

SECONDA COMMISSIONE

Partecipazione dei magistrati ai collegi arbitrali.

(Risoluzione del 12 marzo 1997)

1. La sentenza 152/96 della Corte Costituzionale

Con la sentenza n. 152 del 2 maggio 96, la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 16 della legge 10 dicembre 1981 n. 741 (ulteriori norme per l'accelerazione delle procedure per l'esecuzione di opere pubbliche, che ha sostituito l'art. 47 del D.P.R. 16 luglio 1962 n. 1063, nella parte in cui non stabilisce che la competenza arbitrale può essere derogata anche con atto unilaterale di ciascuno dei contraenti.

Osserva la sentenza che già con la precedente pronuncia n. 127 del 1977 era stata dichiarata l'illegittimità costituzionale di analoga norma in tema di brevetti, sulla convinzione che l'intenzione del Costituente era stata quella di tutelare la concentrazione della funzione giurisdizionale, per cui, in base al congiunto disposto degli artt. 24, primo comma, e 102, primo comma, della Costituzione, il fondamento di qualsiasi arbitrato è da rinvenirsi solo nella libera scelta delle parti e non nella legge o, più generalmente, in una volontà autoritativa.

Ricorda, inoltre, la sentenza 152/96 che analoghi principi avevano già sorretto altre pronunce (sentenza n. 35 del 1958 e n. 2 del 1963) nelle quali tra l'altro, si affermava che *"è la scelta compiuta dalle parti che produce lo spostamento di competenza dal giudice del procedimento ordinario a quello del procedimento di impugnativa del lodo, non il comando di una legge elusivo di una aspettativa maturata, o quello di un organo dello Stato al quale la stessa legge ha conferito la corrispondente potestà"*; sottolinea, inoltre, che l'illegittimità costituzionale della imposizione autoritativa del ricorso all'arbitrato era stata ribadita successivamente da numerose sentenze della stessa Corte (n. 54 del 1996; n. 493, 232, 206, 49 del 1994; n. 488 del 1991). In una di queste pronunce (sentenza n. 232 del 1994) si era anche ritenuto non conforme ai principi costituzionali il rinvio della controversia ad una commissione arbitrale predeterminata direttamente dalla legge.

Quanto alla norma dichiarata incostituzionale, nella sentenza 152/96 si afferma che *"la nuova formulazione dell'art. 47, collegata con le disposizioni degli articoli precedenti, prevede un sistema declinatorio della competenza arbitrale che non si sottrae alla censura di incostituzionalità, in quanto sostanzialmente conferma la natura obbligatoria dell'arbitrato, ritenuta illegittima dalla costante giurisprudenza di questa Corte"*.

La derogabilità del ricorso all'arbitrato, previsto dalla normativa di cui al D.P.R.1063/1962, non esclude la sostanziale obbligatorietà dell'arbitrato, in quanto *"esigendosi l'accordo delle parti per derogare alla competenza arbitrale, si rimette pur sempre alla volontà della sola parte che non voglia tale accordo derogatorio, l'effetto di rendere l'arbitrato concretamente obbligatorio per l'altro soggetto che non l'aveva voluto. Sarebbe infatti sufficiente la mancata intesa sulla deroga della competenza arbitrale per vanificare l'apparente facoltatività bilaterale dell'opzione"*.

Conclude la sentenza che *"l'arbitrato può invece ritenersi non obbligatorio quando Æ come prevedeva l'originaria formulazione dell'art. 47 Æ anche dopo l'aggiudicazione dell'appalto e fino alla nomina degli arbitri per la decisione sull'insorta controversia, sia consentita la facoltà, all'una o all'altra parte del rapporto, di scegliere ancora la competenza ordinaria"*.

La sentenza ora ricordata è, ovviamente, immediatamente applicabile. Si è discusso, tra i primi commentatori, se essa travolga gli arbitrati già definiti con lodo prima della sua pronuncia o se, più limitatamente, essa incida sulla validità dei collegi arbitrali costituiti prima della sua emanazione e che non abbiano ancora definito la controversia ad essi devoluta. Ma nessun dubbio può esservi sul punto che essa determini, con effetto immediato, la nullità delle clausole compromissorie stipulate in conformità e in ossequio agli articoli 45-47 del capitolato, pur se relativi ad appalti stipulati ed aggiudicati prima della

decisione della Corte. È da presumere che gli operatori più accorti, al fine di evitare rischi ed incertezze, provvedano a denunciare le clausole compromissorie ormai illegittime, salvo a richiedere concordemente la devoluzione della controversia ad un collegio arbitrale *ad hoc*, secondo l'espressa indicazione contenuta nella sentenza della Corte Costituzionale.

Non appare comunque dubbio che la succitata sentenza della Corte Costituzionale impone di rifiutare qualsiasi interpretazione della normativa in materia di arbitrati che ne assuma l'obbligatorietà. In primo luogo, infatti, le parti hanno ora sempre la possibilità di adire il giudice ordinario per la soluzione delle loro controversie. In secondo luogo, hanno la possibilità, denunciando la clausola compromissoria originaria, di devolvere concordemente la controversia ad un collegio arbitrale, del quale sono libere di determinare la composizione e le modalità di costituzione.

Ciò consente al Consiglio di adottare una linea definitiva in tale spinosa e controversa questione senza essere più condizionato dall'esigenza di non sottrarre alle parti quello che fino alla pronuncia del giudice delle leggi appariva l'unico mezzo a loro disposizione per la soluzione delle loro controversie.

2. Il precedente dibattito consiliare

Ora, è noto che il Consiglio, quale che fossero le scelte di volta in volta adottate in materia, ivi ricomprese le posizioni espresse da coloro che hanno ritenuto vincolanti le disposizioni di cui al D.P.R. 1063/62, ha sempre espresso un unanime giudizio di disvalore circa la partecipazione dei magistrati agli arbitrati.

Le preoccupazioni del Consiglio per tale partecipazione sono note e sono consacrate in vari atti consiliari.

