# CORTE COSTITUZIONALE

Sentenza **152/1996** (ECLI:IT:COST:1996:152)
Giudizio: **GIUDIZIO DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE IN VIA INCIDENTALE**
Presidente: **FERRI** - Redattore: - Relatore: **SANTOSUOSSO**
Camera di Consiglio del **20/03/1996**; Decisione del **02/05/1996**
Deposito del **09/05/1996**; Pubblicazione in G. U. **15/05/1996**
Norme impugnate:
Massime: **22620**
Atti decisi:

N. 152

## SENTENZA 2-9 MAGGIO 1996

LA CORTE COSTITUZIONALE

composta dai signori: Presidente: avv. Mauro FERRI; Giudici: prof. Luigi MENGONI, prof. Enzo CHELI, dott. Renato GRANATA, prof. Giuliano VASSALLI, prof. Francesco GUIZZI, prof. Cesare MIRABELLI, prof. Fernando SANTOSUOSSO, avv. Massimo VARI, dott. Cesare RUPERTO, dott. Riccardo CHIEPPA, prof. Gustavo ZAGREBELSKY, prof. Carlo MEZZANOTTE;

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nel giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 16 della legge 10 dicembre 1981, n. 741 (Ulteriori norme per l'accelerazione delle procedure per l'esecuzione di opere pubbliche), promosso con ordinanza emessa il 27 aprile 1995 dalla Corte di cassazione sul ricorso proposto da Mortini Giovanni contro il comune di Allerona, iscritta al n. 675 del registro ordinanze 1995 e pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica n. 43, prima serie speciale - dell'anno 1995;

Udito nella camera di consiglio del 20 marzo 1996 il giudice relatore Fernando Santosuosso.

*Ritenuto in fatto*

Nel corso di un processo civile tra il comune di Allerona e l'impresa di Mortini Giovanni, la Corte di cassazione, in sede di regolamento di competenza, ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 16 della legge 10 dicembre 1981, n. 741 (Ulteriori norme per l'accelerazione delle procedure per l'esecuzione di opere pubbliche), in riferimento agli artt. 24 e 102 della Costituzione;

La Corte rimettente premette alcuni rilievi in ordine all'applicabilità, nel caso di specie, della norma in questione, conseguente al fatto che, essendo stato il contratto di appalto concluso tra le parti nel 1988, ossia prima che l'art. 64, comma 1, lettera c), della legge n. 142 del 1990 abrogasse una serie di disposizioni contenute nel regio decreto 3 marzo 1934, n. 383 (testo unico della legge comunale e provinciale), tra cui l'art. 294, il medesimo contratto è da ricomprendersi ancora sotto il predetto art. 294, benché successivamente abrogato, e perciò soggetto all'arbitrato;

Ciò posto, la Corte di cassazione, richiamate alcune precedenti sentenze proprie e della Corte costituzionale, osserva che l'art. 16 in questione, nel sostituire l'art. 47 del d.P.R. 16 luglio 1962, n. 1063 (Approvazione del capitolato generale d'appalto per le opere di competenza del Ministero dei lavori pubblici), ha istituito un vero e proprio arbitrato obbligatorio, rovesciando le regole di procedura che regolano normalmente tale istituto;

Nel caso specifico, infatti, - prosegue l'ordinanza - la competenza ordinaria è quella arbitrale, mentre la possibilità di derogare a tale criterio è consentita solo alla pubblica amministrazione e nel rispetto di determinate formalità. L'impossibilità per le parti, a seguito di scelta unilaterale, di adire il giudice ordinario determina, secondo la Corte rimettente, una limitazione che, ove posta con atti amministrativi, sarebbe risolubile tramite l'istituto della disapplicazione, ma che, ove posta con atto avente forza di legge, obbliga a sollevare questione di legittimità costituzionale.

Sotto il profilo della rilevanza, inoltre, la Cassazione ritiene che la stessa non sussisterebbe ove ci fosse una valida deroga alla competenza giudiziaria; ciò nonostante, anche in presenza di un generico richiamo alla normativa statale contenuto nel capitolato speciale, la deroga non risponderebbe al requisito della forma scritta, da ritenersi indispensabile per dimostrare l'effettiva volontà delle parti di compromettere in arbitri la risoluzione delle controversie tra loro insorte.

*Considerato in diritto*

1. - La Corte di cassazione sottopone a giudizio di costituzionalità la questione se l'art. 16 della legge 10 dicembre 1981, n. 741, che ha sostituito l'art. 47 del d.P.R. n. 1063 del 1962, nella parte in cui stabilisce che la competenza arbitrale non può essere derogata con atto unilaterale di ciascuno dei contraenti, bensì solo con clausola inserita nel bando o invito di gara, oppure nel contratto in caso di trattativa privata, sia in contrasto con gli artt. 24 e 102 della Costituzione, prevedendo un caso di arbitrato obbligatorio nel quale la facoltà di scelta del giudice sarebbe rimessa solo ad un atto autoritativo della pubblica amministrazione appaltatrice, senza alcuna possibilità per il privato che partecipa alla gara o alla trattativa, di modificare tale scelta.

