristica, il presidente del collegio composto da tre arbitri è nominato sempre dalla camera arbitrale.

In particolare, l'articolo 209 dispone 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.

Il successivo quarto comma prevede che *“il collegio arbitrale è composto da tre membri ed è nominato dalla Camera arbitrale di cui 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”*.

Prosegue il quinto comma affermando che *“la nomina degli arbitri per la risoluzione delle controversie nelle quali è parte una pubblica amministrazione avviene nel rispetto dei principi di pubblicità e di rotazione oltre che nel rispetto delle disposizioni del presente codice. Qualora la controversia si svolga tra due pubbliche amministrazioni, gli arbitri di parte sono individuati tra i dirigenti pubblici. Qualora la controversia abbia luogo tra una pubblica amministrazione e un privato, l'arbitro individuato dalla pubblica amministrazione è scelto, preferibilmente, tra i dirigenti pubblici. In entrambe le ipotesi, qualora l'Amministrazione con atto motivato ritenga di non procedere alla designazione dell'arbitro nell'ambito dei dirigenti pubblici, la designazione avviene nell'ambito degli iscritti all'albo”*.

Il sesto comma contempla specifici casi di impossibilità di nomina per incompatibilità, mentre al settimo comma si afferma che *“la nomina del collegio arbitrale effettuata in violazione delle disposizioni di cui ai commi 4,5 e 6 determina la nullità del lodo”*.

Il comma 8 dispone ancora che *“Al fine della nomina del collegio, la domanda di arbitrato, l'atto di resistenza ed eventuali controdeduzioni sono trasmessi alla Camera arbitrale. Sono altresì trasmesse le designazioni di parte. Contestualmente alla nomina del Presidente, la Camera arbitrale comunica alle parti la misura e le modalità del deposito da effettuarsi in acconto del corrispettivo arbitrale. Il Presidente del collegio arbitrale nomina, se necessario, il segretario, anche scegliendolo tra il personale interno all'ANAC”*.

Il comma 10, già richiamato dall'ANAC nel formulare i quesiti, contiene il rinvio al codice di procedura civile nei seguenti termini *“ai giudizi arbitrali si applicano le disposizioni del codice di procedura civile, salvo quanto disposto dal presente codice. In particolare, sono ammissibili tutti i mezzi di prova previsti dal codice di procedura civile, con esclusione del giuramento in tutte le sue forme”*.

L'articolo 210 d.lgs. 50/16 contiene la disciplina della camera arbitrale, dell'albo degli arbitri e dell'elenco dei segretari, in particolare ai commi 1, 2, 3, 4 dispone che:

“1. Presso l'ANAC è istituita la Camera arbitrale per i contratti pubblici relativi a lavori, servizi, forniture, di seguito camera arbitrale.

2. La Camera arbitrale cura la formazione e la tenuta dell'Albo degli arbitri per i contratti pubblici, redige il codice deontologico degli arbitri camerale e provvede agli adempimenti necessari alla costituzione e al funzionamento del collegio arbitrale.

3. Sono organi della Camera arbitrale il Presidente e il consiglio arbitrale.

4. 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”.

Al successivo comma 7 sono indicate le categorie di soggetti che possono essere iscritti all'albo degli arbitri della camera arbitrale. L'iscrizione all'albo degli arbitri e all'elenco dei periti ha validità triennale e può essere nuovamente conseguita decorsi due anni dalla scadenza del triennio (comma 10).

6. La risposta ai quesiti.

Dalla breve disamina delle norme fino ad ora riportate, emerge che né l'articolo 209, né il successivo articolo 210, disciplinano espressamente l'ipotesi in cui la parte, cui spetta la nomina dell'arbitro di parte, non provveda. Ciò in parte spiega la ragione per cui sono state proposte differenti soluzioni al caso prospettato.

Prima di dare analitica risposta ai quesiti posti dall'ANAC (come si farà nel prosieguo), la Sezione reputa necessario esporre il ragionamento logico-giuridico sotteso alla decisione, anticipando sin da ora che il Collegio ritiene di aderire alla soluzione che attribuisce al presidente del tribunale il potere di designazione dell'arbitro nel caso di inerzia della parte.