“Le ragioni del disagio espresso dei magistrati e del quale il Consiglio si è reso interprete risiedono in una serie di valutazioni, che sono sintetizzabili in primo luogo nella stessa perplessità sul fatto che i giudici siano distolti dal lavoro ordinario per accudire a spesso complesse controversie arbitrali, in un contesto, per altro verso, di sofferta impotenza, a fronte della sostanziale paralisi della giustizia civile, afflitta da patologico arretrato.

La singolarità del sistema normativo che prevede la scelta dei destinatari in un ambito assai ristretto (ed ulteriormente ridotto a cagione della dichiarata indisponibilità di numerosi magistrati) rende poi ancor più irrazionale l'attribuzione degli incarichi ai magistrati.

Sottesa ad una così diffusa riluttanza è per vero la consapevolezza di una specie di abbandono del ruolo istituzionale a vantaggio di una giustizia privata che, se pure disciplinata nel sistema giuridico, si atteggia comunque a sede alternativa rispetto alla giurisdizione devoluta all'ordine giudiziario; consapevolezza, peraltro, connotata dal rischio inammissibile di esposizione del giudice in ambienti imprenditoriali e di pubbliche amministrazioni dove potrebbero innestarsi diversi tipi di impegno da parte della magistratura.

Per non parlare, infine, dell'imbarazzo di dover giustificare spesso cospicui vantaggi economici individuali, in una prospettiva di generale trasparenza proprio della funzione giurisdizionale”.

È ovvio e conseguenziale, pertanto, che il Consiglio Superiore abbia tentato di svolgere, anche mediante l'emanazione di ripetute circolari un'“opera di contenimento” nella materia degli arbitrati, cercando di interpretare con particolare rigore la relativa normativa ed affermando la necessità di un proprio intervento autorizzatorio.

Assumendo come premessa che *“la crescente consapevolezza dell'importanza dei valori costituzionali dell'indipendenza e dell'autonomia della magistratura ha condotto a vedere con progressivo disfavore l'attività arbitrale del magistrato, da un lato per la indubbia sottrazione di energie che essa comporta all'attività giudiziaria vera e propria, dall'altro lato per le implicazioni e le soggezioni che tale attività, oltretutto cospicuamente retribuita, genera sull'indipendenza e sulla credibilità del magistrato”*, il C.S.M. con

circolare 16 febbraio 1966 ha indicato, in linea generale, la necessità di garantire l'indipendenza interna evitando favoritismi ed assicurando l'equa distribuzione degli incarichi da parte dei dirigenti; con circolare del 4 luglio 1968 ha sottolineato la necessità di evitare il diffondersi di critiche nell'ambiente forense, e l'esigenza di non sottrarre tempo al normale lavoro giudiziario; con circolare in data 13 maggio 1977, ha affermato un proprio "generale potere di controllo in rapporto alle esigenze di servizio", innestando un suo potere-dovere di verifica (tramite richiesta di informazioni ed onere di comunicazioni) anche sulle nomine sottratte formalmente al potere autorizzatorio.

Successivamente, ed in più occasioni, il Consiglio ha posto in evidenza di avere "sempre inteso affermare rigorosamente il principio dell'assoluto impegno del giudice per l'assolvimento delle funzioni di istituto", non meno che "l'esigenza di assicurare che i magistrati non siano, o anche solo appaiano, sottratti all'esercizio delle attività loro istituzionalmente proprie" (circolare 8 ottobre 1986, ribadita l'8 novembre 1990).

Successivamente, il 16 giugno 1993, il Consiglio ha sottolineato il crescente rischio che "attraverso determinate clausole contrattuali (quali ad esempio nell'occasione dell'assegnazione di appalti della P.A. ad imprese private) possano essere portati a compimento reati di rilevante gravità" e, di riflesso, il pericolo che la presenza di magistrati in risoluzioni arbitrali di tal fatta si traduca nel coinvolgimento, sia pure all'insaputa dei componenti il collegio arbitrale, in vicende nocive all'immagine dei magistrati stessi.

Più recentemente, tornando sull'argomento in data 7 marzo 1995, ha tra l'altro deliberato: di rinnovare l'invito al Governo e al Parlamento per l'introduzione con procedura d'urgenza del divieto per tutti i magistrati di assumere incarichi arbitrali e per l'immediata operatività della disposizione di cui all'art. 32 della legge n. 109/94 anche con riferimento alle controversie riguardanti contratti stipulati prima dell'entrata in vigore della legge 109 citata; di adire la Corte Costituzionale mediante conflitto di attribuzione nei confronti del Governo in ordine all'art. 45 del D.P.R. 1063/1962 o, qualora si ritenesse "legificata", contestare questa norma mediante questione di legittimità costituzionale in via incidentale, di invitare il presidente della Corte d'Appello di Roma a procedere alle assegnazioni (o riassegnazioni) degli incarichi con più restrittivi criteri che lo stesso Consiglio ha indicato (non più di un incarico per ogni anno e assegnazione degli incarichi a tutti i magistrati addetti agli uffici giudicanti del distretto e impegno dei magistrati a versare la quota previdenziale e subordinazione del conferimento al preventivo esaurimento degli incarichi in corso e produzione della dichiarazione dei compensi per incarichi precedentemente svolti e dell'adempimento degli oneri fiscali e mutualistici).

Tale essendo la contrarietà del Consiglio alla partecipazione dei magistrati agli arbitrati, contrarietà peraltro espressa in numerose sollecitazioni al Governo ed al Parlamento per una definitiva soluzione legislativa della questione, nel corso degli anni si perveniva alla adozione di una linea consiliare, per quanto riguarda quelli facoltativi, di convinto e generalizzato diniego di autorizzazione.

