

Castelfranco Veneto, 26 novembre 2010

TRANSAZIONE, ACCORDO BONARIO E ARBITRATO

(tra ripensamenti e contraddizioni del legislatore)

di Alberto Borella

1) Giurisdizione e arbitrato

Il codice dei contratti disciplina i vari modi di risoluzione del contenzioso agli artt. 239 (transazione) 240 (accordo bonario) 241-243 (arbitrato) e 244 (giurisdizione).

Conviene prendere le mosse dalla giurisdizione: argomento apparentemente "fuori tema", ma che è opportuno affrontare preliminarmente per inquadrare la materia.

L'art. 244 si limita a stabilire i confini della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo senza nulla dire a proposito della giurisdizione del giudice ordinario.

Il profano che legge l'art. 244 ignora che in base all'art. 1 del codice di procedura civile (e, prima ancora, agli artt. 102 e 103 della Costituzione), la giurisdizione in materia di diritti è attribuita al giudice ordinario, eccezion fatta per particolari materie per le quali la legge attribuisce la funzione giurisdizionale al giudice amministrativo.

L'art. 244 va dunque letto nel senso che nella materia dei contratti pubblici tutte le controversie in materia di diritti soggettivi non attribuite alla giurisdizione del giudice amministrativo appartengono alla

giurisdizione del giudice ordinario conformemente a quanto dispone il codice di procedura civile.

L'art. 244 nella formulazione originaria del D.Lgs n. 163 del 12 aprile 2006 constava di 3 commi che individuavano minuziosamente le controversie rientranti nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo: l'art. 7 del D.Lgs. 20 marzo 2010 n. 53 (attuazione della direttiva 2007/66/CE) ha precisato, al primo comma, che *"la giurisdizione esclusiva si estende alla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione e alle sanzioni alternative"*: si è trattato di una importante innovazione, che ha posto fine ad una lunga *quérelle* tra Cassazione e Consiglio di Stato, ciascuno dei quali rivendicava la propria giurisdizione sulla questione.

Pochi mesi dopo è stato approvato il codice del processo amministrativo (di Lgs. 2 luglio 2010 n. 104 entrato in vigore il 16 settembre scorso, che ha ridisegnato anche le norme precedentemente contenute nel codice dei contratti, sostituendo tra l'altro gli artt. 243 e seguenti, fino all'art. 246.

L'art. 244, modificato, suona oggi così: *"Il codice del processo amministrativo individua le controversie devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di contratti pubblici"*.

E così anche i successivi articoli 245, 245 bis, ter, quater, quinquies e 246 del codice dei contratti si limitano a rinviare alla disciplina del codice del processo amministrativo, secondo quanto disposto dall'art. 3, comma 19 di tale codice.

Chiarito dunque, sia pure a grandi linee, il riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e amministrativo, va esaminato il rapporto tra giurisdizione ordinaria ed arbitrato, che è di alternatività, conformemente al principio generale sancito dall'art. 806 cod. proc. civ.: *"Le parti possono far decidere dagli arbitri le controversie tra di loro insorte che non abbiano per oggetto diritti indisponibili"*.

Non v'è dubbio che le controversie di natura patrimoniale che possono insorgere in sede di esecuzione dei contratti pubblici sono tutte di natura disponibile e quindi tutte – in astratto – arbitrabili.

E' opportuno, a questo punto, passare rapidamente in rassegna le varie fasi che nell'arco di quasi 150 anni hanno contraddistinto il rapporto tra giurisdizione ordinaria ed arbitrato nella materia dei lavori pubblici.

L'arbitrato nella materia dei lavori pubblici fu previsto dall'art. 349 della l. n. 2248/1865, all. F, ma fu disciplinato soltanto dal capitolato generale d'appalto del 1889, modificato nel 1895 e rimasto in vigore fino al 1962, quando cioè fu approvato il nuovo capitolato generale d'appalto con D.P.R. 16 luglio 1962 n. 1063.