2. - La questione è fondata.

La Corte rimettente, adita in sede di regolamento di competenza, dopo aver ampiamente

motivato sull'applicabilità alla fattispecie (contratto di appalto del 1988 per opere pubbliche) dell'art. 16 sopracitato, ha ritenuto di accogliere la richiesta di sollevare incidente di costituzionalità avanzata dal Procuratore generale basandosi sull'orientamento della giurisprudenza costituzionale relativo all'illegittimità dell'arbitrato obbligatorio, quello cioè che non trovi esclusivo fondamento nella libera scelta delle parti.

Richiamandosi, poi, alla sentenza n. 1458 del 1992 delle sezioni unite della stessa Corte, il giudice a quo osserva che, per quanto riguarda "le controversie nascenti dai contratti di appalto di opere pubbliche soggetti all'applicazione dell'art. 16 della legge n. 741 del 1981, la regola della competenza del giudice ordinario viene rovesciata, nel senso che la competenza ordinaria in tale materia è quella arbitrale e non quella giudiziaria, e che tale regola può essere derogata soltanto in modi che non consentono alle parti - a seguito di unilaterale scelta - di adire il giudice. Infatti, nei casi di asta pubblica e licitazione privata la competenza del giudice è subordinata all'unilaterale iniziativa dell'Amministrazione (la quale dovrebbe inserire una specifica disposizione nel bando di gara o nell'offerta a partecipare), iniziativa alla quale il contraente privato è meramente soggetto; nel caso di trattativa privata la norma prevede l'inserimento nel contratto di apposita clausola derogatoria della competenza arbitrale, il che comporta che, in mancanza di accordo delle parti, tale competenza non può essere derogata".

3. - Va premesso che, nella sua formulazione originaria, l'art. 47 del d.P.R. 16 luglio 1962, n. 1063 (Approvazione del capitolato generale d'appalto per le opere di competenza del Ministero dei lavori pubblici), stabiliva che la parte attrice aveva facoltà di escludere la competenza arbitrale, proponendo la domanda davanti al giudice ordinario, e che la parte convenuta nel giudizio arbitrale aveva, a sua volta, facoltà di escludere tale competenza. Più precisamente, nonostante che il capitolato, il bando o il contratto prevedessero il deferimento delle controversie a collegio arbitrale, era attribuita alla parte attrice la facoltà "di escludere la competenza arbitrale, proponendo la domanda davanti al giudice competente a norma delle disposizioni del codice di procedura civile", e "la parte convenuta nel giudizio arbitrale" aveva "facoltà, a sua volta, di escludere la competenza arbitrale" entro 30 giorni dalla notifica della domanda di arbitrato, notificando "la sua determinazione all'altra parte", la quale, ove intendesse "proseguire il giudizio", doveva "proporre domanda al giudice competente" a norma del medesimo codice di procedura civile.

Nella sentenza n. 127 del 1977 di questa Corte, mentre si menzionava il sistema del citato art. 47 come una ipotesi in cui si tutelava l'autonomia delle parti in modo coerente coi principi deducibili dalle norme costituzionali, veniva dichiarata l'illegittimità costituzionale della diversa norma che, in tema di brevetti, non prevedeva la libera facoltà dell'inventore o del datore di lavoro di adire il giudice ordinario. Si riaffermava in particolare che l'intenzione del Costituente era stata quella di tutelare la concentrazione della funzione giurisdizionale, per cui, a seguito del congiunto disposto degli artt. 24, primo comma, e 102, primo comma, della Costituzione, il fondamento di qualsiasi arbitrato è da rinvenirsi solo nella libera scelta delle parti e non nella legge o, più generalmente, in una volontà autoritativa.

4. - Tali affermazioni facevano seguito ad altre due pronunce di questa Corte: con una prima decisione (sentenza n. 35 del 1958) la Corte dichiarava l'illegittimità costituzionale della norma contenuta nell'art. 8 della legge regionale siciliana recante "Modifiche alla legge regionale 2 agosto 1954, n. 32", approvata il 4 luglio 1957 in quanto, con l'affidare al giudizio di un collegio arbitrale composto in modo predeterminato dalla legge una serie di controversie, la norma veniva a "sottrarre preventivamente ed in via generale tutte le controversie concernenti i rapporti in certe materie alla sfera di competenza delle autorità giurisdizionali"; con la sentenza n. 2 del 1963, mentre si riconosceva la legittimità dell'arbitrato secondo la disciplina del codice di procedura civile, veniva affermato che "è la scelta compiuta dalle parti che produce lo spostamento di competenza dal giudice del procedimento ordinario a quello del procedimento di impugnativa del lodo, non il comando di una legge elusivo di una aspettativa maturata, o quello di un organo dello Stato al quale la stessa legge ha conferito la

corrispondente potestà".

