

CONSIGLIO DI STATO

Sez. I, parere 5 maggio 2022, n. 808;
Torsello *Pres.*, Neri *Est.*

Procedimento arbitrale per i contratti pubblici - Nomina dell'arbitro - Potere di nomina.

— 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. n. 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. n. 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

CONSIGLIO DI STATO

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. 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;

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 de-

signazione 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

CONSIGLIO DI STATO

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 precepto 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”*.

CONSIGLIO DI STATO

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. n. 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'imprevedibile 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 inve-*

CONSIGLIO DI STATO

stato 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).

E 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 decisivo 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 arbitrali 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 amministrate 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 inconfiribilità 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.

CONSIGLIO DI STATO

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.

Il nuovo Codice dei contratti pubblici e l'irrisolta questione della competenza in punto di designazione sostitutiva dell'arbitro in caso di inerzia della parte.

SOMMARIO: 1. La vicenda. — 2. Il parere del Consiglio di Stato. — 3. Il rapporto tra la normativa dei contratti pubblici e quella del codice di procedura civile in tema di poteri di designazione e di nomina per la composizione del collegio arbitrale. — 4. Il problema del coordinamento tra il potere di designazione del Presidente del Tribunale e il potere di nomina della Camera arbitrale. — 5. Osservazioni conclusive e una possibile alternativa. — 6. Il d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 e le novità in tema di nomina degli arbitri.

1. *La vicenda.* — In data 23 marzo 2022 la Prima Sezione del Consiglio di Stato ha emesso il parere sui quesiti sottoposti dall'Autorità Nazionale Anticorruzione (in seguito, ANAC) in merito all'interpretazione degli artt. 209 e 210 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (con il quale era stato riformato il Codice dei contratti pubblici)¹.

La questione interpretativa aveva ad oggetto la competenza a provvedere alla designazione sostitutiva dell'arbitro di parte in caso di inerzia di una di queste a seguito della sollecitazione della parte più diligente, e le soluzioni possibili erano essenzialmente due: riconoscere tale potere alla Camera arbitrale, competente ai sensi dell'art. 209, d.lgs. 50/2016 a nominare l'intero collegio, ovvero al Presidente del Tribunale, in forza del rinvio contenuto nel comma 10 del medesimo art. alle « disposizioni del codice di procedura civile ».

La vicenda dalla quale ha avuto origine il parere in commento è presto riassunta. Nella relazione presentata nel 2019², l'ANAC — previa segnalazione della Camera arbitrale — ha evidenziato l'esistenza di un contrasto in merito alla risoluzione della questione ora descritta. Nella relazione si sottolinea che tale problema si è posto in due diverse occasioni, accomunate dal fatto che in entrambi i casi la parte diligente — a fronte dell'inerzia della controparte (che nella specie era una parte pubblica) — aveva esercitato l'iniziativa sostitutiva prevista dall'art. 810 c.p.c. Mentre nel primo caso il Presidente del Tribunale, investito della richiesta, si era rifiutato di procedere alla nomina in quanto si sarebbe trattato di « un intervento giurisdizionale non tipizzato, seppur di natura non contenziosa, di mera designazione con nomina rimessa alla Camera arbitrale »³; nell'al-

¹ In precedenza, la disciplina dell'arbitrato era contenuta negli artt. 241-243, del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163.

² Relazione ANAC, 3 ottobre 2019, n. 0077604, reperibile sul sito www.anticorruzione.it.

³ L'ANAC sembrerebbe riferirsi al decreto 8 maggio 2019, n. 3688, (ined.), emanato dal Presidente del Tribunale di Patti, del quale si da atto anche nel parere del Consiglio di Stato e nel quale si giustifica il rigetto dell'istanza in ragione del fatto 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

tro aveva provveduto nominando un soggetto non assistito dai requisiti previsti dall'art. 209, comma 5, del d.lgs. n. 50/2016⁴.

Preso atto quindi della valenza sistematica della questione, nonché della possibilità che la stessa si riproponesse in altre e innumerevoli occasioni, l'ANAC ha provveduto a richiedere il parere del Consiglio di Stato, in merito all'interpretazione delle norme richiamate⁵.

All'esito della prima Adunanza, tenutasi il 6 novembre 2019, la Prima sezione ha ritenuto tuttavia necessario, prima di rispondere al quesito, acquisire l'avviso del Ministero della giustizia, nonché della Presidenza del Consiglio dei Ministri — Dipartimento per gli affari giuridici e legislativi (DAGL). La nota del Ministero, preceduta da un'ulteriore sollecitazione da parte del Consiglio di Stato (nel parere reso all'adunanza del 22 dicembre 2021), è pervenuta in data 30 dicembre 2021; mentre quella del DAGL è di poco precedente⁶.

Nel parere, il Ministero ha espresso preferenza per la soluzione che rimette la designazione — e la successiva nomina — dell'arbitro di parte, in caso di inerzia, alla stessa Camera arbitrale, dal momento che la normativa speciale non consentirebbe « l'estensione del richiamo alle disposizioni del codice di procedura civile anche al momento genetico della nomina, disciplinata in modo differente e autonomo dall'art. 209 del d.lgs. n. 50/2016 ». Dal tenore di tale ultima norma, nonché dell'art. 210, comma 2, si desume — ad avviso del Ministero — che alla Camera vengono attribuiti oltre ai poteri di nomina (intesa come conferma di una designazione iniziale effettuata dalla parte), anche la previa designazione nel caso in cui la parte sia rimasta inerte e non vi abbia provveduto.

Allo stesso modo anche il DAGL ha ritenuto preferibile la soluzione che rimette la designazione dell'arbitro alla Camera arbitrale, al fine di « preservare la coerenza sistematica della disciplina del Codice dei contratti pubblici »⁷.

Prima di esaminare il parere del Consiglio di Stato, che si pone in una prospettiva opposta rispetto a quella indicata dal Ministero, è bene evidenziare che nonostante da più parti si fosse auspicato un intervento integrativo delle disposizioni del d.lgs. n. 50/2016, volto a chiarire i termini della questione indicata, allo stato, il nuovo Codice dei contratti pubblici elaborato in attuazione dell'art. 1, della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante « Delega al Governo in materia di contratti pubblici », non prevede alcuna integrazione in punto di nomina dell'arbitro nei casi di cui trattasi (v., *infra*, § 6)⁸.

2. *Il parere del Consiglio di Stato.* — Come si è avuto modo di anticipare, la Sezione Prima nel parere *de quo*, disattendendo le indicazioni pervenute dal Ministero e dal

arbitrale ». In questi termini, v., in dottrina, ODORISIO, *L'arbitrato nel nuovo codice dei contratti pubblici (artt. 209 e 210 d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50)*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, 1613.

⁴ Il decreto al quale si riferisce l'ANAC dovrebbe essere stato emanato dal Presidente del Tribunale di Napoli, come si evince dal parere del Consiglio di Stato.

⁵ Relazione ANAC, 3 ottobre 2019, n. 0077604, cit.

⁶ Relazione DAGL, 7 dicembre 2021, n. 0014084.

⁷ Relazione DAGL, 7 dicembre 2021, n. 0014084.

⁸ Si vedano gli artt. 213 e 214 del nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs., 31 marzo 2023, n. 36).

CONSIGLIO DI STATO

DAGL, ha affermato la competenza del Presidente del Tribunale a procedere alla designazione dell'arbitro, in caso di inerzia di una delle parti ⁹.

Precede alla risoluzione della questione la ricostruzione del contesto normativo di riferimento (artt. 209 e 210), nonché qualche cenno alla disciplina precedente (artt. 241-243 d.lgs. n. 163 del 2006) ¹⁰. Dall'esame preliminare delle norme che disciplinano l'arbitrato, la Prima Sezione evince l'inesistenza allo stato attuale di una previsione *ad hoc*, nel Codice dei contratti pubblici, per l'ipotesi in cui una delle parti non provveda alla nomina.

Si rende opportuno, a questo punto, riepilogare e sintetizzare i passaggi salienti attraverso i quali si snoda il ragionamento del Consiglio di Stato per pervenire alla soluzione citata.