Il capitolato generale del 1962 confermò l'arbitrato, che divenne facoltativo (mentre in base al capitolato del 1889 era configurato come obbligatorio), in quanto l'art. 47 attribuiva alla parte attrice (generalmente l'impresa) la facoltà di escludere la competenza arbitrale proponendo la domanda avanti il giudice ordinario ed attribuendo alla parte convenuta (generalmente l'amministrazione) la facoltà di escludere la competenza arbitrale, notificando entro il termine

perentorio di 30 giorni la cosiddetta "declinatoria", che imponeva alla parte attrice di proporre domanda al giudice ordinario.

La legge "Merloni" dell'11 febbraio 1994 n. 109 eliminò, semplicemente, l'arbitrato per la risoluzione delle controversie in materia di opere pubbliche, sull'onda della cattiva fama che – a torto o a ragione – aleggiava sull'istituto.

Iniziò, da allora, un balletto che definire schizofrenico è dir poco: l'arbitrato fu ripristinato, addirittura come (apparentemente) obbligatorio con la legge "Merloni bis" n. 216/1995; la "Merloni ter" n. 415/1998 istituì la camera arbitrale prevedendo un arbitrato facoltativo, ma amministrato obbligatoriamente dalla stessa; il Consiglio di Stato con la sentenza n. 6335/2003 della sez. IV dichiarò illegittime le norme del regolamento n. 554/1999 relativamente alla nomina del terzo arbitro ad opera della camera arbitrale; altre modifiche al regime dell'arbitrato furono introdotte dalla "Merloni quater" n. 166/2002; il D.L. n. 35/2005, convertito con legge n. 80/2005, mantenne l'arbitrato, attribuendo le parti il potere di nomina del terzo arbitro mentre altre lievi modifiche furono introdotte con la legge n. 266/2005.

Il codice dei contratti pubblici del 2006 confermò l'arbitrato, estendendolo anche ai contratti pubblici di servizi di forniture, concorsi di progettazione e idee, ridisciplinandolo rispetto alla precedente normativa, ma poco più di un anno dopo la legge finanziaria 2008 (n. 244/2007) bandì "definitivamente" (!) l'arbitrato vietando alle pubbliche amministrazioni di inserire clausole compromissorie in tutti i loro contratti aventi ad oggetto lavori, forniture e servizi e di sottoscrivere

compromessi, dichiarando la nullità delle clausole compromissorie e dei compromessi prevedendo la sanzione disciplinare e la responsabilità erariale per i responsabili dei procedimenti.

Una settimana dopo, però, il D.L. 31 dicembre 2007 n. 248 differì l'entrata in vigore del divieto "*al fine di consentire la devoluzione delle competenze alle sezioni specializzate di cui all'art. 1 del decreto legislativo 27 giugno 2003 n. 168*" (si tratta delle sezioni specializzate in materia di proprietà industriale ed intellettuale, marchi, brevetti e concorrenza sleale).

E così, con uno dei tanti decreti "milleproroghe" veniva da un lato prevista la devoluzione delle controversie relative agli appalti al giudice ordinario (sia pure quello specializzato in tutt'altra materia) ma nel frattempo veniva consentita l'attivazione di nuovi arbitrati.

Di proroga in proroga la data finale per la soppressione definitiva dell'arbitrato fu fissata per il 30 aprile 2010: il 27 aprile 2010 è entrato in vigore il D.Lgs 20 marzo 2010 n. 53, che ha ripristinato l'arbitrato.

Il decreto legislativo ha formalmente abrogato gli artt. 3, commi 19, 20 e 21 della l. n. 244 del 2007 facendo rivivere l'art. 241 del codice, ma introducendo rilevanti modifiche che di fatto riducono l'arbitrabilità delle controversie.

Il comma 1 bis dell'art. 241 contiene queste nuove regole:

- 1) spetta alla stazione appaltante stabilire fin dal bando di gara (o invito) se il contratto conterrà o meno la clausola compromissoria;
- 2) l'aggiudicatario può *ricusare* la clausola compromissoria entro 20 giorni dalla conoscenza dell'aggiudicazione;

3) è vietato in ogni caso il compromesso.

Saranno pertanto arbitrabili soltanto le controversie relative a contratti già contenenti la clausola compromissoria, predisposta dalla stazione appaltante ed accettata (o più precisamente non riusata) dall'aggiudicatario: ove la clausola compromissoria non sia stata inserita nel contratto (sia perché non voluta *ab initio* dalla stazione appaltante, sia perché non accettata dall'aggiudicatario) le parti non potranno deferire la controversia già insorta ad arbitrato mediante il compromesso previsto dall'art. 807 cod. proc. civ..

