

CORTE COSTITUZIONALE

Ordinanza **58/2019** (ECLI:IT:COST:2019:58)

Giudizio: **GIUDIZIO DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE IN VIA INCIDENTALE**

Presidente: **LATTANZI** - Redattore: **DE PRETIS**

Camera di Consiglio del **06/02/2019**; Decisione del **20/02/2019**

Deposito del **20/03/2019**; Pubblicazione in G. U. **27/03/2019**

Norme impugnate: Art. 1, c. 25°, della legge 06/11/2012, n. 190; art. 241, c. 1°, del decreto legislativo 12/04/2006, n. 163, come modificato dall'art. 1, c. 19°, della legge n. 190 del 2012.

Massime: **42174 42175**

Atti decisi: **ord. 82/2018**

ORDINANZA N. 58

ANNO 2019

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE COSTITUZIONALE

composta dai signori: Presidente: Giorgio LATTANZI; Giudici : Aldo CAROSI, Marta CARTABIA, Mario Rosario MORELLI, Giancarlo CORAGGIO, Giuliano AMATO, Silvana SCIARRA, Daria de PRETIS, Nicolò ZANON, Franco MODUGNO, Augusto Antonio BARBERA, Giulio PROSPERETTI, Giovanni AMOROSO, Francesco VIGANÒ, Luca ANTONINI,

ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

nel giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 25, della legge 6 novembre 2012, n. 190 (Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione) e dell'art. 241, comma 1, del decreto legislativo 12 aprile

2006, n. 163 (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE), come modificato dall'art. 1, comma 19, della legge n. 190 del 2012, promosso dal Collegio arbitrale di Brindisi, nel procedimento vertente tra Manna DP srl e il Comune di Brindisi, con ordinanza del 12 giugno 2015, iscritta al n. 82 del registro ordinanze 2018 e pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica n. 22, prima serie speciale, dell'anno 2018.

Visto l'atto di intervento del Presidente del Consiglio dei ministri;

udito nella camera di consiglio del 6 febbraio 2019 il Giudice relatore Daria de Pretis.

Ritenuto che con ordinanza del 12 giugno 2015, iscritta al n. 82 reg. ord. 2018, il Collegio arbitrale costituito in Brindisi per la risoluzione della controversia insorta tra Manna DP srl e il Comune di Brindisi, relativa a un contratto d'appalto pubblico stipulato il 12 novembre 2004, ha sollevato questioni di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 25, della legge 6 novembre 2012, n. 190 (Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione) e dell'art. 241, comma 1, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE), come sostituito dall'art. 1, comma 19, della legge n. 190 del 2012;

che il giudizio è stato promosso dall'appaltatrice Manna DP srl per ottenere il pagamento degli importi esposti in alcune riserve, avvalendosi della clausola compromissoria prevista dall'art. 45 del capitolato speciale d'appalto;

che, dopo la costituzione del collegio arbitrale, il Comune di Brindisi ha eccepito, tra l'altro, la nullità della clausola compromissoria ex art. 241, comma 1, del d.lgs. n. 163 del 2006, come sostituito dall'art. 1, comma 19, della legge n. 190 del 2012, non essendovi stata in origine né essendo successivamente intervenuta alcuna autorizzazione da parte del Comune;

che, ad avviso del rimettente, l'arbitrato in oggetto - che non rientrerebbe nella sfera di efficacia della norma transitoria di cui all'art. 1, comma 25, della legge n. 190 del 2012, secondo cui «[l]e disposizioni di cui ai commi da 19 a 24 non si applicano agli arbitrati conferiti o autorizzati prima della data di entrata in vigore della presente legge» - ricadrebbe nell'ambito di applicazione dell'art. 241, comma 1, del d.lgs. n. 163 del 2006, come sostituito dall'art. 1, comma 19, della stessa legge n. 190 del 2012 (che prescrive la previa autorizzazione a pena di nullità), essendo stato «conferito» dopo l'entrata in vigore di quest'ultima legge, sebbene sulla base di una clausola arbitrale pattuita anteriormente;

che le norme applicabili al caso di specie, della cui legittimità costituzionale il rimettente dubita, determinerebbero così retroattivamente l'inefficacia della clausola compromissoria pattuita prima dell'entrata in vigore della legge che sanziona con la nullità l'assenza di autorizzazione e attribuirebbero inoltre alla parte pubblica il potere di decidere in ordine all'azionabilità della clausola stessa;