3. I cosiddetti arbitrati obbligatori e la linea del C.S.M.

Più complessa la situazione per i cosiddetti arbitrati obbligatori, che converrà qui sintetizzare. Non senza prima precisare, però, che il concetto di obbligatorietà può qui assumere due significati: il primo è riferito all'obbligatorietà del giudizio arbitrale, nel senso che per legge o per pattuizione l'arbitrato sia previsto come unico mezzo di risoluzione delle controversie, essendo precluso alle parti di adire il giudice ordinario (ipotesi, questa, che la pronunzia della Corte ha espunto dall'ordinamento); il secondo, meglio definibile come arbitrato a partecipazione obbligatoria di un magistrato è riferito alle ipotesi in cui l'arbitrato è obbligatorio o facoltativo e era rimesso ad un collegio arbitrale la cui composizione era disciplinata dalla legge prevedendosi la presenza obbligatoria in esso di un magistrato.

Stabilisce l'art. 16 dell'Ordinamento Giudiziario, così come modificato dall'art. 14 della L. 2 aprile 1979 n. 97, che i magistrati non possono esercitare industrie e commerci o libere professioni né possono assumere pubblici o privati impieghi od uffici, ad eccezione di quelli di senatore, deputato od amministratore gratuito di istituzioni pubbliche di beneficenza.

Prevede, poi, lo stesso art. 16, che "salvo quanto disposto dal primo comma dell'art. 61 dello statuto degli impiegati civili dello Stato, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 10 gennaio 1957, n.

3, non possono, inoltre, accettare incarichi di qualsiasi specie nè possono assumere le funzioni di arbitro senza l'autorizzazione del Consiglio Superiore della Magistratura.

In tal caso possono assumere le funzioni di arbitro unico o di presidente del collegio arbitrale ed esclusivamente negli arbitrati in cui è parte l'Amministrazione dello Stato ovvero aziende od enti pubblici, salvo quanto previsto dal capitolato generale per le opere di competenza del Ministero dei lavori pubblici, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 16 luglio 1962, n. 1063".

In base a tale disposizione, dunque, i magistrati potrebbero astrattamente svolgere le funzioni arbitrali soltanto come arbitri unici o presidenti dei collegi ed a condizione che una delle parti sia un'Amministrazione dello Stato ovvero un'azienda od altro ente pubblico.

La partecipazione come semplice componente sarebbe, comunque, possibile, per la espressa menzione contenuta nell'art. 16 ord. giud., nell'ipotesi di arbitrati previsti dal D.P.R. n. 1063/1962, il quale all'art. 43 prevede: *"salvo il disposto del successivo art. 47, tutte le controversie tra l'Amministrazione e l'appaltatore, così durante l'esecuzione come al termine del contratto, quale che sia la loro natura tecnica amministrativa o giuridica, che non si sono potute definire in via amministrativa a norme del precedente articolo 42, sono deferite, giusta gli articoli 806 e seguenti del codice di procedura civile e 349 della legge sui lavori pubblici 20 marzo 1865, n. 2248, allegato F), al giudizio di cinque arbitri".*

Il successivo art. 45 dello stesso D.P.R. precisa poi che i collegi arbitrali debbono essere obbligatoriamente costituiti *"da un magistrato del Consiglio di Stato, che lo presiede, nominato dal Presidente del Consiglio stesso; da un magistrato giudicante della Corte di Appello di Roma, nominato dal Primo Presidente della Corte stessa; da un componente tecnico del Consiglio Superiore dei LL.PP., nominato dal Presidente del Consiglio stesso; da un funzionario della carriera direttiva, amministrativa o tecnica del Ministero dei lavori pubblici o da un avvocato dello Stato, nominato dal Ministro dei lavori pubblici o da un suo delegato; da un libero professionista, iscritto nel relativo albo, nominato da un appaltatore".*

Si disputava a lungo della forza di legge del decreto del 1962, sostenendosi da alcuni che tale decreto sarebbe stato "legificato" con leggi successive, ed in particolare con la legge n. 741 del 1981, mentre, d'altra parte, si obiettava che tale ultimo provvedimento consta di numerosi articoli che riguardano svariate materie su cui occorreva incidere con norme di fonte primaria e che, oltretutto, se la legge 97 del 1979 ha richiamato il capitolato come deroga, ciò non equivale affatto ad averlo elevato a dignità di legge, attenendo detta deroga soltanto alla veste che il magistrato deve assumere, senza incidere affatto sul potere autorizzatorio del Consiglio.

A seguito di un lungo dibattito circa la natura della partecipazione dei magistrati a tale genere di arbitrati, il Consiglio perveniva alla risoluzione del 10 febbraio 1994, nella quale, procedendo dalla premessa della illegittimità delle norme che impongono la partecipazione del magistrato ai collegi arbitrali (in armonia con le conclusioni del parere n. 120/93 dell'Ufficio Studi) e della maggiore rilevanza della portata della fattispecie degli arbitrati previsti dal capitolato generale per opere di competenza del Ministero dei Lavori Pubblici, di cui al D.P.R. n. 1063/1962 (mentre le altre ipotesi normative, prevalentemente di leggi regionali, prospettano una incidenza marginale), ha esaminato le soluzioni astrattamente praticabili, individuandole: nella disapplicazione di detta norma; nella impugnazione della stessa dinanzi al giudice amministrativo, ammissibile in quanto avente natura regolamentare; nella proposizione di un conflitto di attribuzioni nei riguardi del Governo, per la ritenuta illegittimità di un intervento regolamentare in materia di ordinamento giudiziario, viceversa destinataria (ex art. 108 Cost.) di specifica riserva di legge.

La prima di queste soluzioni veniva giudicata impraticabile, alla stregua dell'obbligo imposto a tutte le pubbliche amministrazioni di conformarsi alla legge come ai regolamenti. La seconda, a parte i profili di ordine giuridico, veniva considerata quanto meno inammissibile per tardività (vedi parere n. 120/93 dell'Ufficio Studi). La terza, la cui ammissibilità dipenderebbe dall'esistenza di un interesse effettivo ed attuale e dalla necessità di dovere difendere le attribuzioni proprie del Consiglio in materia di *status* dei magistrati, veniva ritenuta fragile, specie a fronte della disponibilità del Governo e del Parlamento a rivedere la materia e nella prospettiva di evitare conflitti istituzionali. E ciò, da una parte, per la non sicura portata regolamentare della norma che legittima la partecipazione dei magistrati ai collegi arbitrali, la quale avrebbe potuto trovare fondamento nello stesso ordinamento giudiziario che (con le modifiche introdotte all'art. 16 ord. giud.) disciplina appunto la fattispecie; dall'altra, per la possibile inesistenza di alcuna violazione della riserva di legge in una materia in cui spetta tuttavia al Consiglio di concedere o negare la autorizzazione.