Il divieto per le amministrazioni di stipulare un accordo per il deferimento agli arbitri di una controversia già insorta in mancanza di una preventiva clausola compromissoria (art. 808), è inspiegabile, se non con la diffidenza nei confronti della serietà delle pubbliche amministrazioni. Aleggja dunque il sospetto che attraverso il deferimento ad arbitrato della controversia già insorta possano essere lesi illecitamente gli interessi della pubblica amministrazione, in favore dell'impresa.

Si teme, in sostanza, che la "cricca" (termine desunto da un'intercettazione telefonica in una vicenda giudiziaria ancora aperta e divenuto sinonimo di consorteria del malaffare negli appalti pubblici) possa condizionare illecitamente l'operato degli arbitri: tale pericolo non sussisterebbe se la clausola compromissoria sia già stata prevista nel bando!

Il paradosso è che a fronte del divieto di compromesso a controversia già insorta, rimane aperta la possibilità di risoluzione delle controversie mediante transazione (art. 239).

E' il caso di ricordare che prima del codice dei contratti la transazione non veniva espressamente riconosciuta come strumento di risoluzione delle controversie nei contratti pubblici, ancorchè non fosse dubitabile la liceità del ricorso all'istituto previsto dagli artt. 1965 e segg. cod. civ. alle controversie relative a diritti disponibili in cui è parte la pubblica amministrazione (sia consentito ricordare a tal proposito il memorabile scritto di Enrico Guicciardi, *Le transazioni degli enti pubblici*, risalente al 1936).

Come già accennato l'art. 241 del codice dei contratti ha esteso l'arbitrabilità delle controversie (oltre che in materia di lavori) anche ai contratti di servizi, fornitura e concorsi di progettazione: va peraltro osservato che anche nelle materie "nuove" non era certo vietato alle amministrazioni prevedere il deferimento delle controversie ad arbitro.

Gli arbitrati previsti dal codice dei contratti agli artt. 241,242,243 sono di due tipi. Quello amministrato dalla camera arbitrale per i contratti pubblici (art. 242 e 243) e quello ordinario (che potremmo qualificare con un ossimoro "ordinario speciale").

La differenza più rilevante è che nel primo caso il presidente del collegio arbitrale è nominato dalla camera arbitrale tra i soggetti iscritti all'albo tenuto dalla stessa camera, mentre nel secondo caso il presidente è scelto con le modalità previste dagli artt. 809 e 810 cod. proc. civ..

Per il resto entrambi i procedimenti sono sostanzialmente identici (salve differenze di dettaglio sulle quali non è il caso di soffermarsi) e cioè sono disciplinati dagli artt. 811 e segg. cod. proc. civ., in base al rinvio contenuto all'art. 241 comma 2 (*"ai giudizi arbitrali si applicano le disposizioni del codice di procedura civile, salvo quanto disposto dal presente codice"*).

Giova soffermarsi piuttosto sulle differenze rispetto alle disposizioni del codice di procedura civile.

a) Il collegio arbitrale è composto di tre membri, esclusa dunque la possibilità che la controversia venga decisa da un arbitro unico (l'art. 809 cod. proc. civ. prevede invece che *"gli arbitri possono essere uno o più, purchè in numero dispari"*). Sembra esclusa l'applicabilità dell'art. 816 quater (arbitrato con pluralità di parti) e dell'art. 816 quinquies (chiamata in arbitrato di un terzo) in quanto il comma 1 bis dell'art. 241 pare concepire la presenza di due parti soltanto, stazione appaltante e aggiudicatario (che ben può essere anche una parte complessa, costituita cioè da più soggetti aventi unicità di interessi).

b) Le parti non sono libere nella scelta del presidente del collegio arbitrale, giacchè il comma 5 esclude da tale funzione coloro che nell'ultimo triennio *"hanno esercitato le funzioni di arbitro di parte o di difensore in giudizi arbitrali disciplinati dal presente articolo, ad eccezione delle ipotesi in cui l'esercizio della difesa costituisca adempimento di dovere d'ufficio del difensore dipendente pubblico"*, con la conseguenziale sanzione di nullità del lodo ove la nomina del

presidente sia effettuata in violazione di tale divieto (norma inserita dall'art. 5 del D.Lgs n. 53/2010).