In primo luogo, si interpreta il rinvio, contenuto nel comma 10 dell'art. 209 (oggi previsto nel nuovo art. 213, comma 10, d.lgs. n. 36/2023), alle norme previste dal codice di procedura civile in materia di arbitrato come un rinvio *integrale*, non limitato quindi alle sole norme sui « giudizi arbitrali » in senso stretto (*i.e.* riferito alle sole attività successive alla costituzione del collegio arbitrale) ma esteso all'intero Titolo VII del libro IV c.p.c.; giacché in caso contrario non sarebbe chiaro a quale dei diversi capi del c.p.c. il Codice dei contratti pubblici faccia riferimento. In questo modo si giunge quindi ad affermare che la disciplina generale dell'arbitrato in materia di contratti pubblici è quella dettata dal codice di procedura civile, mentre le norme contenute nell'art. 209 hanno carattere derogatorio, pur essendo contenute in una legge speciale. Dalla natura derogatoria della norma citata si desume quindi l'impossibilità di applicarla analogicamente, stante il divieto contenuto nell'art. 14 delle Preleggi, a ipotesi non espressamente contemplate, compresa quella di cui trattasi, e se ne fa derivare l'applicazione dell'art. 810 c.p.c. ¹¹.

Un altro argomento utilizzato a sostegno della tesi prescelta si fonda sul principio di legalità dell'azione amministrativa, in forza del quale possono ritenersi esistenti solo i poteri che la legge espressamente conferisce all'organo amministrativo; in assenza quindi di un'espressa previsione in tal senso non sarebbe possibile riconoscere in via analogica un potere di (designazione e) nomina alla Camera arbitrale per supplire all'inerzia della parte. Il principio di legalità dell'azione amministrativa è, altresì, richiamato per esclu-

⁹ In senso conforme al parere del Ministero v. ODORISIO, *L'arbitrato nel nuovo codice dei contratti pubblici (artt. 209 e 210 d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50)*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, 1613, per il quale la soluzione più ragionevole in casi di inerzia di una delle parti è « quella di ritenere che, scaduto il termine dei venti giorni, la Camera arbitrale possa procedere alla nomina liberamente, senza esserne impedita dalla mancata designazione. In tal senso, non può essere trascurato che, seppure in altri ambiti del diritto, nei rapporti tra atto di designazione ed atto di nomina, il mancato esercizio del potere di designazione in alcuni casi non priva colui che ha il potere di nomina di provvedere comunque alla stessa ».

¹⁰ Il vecchio Codice dei contratti pubblici prevedeva — come si ricorderà — un sistema di c.d. doppio binario, ossia prevedeva rispettivamente agli artt. 241 e 243 una duplice alternativa in tema di nomina del collegio arbitrale. La prima delle norme citate disciplinava l'ipotesi in cui le parti si erano d'accordo sulla nomina del terzo arbitro; la seconda assumeva invece una valenza sussidiaria riferendosi alle ipotesi in cui le parti non avessero raggiunto l'accordo e nelle quali il potere di nomina del terzo era rimesso alla Camera arbitrale.

¹¹ Una conferma in tal senso si ricava dalla portata meramente esemplificativa che si è soliti riconoscere all'art. 810 c.p.c. Da più parti, e in diverse occasioni, è stato infatti affermato che la norma *de qua* sia applicabile anche a casi analoghi rispetto a quelli espressamente contemplati, purché vi sia necessità di sopperire a un'attività negoziale manchevole delle parti. In questo senso v., tra gli altri, SALVANESCHI, *Arbitrato*, Bologna, 2014, 226.

dere l'esercizio di c.d. poteri impliciti¹². Vero è che l'art. 210, comma 2, Codice dei contratti pubblici, riconosce alla Camera il potere di provvedere agli « adempimenti necessari alla costituzione e al funzionamento del collegio arbitrale »; tuttavia ad avviso della Prima Sezione tale norma non può essere interpretata in maniera tanto estensiva da riconoscere alla stessa un potere relativo ad ipotesi non espressamente disciplinate dalla legge. Una conferma in tal senso si ricava dalla mancata individuazione da parte del legislatore del procedimento amministrativo che la Camera sarebbe tenuta ad osservare per procedere alla designazione.

Infine, gli altri due argomenti spesi dal Consiglio di Stato sembrano essere conseguenza di una valutazione di opportunità. Infatti, in primo luogo si richiama il problema della concentrazione delle nomine, dal momento che se la designazione fosse effettuata dalla Camera, il collegio arbitrale sarebbe composto per due terzi (presidente e arbitro) da soggetti nominati dallo stesso organo. E ciò, nonostante « l'elevatissima indipendenza » della Camera, rende preferibile la scelta di attribuire il potere di nomina al Presidente del tribunale, in ragione della sua terzietà e indipendenza. Inoltre, si sostiene che tra le due soluzioni interpretative quella prediletta dal Consiglio di Stato è quella più prudente e meno rischiosa per la validità degli atti adottati, dal momento che, ai sensi del comma 7 dell'art. 209, la nomina del collegio arbitrale effettuata in violazione delle disposizioni di cui ai commi 4, 5 e 6 determina la nullità del lodo.

In merito al problema della concentrazione delle nomine è bene svolgere una considerazione. E chiaro che, nonostante l'elevata indipendenza che caratterizza la Camera arbitrale, essa è pur sempre un organo amministrativo; sarebbe quindi inopportuno rimetterle non solo la nomina del Presidente ma anche il potere designare l'arbitro di parte in cause in cui è spesso coinvolta la Pubblica Amministrazione. Il che rende ragionevole la scelta del Consiglio di Stato di rimettere la designazione a un soggetto diverso non appartenente all'amministrazione.

Quanto all'argomento concernente la nullità del lodo, esso appare un po' debole dal momento che, come vedremo, anche (e, forse, specialmente) in caso di designazione da parte del Presidente si profila il rischio di nullità del lodo.

3. *Il rapporto tra la normativa dei contratti pubblici e quella del codice di procedura civile in tema di poteri di designazione e di nomina per la composizione del collegio arbitrale.* — Una volta affermata la competenza del Presidente del Tribunale a provvedere in luogo della parte, il Consiglio di Stato affronta la ben più complessa questione legata alla distinzione tra designazione e nomina¹³.

Il rapporto tra la normativa dei contratti pubblici e quella del codice di procedura

¹² Sul punto vengono richiamate le sentenze della C. Cost., 7 ottobre 2003, n. 307, e C. Cost., 7 aprile 2011, n. 115. In quest'ultima, in particolare, si afferma che il principio di legalità « 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. 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 ».

¹³ La designazione è un atto strumentale rispetto all'atto finale di nomina. Sui rapporti tra designazione e nomina, v. DE ROBERTO, voce *Designazione amministrativa*, in *Enc. dir.*, XII, 1964, 306.

CONSIGLIO DI STATO

civile, in tema di poteri di designazione e di nomina per la composizione del collegio arbitrale, produce — a detta della stessa Camera arbitrale — un contrasto di posizioni tra organi appartenenti a plessi istituzionali diversi. Ciò perché se, da un lato, il Codice dei contratti pubblici afferma che la nomina del collegio spetti alla Camera arbitrale, dall'altro, non si può negare che l'art. 810, comma 2, c.p.c. attribuisce al Presidente un potere non di designazione bensì di nomina dell'arbitro.

Le possibili soluzioni interpretative sono quindi due: o si ritiene che l'art. 810 c.p.c. si applichi integralmente, e in tal caso dovrebbe quindi riconoscersi al Presidente il potere di nominare lui stesso l'arbitro, oppure si deve ritenere che prevalga la disciplina speciale contenuta nel Codice dei contratti pubblici e, di conseguenza, affermare che la nomina spetti alla Camera arbitrale.

La soluzione indicata dal Consiglio di Stato, e alla quale sembrerebbe prestare adesione anche l'ANAC¹⁴, è la seconda. Infatti, secondo il parere in esame, il Presidente del Tribunale, su sollecitazione della parte inerte, dovrebbe procedere non alla nomina — come lascerebbe intendere il riferimento all'art. 810 c.p.c. — bensì alla *designazione*, proprio in ragione del fatto che il Codice dei contratti pubblici riserva la facoltà di nomina esclusivamente alla Camera arbitrale.