Un'altra più recente impostazione sostenuta nello svolgimento del dibattito ha affermato che la riforma del 1979 dell'art. 16 ord. giud. ha confermato il principio generale e ineludibile della necessità dell'autorizzazione del C.S.M. per lo svolgimento di incarichi di qualsiasi specie e, quindi, anche per le funzioni di arbitro.

Il comma III del citato art. 16 D si sosteneva D dimostra che il legislatore, nell'emanare la nuova normativa, aveva ben tenuto presente D proprio perché esplicitamente richiamato D anche il capitolato generale per le opere di competenza del Ministero dei lavori pubblici, approvato con il D.P.R. n. 1063 del 1962.

Orbene, nel prevedere la indispensabilità dell'autorizzazione, si è riconosciuto espressamente il primario potere del C.S.M. in ordine all'espletamento degli incarichi, compresi quelli cosiddetti obbligatori, di valutare in tutti i casi la possibile lesione dei valori demandati alla sua esclusiva tutela.

L'esercizio del potere autorizzatorio del C.S.M. in materia, quindi, resterebbe assolutamente libero, non solo in ordine ai criteri di carattere contingente e concreto cui subordinare l'autorizzazione, ma anche in ordine ai criteri di carattere generale cui, al di là del caso concreto, deve essere subordinato tale potere autorizzatorio, così che il Consiglio potrebbe negare ogni e qualsiasi incarico, in ipotesi di palese generale turbativa del buon andamento del servizio o in considerazione del contingente contesto storico o della particolare tipologia di determinati appalti.

Alla impostazione illustrata si obiettava principalmente che, in tal modo, potrebbe comprometersi il diritto delle parti a vedersi costituito un giudice che debba decidere la controversia; obiezione, però, che perde oggi consistenza alla luce della sentenza 152/96.

Nelle numerose discussioni in materia, le proposte che si rifacevano più direttamente ai compiti costituzionali di tutela dell'indipendenza della magistratura, svolti al C.S.M., non mancavano di sottolineare come l'interprete sia sempre tenuto a privilegiare, tra le varie possibili, l'interpretazione più aderente al dettato costituzionale.

4. Le leggi 109/94 e 216/95

Nel corso dell'annoso dibattito consiliare in materia, interveniva la legge 11 febbraio 1994, n. 109, che, nel riformare profondamente la disciplina degli appalti pubblici, escludeva drasticamente la possibilità di compromettere in arbitri le controversie eventualmente insorte fra l'appaltante e l'appaltatore.

Disponeva, infatti, l'art. 32 di tale legge: *“qualora insorgano controversie relative ai lavori pubblici le parti ne danno comunicazione al responsabile del procedimento che propone una conciliazione per l'immediata soluzione della controversia medesima.*

Qualora le parti non raggiungano un accordo entro sessanta giorni dalla comunicazione di cui al comma 1, la soluzione è attribuita al giudice competente; dinanzi al giudice ordinario, nel caso dei lavori in corso, si applicano gli articoli 413 e seguenti del codice di procedura civile. Nei capitolati generali o speciali non può essere previsto che la soluzione delle controversie sia deferita ad un collegio arbitrale ai sensi degli articoli 806 e seguenti del codice di procedura civile.

La procedura di cui all'art. 13 della legge 19 febbraio 1992, n. 142, si applica anche alle lesioni derivanti da atti compiuti in violazione della presente legge e del regolamento.

L'ordinanza di sospensione di cui all'art. 21, ultimo comma, della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, emessa a seguito di ricorsi relativi ad esclusioni da procedura di affidamento di lavori pubblici, non può avere durata superiore a sei mesi”.

L'efficacia di tale norma veniva, però, congelata con una serie di decreti legge, l'ultimo dei quali (quello n. 101 del 3 aprile 1995) ne rinviava l'entrata in vigore al 1° gennaio 1996.

Con l'art. 9 *bis* della legge 2 giugno 1995 n. 216 (di conversione dell'anzidetto decreto legge), l'art. 32 veniva interamente riscritto nel senso che ove non si fosse addivenuto all'accordo bonario e l'affidatario avesse insistito nelle riserve, la relativa controversia avrebbe potuto essere risolta con un arbitrato ai sensi delle norme del titolo VIII del libro IV del codice di procedura civile.

Recita, infatti, l'art. 9 *bis*: *l'art. 32 è sostituito dal seguente: "Art. 32 (Definizione delle controversie). Ove non si proceda all'accordo bonario ai sensi del comma 1 dell'articolo 31-bis e l'affidatario confermi le riserve, la definizione delle controversie è attribuita ad un arbitrato ai sensi delle norme del titolo VIII del libro quarto del codice di procedura civile.*

Qualunque sia l'importo della controversia, i verbali di accordo bonario o quelli attestanti il mancato raggiungimento dell'accordo sono trasmessi all'Osservatorio.

I compensi spettanti agli arbitri sono determinati sulla base della tariffa professionale forense in relazione agli importi accertati, al numero e alla complessità delle questioni".

In altre parole le parti, qualora avessero deciso di risolvere con un arbitrato la questione, non sarebbero state più obbligate a farla giudicare da un collegio composto secondo le tassative indicazioni dell'art. 45 del D.P.R. n. 1063/1962.

La conclusione è che a far data dal 4 luglio 1995 la norma del D.P.R. del 1962 è stata abrogata, con conseguente esclusione della partecipazione obbligatoria del magistrato al collegio arbitrale, tenuto conto della formulazione dell'art. 32 della legge n. 109/94, nel testo risultante dalla modificazione introdotta dall'art. 9 *bis* della legge n. 216/95.