Va ricordato che l'art. 15 comma 6 di tale decreto stabiliva che la disciplina introdotta dagli artt. 4 e 5 si applicasse soltanto ai bandi pubblicati dopo l'entrata in vigore del decreto stesso, ma 5 giorni dopo l'art. 4 comma 7 del D.L. 25 marzo 2010 n. 40 ha modificato la normativa transitoria, facendo salvi soltanto gli arbitrati i cui collegi arbitrali fossero già costituiti alla data di entrata in vigore del D.Lgs n. 53/2010. Pertanto anche le norme che regolano la nomina del presidente sono entrate immediatamente in vigore.

c) In caso di mancato accordo per la nomina del terzo arbitro provvede la camera arbitrale, anziché il presidente del Tribunale come previsto dall'art. 810 cod. proc. civ..

d) Il deposito del lodo presso la cancelleria del Tribunale a' sensi dell'art. 825 cod. proc. civ. ai fini della declaratoria di esecutività del lodo medesimo deve essere preceduta dal deposito presso la camera arbitrale (norma anch'essa introdotta dall'art. 5 del D.Lgs n. 53/2010).

e) I compensi degli arbitri vengono determinati dagli arbitri stessi in base al D.M. 2 dicembre 2000 n. 398, in misura dimezzata e comunque con un tetto complessivo, per i tre arbitri e l'eventuale segretario, di 100 mila euro. Ciò rappresenta una deroga all'art. 814 cod. proc. civ., in base al quale il compenso è determinato con ordinanza dal presidente del Tribunale se le parti non accettano la liquidazione proposta dagli arbitri.

La norma sembra infatti escludere la possibilità di intervento del Tribunale, la cui ordinanza di liquidazione costituisce titolo esecutivo: prima delle modifiche introdotte dall'art. 5 del D.Lgs n. 53/2010 agli arbitri veniva attribuito dal comma 12 dell'art. 241 l'ingiustificato privilegio che la liquidazione del compenso, dagli stessi effettuati, costituiva titolo esecutivo, mentre la riforma declassa l'ordinanza di liquidazione a mero *"titolo per l'ingiunzione di cui all'art. 633 del codice di procedura civile"*.

f) In tema di condanna alle spese della parte soccombente il comma 12 bis fa salva la possibilità di compensazione, parziale o totale, delle spese del giudizio (ma non del compenso degli arbitri e delle spese arbitrali) *"in proporzione al rapporto tra il valore della domanda e quello dell'accoglimento"* : *"salvo quanto previsto all'articolo 92, secondo comma del codice di procedura civile"*, in base al quale *"se vi è soccombenza reciproca o concorrono gravi ed eccezionali ragioni, esplicitamente indicate nella motivazione, il giudice può compensare, parzialmente o per intero, le spese tra le parti"*.

g) Di grande rilevanza è la deroga, contenuta nel comma 15 bis, all'art. 829 cod. proc. civ. (come modificato dal decreto legislativo n. 40/2006), che aveva limitato l'impugnazione per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia al solo caso in cui essa fosse stata espressamente prevista dalle parti o dalla legge. Pertanto negli arbitrati relativi ai contratti pubblici il lodo è sempre impugnabile *"anche per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia"*, a differenza dagli arbitrati di diritto comune.

h) Il comma 15 ter dell'art. 241 introduce un rito speciale ed accelerato per la decisione delle impugnazioni dei lodi (relativi ai contratti pubblici di lavori, servizi, forniture ecc. avanti la Corte d'Appello, quasi a bilanciare la possibilità di sospendere l'efficacia del lodo, già prevista, in via generale, dall'art. 830, cod. proc. civ.) con un giudizio rapidissimo, che potrebbe esaurirsi anche in un'unica udienza fissata per la discussione dell'inibitoria. Il procedimento super accelerato è previsto, peraltro, nella sola ipotesi in cui la sospensione dell'efficacia del lodo (richiesta dalla parte soccombente: di norma l'amministrazione) venga accordata. Ove la sospensione non venga richiesta o venga negata, il procedimento dovrebbe seguire le norme dell'art. 830 cod. proc. civ..