Il fondamento di tale « singolare » potere di *designazione* dovrebbe ricercarsi, come parrebbe evincersi dal parere, nella natura non contenziosa del provvedimento giudiziale e nel fatto che nella volontaria giurisdizione il surrogante esercita i medesimi poteri spettanti al surrogato¹⁵. In questa prospettiva, il Presidente del Tribunale, in caso di inerzia di una delle parti, non potrebbe esercitare un potere diverso da quello che la legge attribuisce espressamente alle stesse.

Per i medesimi motivi, il Presidente, nel procedere alla designazione, dovrebbe essere vincolato al rispetto dei requisiti fissati dal Codice dei contratti pubblici. Tale vincolo sarebbe — si legge nel parere — diretta conseguenza del principio di leale collaborazione.

A ben vedere, nella prospettiva del Consiglio di Stato sarebbe stato più coerente giustificare il vincolo in capo al Presidente sulla base del carattere surrogatorio del suo intervento anziché invocando, alquanto apoditticamente, il principio di leale collaborazione. Invero, se si ritiene che il Presidente ponga in essere un'attività strettamente sostitutiva rispetto a quella della parte, ne deriva che lo stesso sarà soggetto agli stessi limiti che legge stabilisce per quest'ultima; pertanto, se le parti nel procedere alla designazione devono osservare i requisiti imposti dal Codice dei contratti pubblici, anche il Presidente vi sarà soggetto¹⁶.

¹⁴ Relazione ANAC, 3 ottobre 2019, n. 0077604, cit., 1.

¹⁵ AULETTA, *Lo stato presente del processo di giurisdizione volontaria*, in *Dir. proc. civ. it. e comp.*, 2021, 172, il quale con riferimento al potere di nomina dell'arbitro da parte del Presidente del Tribunale afferma che « il giudice che nomina l'arbitro non potrebbe esercitare un potere maggiore di quello che avrebbe potuto esercitare la parte rimasta inerte, e non già autonomamente discrezionale ». In un analogo ordine di idee, STELLA, *Nomina dell'arbitro da parte del presidente del tribunale e rimedi nel caso di rifiuto di nomina*, in *Dir. proc. civ. it. e comp.*, 2022, 44.

¹⁶ AULETTA, *op. cit.*, 172 s., ad avviso del quale se la parte nel procedere alla nomina « doveva scegliere per forza il suo arbitro da un elenco, anche il giudice che esercita in via surrogatoria il medesimo potere deve sceglierlo dallo stesso elenco ». In questo senso, v. anche Cass., 20 aprile 2016, n. 7956, in *Corr. giur.*, 2017, 1244, con nota di MARONI.

Una tale interpretazione sarebbe in linea con quanto affermato dal Consiglio di Stato in merito al tipo di potere esercitato dal Presidente all'atto della nomina.

4. *Il problema del coordinamento tra il potere di designazione del Presidente del Tribunale e il potere di nomina della Camera arbitrale.* — Una volta chiarito, dunque, che il Presidente del Tribunale debba procedere alla designazione, e non alla nomina, il Consiglio di Stato affronta, e risolve — in maniera, a nostro avviso, un po' troppo semplicistica — la questione relativa ai rapporti tra designazione dell'arbitro e controllo da parte della Camera arbitrale.

Nel parere si afferma, infatti, che poiché il Presidente del tribunale, nel procedere alla designazione, è tenuto a rispettare le disposizioni previste dal Codice dei contratti pubblici (e, quindi, a tenere conto delle incompatibilità ivi stabilite), non dovrebbe sorgere alcun problema in sede di nomina del collegio da parte della Camera arbitrale.

Tuttavia, secondo il Consiglio di Stato, nell'eventualità in cui la Camera arbitrale dovesse nutrire dubbi circa il possesso dei requisiti previsti dalla legge da parte dell'arbitro designato, potrà validamente interloquire con il Presidente, che agisce nell'esercizio di poteri di volontaria giurisdizione. E a tale ultimo riguardo si sottolinea, inoltre, che il decreto di nomina, essendo un provvedimento privo di carattere decisorio, è insuscettibile di produrre gli effetti della cosa giudicata. Da ciò consegue l'inammissibilità del ricorso straordinario in Cassazione *ex art. 111, comma 7, Cost.* nonché l'irreclamabilità del provvedimento in questione.

E quindi, secondo l'impianto argomentativo utilizzato dalla Prima Sezione, il principio di leale collaborazione l'argomento decisivo per risolvere il problema del rapporto tra *nomina e designazione*.

Questa soluzione dà adito ad alcuni dubbi.

In primo luogo, non si comprende tramite quali modalità potrebbe realizzarsi il “dialogo” tra la Camera arbitrale e lo stesso Presidente, nell'ipotesi in cui questi abbia designato un soggetto che — secondo la disciplina del Codice dei contratti pubblici — non poteva essere nominato arbitro. Inoltre, ragionando in questi termini, residuerebbe il problema — del quale il Consiglio di Stato non fa alcuna menzione — della disciplina applicabile nel caso in cui, nonostante le sollecitazioni della Camera, si perpetui la violazione delle norme che stabiliscono i criteri per la nomina degli arbitri.

Rispetto al primo problema vi è da dire che la soluzione praticata nella prassi (come emerge dalla relazione dell'ANAC)¹⁷ è quella che, nel caso in cui la designazione non sia conforme ai criteri, la Camera solleciti le *parti* a chiedere al Presidente la revoca della designazione non conforme “evidenziando altresì in ogni caso la ricaduta in termini di nullità del lodo” per violazione dei criteri fissati dai commi 4, 5 e 6 dell'art. 209, d.lgs. 50/2016.

Si può quindi sostenere che, piuttosto che attivare un “dialogo” diretto con il Presidente, la Camera è solita rivolgere un invito alle parti, ammonendole sulle conseguenze in termini di validità del lodo nell'eventualità in cui non si attivino per chiedere la revoca, il che parrebbe più ragionevole rispetto a quanto affermato dal Consiglio di Stato.

Inoltre, nel parere si esclude la possibilità di proporre reclamo avverso il decreto di nomina presidenziale. A tal riguardo è il caso di sottolineare che sia la dottrina che la

¹⁷ Relazione ANAC, 3 ottobre 2019, n. 0077604, cit., 2.

CONSIGLIO DI STATO

giurisprudenza più recente ammettono invece la possibilità di proporre reclamo avverso il provvedimento *de quo* a norma dell'art. 739 c.p.c.¹⁸. Questa considerazione porta con sé un'ulteriore riflessione. Sarebbe forse più ragionevole ritenere che, nel caso in cui la nomina non sia conforme ai criteri stabiliti dall'art. 209 d.lgs. n. 50/2016, la Camera inviti le parti a proporre reclamo avverso il provvedimento in questione, piuttosto che a chiedere la revoca. Ciò perché, in questo modo, verrebbe adito un giudice diverso da quello che ha effettuato la designazione (essendo competente per il reclamo la Corte d'appello)¹⁹ e aumenterebbero le *chances* di modifica del provvedimento.

Una volta proposta l'istanza di revoca o il reclamo, ci si domanda cosa accada nell'ipotesi in cui venga confermata la scelta originariamente compiuta dal Presidente, in violazione dei criteri stabiliti dal Codice dei contratti pubblici; il medesimo dubbio si pone anche qualora l'interlocuzione avviata dalla Camera non abbia esito, nel senso che le parti pur sollecitate, si astengano dal proporre istanza. Anche in questi casi le soluzioni prospettabili sono due: o si ritiene che la designazione sia vincolante e quindi la Camera debba in ogni caso procedere alla nomina dell'arbitro ovvero si afferma l'inesistenza del vincolo. Entrambe le soluzioni comportano alcuni problemi.