che, ad avviso del rimettente, le questioni sollevate sono pregiudiziali alla definizione nel merito della lite, riguardando l'ammissibilità dell'arbitrato, e sono quindi rilevanti;

che, in particolare, l'art. 1, comma 25, della legge n. 190 del 2012 sarebbe in contrasto con gli artt. 3, 24, 25, 41, 108 e 111 della Costituzione, in quanto consentirebbe di porre nel nulla con effetti retroattivi una clausola compromissoria e disattenderebbe il principio della certezza e della stabilità del diritto, con lesione della libertà di iniziativa economica e dell'autonomia negoziale;

che la scelta del legislatore di privare retroattivamente di efficacia le clausole

compromissorie non sarebbe giustificata neppure da esigenze di bilanciamento con altri interessi di rango costituzionale, in quanto le finalità di prevenzione della corruzione che ispirano la norma, riguardanti esclusivamente la parte pubblica, non sembrerebbero idonee a giustificare il meccanismo autorizzatorio introdotto dal legislatore in via retroattiva;

che, ad avviso del rimettente, la tutela dell'interesse della parte pubblica non può arrivare al punto di incidere - in via retroattiva e con il riconoscimento a suo favore del diritto potestativo di negare il ricorso all'arbitrato - sui principi di parità delle armi e di autonomia negoziale, ai sensi degli artt. 111 e 41 Cost.;

che la norma, inoltre, non sarebbe solo lesiva dell'affidamento nella stabilità dell'ordinamento giuridico di coloro che hanno stipulato le clausole compromissorie prima dell'entrata in vigore della legge n. 190 del 2012, ma distoglierebbe le parti dal giudice «naturale», seppur contrattualmente individuato, in violazione degli artt. 24, 25 e 111 Cost.;

che l'art. 241, comma 1, del d.lgs. n. 163 del 2006, come sostituito dall'art. 1, comma 19, della legge n. 190 del 2012, contrasterebbe a sua volta con gli artt. 3, 24, 25, 41, 97, 102 e 111 Cost.;

che la norma violerebbe, in primo luogo, gli artt. 3 e 111 Cost., attribuendo alla pubblica amministrazione, con il potere di autorizzare il ricorso all'arbitrato, un vero e proprio diritto potestativo all'instaurazione del giudizio arbitrale, pregiudicando così la parità delle parti nel processo e sbilanciando il rapporto in favore della parte pubblica;

che sarebbero violati, in secondo luogo, gli artt. 3, 24 e 111 Cost., per ingiustificata disparità di trattamento normativo fra gli arbitrati in materia di contratti pubblici e quelli disciplinati dal codice di rito civile, essendo, solo per i primi, l'accesso alla giurisdizione subordinato all'autorizzazione motivata della pubblica amministrazione a pena di nullità del lodo, mentre nei secondi il rifiuto di una delle parti di aderire all'arbitrato (o il suo mero silenzio) consente all'altra di ricorrere al tribunale per la nomina dell'arbitro non designato, non senza considerare che la nullità del lodo, negli arbitrati del primo tipo, potrebbe derivare anche da un vizio del provvedimento di autorizzazione, con ulteriore violazione degli artt. 3 e 111 Cost.;

che, con atto depositato in cancelleria il 18 giugno 2018, è intervenuto in giudizio il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, concludendo per l'inammissibilità o la manifesta infondatezza delle questioni;

che, in via preliminare, l'interveniente rileva che le disposizioni censurate sono state abrogate dall'art. 217, comma 1, lettera ii), del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture) e, rimettendosi in ogni caso alla valutazione di questa Corte quanto alla necessità di restituire gli atti al collegio arbitrale per un rinnovato esame sulla rilevanza delle questioni, osserva che la norma transitoria contenuta nell'art. 216, comma 22, del d.lgs. n. 50 del 2016 non sembra escludere la perdurante applicabilità nel giudizio a quo delle disposizioni abrogate, sulla base del principio *tempus regit actum*;

che l'interveniente, inoltre, precisa che lo stesso d.lgs. n. 50 del 2016 prevede, al comma 3 dell'art. 209, un meccanismo autorizzatorio simile a quello contemplato dal previgente art. 241, comma 1, del d.lgs. n. 163 del 2006, sicché la questione si riproporre comunque, anche secondo lo *ius superveniens*, nei medesimi termini posti dal rimettente;