Il secondo presupposto per il procedimento accelerato è che la Corte d'Appello accerti che il giudizio "è in condizione di essere definito". Se invece la definizione non appaia possibile per la ritenuta necessità di dar corso ad incumbenti istruttori, si procede – sempre celermente (ma i termini, purtroppo, sono tutti ordinatori!) - all'assunzione di tali incumbenti dopo l'espletamento dei quali si ritorna nell'alveo del procedimento super accelerato.

2) L'accordo bonario e la transazione.

L'art. 240 riprende (sia pure modificandone il contenuto) l'art. 31 bis della legge Merloni n. 109/1994: introdotto con la legge Merloni bis n. 101/95 e successivamente modificato prima dell'entrata in vigore del codice dei contratti pubblici.

La previsione dell'accordo bonario fu salutata con grande favore, per la possibilità di una definizione rapida (e meno costosa) del

contenzioso, ma il bilancio che si può fare a distanza di 15 anni dall'introduzione dell'istituto è sostanzialmente negativo, specie per gli appalti di valore inferiore a 10 milioni di euro, che costituiscono la maggioranza quantomeno per gli enti locali.

La finalità dell'istituto è indicata al comma 18, e cioè il raggiungimento di una transazione (disciplinata, peraltro dall'art. 239 come già accennato).

A differenza della transazione prevista dall'art. 239 (che può essere conclusa in ogni momento, quale che sia l'importo preteso dall'appaltatore), quella raggiunta attraverso l'accordo bonario è una transazione "speciale", dato che il complesso e macchinoso procedimento può essere attivato soltanto nella sussistenza di determinati presupposti.

Il procedimento **deve** essere avviato dal R.U.P., a' sensi del comma 1, quando *"l'importo economico dell'opera possa variare in misura sostanziale e in ogni caso non inferiore al 10 per cento"*, ma **non può** essere avviato se l'importo delle riserve non raggiunge il tetto del 10%. Il comma 2 prevede la reiterabilità per una sola volta del procedimento quando venga raggiunto nuovamente l'importo del 10% a seguito di ulteriori riserve.

Nel caso in cui le riserve non raggiungano il 10% può comunque essere conclusa la transazione di cui all'art. 239, al di fuori del procedimento disciplinato dall'art. 240: il che costituisce un'evidente incongruenza.

Il procedimento è sicuramente attivabile in corso d'opera, ma anche dopo la fine dei lavori: **deve** essere promosso dal R.U.P. al ricevimento del certificato di collaudo o di regolare esecuzione, indipendentemente dall'importo economico delle riserve ancora da definirsi (comma 5 per gli appalti di importo superiore a 10 milioni di euro e comma 14 per gli appalti di importo inferiore).

Va poi ricordato che il comma 21 prevede che in caso di mancata effettuazione del collaudo nei termini di cui all'art. 141, l'appaltatore può notificare al R.U.P. istanza per l'avvio del procedimento di accordo bonario.

Il R.U.P. è dunque il soggetto cui incombe il potere/dovere di avviare il procedimento di accordo bonario quando ne ricorrono i presupposti. Ed è proprio il fatto che al R.U.P. sia attribuita la regia dell'intero procedimento ed un ruolo ancora più marcato nel caso di appalti di importo inferiore ai 10 milioni di euro che ha probabilmente determinato se non il fallimento dell'istituto, quantomeno un successo di gran lunga inferiore alle aspettative.

Difetta palesemente in capo al R.U.P. il requisito di "terzietà", che appare indispensabile per il raggiungimento della transazione, nel che consiste appunto l'accordo bonario.

Innanzitutto compete al R.U.P. (comma 4) la valutazione dell'*"ammissibilità e la non manifesta infondatezza delle riserve ai fini dell'effettivo raggiungimento del limite di valore"*.