5. La disciplina transitoria e le impugnazioni dinanzi al giudice amministrativo

Quid iuris, però, per i contratti stipulati prima dell'entrata in vigore della legge n. 216/1995?

Con relazione n. 331/95, l'Ufficio Studi si pronunciava per la perdurante applicabilità dell'art. 45 ai contratti stipulati prima dell'entrata in vigore della legge n. 216/1995.

Il Consiglio andava, tuttavia, di diverso avviso, ritenendo che non importasse tanto la data della stipulazione del contratto quanto quella della richiesta della nomina dell'arbitro.

L'autorizzazione a far parte dei collegi arbitrali avrebbe potuto essere, perciò, concessa soltanto nel caso in cui la richiesta di nomina fosse stata formulata prima dell'entrata in vigore della legge n. 216/1995.

In caso contrario avrebbe dovuto essere, invece, negata e ciò indipendentemente dalla data di stipulazione del relativo contratto.

Gli interessati proponevano ricorso al T.A.R. del Lazio che con una serie di ordinanze accoglieva le domande di sospensione.

Impugnate le stesse dal Ministero di Grazia e Giustizia, il Consiglio di Stato respingeva gli appelli, rilevando, in particolare, che non era condivisibile la tesi dell'immediata applicabilità dell'art. 32 della legge n. 109/1994 alle controversie relative ad appalti aggiudicati anteriormente all'entrata in vigore della legge stessa.

Essendo stato parte del rapporto processuale, il Consiglio ha l'obbligo di dare attuazione alle predette ordinanze cautelari.

Questo non significa che il C.S.M. debba senz'altro concedere l'autorizzazione in precedenza negata, perché, in mancanza di contrarie prescrizioni da parte del giudice amministrativo, l'amministrazione soccombente nella fase cautelare è obbligata ad evitare qualsiasi iniziativa che possa provocare il danno lamentato dal ricorrente, ma non è tenuta ad emettere atti capaci di produrre conseguenze tali da rendere impossibile la riduzione in pristino in caso di esito positivo del giudizio.

Osserva, al riguardo il parere 55/95 dell'Ufficio studi: *“deve tenersi conto della particolare funzione strumentale dell'ordinanza cautelare nell'ambito del processo. Scopo dell'ordinanza di sospensione è esclusivamente quello di evitare che il danno lamentato dal ricorrente si realizzi durante lo svolgimento del giudizio, in modo che al momento dell'intervento della pronuncia definitiva la tutela cautelare non ha più ragione di esistere e l'ordinanza relativa viene assorbita dalla sentenza.*

Il Consiglio, quindi, in tale sede deve prendere quelle iniziative necessarie ad evitare la realizzazione del danno, che abbiano natura provvisoria e siano sottoponibili a riduzione in pristino nel caso di accoglimento del ricorso giurisdizionale, evitando quindi, di porre in essere attività che raggiungano il risultato di porre nel nulla il provvedimento impugnato. In altre parole, l'attuazione dell'ordinanza cautelare può da luogo ad una delibera che deve assicurare la non realizzazione del danno senza, però, porre nel nulla il provvedimento impugnato e pregiudicare una sua eventuale esecuzione all'esito del giudizio.

Appare evidente, dunque, che nel caso di specie non può essere concessa una autorizzazione “provvisoria” all'espletamento dell'incarico, in quanto altrimenti sarebbe attuato un provvedimento nella sostanza definitivo, non suscettibile (una volta espletato l'incarico) di riduzione in pristino nell'eventualità di rigetto del ricorso giurisdizionale.

D'altro canto, l'ordinanza di sospensione non costituisce ragione sufficiente per revocare o annullare il provvedimento impugnato ed adottarne un altro. Un provvedimento sulla stessa materia sarebbe ipotizzabile solo nell'ambito di un procedimento nuovo”.

Poiché un'autorizzazione provvisoria allo svolgimento degli incarichi arbitrari finirebbe, in sostanza, col tradursi in un provvedimento definitivo con effetti insuscettibili di essere in seguito rimossi e poiché le ordinanze di sospensione non contengono alcuna indicazione circa le modalità della loro esecuzione, il Consiglio potrebbe, dunque, limitarsi a dare atto della situazione e della conseguente impossibilità di consentire l'espletamento dell'arbitrato.

Una delibera di tal genere pone il magistrato interessato di fronte alla scelta: D di rinunciare all'incarico, D di procedere all'espletamento dell'incarico, ove ritenga che la sospensiva abbia fatto di per sé venir meno l'ostacolo posto dal provvedimento a contenuto negativo del C.S.M. che impediva l'esercizio del diritto di svolgere l'incarico arbitrale (ma è evidente in tal caso che, se all'espletamento dell'incarico facesse seguito il rigetto del ricorso, l'attività arbitrale sarebbe stata esercitata in violazione di legge ed il magistrato interessato potrebbe incorrere nelle sanzioni previste dalla circolare sugli incarichi extragiudiziari per il caso di espletamento senza autorizzazione); D di attendere la conclusione del giudizio di annullamento del provvedimento stesso; D di rivolgersi al giudice amministrativo per fargli fissare le concrete modalità attuative dell'ordinanza cautelare e rendere, così, effettiva la tutela derivante dalla sospensione (Cons. Stato Ad. Plen. 11 giugno 1982 n. 12 e 1° giugno 1983 n. 14, nonché Sez. V ord. 29 agosto 1987).

6. L'eventuale sopravvivenza del D.P.R. 1063/62

Circa i limiti in cui va considerato sopravvissuto l'art. 45 del D.P.R. 1063/62, il Consiglio ha già affermato che *“il legislatore ha, certo, un ampio potere di disporre in ordine al passaggio da una precedente normativa ad una sopravvenuta ed all'immediata applicazione o meno di quella nuova.*

Nella fattispecie in esame appare effettivamente sostenibile che il legislatore abbia fatto uso di tale potere, ma non in riferimento all'intero capitolato d'appalto del 1962.

