

INCONTRO DI STUDIO  
SU

**L'ARBITRATO PER LA SOLUZIONE DELLE CONTROVERSIE IN MATERIA DI OPERE  
PUBBLICHE**

ROMA

16 OTTOBRE 2009

AVVOCATURA GENERALE DELLO STATO

**INTERVENTO SU**

**L'ARBITRATO IN MATERIA DI OPERE PUBBLICHE: PROFILI COMPARATIVI ED  
INTERNAZIONALI**

1. - All'art. 44(3)(m) della legge comunitaria 2008 sono previsti i criteri di delega in materia di arbitrato nel settore degli appalti pubblici ed, in particolare:

*3.m) dettare disposizioni razionalizzatrici dell'arbitrato, secondo i seguenti criteri:*

*1) incentivare l'accordo bonario;*

*2) prevedere l'arbitrato come ordinario rimedio alternativo al giudizio civile;*

*3) prevedere che le stazioni appaltanti indicano fin dal bando o avviso di indizione della gara se il contratto conterrà o meno la clausola arbitrale, proibendo contestualmente il ricorso al negozio compromissorio successivamente alla stipula del contratto;*

*4) contenere i costi del giudizio arbitrale;*

*5) prevedere misure acceleratorie del giudizio di impugnazione del lodo arbitrale.*

Tali disposizioni, intervenute in un momento nel quale l'arbitrato nel settore degli appalti pubblici sembrava essere destinato scomparire, se da un lato possono aver tranquillizzato i sostenitori di tali metodo di risoluzione delle controversie, dall'altro hanno destato preoccupazioni, soprattutto avendo riguardo al sempre maggior favore che l'arbitrato incontra a livello internazionale..

E' così che, al fine di tentare di fornire un contributo agli organi preposti all'attuazione della delega, si è ritenuto (il lavoro è stato svolto da un gruppo di professionisti facenti parte di ARBIT – Italian Forum for Arbitration and ADR, in collaborazione con l'Associazione Italiana per l'Arbitrato) di elaborare un documento nel quale vengano sinteticamente illustrati i risultati di una prima analisi avente ad oggetto le tematiche seguenti:

- A. disamina comparata delle disposizioni previste in diversi ordinamenti, comunitari ed extracomunitari in materia di arbitrato nel settore degli appalti pubblici;
- B. disamina delle relazioni tra eventuali disposizioni nazionali che limitino la validità/efficacia della convenzione arbitrale nel settore appalti pubblici e i trattati internazionali/accordi bilaterali rilevanti, tra cui:
  - 1. convenzioni internazionali, tra cui, ad esempio: Convenzione di Ginevra del 1961 sull'arbitrato commerciale internazionale, Convenzione di New York del 1958 sul riconoscimento e l'esecuzione di sentenze arbitrali straniere;
  - 2. Convenzione di Washington del 1965 sulla soluzione delle controversie tra Stati e privati in materia di investimenti.

La prima mira a fornire indicazioni interessanti sulle soluzioni adottate negli altri paesi, in modo da consentire di valutare se sia possibile trarre spunti dalle esperienze di altri ordinamenti.

La seconda mira invece a verificare se eventuali previsioni interne limitative della validità/efficacia della convenzione arbitrale nel settore appalti pubblici possano contrastare con disposizioni presenti in trattati internazionali ratificati dall'Italia. Tale verifica dovrebbe consentire di valutare gli eventuali rischi e di ipotizzare le possibili soluzioni.

Prima di esaminare, seppur sinteticamente, la situazione di alcuni ordinamenti stranieri, occorre svolgere alcune brevi premesse.

In primo luogo, la capacità degli Stati e delle persone giuridiche di diritto pubblico a stipulare validamente una convenzione arbitrale è una questione, in linea di massima, risolta già da tempo. Nel corso del tempo, infatti, gli Stati hanno sempre più spesso svolto attività commerciale in regime privatistico, rendendo sempre meno giustificabile un'eventuale eccezione di immunità dalla giurisdizione arbitrale o limitazioni alla capacità di concludere accordi compromissori.