6.1. Ciò premesso, in primo luogo va evidenziato che, atteso il richiamo esplicito operato al codice di procedura civile (*“Ai giudizi arbitrali si applicano le disposizioni del codice di procedura civile, salvo quanto disposto dal presente codice”*), il chiaro disposto dell'art. 209, comma 10, esclude che tecnicamente vi sia una lacuna.

La disposizione da ultimo richiamata serve proprio ad evitare le lacune e a prevedere una disciplina di riferimento – il più possibile completa – per tutti gli aspetti non regolati dal predetto articolo 209 codice appalti.

Leggendo l'articolo 209, comma 10, si ricava invero l'idea che all'arbitrato in materia di appalti si applichi per intero il codice di procedura civile, fatta eccezione per le regole contenute nel codice degli appalti.

Né in senso diverso può dirsi che il rinvio al codice di procedura civile sia limitato alla fase del giudizio e non anche a quella di costituzione del collegio arbitrale. Per la Sezione, la locuzione “giudizi arbitrali” deve essere riferita all’arbitrato”, come disciplinato al Titolo VIII del libro IV del codice di procedura civile (artt. 806 e segg.) nei suoi diversi Capi. Ragionando diversamente non sarebbe chiaro a quale dei diversi Capi (Capo I, “Della convenzione di arbitrato”, II “Degli arbitri”, III “Del procedimento”, IV “Del lodo” V “Delle impugnazioni”, ecc.) il Codice degli appalti abbia voluto fare riferimento.

6.2. Le affermazioni ora compiute, in secondo luogo, portano ad affermare che la disciplina generale dell’arbitrato in materia di appalti è quella dettata dal codice di procedura civile, attesa l’ampiezza del rinvio compiuto dall’articolo 209, comma 10, mentre le norme contenute all’articolo 209 codice degli appalti hanno carattere derogatorio, e dunque eccezionale, pur se contenute in una legge speciale (ossia che si applica “*soltanto ad una determinata materia o ad una determinata categoria di soggetti*”), qual è il codice degli appalti.

Venendo al caso di specie, il chiaro disposto dell’articolo 209, comma 10, ove si effettua un amplissimo richiamo al codice di procedura civile, porta a far concludere che la procedura di nomina degli arbitri da parte della camera arbitrale abbia natura derogatoria rispetto a quella generale del codice di procedura civile e dunque non possa essere applicata analogicamente, giusta il divieto contenuto all’art. 14 Preleggi.

6.3. In terzo luogo, va evidenziato che la camera arbitrale è un organo amministrativo e come tale soggetto al principio di legalità dell’azione amministrativa, principio quest’ultimo che comporta la possibilità di ritenere esistenti solo i poteri espressamente conferiti a tale organo amministrativo dalla legge. Ne consegue che non possono riconoscersi, in via analogica, poteri non conferiti dalla legge – anzi espressamente assegnati al presidente del tribunale – come avverrebbe se la camera arbitrale supplisse all’inerzia della parte privata designando l’arbitro.

Tale ultima considerazione risulta essere l'unica soluzione coerente sia con la possibilità per le pubbliche amministrazioni di adottare solo i provvedimenti espressamente stabiliti dalla legge (c.d. tipicità e *numerus clausus*) sia con l'esplicita previsione legislativa di nominare unicamente il presidente e, su designazione degli arbitri di parte, il collegio, ex art. 209, comma 4 (*“Il collegio arbitrale è composto da tre membri ed è nominato dalla Camera arbitrale di cui 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”*).

Va poi aggiunto che nel nostro sistema, sempre il principio di legalità, porta al tendenziale rifiuto del ricorso a poteri impliciti. Come chiaramente affermato dalla Corte costituzionale, vi è *«l'imprescindibile necessità che in ogni conferimento di poteri amministrativi venga osservato il principio di legalità sostanziale, posto a base dello Stato di diritto. Tale principio non consente «l'assoluta indeterminatezza» del potere conferito dalla legge ad una autorità amministrativa, che produce l'effetto di attribuire, in pratica, una «totale libertà» al soggetto od organo investito della funzione (sentenza n. 307 del 2003; in senso conforme, ex plurimis, sentenze n. 32 del 2009 e n. 150 del 1982). Non è sufficiente che il potere sia finalizzato dalla legge alla tutela di un bene o di un valore, ma è indispensabile che il suo esercizio sia determinato nel contenuto e nelle modalità, in modo da mantenere costantemente una, pur elastica, copertura legislativa dell'azione amministrativa»* (Corte cost. 115/2011).