Più in generale, si pone il problema di stabilire in che misura colui che è deputato alla nomina è vincolato alla designazione effettuata (non solo dal Presidente, ma anche dalle parti); problema al quale se ne collega un altro, che riguarda l'intensità del controllo-verifica demandato all'istituzione, nel caso di specie alla Camera arbitrale²⁰.

670

¹⁸ RUFFINI - GRADI, sub art. 810, in Benedettelli - Consolo - Radicati di Brozolo (a cura di), *Commentario breve al diritto dell'arbitrato nazionale e internazionale*, Milano, 2017, 154 s.; BOVE, *La giustizia privata*, Milano, 2018, 94 s.; PUNZI, *Disegno sistematico*, cit., 599 ss.; GIOVANNUCCI ORLANDI, *Arbitrato*, diretto da Carpi, Bologna, 2012, 227; BERGAMINI, sub art. 810, in Briguglio - Capponi (a cura di), *Commentario alle riforme del processo civile*, vol. III, 2, Padova, 2009, 598; GROSSI, *Sul conflitto di competenza tra Presidenti del Tribunale per la nomina dell'arbitro ex art. 810 c.p.c.*, in questa *Rivista*, 2007, 404. In senso contrario, LA CHINA, *L'arbitrato: il sistema e l'esperienza*, Milano, 2011, 90, che nega la sua impugnabilità e reclamabilità « se non si vuol fare della procedura lo sfogo d'ogni capriccio degli scontenti, impegnati *ut lites sint immortales* » e NELA, sub art. 810, in Chiarloni (a cura di), *Le recenti riforme del processo civile*, Bologna, 2007, 1666 ss.

¹⁹ Una conferma in tal senso deriva dal novellato art. 739, comma 1, c.p.c. che prevede nella sua attuale formulazione che « contro i decreti pronunciati dal tribunale in camera di consiglio in primo grado si può proporre reclamo con ricorso alla corte di appello, che pronuncia anch'essa in camera di consiglio ». In generale sulla competenza a conoscere reclamo avverso il provvedimento presidenziale di nomina degli arbitri si consenta sul punto di rinviare a PINTO, *Sulla competenza a conoscere del reclamo avverso il provvedimento di nomina degli arbitri*, in questa *Rivista*, 2022, 644 ss. Che il reclamo ex art. 739 c.p.c. costituisca lo strumento più appropriato per poter sindacare sulla correttezza del provvedimento adottato dal Presidente, potrebbe sostenersi anche alla luce della riforma (d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149), che modificando l'art. 810 c.p.c., ha previsto che il Presidente nel procedere alla nomina debba rispettare i criteri di trasparenza, rotazione ed efficienza. L'unico rimedio, nel caso in cui la nomina sia avvenuta in violazione dei criteri ora richiamati, parrebbe proprio il reclamo camerale, non essendo altrimenti possibile alcuna verifica da parte di un organo diverso rispetto a quello che ha provveduto alla nomina.

²⁰ Sul punto, COLUCCI, *op. cit.*, 49, che distingue tre diverse ipotesi: il caso in cui la designazione vincoli integralmente l'organo competente per la nomina; l'ipotesi in cui la normativa dispone che il designante indichi una pluralità di persone nel cui ambito spetta al nominante effettuare la scelta; è possibile, infine, che l'organo nominante possa esercitare un

Tale questione si è posta nei medesimi termini anche con riguardo ad alcuni regolamenti arbitrali ²¹.

Per quanto concerne il primo profilo, ossia il controllo che l'organo deputato alla nomina può esplicare sull'atto di designazione, si ritiene che laddove siano le parti a procedere alla designazione, la Camera eserciti un potere di supervisione, potendo, se del caso, invitare le parti a procedere a una nuova nomina. In tal senso la designazione effettuata sarebbe non vincolante. Tuttavia, quanto all'intensità del controllo, la Camera dovrebbe limitarsi a verificare il rispetto dei criteri stabiliti dal Codice dei contratti pubblici, non potendo svolgere alcuna valutazione discrezionale.

Con riguardo, invece, all'ipotesi di nomina giudiziale la soluzione non è così scontata e lo scenario, come si è detto, muta a seconda che si ritenga che la Camera sia o meno vincolata.

Se si sostiene che la Camera sia in una certa misura vincolata alla designazione effettuata (di regola dalle parti, ma in questo caso) dal Presidente, ciò equivarrebbe ad affermare che la stessa debba nominare l'arbitro designato nonostante sia privo dei requisiti previsti dal Codice dei contratti pubblici.

Con quali conseguenze? Le conseguenze dovrebbero essere le medesime che si verificano nell'ipotesi in cui sia la Camera a nominare un soggetto che, secondo l'art. 209, commi 4, 5 e 6, d.lgs. 50/2016, non poteva essere nominato arbitro.

Bisogna, a tal riguardo, distinguere a seconda che la nomina sia stata effettuata in violazione del comma 6 ovvero dei commi 4 e 5. Nel primo caso, secondo alcuni, si assisterebbe a un concorso di rimedi. Le parti potrebbero, infatti, secondo quanto si evince dal combinato disposto dell'art. 209, comma 6 e 7, sia proporre ricusazione ai sensi dell'art. 815 c.p.c. sia successivamente impugnare il lodo per nullità, ai sensi dell'art. 829, comma 1, n. 2, c.p.c. ²².

Tuttavia, con riferimento alla possibilità di impugnare il lodo, si ritiene che, sebbene l'art. 209 non lo preveda, qualora la parte abbia avuto la possibilità di proporre l'istanza di ricusazione e abbia omesso di presentarla o comunque non abbia rilevato il vizio di costituzione del collegio arbitrale nel corso del procedimento, la stessa non possa poi impugnare il lodo, deducendo per la prima volta l'irregolare costituzione del collegio arbitrale: ciò non solo per il rinvio all'art. 829, comma 1, n. 2, c.p.c., ma per il fatto che, come pure è stato osservato, che una simile possibilità potrebbe dar luogo a condotte opportunistiche ²³.

Con riguardo, invece, all'ipotesi in cui si proceda alla nomina di un arbitro in violazione

controllo di merito sulle indicazioni del designante, fermo però che un riscontro negativo comporterebbe la necessità di riattivare il designante e non la possibilità di addivenire autonomamente alla nomina.

²¹ COLESANTI, *Volontà delle parti e regolamenti arbitrali...*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 257, il quale ritiene, con riferimento all'intensità del controllo-verifica demandato all'Istituzione, che bisogna « trovare il punto di equilibrio tra ruolo dell'Istituzione nella gestione dell'arbitrato, a iniziare precisamente dalla stessa formazione dell'organo giudicante come “tribunale arbitrale della Camera”, e libertà delle parti aventi il diritto di cooperare alla formazione di quell'organo ».

²² ODORISIO, *op. cit.*, 1622.

²³ ODORISIO, *op. cit.*, 1622. In senso contrario, v. TIZI, *La costituzione del tribunale arbitrale nel recente Codice dei Contratti pubblici*, in questa *Rivista*, 396 s.

CONSIGLIO DI STATO

dei commi 4 e 5, dell'art. 209, d. lgs. n. 50/2016, si ritiene che l'unica via percorribile sia quella dell'impugnazione per nullità ai sensi dell'art. 829, comma 1, n. 2, c.p.c.

Senonché la soluzione ora offerta (ossia, quella di ritenere che la Camera sia vincolata alla designazione effettuata dal Presidente) parrebbe smentita dal fatto che, nella prospettiva del Consiglio di Stato, il Presidente eserciterebbe il *medesimo* potere che la legge attribuisce alla parte, con la conseguenza che il provvedimento giudiziale di nomina risulterebbe assoggettato allo stesso regime cui è soggetto l'atto di designazione di parte.

La soluzione più coerente con questa impostazione sarebbe quella di ritenere che la Camera possa rifiutare la nomina, analogamente a quanto si afferma in relazione all'ipotesi di designazione operata dalla parte²⁴.