Nella maggior parte degli ordinamenti, quindi, salvo alcune eccezioni, grazie anche all'intervento della giurisprudenza<sup>1</sup> e ad alcune convenzioni internazionali di cui si parlerà in seguito, tali soggetti possono stipulare validamente convenzioni arbitrali.

---

<sup>1</sup> Per tutte basti citare la nota sentenza del 2 maggio 1966 della Corte di Cassazione francese nel caso *Trésor Public c. Galakis*.

Un'ulteriore premessa necessaria riguarda il settore delle costruzioni, il quale è caratterizzato da diverse peculiarità: tempi necessari alla realizzazione dell'opera; implicazioni economiche rilevanti; contenuto dei contratti tecnico e spesso complesso.

E' così che, con sempre maggior frequenza, vengono utilizzati contratti tipo predisposti da organizzazioni specializzate nel settore.

La FIDIC –Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils, ad esempio, rappresenta da quasi un secolo a livello globale l'industria degli ingegneri-consulenti.

Nell'ambito della propria attività istituzionale, organizza conferenze e corsi, realizza studi, elabora e pubblica contratti tipo.

Tali contratti, essendo il frutto di studi e discussioni tra esperti di tutto il mondo del settore delle costruzioni, godono di enorme considerazione a livello internazionale e vengono utilizzati spesso anche nel caso di lavori ed opere commissionati da soggetti pubblici<sup>2</sup>.

Tali contratti, per la soluzione delle eventuali controversie che dovessero insorgere, prevedono diversi meccanismi alternativi alla giustizia statale, tra cui l'arbitrato.

La FIDIC, in particolare, ha ritenuto di optare per un arbitrato amministrato dalla Corte di Arbitrato della Camera di Commercio Internazionale, una delle istituzioni arbitrali più autorevoli ed utilizzate al mondo. Di conseguenza, non è raro che con l'arbitrato vengano risolte controversie relative ad importanti contratti di appalto di opere, pubbliche e non.

**2.** – Negli ordinamenti esaminati sono state riscontrate disposizioni e prassi molto diverse tra loro.

### **Austria**

La decisione delle controversie relative al fase di gara è riservata a giudici speciali.

L'arbitrato è invece utilizzabile per la soluzione delle controversie relative all'esecuzione del contratto.

L'art. 343 del Codice dei contratti pubblici<sup>3</sup> consente alle parti di deferire ad arbitri la soluzione delle controversie relative all'esecuzione del contratto d'appalto, senza distinguere tra clausola compromissoria e compromesso. Il legislatore austriaco, però dimostra preoccupazione per i tempi e i costi dei relativi procedimenti e demanda al Governo Federale il compito di regolamentare tali aspetti, garantendo i principi di economia, efficienza e facilità di accesso.

Nella prassi però, l'utilizzo dell'arbitrato nel settore sembra essere molto raro in quanto ritenuto più costoso del giudizio dinanzi alle Corti austriache<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> Per esempio vengono spesso utilizzati nei contratti pubblici dei paesi dell'Europa dell'est.

<sup>3</sup> *Bundesvergabegesetz*.

<sup>4</sup> Si consideri che i giudizi dinanzi alle corti statali austriache sono in media estremamente rapidi.

## Francia

La Francia costituisce forse il paese nel quale l'arbitrato ha avuto il maggior sviluppo negli ultimi decenni. Trattasi quindi di uno Stato nel quale tale strumento gode del favore sia del legislatore, sia della giurisprudenza, sia degli operatori.

Il legislatore francese ha ritenuto, con la riforma degli anni 1980 e 1981, di differenziare la disciplina dell'arbitrato interno e di quello internazionale.

Alcune disposizioni specifiche in materia di appalti pubblici si occupano espressamente di arbitrato nonché di conciliazione, consentendone l'utilizzo.