È ben vero che, nel caso di specie, all'articolo 210, comma 2, codice degli appalti è stabilito che *“la Camera arbitrale cura la formazione e la tenuta dell'Albo degli arbitri per i contratti pubblici, redige il codice deontologico degli arbitri camerali e provvede agli adempimenti necessari alla costituzione e al funzionamento del collegio arbitrale”*, tuttavia, ritiene la Sezione, che, con un'interpretazione costituzionalmente orientata, per le ragioni prima esposte, la locuzione

“*adempimenti necessari alla costituzione e al funzionamento del collegio arbitrale*” non possa essere interpretata estensivamente nel senso di ampliare i poteri anche ad ipotesi non disciplinate e a poteri non espressamente conferiti.

A conferma di quanto or ora affermato va aggiunto che, se si ritenesse la camera arbitrale competente alla nomina dell'arbitro nel caso di inerzia della parte, sarebbe necessario altresì individuare il procedimento amministrativo che tale organo deve seguire, così svolgendo un compito che è demandato unicamente al legislatore.

6.4. In quarto luogo, la Sezione osserva che se fosse riconosciuto alla camera arbitrale il potere di nominare anche l'arbitro di parte, vi sarebbe un collegio che per due terzi (il presidente e un arbitro) sarebbe composto da soggetti nominati dallo stesso organo, ossia la camera arbitrale.

Fermo restando che la camera arbitrale ha certamente connotati di elevatissima indipendenza, in via sistematica, sino a quando non vi sarà un intervento del legislatore primario, va preferita la scelta che evita la “concentrazione” di nomine nello stesso organo e che opta per la nomina da parte di un soggetto terzo, anch'esso istituzionalmente caratterizzato da imparzialità e indipendenza, peraltro non competente a nominare neppure il presidente del collegio arbitrale.

6.5. In quinto luogo, occorre considerare che il dubbio sull'esistenza del potere in capo alla camera arbitrale, dubbio riconosciuto sia dall'ANAC sia dal DAGL, crea il rischio che l'atto di designazione dell'arbitro di parte sia adottato in carenza di potere con conseguente nullità del collegio e del lodo, ex art. 209, comma 7 (“*La nomina del collegio arbitrale effettuata in violazione delle disposizioni di cui ai commi 4, 5 e 6 determina la nullità del lodo*”).

La Sezione, in presenza di una norma (qual è il comma 10 dell'articolo 209) che richiama espressamente il codice di procedura civile conferendo il potere di nomina al presidente del tribunale, ritiene che vada seguito il canone ermeneutico per cui, in presenza di diverse opzioni interpretative, debba

essere preferita quella più prudente e meno rischiosa per la validità degli atti adottati.

6.6. La Sezione osserva altresì che la difficoltà interpretativa, legata alla distinzione tra designazione e nomina, possa essere risolta.

Va osservato infatti che il presidente del tribunale, procedendo alla designazione nello svolgimento del suo ruolo istituzionale, rispetterà le disposizioni previste dal codice degli appalti (ivi comprese le incompatibilità lì stabilite), procedendo a designazioni che la camera arbitrale non avrà difficoltà ad inserire poi nel collegio arbitrale, con la conseguenza che difficilmente vi potrà essere un problema in sede di nomina del collegio da parte della camera arbitrale.