Una conferma in tal senso si potrebbe evincere dall'art. 6, comma 3, della Raccolta delle disposizioni della Camera, dal quale si ricava l'esistenza di un potere implicito di verifica sulla designazione²⁵. L'art. da ultimo citato prevede infatti che « la Camera arbitrale verifica la corrispondenza a legge di ciascuna delle designazioni di parte, *anche laddove effettuata in via surrogatoria ai sensi e nei modi di cui all'art. 810 c.p.c.*; in ogni caso in cui tale verifica abbia dato esito negativo, la Camera arbitrale ne dà comunicazione alla parte interessata affinché provveda alla sostituzione ». Nella medesima prospettiva anche nella Relazione annuale per il 2016 l'ANAC si afferma che il potere di nomina del collegio si sostanzia in « un potere di verifica a opera della Camera della sussistenza degli elementi almeno formali prescritti dalle norme per la valida costituzione del collegio e quindi per l'efficace incardinamento della procedura arbitrale ».

Laddove quindi la parte o, rispettivamente, il Presidente (o la Corte d'appello adita in sede di reclamo) non provvedano a sostituire l'arbitro designato e la Camera rifiuti la nomina, viene dunque a crearsi una situazione di *empasse* difficilmente risolvibile. E, infatti, il medesimo articolo prevede « il procedimento di nomina del collegio non può proseguire in difetto della nuova designazione operata su iniziativa della parte interessata, e così ogni qualvolta si debba per qualsiasi altra ragione procedere alla sostituzione di un arbitro già designato da una parte o nel suo interesse ». In tali casi, dunque, le parti non avrebbero altro rimedio che ricorrere alla giustizia amministrativa, per impugnare il provvedimento di diniego emanato dalla Camera.

5. *Osservazioni conclusive e una possibile alternativa.* — La soluzione offerta dal Consiglio di Stato desta alcune perplessità. A fronte dell'assenza di una previsione specifica sul punto, la Sezione Prima colma la lacuna normativa ricorrendo a un

²⁴ Si ritiene che la Camera possa rifiutare la nomina qualora la designazione non abbia rispettato le regole sulla nomina previste dalla legge e dunque, ad esempio, qualora venga designato un soggetto incapace ex art. 812 c.p.c., o uno dei soggetti che ai sensi dell'art. 209, comma 6, Codice dei contratti pubblici « non possono essere nominati » arbitri o che, ai sensi dell'art. 815 c.p.c., potrebbero essere ricusati. In questo senso, v. ODORISIO, *L'arbitrato nel nuovo codice dei contratti pubblici*, cit., 1613 s.

²⁵ Raccolta per l'unificazione e il coordinamento delle disposizioni adottate dalla Camera arbitrale presso l'ANAC per l'esercizio delle funzioni in materia di arbitrato sui contratti pubblici assegnate dagli artt. 209 e 210 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 e s.m.i., recante Codice dei contratti pubblici (art. 3, comma 2, Regolamento sulla organizzazione sul funzionamento della Camera arbitrale, approvato dall'Autorità Nazionale Anticorruzione in data 1 luglio 2020 e pubblicato sulla G.U. n. 185 del 24 luglio 2020).

espediente *sui generis*. Se, da un lato, infatti invoca l'art. 810 c.p.c. quale norma generale applicabile al caso di specie, dall'altro finisce col dare attuazione alla disposizione *de qua* solo in parte. L'argomento utilizzato per sostenere questa soluzione "ibrida" si fonda su una particolare interpretazione dell'intervento sostitutivo del Presidente del Tribunale in sede volontaria giurisdizione. Si muove, infatti, dall'assunto che il Presidente non solo subentri nelle medesime prerogative della parte sostituita, ma eserciti il medesimo potere che la legge attribuisce a quest'ultima²⁶; di conseguenza, egli non potrebbe, in caso di inerzia della parte, che limitarsi a *designare* l'arbitro, la cui *nomina* spetterebbe pur sempre alla Camera arbitrale secondo il disposto dell'art. 209 del Codice dei contratti pubblici.

Senonché si ritiene che, una volta venuti meno i presupposti applicativi della norma speciale, debba trovare applicazione la norma generale nel suo complesso e, quindi, nella specie, l'art. 810 c.p.c. che attribuisce al Presidente il potere di nomina²⁷.

Ciò detto, bisogna chiedersi se effettivamente quella che il codice di rito individua come "nomina" non si risolva nella sostanza in una designazione, dal momento che nell'arbitrato di diritto comune gli arbitri, pur nominati dal Presidente, ripetono diritti e obblighi dal contratto stipulato con le parti. Solo in questo senso, si potrebbe dunque giustificare il potere di designazione che il Consiglio di Stato attribuisce al Presidente, in caso di inerzia della parte, ossia affermando che esso derivi direttamente dall'applicazione dell'art. 810 c.p.c.

La risposta varia a seconda dell'interpretazione che si intende dare all'art. 810 c.p.c. Infatti, in tanto è possibile sostenere che la norma attribuisca al Presidente un (mero) potere di designazione, in quanto si ritenga che a valle della nomina presidenziale le parti conservino la facoltà di non stipulare il contratto con gli arbitri. Detto altrimenti, o si ritiene che l'esercizio del potere di nomina da parte del Presidente impedisca l'utile esercizio di una facoltà non esercitata dalla parte²⁸ o si afferma che il provvedimento non priva le parti del potere stesso²⁹.

²⁶ In questo senso in dottrina, AULETTA, *op. cit.*, 173, per il quale « il giudice non assume una posizione di terzietà rispetto al potere non esercitato dalla parte, ma di terzietà rispetto all'interesse che deve essere salvaguardato ».

²⁷ Quanto osservato nel testo non è in contrasto con l'affermazione (*retro* § 3) secondo cui il Presidente — incaricato di provvedere alla nomina — è soggetto ai medesimi vincoli posti alle parti. Invero, anche nell'arbitrato di diritto comune si ritiene che il Presidente sia vincolato a quanto stabilito dalle parti nella convenzione d'arbitrato, a meno che non si tratti di previsioni *contra legem* o non più attuabili; ciò a conferma dell'assenza di discrezionalità del Presidente nella scelta dell'arbitro. Sul punto, Cass., 20 aprile 2016, n. 7956, cit. In senso contrario, v. Cass., 14 maggio 2012, n. 7450, in questa *Rivista*, 2014, 155, con nota di TUCCILLO. V. anche Cass., 4 dicembre 2001, n. 15290, in *Giur. it.*, 2002, 1275, con riguardo all'ipotesi di sostituzione *ex art.* 811 c.p.c. In dottrina ritiene che si tratti un potere strettamente sostitutivo di un'attività negoziale predeterminata nel contenuto ALIBRANDI, *L'art. 810 c.p.c. e la composizione del collegio arbitrale negli appalti di opere pubbliche*, in *Riv. giur. edil.*, 1968, 746 s. Sostiene invece che si tratti di un'attività e di una scelta discrezionale, svincolata dunque da quanto le parti hanno stabilito nella convenzione d'arbitrato, PUNZI, *op. cit.*, I, 597. Il fatto che si tratti di una scelta vincolata e non discrezionale vale a maggior ragione in casi come quello in esame, in cui i requisiti per la nomina sono fissati dalla legge.

²⁸ PUNZI, *op. cit.*, I, 595. In un analogo ordine di idee, RUBINO SAMMARTANO, *Il diritto dell'arbitrato*, I, Padova, 2010, 526.

²⁹ GIOVANNUCCI ORLANDI, *op. cit.*, 225.

CONSIGLIO DI STATO

Occorre a questo punto ricordare, che il rapporto contrattuale fra le parti e gli arbitri si perfeziona mediante la combinazione di due atti: la nomina e l'accettazione. Il primo si sostanzia in una proposta contrattuale³⁰, mentre il successivo comporta il perfezionamento del contratto medesimo e la produzione, in capo ai contraenti, dei relativi diritti e obblighi³¹. La nomina, salvo diversa volontà, è revocabile fino al momento dell'accettazione³²; il che equivale a dire che, fino ad allora, la parte può rivedere la propria scelta.