L'articolo 127<sup>5</sup> del Codice degli appalti pubblici<sup>6</sup> prevede infatti la possibilità di risolvere in via amichevole le eventuali controversie con l'ausilio di appositi comitati consultivi regionali. Il successivo art.128<sup>7</sup> poi consente allo Stato e agli enti locali di ricorrere all'arbitrato per la liquidazione delle spese dei lavori e delle forniture. Per lo Stato, a tal fine, è necessario un decreto del Ministro competente. Trattasi di una previsione che, seppur in un ambito limitato, consente l'utilizzo dello strumento arbitrale.

Un altro riferimento espresso è contenuto all'art 50.5<sup>8</sup> del *Cahier des Clauses Administratives Générales applicables aux marchés des travaux*<sup>9</sup>, che conferma la possibilità di utilizzare la conciliazione o l'arbitrato ai sensi degli articoli 127 e 128 del Codice degli appalti pubblici.

Trattasi pertanto di un ordinamento nel quale il ricorso al procedimento arbitrale per la soluzione delle controversie nel settore degli appalti pubblici è considerato normale.

---

<sup>5</sup> Art.127. *Les pouvoirs adjudicateurs et les titulaires de marchés publics peuvent recourir aux comités consultatifs de règlement amiable des différends ou litiges relatifs aux marchés publics dans des conditions fixées par décret.*

*Ces comités ont pour mission de rechercher des éléments de droit ou de fait en vue d'une solution amiable et équitable.*

*La saisine d'un comité consultatif de règlement amiable interrompt le cours des différentes prescriptions.*

*La saisine du comité suspend les délais de recours contentieux jusqu'à la décision prise par le pouvoir adjudicateur après avis du comité.*

*La composition, l'organisation et les modalités de fonctionnement des comités consultatifs, notamment les pouvoirs propres de leurs présidents, sont fixés par décret.*

<sup>6</sup> Decreto n.2006-975 del 1 agosto 2006.

<sup>7</sup> Article 128 - *Conformément à l'article 69 de la loi du 17 avril 1906 portant fixation du budget général des dépenses et des recettes de l'exercice 1906, l'Etat, les collectivités territoriales ou les établissements publics locaux peuvent, pour la liquidation de leurs dépenses de travaux et de fournitures, recourir à l'arbitrage tel qu'il est réglé par le livre IV du code de procédure civile. Pour l'Etat, ce recours est autorisé par un décret pris sur le rapport du ministre compétent et du ministre chargé de l'économie.*

<sup>8</sup> Art. 50.5. *Recours à la conciliation ou à l'arbitrage : Les parties peuvent, d'un commun accord, avoir recours à la conciliation selon les modalités qu'elles déterminent. Elles peuvent également, d'un commun accord, avoir recours à l'arbitrage, dans les conditions fixées à l'article 128 du code des marchés publics.*

*La saisine d'un conciliateur ou d'un tribunal arbitral suspend les délais de recours prévus par le présent CCAG jusqu'à la notification de la décision prise après conciliation, de la constatation par le conciliateur de l'échec de sa mission ou de la décision du tribunal arbitral.*

<sup>9</sup> Arrêté du 8 septembre 2009 portant approbation du cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés publics de travaux

## **Germania**

In Germania non vi è alcuna limitazione per l'arbitrato in relazione al settore dei contratti pubblici. Anche a seguito di recenti importanti procedimenti arbitrali, con costi molto elevati, si discute tuttavia circa l'impatto finanziario per la collettività del ricorso a procedimenti arbitrali in caso di controversie particolarmente costose e complesse con parti pubbliche (si pensi in particolare a un complesso arbitrato avviato nel 2004 e ancora pendente tra lo Stato, Toll Collect, Deutsche Telekom AG e Daimler Financial Services AG per un valore di circa 5 miliardi di Euro). Tuttavia non vi è discussione in ordine a una possibile limitazione in capo agli enti pubblici della facoltà di inserire clausole arbitrali o sottoscrivere compromessi in ordine a contratti pubblici o appalti.