L'illegittimità costituzionale della imposizione autoritativa del ricorso all'arbitrato è stata ribadita successivamente da numerose sentenze di questa Corte (n. 54 del 1996; nn. 493, 232, 206, 49 del 1994; n. 488 del 1991). In una di queste pronunce (sentenza n. 232 del 1994) si è anche ritenuto non conforme ai principi costituzionali il rinvio della controversia ad una commissione arbitrale predeterminata direttamente dalla legge.

5. - Con la disposizione impugnata (art. 16 della legge 10 dicembre 1981, n. 741), l'originaria formulazione dell'art. 47 del Capitolato disciplinato dal citato d.P.R. n. 1063 del 1962 è stata sostituita, stabilendosi che la competenza arbitrale, prevista dagli articoli 43 e seguenti, "può essere esclusa solo con apposita clausola inserita nel bando o invito di gara, oppure nel contratto in caso di trattativa privata".

Siffatta nuova formulazione dell'art. 47, collegata con le disposizioni degli articoli precedenti, prevede un sistema declinatorio della competenza arbitrale che non si sottrae alla censura di incostituzionalità, in quanto sostanzialmente conferma la natura obbligatoria dell'arbitrato, ritenuta illegittima dalla costante giurisprudenza di questa Corte.

In effetti, va in primo luogo osservato che il silenzio serbato dalla pubblica amministrazione riguardo alla deroga alla competenza arbitrale - pur a fronte di un rinvio ricognitivo al Capitolato generale presente nel bando di gara - o l'inserimento di una clausola compromissoria nella proposta di appalto a trattativa privata, attribuiscono, di fatto, alla sola pubblica amministrazione la scelta in favore della competenza arbitrale, che la controparte, se vuole partecipare alla gara, è tenuta ad accettare.

In altri termini, esigendosi l'accordo delle parti per derogare alla competenza arbitrale, si rimette pur sempre alla volontà della sola parte che non voglia tale accordo derogatorio, l'effetto di rendere l'arbitrato concretamente obbligatorio per l'altro soggetto che non l'aveva voluto. Sarebbe infatti sufficiente la mancata intesa sulla deroga della competenza arbitrale per vanificare l'apparente facoltatività bilaterale dell'opzione.

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

Risulta pertanto evidente il contrasto della norma impugnata con gli invocati parametri costituzionali in quanto questa, con il prevedere che la competenza arbitrale può essere derogata solo con una clausola inserita nel bando o invito di gara oppure nel contratto nel caso di trattativa privata, finisce con il rendere obbligatorio l'arbitrato, in spregio al principio, più volte ribadito, secondo cui solo a fronte della concorde e specifica volontà delle parti (liberamente formatasi) sono consentite deroghe alla regola della statualità della giurisdizione.

Lo stesso legislatore, d'altronde, ha dimostrato recentemente di cercare giuste soluzioni al problema perché, nel regolare ex novo la materia degli appalti pubblici (con la legge 11 febbraio 1994, n. 109), aveva previsto (all'art. 32) che la competenza sulle controversie fosse attribuita al giudice ordinario, con esplicito divieto di deferire la controversia agli arbitri; successivamente, con il decreto-legge 3 aprile 1995, n. 101, convertito in legge con l'art. 1, comma 1, della legge 2 giugno 1995, n. 216, la competenza arbitrale è stata nuovamente introdotta, però con il richiamo della disciplina contenuta al riguardo nel codice di procedura civile. La legislazione potrebbe ancora evolversi tenendo conto, oltre che del coordinamento con la legislazione comunitaria, del principio essenziale della effettiva libera volontà di ciascuna parte sulla scelta della competenza nei casi in cui il contratto sia predisposto dalla pubblica amministrazione.

## LA CORTE COSTITUZIONALE

*Dichiara* l'illegittimità costituzionale dell'art. 16 della legge 10 dicembre 1981, n. 741 (Ulteriori norme per l'accelerazione delle procedure per l'esecuzione di opere pubbliche), che ha sostituito l'art. 47 del d.P.R. 16 luglio 1962, n. 1063, nella parte in cui non stabilisce che la competenza arbitrale può essere derogata anche con atto unilaterale di ciascuno dei contraenti.

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 2 maggio 1996.

Il Presidente: Ferri

Il redattore: Santosuosso

Il cancelliere: Di Paola

Depositata in cancelleria il 9 maggio 1996.

Il direttore della cancelleria: Di Paola

---

*Le sentenze e le ordinanze della Corte costituzionale sono pubblicate nella prima serie speciale della Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana (a norma degli artt. 3 della legge 11 dicembre 1984, n. 839 e 21 del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 1985, n. 1092) e nella Raccolta Ufficiale delle sentenze e ordinanze della Corte costituzionale (a norma dell'art. 29 delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale, approvate dalla Corte costituzionale il 16 marzo 1956).*

*Il testo pubblicato nella Gazzetta Ufficiale fa interamente fede e prevale in caso di divergenza.*