Quando però vi sia stata l'inerzia della parte e il Presidente abbia provveduto alla nomina in sua vece, ci si chiede se sia in facoltà della parte nominare un diverso arbitro, sempre a condizione che non vi sia stata l'accettazione da parte dell'arbitro nominato dal Presidente. La risposta positiva è senz'altro quella che maggiormente valorizza il fondamento volontaristico dell'arbitrato e che in buona sostanza porterebbe ad affermare che quella del Presidente sia una mera *designazione*.

Tuttavia, appare preferibile ritenere che l'esercizio del potere di nomina da parte del Presidente impedisca alla parte di esercitare nuovamente il (medesimo) potere e che dunque il provvedimento sia vincolante. E vero, infatti, che anche laddove provenga dal Presidente la nomina deve ritenersi revocabile fino all'accettazione dell'arbitro, tuttavia, l'organo a ciò deputato è pur sempre quello giurisdizionale. Basti pensare al caso in cui il Presidente nomini un soggetto sprovvisto dei requisiti previsti dal codice di rito, ad esempio un soggetto incapace a norma dell'art. 812 c.p.c.: in tali circostanze sarebbe assolutamente illogico ritenere che la parte che si è rivolta al Tribunale non possa chiedere, mediante apposita istanza, la revoca della prima nomina a norma dell'art. 742 c.p.c., ovvero ottenere una designazione sostitutiva da parte del Presidente della Corte d'appello, proponendo reclamo *ex art.* 739 c.p.c. Ma dal momento in cui il provvedimento di nomina acquista efficacia, o perché non più reclamabile ovvero perché il reclamo è stato rigettato, allora si dovrebbe ritenere che le parti non possano impedire il perfezionarsi del contratto. Ragionando diversamente, si finirebbe col sostenere che la nomina del Presidente debba essere sempre *ratificata* dalla parte, e ciò si porrebbe in evidente contrasto con il dato normativo.

In questa prospettiva, l'attribuzione del potere di nomina (e non di designazione) al Presidente del Tribunale costituisce il precipitato logico dell'applicazione della disciplina di diritto comune.

³⁰ A causa della plurisoggettività, dovuta al fatto che le parti che hanno stipulato la convenzione d'arbitrato sono almeno due, la proposta si intende perfezionata nel momento in cui tutti gli atti di nomina sono stati emessi. Sul punto, MIRABELLI, *Contratti nell'arbitrato (con l'arbitro; con l'istituzione arbitrale)*, in *Rass. Arb.*, 1990, 6.

³¹ In merito al contratto stipulato fra le parti e gli arbitri si è a lungo discusso sulla sua qualificazione in termini di mandato ovvero di contratto di prestazione d'opera intellettuale. Successivamente è prevalsa invece l'opinione di chi ritiene che si tratti di un contratto atipico, che rinviene la sua disciplina, in primo luogo, nelle disposizioni specifiche previste nel codice di rito; mentre le norme che disciplinano il contratto di mandato e di opera professionale hanno una funzione integrativa e sussidiaria. Per la ricostruzione delle diverse tesi si rinvia a PUNZI, *op. cit.*, I, 336 ss.

³² In questo senso, MIRABELLI, *op. cit.*, 5, ad avviso del quale la revoca della nomina seppur possibile non deve arrecare pregiudizio alle altre parti contraenti. In caso di revoca, il pregiudizio potrebbe essere arrecato all'arbitro la cui nomina viene revocata a danno della sua reputazione. In tali circostanze la parte che ha generato affidamento e che revochi la nomina senza giusto motivo sarà chiamata a rispondere a norma dell'art. 1337 c.c. che impone la buona fede nella formazione del contratto.

Una conferma di quanto detto si evince anche dalla proposta *de iure condendo* avanzata dalla Commissione Alpa che, nella prospettiva di incrementare le funzioni della Camera arbitrale ANAC, proponeva di modificare il comma 10 dell'art. 209 del Codice dei contratti pubblici aggiungendo alla originaria formulazione « ai giudizi arbitrali si applicano le disposizioni del codice di procedura civile, salvo quanto disposto dal presente codice » l'inciso « sostituita la Camera arbitrale al presidente del tribunale nell'esercizio dei poteri a questo riservati »³³. Il mancato recepimento di tale indicazione nel nuovo testo del Codice dei contratti pubblici lascia intendere che, laddove trovi applicazione la disciplina di diritto comune in luogo di quella speciale, i poteri spettanti al Presidente del tribunale non possono essere esercitati dalla Camera in luogo di quest'ultimo.

Di conseguenza, l'unico strumento al quale si potrebbe ricorrere — laddove la nomina non fosse compatibile con i criteri stabiliti dal Codice dei contratti pubblici — sarebbe il reclamo; ma in caso di rigetto dello stesso o di sua mancata proposizione, il contratto fra la Camera e l'arbitro si dovrebbe ritenere senz'altro perfezionato al momento dell'accettazione della nomina presidenziale da parte di quest'ultimo³⁴.

Infine, è bene precisare che in questi casi (cioè quando la nomina presidenziale non è conforme ai dettami fissati dal Codice dei contratti pubblici) non potrebbero — ove si accolga tale ricostruzione — esservi ricadute in punto di responsabilità della Camera in caso di annullamento del lodo.

6. *Il d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 e le novità in tema di nomina degli arbitri.* — Se per certi versi l'entrata in vigore del nuovo Codice dei contratti pubblici rappresenta un'occasione persa rispetto alla questione delineata nelle pagine precedenti, non si può non tenere conto delle significative modifiche introdotte nella disciplina dell'arbitrato nei contratti pubblici, alcune delle quali, riguardano specificamente la nomina degli arbitri³⁵.

Come si è detto, la disciplina precedentemente contenuta negli artt. 209 e 210 del d.lgs. n. 50/2016 è adesso tratteggiata dagli artt. 213 e 214 del d.lgs. n. 36/2023.

Con riferimento alla composizione e alle modalità di formazione del collegio giudicante, il legislatore ha sostanzialmente riprodotto il medesimo meccanismo previsto dall'art. 209, comma 3, introducendo però, tra i requisiti che guidano la scelta delle parti nella designazione dell'arbitro, quello dell'« indipendenza », che si affianca a quello — già previsto dall'art. 209 — della provata esperienza nella materia oggetto del contratto cui si riferisce l'arbitrato.

In punto di nomina degli arbitri, una delle novità più significative riguarda le controversie nelle quali è parte la pubblica amministrazione. Più nello specifico, il nuovo comma 5 dell'art. 213 prevede che la designazione degli arbitri da parte della p.a. debba avvenire esclusivamente nel rispetto dei principi di pubblicità e rotazione, oltre che delle

³³ *Relazione finale. Commissione Alpa*, L'art. 209, 2017, 64.

³⁴ Il rapporto (privatistico) che si istituisce tra le parti e la Camera arbitrale è generalmente ricondotto alla categoria del « contratto di amministrazione di arbitro ». Si tratta di un contratto atipico che condensa in sé gli elementi del contratto di mandato con rappresentanza, prestazione d'opera intellettuale e appalto di servizi. Sul punto, GOLIA, *L'arbitrato amministrato ANAC*, Napoli, 2022, 92.

³⁵ Per un'analisi di più ampio respiro sulla nuova disciplina dell'arbitrato nei contratti pubblici, v. AULETTA - MASSERA, *L'arbitrato nei contratti pubblici dopo la riforma dei (due) codici*, in questa *Rivista*, 2023, 301 ss.

CONSIGLIO DI STATO

disposizioni del codice; laddove, invece, il precedente art. 209 imponeva condizioni più rigide. In particolare, tale norma stabiliva che la designazione degli arbitri di parte dovesse (almeno per le controversie tra pubbliche amministrazioni) ricadere necessariamente su un dirigente pubblico ovvero — previo atto motivato — su uno dei soggetti iscritti all'albo. Un'analogha previsione era contemplata anche per l'ipotesi in cui la controversia coinvolgesse un privato, nel qual caso era previsto che la scelta della p.a. dovesse *preferibilmente* ricadere su uno dei soggetti citati. Nel prescrivere, dunque, che la designazione debba avvenire nel solo rispetto dei principi di rotazione e pubblicità, si concede un più ampio margine di discrezionalità alla p.a. all'atto della designazione dell'arbitro.