## **Grecia**

La decisione delle controversie relative al fase di gara è riservata a giudici amministrativi qualora la stazione appaltante sia lo Stato o comunque un ente pubblico. Rientra invece nella giurisdizione dei giudici civili quando si tratti di enti che operano in regime privatistico. La legge che disciplina i contratti pubblici non prevede espressamente l'arbitrato come metodo di risoluzione delle controversie.

Un'espressa previsione è invece riscontrabile nella legge che regola i lavori pubblici (Legge n. 3369/2008). L'art. 11 prevede che tutte le controversie relative ad un contratto di appalto avente ad oggetto la realizzazione di opere possono essere risolte mediante arbitrato interno o internazionale, a condizione che il bando di gara lo consenta. L'art. 78 prevede poi che debbano intervenire nella determinazione delle modalità di svolgimento dell'arbitrato i Ministeri coinvolti nell'appalto.

In concreto, molto raramente si fa ricorso all'arbitrato per questo genere di controversie.

L'arbitrato è invece obbligatorio per i contratti di Partenariato Pubblico Privato di modesto valore. La legge n. 3389/05, art. 31, prevede infatti che le controversie relative debbano essere deferite ad arbitri.

Un aspetto interessante è costituito dal fatto che l'arbitrato è lo strumento più utilizzato per la soluzione delle controversie relative ai principali contratti pubblici di concessione (e Partenariato Pubblico Privato), ratificati tutti con apposita legge. In tali contratti, infatti, è quasi sempre inserita una clausola compromissoria che prevede il deferimento ad arbitri della soluzione delle relative controversie. Occorre notare che tali clausole molto spesso fanno riferimento ad un arbitrato amministrato dalla Corte di Arbitrato della Camera di Commercio Internazionale.

Ovviamente la clausola riguarda solo le controversie successive alla stipula del contratto.

Pertanto, in Grecia sono molto frequenti arbitrati secondo il Regolamento CCI per la soluzione di controversie relative a tali contratti, anche tra soggetti di nazionalità greca.

### **Regno Unito**

Come è noto, l'arbitrato è disciplinato dall'Arbitration Act del 1996, nel quale non sono contenute previsioni specifiche riguardanti il settore degli appalti pubblici. Né sono previste particolari disposizioni in proposito nella normativa riguardante gli appalti pubblici<sup>10</sup>.

In assenza di limitazioni normative particolari, l'arbitrato si ritiene liberamente utilizzabile anche nel settore degli appalti pubblici.

Inoltre, anche nel Regno Unito<sup>11</sup> il Governo ha dichiarato espressamente la volontà di incentivare l'uso dei metodi alternativi di risoluzione delle controversie (ADR).

Nello specifico settore delle costruzioni, poi, molto spesso si fa riferimento a contratti standard<sup>12</sup> che prevedono, tra l'altro, una clausola compromissoria.

Inoltre, sempre in questo settore, viene spesso utilizzato lo strumento dell'*Adjudication*, ossia un meccanismo di risoluzione delle controversie ad opera di uno o più terzi, tecnici, che decidono in termini rapidi e con una decisione vincolante per le parti. Trattasi ovviamente di uno strumento che è adatto alla soluzione di controversie su questioni tecniche.

### **Romania**

La legge regolatrice degli appalti pubblici non consente la soluzione delle relative controversie mediante lo strumento arbitrale (OUG 34/2006).

Ciononostante, non di rado nei contratti di appalto per la realizzazione di opere pubbliche di una certa importanza si richiamano spesso i contratti tipo predisposti dalla FIDIC con le relative clausole arbitrali.

### **Spagna**

L'arbitrato è disciplinato dalla legge n. 60 del 23.12.2003, che non prevede particolari disposizioni in relazione al settore dei contratti pubblici.

L'art.39<sup>13</sup> della legge n.30 del 30.10.2007 sui Contratti del Settore Pubblico prevede però che gli enti e gli organismi del settore pubblico che non sono considerati Pubblica

---

<sup>10</sup> *Public Contracts Regulations* 2006 n.5 e *Utilities Contracts Regulations* 2006 n.6

<sup>11</sup> Così come nella maggior parte degli altri ordinamenti.