che le questioni sarebbero comunque inammissibili, per mancata indicazione delle ragioni di contrasto delle norme censurate con i parametri evocati, in particolare con gli artt. 41, 102, 108 e 111 Cost.;

che, nel merito, esse sarebbero manifestamente infondate sotto tutti i profili ipotizzati dal rimettente per le ragioni esposte nella sentenza n. 108 del 2015 e nella successiva ordinanza n. 99 del 2016, con cui questa Corte ha già dichiarato l'infondatezza di questioni sollevate in relazione alle stesse norme e ai medesimi parametri da altri collegi arbitrali in fattispecie analoghe e in base a censure sostanzialmente identiche;

che, non avendo sviluppato il rimettente argomenti nuovi rispetto a quelli scrutinati da questa Corte, non sussisterebbero ragioni per discostarsi da tali pronunce.

Considerato che il Collegio arbitrale di Brindisi dubita della legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 25, della legge 6 novembre 2012, n. 190 (Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione), in riferimento agli artt. 3, 24, 25, 41, 108 e 111 della Costituzione, e dell'art. 241, comma 1, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE), come sostituito dall'art. 1, comma 19, della legge n. 190 del 2012, in riferimento agli artt. 3, 24, 25, 41, 97, 102 e 111 Cost.;

che, in pendenza del giudizio costituzionale, le disposizioni oggetto di censura sono state abrogate dall'art. 217, comma 1, lettera ii), del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture), recante il nuovo codice dei contratti pubblici, che ha sostituito il precedente, introdotto dal d.lgs. n. 163 del 2006;

che l'autorizzazione all'arbitrato è ora regolata dall'art. 209, comma 3, del d.lgs. n. 50 del 2016, che riproduce nella sostanza il contenuto dell'art. 241, comma 1, del d.lgs. n. 163 del 2006, come sostituito dall'art. 1, comma 19, della legge n. 190 del 2012, disponendo quanto segue: «[è] nulla la clausola compromissoria inserita senza autorizzazione nel bando o nell'avviso con cui è indetta la gara ovvero, per le procedure senza bando, nell'invito. La clausola è inserita previa autorizzazione motivata dell'organo di governo della amministrazione aggiudicatrice»;

che in ogni caso lo ius superveniens non rende necessaria la restituzione degli atti al collegio arbitrale rimettente per un nuovo esame della rilevanza delle questioni, in quanto le norme censurate continuano ad avere applicazione nel giudizio arbitrale a quo, sul quale dunque non influisce la loro intervenuta abrogazione (ex plurimis, sentenze 250 del 2016, n. 260 e n. 228 del 2015 e n. 139 del 1985);

che infatti tale giudizio è stato instaurato nella vigenza delle modifiche introdotte al precedente codice dei contratti pubblici dalla legge n. 190 del 2012, sulla base di una clausola compromissoria pattuita prima dell'entrata in vigore della stessa legge ed inserita nel bando, in assenza di preventiva autorizzazione motivata;

che il regime autorizzativo di tale clausola compromissoria e gli effetti della sua violazione sono quindi ancora regolati, ratione temporis, dal censurato combinato disposto degli artt. 1, comma 25, della legge n. 190 del 2012 e 241, comma 1, del d.lgs. n. 163 del 2006, come sostituito dall'art. 1, comma 19, della legge n. 190 del 2012, l'abrogazione del quale, disposta dal citato ius superveniens, non è retroattiva, ma opera solo a decorrere dalla data di entrata

in vigore del nuovo codice dei contratti pubblici introdotto dal d.lgs. n. 50 del 2016, ai sensi del suo art. 217, in ossequio al principio generale di cui all'art. 11 delle Preleggi;