In ogni caso, se la camera arbitrale dovesse avere dubbi circa il possesso dei requisiti da parte dell'arbitro designato dal presidente del tribunale, potrà validamente interloquire col presidente del tribunale, che agisce nell'esercizio di poteri di volontaria giurisdizione (Cassazione civile, sez. I, 9 luglio 7 2018, n. 18004; Cassazione civile, sez. I, 21 luglio 2010, n. 17114), fermo restando che pur essendo inammissibile il ricorso straordinario per cassazione ai sensi dell'art. 111 Cost. o il reclamo (Cassazione civile, sez. III, 19/01/2006, n. 1017), il decreto di nomina o di sostituzione di un arbitro, è *“provvedimento privo di carattere decisorio e insuscettibile di produrre effetti sostanziali o processuali di cosa giudicata”* (Cassazione civile, sez. VI, 9 giugno 2020, n.10985; Cassazione civile, sez. I, 9 luglio 2018, n. 18004).

6.7. Alla luce delle considerazioni sino a qui esposte, la Sezione reputa di rispondere così ai quesiti:

6.7.1. In ordine al primo quesito – *“se effettivamente vi sia una lacuna legislativa in ordine alla previsione dell'organo a cui spetta il potere di designazione sostitutiva nel caso dei procedimenti arbitrari per i contratti pubblici”* – la Sezione ritiene che il rinvio esplicito al codice di procedura civile, contenuto all'art. 209, comma 10, d.lgs. 50/16, esclude che tecnicamente vi sia una lacuna normativa.

6.7.2. In ordine al secondo quesito – *“se l’arbitro di parte, trattandosi di c.d. arbitrato amministrato, possa essere nominato dalla camera arbitrale, e non dal presidente del tribunale, tenuto conto che la legge delega ha escluso il ricorso a procedure arbitrali diverse da quelle amministrative e ha accentuato il ruolo di garanzia svolto dalla Camera arbitrale”* – la Sezione è dell’avviso che, per le considerazioni espresse, il presidente del tribunale sia il soggetto istituzionale deputato alla nomina dell’arbitro di parte nel caso di inerzia della parte stessa.

6.7.3. In relazione al terzo quesito – *“se permanendo il potere di nomina da parte del presidente del tribunale, ai sensi dell’articolo 810 c.p.c., come deve essere coordinato tale potere di nomina con quello della camera arbitrale di verifica del possesso, nell’arbitro designato dal Presidente del Tribunale, dei requisiti soggettivi e della insussistenza negli stessi delle condizioni di inconferibilità dell’incarico”* – per le ragioni esposte nel presente parere, la Sezione rileva che la distinzione tra “designazione” e “nomina” dell’arbitro non è di ostacolo all’individuazione del presidente del tribunale quale organo deputato alla designazione nel caso di inerzia della parte. Partendo dal presupposto che i rapporti tra presidente del tribunale e camera arbitrale dovranno essere improntati al principio della leale collaborazione, la “designazione” da parte del presidente del tribunale andrà effettuata tra coloro che possiedono i requisiti soggettivi richiesti dal codice degli appalti; inoltre, poiché la designazione è atto di volontaria giurisdizione, non si traduce in un provvedimento giurisdizionale, come già rilevato al paragrafo 6.6., con conseguente possibilità per la camera arbitrale di interloquire qualora dovesse ritenere esistenti ‘imperfezioni’ nell’atto di nomina.

6.7.4. Sul quarto quesito – *“nel caso in cui, invece, si ritenga che spetti alla Camera arbitrale la nomina dell’arbitro di parte, in via sostitutiva, “prefigurare le modalità (ad esempio, l’obbligo di individuazione del nominando dall’albo degli arbitri) atte a garantire la posizione istituzionale di terzietà della Camera arbitrale”* – non occorre dare risposta rimanendo assorbito nelle risposte ai quesiti precedenti.

7. Rileva in ultimo la Sezione che la risposta ai quesiti è stata fornita sulla base dell'interpretazione complessiva e sistematica delle disposizioni di legge attualmente vigenti in presenza di un quadro normativo indubbiamente non perspicuo.

Per questa ragione, ai sensi dell'articolo 58 r.d. 21 aprile 1942, n. 444, la Sezione reputa opportuno trasmettere il presente parere alla Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento per gli affari giuridici e legislativi per valutare l'opportunità di una modifica legislativa.

P.Q.M.

Nei termini suesposti è il parere della Sezione.

L'ESTENSORE
Vincenzo Neri

IL PRESIDENTE
Mario Luigi Torsello

IL SEGRETARIO
Elisabetta Argiolas