Si è posto il problema se il rifiuto di attivare il procedimento (ad esempio: per la ritenuta manifesta infondatezza delle riserve) o l'inerzia

del R.U.P. siano impugnabili avanti il giudice amministrativo: nonostante autorevoli opinioni contrarie, v'è da ritenere insussistente la giurisdizione del giudice amministrativo perché si verte pur sempre in tema del diritto soggettivo dell'impresa di ottenere il pagamento di quanto le spetta. Pertanto il mancato avvio - ancorchè illegittimo - del procedimento consentirà soltanto la possibilità di adire gli arbitri o il giudice ordinario, come del resto prevede già il comma 16 in caso di fallimento del tentativo di accordo bonario a causa del rifiuto espresso della proposta o dell'inutile decorso dei termini di cui ai commi 12 e 13 (applicazione estensiva del comma 16 anche all'ipotesi di mancata attivazione del procedimento).

Per gli appalti e le concessioni di importo pari o superiore a 10 milioni di euro il R.U.P. ha soltanto il compito, una volta valutata l'ammissibilità e la non manifesta infondatezza delle riserve, di promuovere la costituzione di una commissione, composta da 3 componenti, l'uno nominato dal medesimo R.U.P., l'altro dal soggetto che ha formulato le riserve ed il terzo, con funzioni di presidente, dagli altri due commissari o, in caso di mancato accordo, dal presidente del Tribunale (commi 8 e 9): il presidente deve essere in possesso dei requisiti richiesti dall'art. 241, comma 5, per la nomina a presidente del collegio arbitrale (comma 9 bis, introdotto dall'art. 4 del D.Lgs n. 53/2010).

La commissione presenta dunque un certo grado di terzietà, ancorchè il commissario designato dal R.U.P. debba essere scelto *"nell'ambito dell'amministrazione aggiudicatrice o dell'ente"*

aggiudicatore o di altra pubblica amministrazione in caso di carenza dell'organico': terzietà sì, ma un po' limitata.

3) La commissione con funzione decisoria della controversia.

Una novità importante introdotta dal codice dei contratti, rispetto all'art. 31 bis, è contenuta al comma 11 dell'art. 240, che prevede la facoltà delle parti *"di conferire alla commissione il potere di assumere decisioni vincolanti, perfezionando, per conto delle stesse, l'accordo bonario risolutivo delle riserve"*.

Chi scrive ignora se tale "facoltà" sia stata frequentemente esercitata, anche se ne dubita fortemente, in considerazione della riluttanza delle amministrazioni a favorire una decisione rapida del contenzioso: spiace dirlo, ma il più delle volte si preferisce rinviare a tempo indeterminato la soluzione del problema nel convincimento che sia più opportuno far decidere la controversia dagli arbitri o, meglio ancora, dal giudice ordinario, i cui tempi lunghissimi consentono spesso il collocamento a riposo del funzionario prima che intervenga una decisione.

Nonostante la scarsa applicazione della norma, il comma 11 presenta una serie di delicati problemi.

In apparenza la "decisione" demandata alla commissione non è diversa da un lodo emesso da un collegio arbitrale.

V'è allora da chiedersi perché mai il legislatore abbia vietato la compromissione in arbitri di una controversia già insorta, in mancanza di previsione della clausola compromissoria nel bando e consenta invece alle parti di attribuire alla commissione la funzione decisoria attraverso

un procedimento che assomiglia all'arbitrato, ma che offre minori garanzie alle parti.

Non si può dubitare, infatti, della sostanziale natura di compromesso dell'accordo tra le parti, diretto ad attribuire alla commissione il potere di decidere la controversia: non diversamente dall'accordo (vietato!) diretto a deferire agli arbitri rituali la soluzione della controversia già insorta.

E' questo un altro paradosso derivante dalla continua sovrapposizione di norme, introduzione di modifiche estemporanee ecc, operata dal legislatore.

Vero è che la "decisione" affidata dalle parti alla commissione non può essere considerata un arbitrato rituale, disciplinato dagli artt. 809 e segg. cod. proc. civ. E' piuttosto configurabile come un arbitraggio o perizia contrattuale, inquadrabili nella previsione dell'art. 1349 del codice civile, considerati, unitamente all'arbitrato irrituale, del tutto estranei all'arbitrato rituale disciplinato dal codice di procedura civile (al quale rinvia anche l'art. 241, comma 2 del codice dei contratti).