che non vale, in senso contrario, la norma dettata dall'art. 216, comma 22, del citato nuovo codice dei contratti pubblici, in forza del quale «[l]e procedure di arbitrato di cui all'articolo 209 si applicano anche alle controversie su diritti soggettivi, derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici di cui al medesimo articolo 209, comma 1, per i quali i bandi o avvisi siano stati pubblicati prima della data di entrata in vigore del presente codice» (primo periodo, inserito dall'art. 128, comma 1, lettera f, del decreto legislativo 19 aprile 2017, n. 56, recante «Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50»), in quanto la ratio di tale disposizione transitoria speciale, ispirata al principio tempus regit actum, è quella di escludere pro futuro l'ultrattività delle previgenti procedure d'arbitrato nelle liti relative ai richiamati contratti, in deroga alla generale previsione transitoria contenuta al comma 1 dello stesso art. 216, secondo il quale il nuovo codice dei contratti pubblici si applica «[...] alle procedure e ai contratti per i quali i bandi o avvisi con cui si indice la procedura di scelta del contraente siano pubblicati successivamente alla data della sua entrata in vigore nonché, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o di avvisi, alle procedure e ai contratti in relazione ai quali, alla data di entrata in vigore del presente codice, non siano ancora stati inviati gli inviti a presentare le offerte»;

che, nel rispetto dei principi di diritto intertemporale, al giudizio arbitrale a quo, promosso prima dell'entrata in vigore del nuovo codice dei contratti pubblici, continua pertanto ad applicarsi la disciplina previgente, anche di natura transitoria, inerente al regime autorizzativo della clausola compromissoria sulla cui base il medesimo giudizio arbitrale è stato instaurato;

che, venendo all'esame nel merito, questa Corte, con la sentenza n. 108 del 2015, ha già positivamente scrutinato la legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 25, della legge n. 190 del 2012, in relazione ai medesimi parametri invocati da altro collegio arbitrale in fattispecie analoga e in base a censure sostanzialmente identiche;

che tali censure sono state disattese, in quanto «[l]o ius superveniens consistente nel divieto di deferire le controversie ad arbitri senza una preventiva e motivata autorizzazione non ha l'effetto di rendere nulle in via retroattiva le clausole compromissorie originariamente inserite nei contratti, bensì quello di sancirne l'inefficacia per il futuro, in applicazione del principio, espresso dalla costante giurisprudenza di legittimità, secondo il quale la nullità di un contratto o di una sua singola clausola, prevista da una norma limitativa dell'autonomia contrattuale che sopravvenga nel corso di esecuzione di un rapporto, incide sul rapporto medesimo, non consentendo la produzione di ulteriori effetti, sicché il contratto o la sua singola clausola si devono ritenere non più operanti»;

che - come prosegue la sentenza n. 108 del 2015 - «[n]on si pone conseguentemente alcun problema di retroattività della norma censurata o di ragionevolezza della supposta deroga all'art. 11 delle disposizioni sulla legge in generale»;

che, con la stessa sentenza, questa Corte ha, pertanto, già ritenuto infondato il presupposto, «comune a tutte le censure, secondo il quale la norma attribuirebbe efficacia retroattiva al divieto di arbitrato senza preventiva autorizzazione»;

che il thema decidendum del giudizio costituzionale e i motivi di censura non sono mutati rispetto al caso precedente, sicché non sono ravvisabili ragioni che inducano a una diversa decisione;

che, con la richiamata sentenza n. 108 del 2015, questa Corte ha già scrutinato la legittimità anche dell'art. 241, comma 1, con riferimento agli stessi parametri invocati dall'odierno rimettente e per analoghe violazioni, delle quali ha escluso l'esistenza;

che, dopo avere ricordato il proprio costante orientamento secondo il quale il legislatore sicuramente gode di discrezionalità nell'individuare le materie sottratte alla possibilità di compromesso, con il solo limite della manifesta irragionevolezza, questa Corte ha affermato che, «[a] maggior ragione, la scelta discrezionale del legislatore di subordinare a una preventiva e motivata autorizzazione amministrativa il deferimento ad arbitri delle controversie derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi, forniture, concorsi di progettazione e di idee, non è manifestamente irragionevole, configurandosi come un mero limite all'autonomia contrattuale, la cui garanzia costituzionale non è incompatibile con la prefissione di limiti a tutela di interessi generali (ordinanza n. 11 del 2003)»;

che nella stessa sentenza n. 108 del 2015 è stato precisato, altresì, che le medesime esigenze di contenimento dei costi delle controversie e di tutela degli interessi pubblici coinvolti, già considerate meritevoli di protezione in sede di scrutinio dei divieti normativi di ricorrere all'arbitrato, «valgono anche in questa materia, nella quale a tali esigenze si accompagna la generale finalità di prevenire l'illegalità della pubblica amministrazione», a cui «è dichiaratamente ispirata la censurata previsione della legge n. 190 del 2012, che non esprime un irragionevole sfavore per il ricorso all'arbitrato, come sostiene il rimettente, ma si limita a subordinare il deferimento delle controversie ad arbitri a una preventiva autorizzazione amministrativa che assicuri la ponderata valutazione degli interessi coinvolti e delle circostanze del caso concreto»;