La disposizione dell'art. 3, comma 5, consente, effettivamente, di affermare che sia stata prevista l'ultrattività di alcune disposizioni del capitolato del 1962, non solo perché depona in tal senso la sua inequivoca lettera, ma anche perché nel disciplinare nei commi dal 3 a 9 la fase transitoria, l'art. 1 della legge n. 216/95, ha cura di identificare con minuziosità le fattispecie regolate dal nuovo regolamento.

Fra tali disposizioni non può farsi, tuttavia, rientrare l'art. 45, decisivo sembrando al riguardo il comma 5 del citato art. 1 che espressamente prevede l'applicabilità immediata dell'art. 32 (ossia dell'art. 9 bis) anche ai contratti che continuano ad essere regolati per la restante parte dal regolamento del 1962.

La natura di legge quadro della novella del 1994 e la mancata compiuta disciplina di specifici aspetti delle fattispecie (riservata al regolamento), rende incontrovertibile una tale conclusione”.

Più specificamente deve osservarsi che l'art. 1 della legge n. 216/1995 ha dettato un'articolata disciplina transitoria, graduando l'applicabilità delle nuove norme della legge n. 109/1994 a seconda della data di stipulazione dei contratti o di pubblicazione dei bandi o degli avvisi.

Ai bandi ed agli avvisi pubblicati fra la data di entrata in vigore della legge n. 109/1994 e quella della legge n. 216/1995 ovvero alle aggiudicazioni ed agli affidamenti intervenuti nello stesso periodo sono, infatti, applicabili le disposizioni vigenti al momento dell'adozione dei rispettivi provvedimenti.

Ai progetti affidati prima della data di entrata in vigore della legge n. 216/1995 ed ai relativi affidamenti in appalto o in concessione sono, invece, applicabili, qualora il bando per l'appalto o la concessione sia pubblicato entro sei mesi dalla stessa data (termine prorogato al 30 settembre 1996 dalla legge 619/1996 n. 647), le disposizioni legislative e regolamentari vigenti fino all'entrata in vigore della legge n. 109/1994, nonché gli artt. 1, 2, 6, 7, 8, comma 7, 9, 19, 21, 22, 23, 24, 26, commi da 1 a 5, 31, 31 *bis*, 32, 35, 36, 37 e 38, comma 4, della stessa legge.

Ai progetti affidati dopo l'entrata in vigore della legge n. 216/95, nonché ai relativi affidamenti in appalto o in concessione, si applicano, infine, le nuove norme.

Manca, come si vede, una disciplina espressa delle aggiudicazioni e degli affidamenti intervenuti addirittura prima della data di entrata in vigore della legge n. 109/1994.

Il T.A.R. del Lazio ed il Consiglio di Stato hanno ritenuto di poter colmare tale lacuna, osservando che, se le disposizioni previgenti continuavano ad applicarsi alle aggiudicazioni intervenute nel periodo compreso fra la data di entrata in vigore della legge n. 109/1994 e quella di entrata in vigore della legge n. 216/1995, ciò doveva valere a maggior ragione per le aggiudicazioni o gli affidamenti intervenuti in epoca anteriore alla prima delle due leggi.

Prevedere l'applicabilità della vecchia disciplina per le aggiudicazioni e le pubblicazioni intervenute nel periodo intermedio all'entrata in vigore delle due leggi sopraindicate, significava, infatti mantenerla *a fortiori* ferma per le aggiudicazioni e le pubblicazioni intervenute addirittura in epoca antecedente all'entrata in vigore della prima delle due leggi.

Per i relativi rapporti dovevano, perciò, continuare a valere le norme previgenti e, tra queste, anche gli artt. 43 e ss. del D.P.R. n. 1063/1962.

Simile argomentazione non pare fondata in quanto debbono considerarsi processuali non solo le norme in tema di giurisdizione o di competenza del giudice, ma anche quelle che riguardano, ad esempio, la forma del giudizio o le modalità per adire il giudice o gli strumenti per ottenere una decisione alternativa a quella del magistrato.

In una prospettiva del genere, vanno quindi qualificate come processuali pure le norme che attengono alla designazione degli arbitri rituali, alle regole da seguire nel corso del loro giudizio ed alle eventuali impugnazioni proponibili contro le relative decisioni.

A conferma di ciò sembra, d'altronde, sufficiente rammentare che la disciplina generale sull'arbitrato si trova, appunto, nel codice di procedura civile, che dedica ad esso un intero titolo (l'ottavo) e gli artt. da 806 a 840.

Debbono, di conseguenza, considerarsi processuali non solo tali ultime norme, ma anche quelle altre che pur non essendo inserite nel codice di procedura civile, ma in diversi provvedimenti legislativi o regolamentari, prevedano comunque degli arbitrati in alternativa al giudizio ordinario.

Norme processuali saranno, perciò, da ritenere anche gli artt. 43 e ss. del D.P.R. n. 1063/1962 come, del resto, espressamente ammesso da autorevole dottrina (S. LA CHINA, *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXVIII, voce diritto processuale civile, pag. 416, all. 7).

Consegue da ciò che, essendo stato introdotto proprio per incidere sulle predette norme del D.P.R. n. 1063/1962, dichiarando in loro vece applicabili quelle di cui agli artt. 806 e seguenti c.p.c., l'art. 32 della legge n. 109/1994 (così come modificato dalla legge n. 216/1995) costituisce una norma processuale

suscettibile, in base ai principi generali, di essere, immediatamente applicata a tutti i rapporti ancora in corso.

Non varrebbe in contrario replicare, come hanno fatto il T.A.R. ed il Consiglio di Stato, che, menzionando espressamente l'art. 32 solo con riferimento ad un certo tipo di contratti, l'art. 1 della legge n. 216/1995 avrebbe chiaramente escluso la sua generale applicabilità a tutti i rapporti in corso (dato che in caso contrario non vi sarebbe stata nessuna necessità di menzionarlo).