Va ricordato che, fino alla riforma del 2006, il codice di procedura civile ignorava del tutto queste figure, diverse dall'arbitrato rituale, che venivano ricondotte all'art. 1349 cod. civ. (determinazione dell'oggetto del contratto demandata ad un terzo) o agli artt. 1703 e segg. del codice civile (mandato collettivo, conferito dalle parti ad un terzo affinché compia determinati atti, quali ad esempio una transazione).

Il decreto legislativo 2 febbraio 2006 n. 40 (di poco precedente al codice dei contratti) ha dettato, per la prima volta, una disciplina per l'arbitrato irrituale (art. 808 ter).

La differenza rispetto all'arbitrato rituale consiste nel fatto che nel primo caso la controversia è definita mediante "determinazione contrattuale", mentre nel caso dell'arbitrato rituale il lodo ha "*gli effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria*" (art. 824 bis).

Non è differenza di poco conto, perché il lodo rituale (definito anche sentenza arbitrale) una volta ottenuta l'esecutorietà da parte del Tribunale (art. 825), costituisce titolo esecutivo; la "*determinazione contrattuale*" pronunciata dagli arbitri irrituali è priva di efficacia esecutiva come ogni altro contratto.

A tutto ciò si aggiunga che il lodo arbitrale (rituale) è impugnabile a' sensi degli artt. 827 e segg. c.p.c. avanti la Corte d'Appello (essendo il lodo equiparabile ad una sentenza del Tribunale), mentre la "*determinazione contrattuale*" è soltanto "*annullabile dal giudice competente*" (e cioè il Tribunale) per i vizi procedurali indicati dal medesimo art. 808 ter (è questa la novità più rilevante rispetto al regime *ante* 2006, che ignorava l'arbitrato irrituale).

Problema aperto è se l'annullabilità del lodo irrituale (o contrattuale che dir si voglia) da parte del Tribunale possa essere pronunciata soltanto per le ragioni indicate nell'art. 808 ter, riconducibili a vizi del procedimento oppure anche per tutte le cause di invalidità del contratto, quali ad esempio l'incapacità delle parti o degli arbitri, errore, violenza, dolo, violazione di norme imperative, eccesso di mandato: vizi

della "*determinazione contrattuale*", denunciabili nei confronti dei lodi irrituali avanti il giudice di primo grado anche prima della riforma del 2006.

La dottrina è tuttora divisa tra chi sostiene la tassatività delle ipotesi previste dall'art. 808 ter e chi afferma che i motivi di impugnazione previsti dalla novella siano aggiuntivi rispetto ai motivi tradizionalmente riconosciuti dalla giurisprudenza prima della riforma del 2006.

Il comma 11 prevede altresì che "*le parti nell'atto di conferimento possono riservarsi, prima del perfezionamento delle decisioni, la facoltà di acquisire eventuali pareri necessari ed opportuni*".

Questa "riserva", che presumibilmente verrebbe usata principalmente dall'amministrazione, può significare soltanto che le parti possono subordinare l'efficacia della "decisione vincolante" alla condizione del parere favorevole.

E se è vero la riserva di acquisire pareri di determinati organi tecnici od amministrativi appare in contrasto con il carattere "*vincolante*" della decisione, detta riserva non può certo attribuire alle parti il potere di disattendere *ad libitum* la decisione della commissione, chè, diversamente opinando, il carattere "*vincolante*" verrebbe del tutto svuotato.

Ne discende, conseguentemente, l'inapplicabilità del comma 12 – nel caso in cui le parti abbiano attribuito alla commissione il potere di assumere decisioni vincolanti – giacchè quella della commissione è

concepita, in base al comma 11, come "decisione vincolante" e non come semplice "proposta".

La decisione vincolante costituisce, infatti, in base al comma 11, il "perfezionamento", per conto delle parti, dell'accordo bonario, talchè non è necessaria alcuna approvazione della decisione della commissione, a differenza di quanto avviene nell'ipotesi, per così dire normale, prevista dal comma 5, che configura quella della commissione come "*proposta motivata di accordo bonario*": tant'è che il comma 11 esclude espressamente l'applicabilità dei commi 12 e 17.

Pertanto per gli appalti e concessioni di importo pari o superiore a 10 milioni di euro la costituzione della commissione è obbligatoria e la commissione è chiamata a formulare una proposta, sulla quale devono pronunciarsi entrambe le parti: a meno che le parti non abbiano attribuito alla commissione la funzione decisoria di cui s'è già detto.