che, con riguardo alla denunciata violazione del principio della parità delle parti nel processo, in riferimento agli artt. 3 e 111 Cost., la stessa sentenza ha escluso che la prevista autorizzazione crei un privilegio processuale della pubblica amministrazione idoneo a ledere il principio evocato, in quanto «[i]l requisito introdotto dal legislatore, a pena di nullità della clausola compromissoria, si inserisce in una fase che precede l'instaurazione del giudizio - e la stessa scelta del contraente - e non determina pertanto alcuno squilibrio di facoltà processuali a favore della parte pubblica»;

che nemmeno è ravvisabile, secondo la stessa sentenza, l'ingiustificata e irrazionale disparità di trattamento normativo fra arbitrati in materia di contratti pubblici e arbitrati di diritto comune, in quanto «[l]e stesse considerazioni svolte sopra a proposito della discrezionalità di cui il legislatore sicuramente gode nell'individuare i limiti del ricorso all'arbitrato nella materia dei contratti pubblici consentono di escludere che il diverso trattamento normativo, censurato dal rimettente avendo riguardo agli arbitrati di diritto comune, presenti caratteri di manifesta irragionevolezza», dovendosi rilevare, «[...] inoltre, come il rimettente ponga sullo stesso piano, per sottolineare l'ingiustificata disparità di trattamento, il diniego di autorizzazione preventiva della clausola compromissoria e il rifiuto di una delle parti a nominare l'arbitro di sua competenza (o la sua inerzia nel nominarlo), mentre è evidente che si tratta di situazioni del tutto diverse, inerendo l'una a una fase anteriore all'insorgenza stessa della controversia e l'altra alla fase, immediatamente successiva all'instaurazione del giudizio, di costituzione del collegio arbitrale, nella quale il rifiuto della pubblica amministrazione a nominare l'arbitro o la sua inerzia sono soggetti alla stessa disciplina del codice di rito applicabile alla parte privata»;

che nessuna violazione dei parametri di cui agli artt. 3 e 111 Cost. - come prosegue la sentenza n. 108 del 2015 - deriva poi dalla possibilità che il lodo sia affetto da nullità per un vizio del provvedimento di autorizzazione, in quanto tale eventuale conseguenza non sarebbe attribuibile al contenuto precettivo della norma censurata, bensì alla sua non corretta applicazione;

che, infine, sono prive di specifica motivazione le censure riferite agli artt. 24, 25 e 102 Cost., e parimenti quelle riferite agli artt. 41 e 97 Cost.;

che, non essendo ravvisabili ragioni per discostarsi dalla decisione precedentemente

assunta anche con riguardo all'art. 241, comma 1, del d.lgs. n. 163 del 2006, come sostituito dall'art. 1, comma 19, della legge n. 190 del 2012, tutte le questioni sollevate devono essere dichiarate manifestamente infondate, in linea con quanto già deciso da questa Corte, in fattispecie analoga, sia pure in relazione a parametri non integralmente coincidenti, con l'ordinanza n. 99 del 2016.

Visti gli artt. 26, secondo comma, della legge 11 marzo 1953, n. 87, e 9, comma 2, delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale.

PER QUESTI MOTIVI

LA CORTE COSTITUZIONALE

dichiara la manifesta infondatezza delle questioni di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 25, della legge 6 novembre 2012, n. 190 (Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione), in riferimento agli artt. 3, 24, 25, 41, 108 e 111 della Costituzione, e dell'art. 241, comma 1, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE), come sostituito dall'art. 1, comma 19, della legge n. 190 del 2012, in riferimento agli artt. 3, 24, 25, 41, 97, 102 e 111 Cost., sollevate dal Collegio arbitrale di Brindisi, con l'ordinanza indicata in epigrafe.

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 20 febbraio 2019.

F.to:

Giorgio LATTANZI, Presidente

Daria de PRETIS, Redattore

Roberto MILANA, Cancelliere

Depositata in Cancelleria il 20 marzo 2019.

Il Direttore della Cancelleria

F.to: Roberto MILANA

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.