Tale argomentazione non sembra fondata atteso che nel dettare la disciplina dei contratti, per così dire, vecchi (e, cioè, di quelli conseguenti ad aggiudicazioni o pubblicazioni intervenute nel periodo intermedio all'entrata in vigore delle due leggi di riforma od in epoca addirittura anteriore), il legislatore non aveva alcun bisogno di prevedere espressamente l'applicabilità dell'art. 32, perché questa discendeva direttamente dai principi generali che vogliono, appunto, la norma processuale immediatamente applicabile, salva diversa disposizione della legge che la introduce.

Essendo del tutto superflua, l'indicazione dell'art. 32 non avrebbe comportato nessuna maggiore chiarezza ma soltanto un inutile appesantimento del testo legislativo.

Completamente diversa era, invece, la situazione in cui è venuto a trovarsi il legislatore nel momento in cui è passato a dettare la disciplina valevole per i contratti, per così dire, intermedi.

Tale disciplina doveva, infatti, risultare dalla combinazione delle norme previgenti con una serie di articoli della nuova legge.

Essendo, perciò, necessario specificare quali fossero tali articoli, il legislatore è stato costretto ad indicare anche l'art. 32, in quanto la sua mancata menzione avrebbe potuto creare degli equivoci, ingenerando il dubbio di una sua esclusione dal novero delle norme applicabili.

Solo questa, dunque, e non quella suggerita dai giudici amministrativi, sembra essere la spiegazione da dare all'operato del legislatore.

A conforto di quanto sopra, giova in primo luogo rammentare che nella circolare del 7 ottobre 1996 (indirizzi operativi e chiarimenti sulla disciplina transitoria di alcune norme della legge quadro sui lavori pubblici), anche il Ministero dei lavori pubblici ha ritenuto l'art. 32 come una disposizione immediatamente applicabile a tutti i rapporti in corso.

Pur essendo innegabile che una circolare non può avere valore di interpretazione autentica, non può certo trascurarsi che, trattandosi di un atto esplicativo proveniente proprio dall'Amministrazione che procedette all'elaborazione ed alla materiale stesura della legge n. 109/1994 e della sua successiva modifica, la stessa riveste comunque un'importanza indiscutibile ai fini dell'accertamento della reale portata dell'art. 1 della legge 216/1995.

Aggiungasi che con quest'ultima legge si è cercato di attenuare le difficoltà che avrebbero potuto derivare alle parti dall'immediata e totale applicazione della legge n. 109/1994 che, mirando soprattutto ad assicurare la piena corrispondenza fra il progettato ed il realizzato, presentava più di un aspetto di eccessiva rigidità e differenza rispetto alla normativa previgente.

Allo scopo, perciò, di permettere un passaggio il meno traumatico possibile, la legge n. 216/1995 ha apportato delle correzioni all'originario impianto della legge n. 109/1994, riducendo il campo di applicazione di alcune disposizioni e differendo nel tempo l'entrata in vigore di altre.

Tanto premesso, devesi rilevare che la disposizione abrogatrice dell'arbitrato di cui agli artt. 43 e ss. del D.P.R. n. 1063/1962 non costituisce all'evidenza una norma capace di aggravare la posizione delle parti in quanto rappresenta, tutt'al contrario, un'innovazione ad esse favorevoli, una modifica destinata a facilitarle.

Trattasi, dunque, di una norma in relazione alla quale non poteva sussistere alcun bisogno di ritardarne l'entrata in vigore ma, semmai, di anticiparla.

7. L'immediata applicabilità dell'art. 32 l. 109/94

Affermare che la legge n. 216/1995 avrebbe differito l'entrata in vigore dell'art. 32, equivale, perciò, a sostenere una tesi in netto contrasto con lo spirito e le finalità della riforma.

Il Consiglio ben potrà, pertanto, mantenere la linea adottata di diniego di autorizzazione alla partecipazione dei magistrati anche agli arbitrati scaturenti da un rapporto contrattuale precedente alla legge 109/94.

E da considerare, inoltre, che alla luce della sentenza 152/96 della Corte Costituzionale, sopra illustrata, non sembra consentita la lettura che dell'art. 1 della legge n. 216/1995 hanno operato il T.A.R. del Lazio ed il Consiglio di Stato. Non può ignorarsi infatti, che nella sua iniziale formulazione, l'art. 47 del D.P.R.n. 1063/1962 consentiva a ciascuna delle parti di escludere la competenza arbitrale a favore di quella del giudice ordinario.

Anche se il bando, il capitolato od il contratto prevedevano il giudizio arbitrale, la parte attrice aveva, infatti, la possibilità di proporre ugualmente la domanda davanti al giudice competente secondo le norme del codice di procedura civile.

La parte convenuta aveva, dal canto suo, la possibilità di escludere la competenza arbitrale, comunicando tale sua intenzione alla controparte entro 30 giorni dalla notifica della domanda di arbitrato.

Con l'art. 16 della L. 10 dicembre 1981, n. 741, l'art. 47 è stato modificato nel senso che la competenza arbitrale avrebbe potuto *“essere esclusa solo con apposita clausola inserita nel bando o invito di gara oppure nel contratto, nel caso di trattativa privata”*.

In tal modo, esigendosi l'accordo per derogare alla competenza arbitrale ed essendo, perciò, possibile per una delle parti di imporre all'altra l'arbitrato semplicemente opponendosi alla deroga, quello di cui agli artt. 43 e ss. del D.P.R. n. 1063/1962 è venuto a trasformarsi in un arbitrato obbligatorio non solo per quanto riguardava la composizione dei collegi (da costituire necessariamente coi soggetti indicati nell'art. 45), ma pure per quel che concerneva la possibilità di sottrarsi o meno.

Come si è più sopra accennato, numerose pronunce della Corte Costituzionale hanno esaminato la questione degli arbitrati obbligatori sotto il profilo della legittimità delle norme che li prevedevano in via autoritativa senza lasciare alle parti la possibilità di decidere se avvalersene o meno.