Per gli appalti e concessioni di importo inferiore ai 10 milioni, invece, la costituzione della commissione è meramente facoltativa (comma 14) ed il R.U.P. può essere componente della commissione medesima (con evidente lesione del principio di "terzietà").

Una volta che venga decisa la costituzione della commissione, nulla vieta che alla stessa venga attribuita la funzione decisoria prevista dall'art. 11, e ciò anche per gli appalti e concessioni di importo inferiore al tetto dei 10 milioni.

4) La competenza ad approvare l'accordo bonario.

L'ultimo aspetto al quale intendo accennare è quello relativo all'individuazione dell'organo cui compete pronunciarsi sulla proposta di

accordo bonario: il comma 12, riferendosi alle *"amministrazioni aggiudicatrici ed enti aggiudicatori, ovvero concessionari"* afferma che sulla proposta si pronunciano (soggetti di cui al comma 1, vale a dire *"amministrazioni aggiudicatrici ed enti aggiudicatori, ovvero ... concessionari"*) precisando che questi ultimi si pronunciano *"nelle forme previste dal proprio ordinamento"*.

Tale espressione va intesa non soltanto relativamente alle *"forme"*, ma anche agli organi dell'amministrazione aggiudicatrice.

Conviene soffermarsi in particolare sugli enti locali, anche in considerazione delle caratteristiche dell'uditorio, composto, oltre che da avvocati, anche da dirigenti e funzionari degli enti locali.

La questione viene di solito liquidata con poche battute, con la generica affermazione che l'accordo bonario rientra nell'attività di gestione, attribuita alla competenza del dirigente in forza dell'art. 107 del testo unico sulle autonomie locali n. 267/2000.

La ragione del mancato approfondimento dell'argomento discende probabilmente dal fatto che, al di là dei principi generali contenuti nel testo unico, la materia è disciplinata anche dagli statuti e dai regolamenti di ogni ente locale (menzionati espressamente dall'art. 107, terzo comma, del testo unico), talchè appare difficilmente enunciabile una regola generale, basata esclusivamente sul testo unico.

Non v'è dubbio che la competenza a stipulare l'accordo, al pari dei contratti, sia del dirigente, cui spetta anche redigere la determinazione a contrattare (art. 192 del T.U.), ma l'autonomia del

dirigente è subordinata al rispetto delle regole sull'ordinamento finanziario dell'ente.

Il dirigente deve rispettare il piano esecutivo di gestione – PEG – disciplinato dall'art. 169 del T.U., che contiene anche una graduazione di risorse in capitoli: se l'accordo o la transazione richiedono una modifica del PEG, appare necessaria una delibera di Giunta, che può vedersi costretta a trasferire somme da un capitolo all'altro (scelta indubbiamente di natura politica) per far fronte agli oneri dell'accordo.

Ancor più delicata sarebbe la situazione se l'accordo o la transazione richiedessero addirittura una variazione di bilancio: in tal caso questi dovrebbero essere preceduti da una delibera del Consiglio Comunale.

Quel che sembra di dover escludere, peraltro, è la possibilità di applicare il procedimento per il riconoscimento della legittimità dei debiti fuori bilancio (art. 194), in considerazione della tassatività delle ipotesi contemplate dalla norma: l'accordo bonario e la transazione non sono infatti equiparabili (a differenza dei lodi arbitrari) alle sentenze esecutive.

La soluzione del problema va dunque ricercata soprattutto negli statuti e regolamenti degli enti: secondo quanto consta vi sono regolamenti che attribuiscono espressamente alla Giunta l'approvazione dello schema di accordo bonario e la presa d'atto del mancato accordo, nonché della proposta di transazione ex art. 239 (ma anche della proposta di risoluzione del contratto a' sensi degli artt. 135 e 136 del codice dei contratti): al dirigente è lasciata soltanto la competenza a

sottoscrivere accordi e transazioni precedentemente approvati dalla Giunta.

Una simile distribuzione di competenze (che non appare in contrasto con il testo unico) è sicuramente preferibile alla prassi degli "atti di indirizzo" della Giunta o da prese d'atto verbalizzate ma non riprodotte in delibere, anche nell'interesse dei dirigenti.