Tale modifica comporta tuttavia un problema con riguardo alla questione in esame della quale, come si è detto, il legislatore ha omesso di occuparsi. In particolare, con riferimento al regime transitorio applicabile, ci si domanda se il limite, previsto dall'art. 209, comma 5, del vecchio Codice dei contratti pubblici, si applichi ancora alla p.a. surrogata nell'inerzia ovvero se il Presidente del Tribunale sia libero di designare l'arbitro, senza il vincolo dell'iscrizione all'albo. Il dubbio si pone ovviamente con riferimento ai procedimenti arbitrali già pendenti in data 1° luglio 2023, momento in cui il d. lgs. n. 36/2023 ha acquistato efficacia, per i quali non è ancora avvenuta la designazione.

Mancando un'esplicita indicazione normativa per la soluzione di tale vicenda intertemporale, si dovrebbe ritenere applicabile la regola generale di cui all'art. 226, comma 2, d. lgs. n. 36/2023 — per la quale il precedente codice continuerebbe ad applicarsi ai « procedimenti in corso » che, con specifico riguardo ai procedimenti arbitrali, sono quelli per i quali « i bandi o gli avvisi siano stati pubblicati prima della data in cui il codice acquista efficacia, ovvero, in caso di mancanza di pubblicazione di bandi o avvisi, gli avvisi a presentare le offerte siano stati inviati prima della suddetta data » — e concludere che il limite previsto dall'art. 209, d. lgs. n. 50/2016 continui a trovare applicazione per i procedimenti già pendenti al momento in cui il « nuovo » codice acquista efficacia. Ciò varrebbe dunque anche per le norme regolanti la nomina, con la conseguenza che il Presidente del Tribunale surrogato nell'inerzia dovrebbe designare l'arbitro secondo quanto previsto dal comma 5 dell'art. 209.

Una diversa interpretazione, per la verità meno convincente, potrebbe sostenersi solo qualificando l'atto di designazione quale atto dotato di autonomia funzionale rispetto al procedimento in corso e quindi soggetto alla regola del *tempus regit actum*³⁶, il che consentirebbe di applicare la disciplina vigente al momento in cui l'atto è stato compiuto (ossia, il nuovo Codice dei contratti pubblici). Tuttavia, secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato, la regola del *tempus regit actum* non trova applicazione con riferimento ad attività interamente disciplinate dalle norme vigenti al momento in cui la procedura ha inizio³⁷. In questa prospettiva essendo la nomina e la designazione espressamente regolamentate dal Codice dei contratti pubblici, la soluzione appena indicata non risulta praticabile.

Sempre con riferimento al nuovo Codice dei contratti pubblici, va poi segnalata un'altra novità con riguardo alla designazione del Presidente del collegio che, a norma del nuovo

³⁶ Cfr., tra le altre, Cons. Stato, 6 luglio 2004, n. 5018, in *Foro amm. CDS*, 2004, 2112, con riferimento a una procedura concorsuale di accesso al pubblico impiego.

³⁷ Cons. Stato, 6 luglio 2004, n. 5018, cit. Tale principio è stato ribadito in una recente pronuncia del Consiglio di Stato del 1° giugno 2022, n. 4441, in *onelegale*.

art. 213 (ma nello stesso senso v. anche il precedente art. 209, d. lgs. n. 50/2016), deve essere scelto dalla Camera tra i soggetti iscritti all'albo degli arbitri per i contratti pubblici. Più nello specifico, il nuovo art. 214, d. lgs. n. 36/2023, estende — rispetto al precedente art. 210, d. lgs. n. 50/2016 — le categorie professionali legittimate ad iscriversi all'albo degli arbitri, contemplando anche i « magistrati ordinari, amministrativi, contabili, militari, magistrati e giudici tributari *a riposo* »; mentre si prevede — come è ragionevole — che vi sia un'incompatibilità per i magistrati ancora in servizio (art. 213, comma 6, *lett. a*)).

Questa disposizione riapre una vecchia questione, sorta con l'art. 1, comma 18, l. n. 190 del 2012, che aveva modificato il precedente art. 242, d.lgs. n. 163/2006³⁸, e che era stata opportunamente risolta dal legislatore del 2016. Prima di allora, infatti, non era chiaro se il divieto di essere nominato arbitro riguardasse oltre ai magistrati in servizio anche quelli a riposo. Nel silenzio della legge, erano emerse diverse opinioni. Se da un lato vi era chi auspicava un'interpretazione rigorosa della norma volta ad estendere il divieto anche ai magistrati a riposo, al fine di assicurare l'effettiva imparzialità e terzietà del collegio³⁹; dall'altro lato, secondo ANAC (*ex* AVCP) il divieto andava limitato ai soli magistrati in servizio, in quanto la *ratio* della prescrizione era quella di evitare potenziali situazioni di conflitto di interesse che presuppongono l'attuale svolgimento delle funzioni proprie dei magistrati e degli avvocati dello Stato⁴⁰. Se con l'introduzione dell'art. 209, comma 6, *lett. a*), d. lgs. n. 50/2016, i dubbi circa l'(in)opportunità di far partecipare tali soggetti ai collegi giudicanti sono stati fugati, avendo il legislatore esteso espressamente il divieto a entrambe le categorie, essi sono destinati a riproporsi con l'entrata in vigore del nuovo codice che, come si è detto, annovera anche i magistrati *a riposo* tra i soggetti che possono iscriversi all'albo⁴¹.

³⁸ L'art. 242, comma 6, d. lgs. n. 163/2006, prima della modifica introdotta con l'art. 1, comma 18, l. 190/2012, stabiliva che potessero essere ammessi all'albo degli arbitri i « magistrati amministrativi, magistrati contabili e avvocati dello Stato in servizio, designati dagli organi competenti secondo i rispettivi ordinamenti, nonché avvocati dello Stato e magistrati a riposo ». Con l'entrata in vigore dell'art. 1, comma n. 18, l. n. 190/2012 (nel quale si stabiliva che « ai magistrati ordinari, amministrativi, contabili e militari, agli avvocati e procuratori dello Stato e ai componenti delle commissioni tributarie è vietata, pena la decadenza dagli incarichi e la nullità degli atti compiuti, la partecipazione a collegi arbitrali o l'assunzione di incarico di arbitro unico ») si è assistito alla tacita abrogazione dell'art. 242, comma 6. Tuttavia, dal momento che la nuova norma non distingue tra magistrati a riposo e in servizio, si posero alcuni dubbi interpretativi circa la possibilità di estendere o meno il divieto a entrambe le categorie.

³⁹ Sul punto, si vedano i condivisibili rilievi formulati da ODORISIO, *Arbitrato, Decreto crescita e legge anticorruzione*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 942, ad avviso del quale « se una delle ragioni hanno ispirato il legislatore è la preoccupazione che lo svolgimento dell'incarico arbitrale (ed il relativo diritto al compenso) possa far apparire meno imparziale il magistrato allorquando quest'ultimo sia chiamato a giudicare, nella sua veste istituzionale, la stessa parte della controversia arbitrale, è infatti evidente che è del tutto indifferente che l'incarico arbitrale sia stato conferito quando il magistrato sia in servizio o quando lo stesso sia a riposo ».

⁴⁰ Si veda sul punto la determinazione dell'AVCP (oggi, ANAC) del 18 dicembre 2013, n. 6, pubblicata nella Gazzetta ufficiale n. 18 del 23 gennaio 2014.

⁴¹ Sul punto, v. AULETTA - MASSERA, *op. cit.*, 311, per i quali l'innovazione apportata nel 2023 pone rimedio « a una sorta di superfetazione regolatoria » dal momento che l'art. 209, comma 6, del codice del 2016, già conteneva la previsione della causa di inconferibilità dell'incarico arbitrale per « coloro che, prima del collocamento a riposo, hanno trattato ricorsi

CONSIGLIO DI STATO

Infine, va segnalato che il nuovo codice, così come i precedenti, non prevede espressamente l'introduzione dell'obbligo di *disclosure* — ovvero di dichiarazione di indipendenza — resa dagli arbitri al momento dell'accettazione dell'incarico, anche se da più parti era stato auspicato un intervento del legislatore sul punto⁴². Tuttavia, dal momento che i giudizi arbitrali sono regolati dalle norme del codice di procedura civile, salvo quanto disposto dal Codice dei contratti pubblici, assume qui rilevanza la riforma introdotta con il d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149.