Anzi, nella sentenza n. 232/1994 si è dubitato non solo della costituzionalità della norma che prescriveva alle parti l'arbitrato, ma anche dell'altra disposizione, da essa richiamata, che demandava la decisione ad una commissione arbitrale predeterminata ed immutabile dagli interessati.

La questione della legittimità di tale ultima norma non è stata, tuttavia, esaminata perché ritenuta superata dall'avvenuta dichiarazione di incostituzionalità dell'altra norma che, richiamandola, obbligava le parti a risolvere con un arbitrato la controversia fra loro insorta.

Considerato, però, che come più volte sottolineato dalla Corte Costituzionale, il principio fondamentale e costituzionalmente garantito deve considerarsi quello secondo il quale soltanto le parti possono decidere di far risolvere le loro controversie da arbitri liberamente scelti, pare seriamente da dubitare della legittimità dell'art 45 del D.P.R. n. 1063/1962, nella parte in cui stabilisce obbligatoriamente fra quali categorie debbono essere scelti alcuni dei componenti del collegio e quali siano le autorità abilitate a designarli concretamente.

Non servirebbe al riguardo controbattere che la particolare composizione del collegio sarebbe giustificata ed, anzi, imposta dall'esigenza di assicurare una migliore tutela degli interessi, anche pubblicistici, in conflitto e che, comunque, decidendo di addivenire all'arbitrato, le parti finirebbero in definitiva per fare propria la scelta operata dall'art. 45, di guisa che la nomina degli arbitri riuscirebbe a risalire in un certo qual modo alla loro volontà.

Simile obiezione non potrebbe essere condivisa innanzitutto perché nessuna esigenza o vantaggio può giustificare la compressione del principio di cui all'art. 806 c.p.c. (vedi, in tal senso, la citata Corte Cost. 488/1991).

Aggiungasi che, pur non occorrendo che siano sempre e comunque le parti a nominare gli arbitri, la loro designazione dovrebbe poter essere effettuata da un terzo soltanto nel caso in cui tale potere gli sia stato preventivamente attribuito dalle parti oppure qualora le stesse (o gli arbitri o il terzo da loro indicati) non abbiano provveduto alle rispettive nomine, rendendo così impossibile lo svolgimento dell'arbitrato a cui si sono contrattualmente assoggettate.

Ed infatti, l'art. 809 del codice di procedura civile stabilisce che *“il compromesso o la clausola compromissoria deve contenere la nomina degli arbitri oppure stabilire il numero di essi e il modo di nominarli.*

In caso di indicazione di un numero pari di arbitri, l'ulteriore arbitro, se le parti non hanno diversamente convenuto, è nominato dal presidente del tribunale nei modi previsti dall'articolo 810.

Qualora manchi l'indicazione del numero degli arbitri e le parti non si accordino al riguardo, gli arbitri sono tre e, in mancanza di nomina, se le parti non hanno diversamente convenuto, provvede il presidente del tribunale nei modi previsti dall'articolo 810”.

L'art. 45, invece, prescinde completamente dalla volontà delle parti in quanto impone in ogni caso alle stesse determinati arbitri da nominarsi da altri soggetti dalla medesima norma indicati.

8. Conclusioni

In conclusione, poiché il sistema disegnato dal D.P.R. 1063 del '62 non è rispettoso del principio della libera scelta delle parti, nei giudizi pendenti davanti al giudice amministrativo potrebbe sollevarsi questione di legittimità costituzionale dell'art. 45 del D.P.R. n. 1063/1962 nella sua attuale formulazione, per l'ipotesi in cui il giudice ritenesse tale norma “legificata”.

Tale questione sarebbe ammissibile e rilevante in quanto, una volta che non fosse più obbligatoria la partecipazione dei magistrati ai collegi arbitrali, ne risulterebbe la piena legittimità del diniego opposto dal C.S.M. alla richiesta di autorizzazione a suo tempo presentata dai ricorrenti.

Per le stesse ragioni, quanto alle nuove richieste di partecipare a collegi arbitrali, il Consiglio può proseguire nel solco fino ad ora seguito e continuare a negare in ogni caso l'autorizzazione, tenuto conto, da un lato, dell'immediata applicabilità dell'art. 32 della legge 109/94 ai rapporti contrattuali precedenti all'entrata in vigore della legge stessa, dall'altro, alla luce della sentenza 152/96 della Corte Costituzionale, della illegittimità di qualsiasi norma (ed interpretazione) che andasse nel senso dell'obbligatorietà degli arbitri, tanto nel senso dell'inevitabile necessità di ricorso a tale strumento di risoluzione delle controversie, quanto nel senso di una specifica composizione del collegio arbitrale imposta alle parti.

È superfluo insistere sulle ragioni, oltre che tecnico-giuridiche, istituzionali che stanno alla base di tale scelta, in quanto sull'assoluta inopportunità dell'assunzione delle funzioni arbitrali da parte dei magistrati concordano, ormai, le forze politiche, il Governo, i mezzi d'informazione e l'opinione pubblica tutta.

Nè può trascurarsi come la materia degli incarichi extragiudiziari dei magistrati sia oggi sottoposta a *referendum* abrogativo.

Decisiva, ai fini dell'assunzione di un atteggiamento preclusivo da parte del Consiglio sulla autorizzabilità degli arbitri, appare infine la circostanza che, per effetto della sopraindicata sentenza della Corte Cost. 152/1996 (che ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 47 del D.P.R. n. 1063/1962 nella parte in cui non consentiva di derogare alla competenza arbitrale anche con atto unilaterale di ciascuno dei contraenti), cade anche la remora, che aveva indotto a qualche posizione più cauta in tale materia, rappresentata dal fatto che, negando l'autorizzazione, si finiva, di fatto, con l'impedire agli interessati di far valere le proprie pretese.

A seguito della predetta pronuncia, infatti, la mancata autorizzazione non può più arrecare simile pregiudizio alle parti in quanto le stesse sono, oramai, libere di rivolgersi subito al giudice ordinario o di ricorrere all'arbitrato di cui agli art. 806 e ss. del codice di procedura civile.