Il d. lgs. cit. ha infatti modificato l'art. 813 c.p.c.⁴³, allo scopo di « rafforzare le garanzie di imparzialità e indipendenza dell'arbitro », prevedendo che al momento dell'accettazione degli arbitri, questi debbano — a pena di nullità — rilasciare una dichiarazione « nella quale è indicata ogni circostanza rilevante ai sensi dell'articolo 815, primo comma, ovvero la relativa insussistenza »⁴⁴.

Dell'introduzione dell'obbligo di *disclosure* tiene conto anche la stessa Camera arbitrale, la quale nella nuova Guida operativa⁴⁵ ha stabilito che una volta « ricevuta la comunicazione del provvedimento di nomina, i singoli membri del collegio arbitrale sono tenuti a trasmettere, entro quindici giorni, alla Segreteria della Camera arbitrale, una dichiarazione di disponibilità all'accettazione dell'incarico arbitrale e di insussistenza di situazioni rilevanti ai fini di cui all'art. 815 c.p.c. e agli artt. 213, commi 4 e 6, CCP, nonché di accettazione del Codice deontologico degli arbitri camerali ». La Guida richiama poi, con riguardo alle conseguenze in caso di omessa dichiarazione o di omessa indicazione delle circostanze che legittimano la ricsuzione, l'art. 813 c.p.c., ribadendo che in tali ipotesi, la parte potrà richiedere, entro dieci giorni dall'accettazione o dalla scoperta delle circostanze prima indicate, la decadenza dell'arbitro nei modi e con le forme di cui all'articolo 813-bis c.p.c.; è fatta inoltre salva la facoltà di ricsuzione di cui all'art. 815 c.p.c.

A ben vedere, la nuova formulazione dell'art. 813 c.p.c. solleva un problema in termini di coordinamento tra il procedimento di decadenza e quello di ricsuzione. Se infatti, con riferimento all'ipotesi di omessa dichiarazione, il riferimento all'istituto della decadenza pare pertinente, lo stesso non può dirsi nel caso in cui l'arbitro rilasci una dichiarazione di contenuto negativo e la parte ritenga invece sussistenti le circostanze legittimanti la ricsuzione. Tale ipotesi, prima della riforma, soggiaceva alla disciplina prevista dall'art. 815 c.p.c., cosicché la parte avrebbe dovuto nel termine di dieci giorni proporre al Presidente del Tribunale un'istanza di ricsuzione. La riforma pare, invece,

in sede civile, penale, amministrativa o contabile presentati dal soggetto che ha richiesto l'arbitrato ».

⁴² LOMBARDINI, *L'arbitrato nel nuovo « codice dei contratti pubblici » (d.lgs. n. 50 del 2016)*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2017, 302.

⁴³ Contestualmente alla modifica dell'art. 813 c.p.c., il legislatore delegato, in linea con i principi enunciati dalla legge delega, ha provveduto a inserire tra i motivi di ricsuzione anche quello relativo alle « gravi ragioni di convenienza che possono incidere sull'indipendenza e l'imparzialità degli arbitri » (art. 815, n. 6-bis, c.p.c.).

⁴⁴ Tale norma, come è stato correttamente osservato, non rivelando alcuna incompatibilità con la disciplina prevista dal Codice dei contratti pubblici, risulta integralmente applicabile ai giudizi arbitrali derivanti dall'esecuzione dei contratti relativi a lavori, servizi, forniture, concorsi di progettazione e di idee, in forza del rinvio contenuto nell'art. 213, comma 10, d.lgs. 36/2023. Sul punto, v. AULETTA - MASSERA, *op. cit.*, 315.

⁴⁵ Consultabile sul sito www.anticorruzione.it.

aver attratto il sindacato sulla ricusazione nel procedimento di decadenza⁴⁶, tant'è vero che si pone il dubbio sul residuo ambito di applicazione dell'art. 815, comma 3, c.p.c.: a questo riguardo, secondo un'interpretazione letterale della disposizione appena menzionata, essa dovrebbe essere circoscritta ai soli casi in cui gli arbitri rilascino la dichiarazione e ammettano l'esistenza di circostanze rilevanti ai fini della ricusazione, demandando quindi alla parte la scelta di ricorrere o meno alla relativa istanza⁴⁷. Le medesime perplessità sul residuo ambito di applicazione dell'istituto della ricusazione fatalmente si riproporranno anche con riferimento all'arbitrato amministrato ANAC.

Infine, ancora con riguardo all'obbligo di *disclosure*, va precisato che l'applicazione dell'art. 813 c.p.c. all'arbitrato in materia di contratti pubblici comporta — come indicato nella Guida operativa — un controllo della Camera in ordine alla dichiarazione resa dagli arbitri⁴⁸. Questa *dovrà*, infatti, una volta ricevute le dichiarazioni dei singoli membri del collegio, formulare rilievi circa la veridicità e la completezza delle dichiarazioni rese⁴⁹.

Il procedimento per la nomina si ritiene perfezionato se entro dieci giorni dalla ricezione della dichiarazione la Camera non formuli alcun rilievo e le parti, ovvero anche una sola di esse all'esito del mancato adempimento dell'altra, abbiano proceduto al versamento del deposito in acconto del contributo dovuto.

⁴⁶ PANZAROLA, II. - Art. 1, c. 15, lett. a): *imparzialità e indipendenza dell'arbitro*, in questa *Rivista.*, 2022, 17.

⁴⁷ Una diversa interpretazione è possibile ma non del tutto convincente, se si volesse ritenere che i casi in cui gli arbitri rilascino la dichiarazione omettendo le circostanze siano ancor'oggi soggetti alla disciplina dell'art. 815 c.p.c. allora si dovrebbe dire che il nuovo art. 813 c.p.c. nella parte in cui si riferisce all'omessa indicazione delle circostanze debba essere interpretato con riferimento alle ipotesi in cui la dichiarazione ha un contenuto ambiguo o poco chiaro. Sul concorso tra i due rimedi, si vedano anche le osservazioni formulate in sede di commento alla legge delega per la riforma del processo civile (L. 21 novembre 2021, n. 206) da SALVANESCHI, *L'arbitrato nella legge delega per la riforma del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2022, 621.

⁴⁸ Tale attività rientra a pieno titolo tra gli « adempimenti necessari alla costituzione e al funzionamento del collegio arbitrale » cui si riferisce l'art. 214, comma 2, d. lgs. 36/2023.

⁴⁹ In merito alle conseguenze nel caso di omessa dichiarazione ovvero omessa indicazione delle circostanze che legittimano la ricusazione si osservano delle significative differenze rispetto all'arbitrato di diritto comune. Sul punto, v. AULETTA - MASSERA, *op. cit.*, 315 s., ad avviso dei quali nell'arbitrato da contratti pubblici « in caso di “omessa dichiarazione” ovvero “omessa indicazione di circostanze” sarebbe congenitamente impedita la piena “prova [dell']indipendenza” quale requisito per la nomina del “presidente e [de]gli arbitri” (art. 213, comma 4, c.c.p.) ». In questa prospettiva, il difetto assoluto della dichiarazione ovvero il vizio in caso di omessa indicazione delle circostanze comporterebbero sempre la nullità del lodo, dal momento l'art. 213, comma 7, d. lgs. 36/2023, prevede che « la nomina del collegio arbitrale effettuata in violazione delle disposizioni di cui a[l] comm[a] 4 determina la nullità del lodo » (sul punto, AULETTA - MASSERA, *op. cit.*, spec. 316). Viceversa, nell'arbitrato di diritto comune la nullità del lodo è condizionata al previo al previo esperimento del rimedio inteso alla sostituzione dell'arbitro per decadenza o ricusazione (Cass., 26 giugno 2023, n. 18220, in *onelegale*).