<sup>12</sup> Ad esempio contratti FIDIC.

<sup>13</sup> *Artículo 39. Arbitraje. Los entes, organismos y entidades del sector público que no tengan el carácter de Administraciones Públicas podrán remitir a un arbitraje, conforme a las disposiciones de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, la solución de las diferencias que puedan surgir sobre los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos que celebren.*

Amministrazione possono deferire ad arbitri la soluzione di controversie riguardanti l'efficacia, l'esecuzione e la validità del relativo contratto.

Pertanto, l'uso di tale strumento nel settore degli appalti pubblici è escluso per i soggetti che rientrano nell'ambito della pubblica amministrazione.

## **Svizzera**

Non risultano disposizioni specifiche in merito alla possibilità di deferire ad arbitri controversie in materia di appalti pubblici.

In linea generale, nelle questioni che riguardano il diritto amministrativo non è esclusa a priori la possibilità di prevedere contrattualmente una clausola arbitrale. Secondo parte di dottrina e giurisprudenza ciò sarebbe possibile allorché la pretesa litigiosa dipenda dalla libera disposizione delle parti oppure derivi da un contratto.

A questo proposito si rileva appunto che il *Concordato sull'arbitrato accettato dalla Conferenza dei direttori dei Dicasteri cantonali di giustizia* (al quale hanno aderito tutti i 26 Cantoni) prevede al suo art. 5 che *l'arbitrato può vertere su qualsiasi pretesa dipendente dalla libera disposizione delle parti, salvo che la causa sia di competenza esclusiva dell'Autorità giudiziaria in virtù di una disposizione imperativa di legge.*

Pertanto sarebbe necessario verificare, caso per caso, la natura della pretesa in gioco, la base da cui deriva e stabilire di conseguenza l'"arbitrabilità" o meno della controversia.

A complemento di quanto esposto sopra, si rileva comunque che a livello federale l'art. 7 PA (Legge federale sulla procedura amministrativa) concernente l'esame della competenza prevede al suo cpv. 2 che *la competenza non può essere pattuita tra l'autorità e la parte.* Testo che sembrerebbe non lasciare spazio alla soluzione arbitrale. Tuttavia la questione non è ancora stata risolta, tanto che sussistono diverse opinioni dottrinali al riguardo. Il Tribunale federale (massima istanza giudiziaria elvetica) ha recentemente stabilito che clausole arbitrali nell'ambito di diritto pubblico sono ancora discutibili e controverse e che pertanto non è possibile accettarle *tout court.*

A titolo di esempio, la Sezione logistica cantonale del Canton Ticino (la quale si occupa della redazione di detti contratti) per prassi non fa uso di clausole arbitrali. Parrebbe essere ben diverso nel Canton Zurigo. Sempre a titolo di esempio, nel contratto di appalto standard, reperibile sul sito dell'ispettorato cantonale delle strade, nel quale il committente è il Canton Zurigo. All'art. 7 "*Streitigkeiten* [controversie]" viene esplicitamente riservata la possibilità delle parti di rivolgersi ad un tribunale arbitrale anziché alla giustizia ordinaria ("*steht ihm die Anrufung des ordentlichen Gerichtes offen* [l'appaltatore ha la facoltà di

rivolgersi alla giustizia ordinaria], *sofern sich die Parteien nicht auf ein Schiedsgericht einigen* [nella misura in cui le parti non si accordino per un tribunale arbitrale]”).

3. – In linea di principio, la delega contenuta nell’art. 44(3)(m)(3) della legge comunitaria 2008 sembra inidonea ad incidere sulla capacità di imprese italiane di sottoscrivere convenzioni arbitrali con soggetti pubblici stranieri, in quanto le "stazioni appaltanti" cui la normativa si rivolge sono quelle così definite appartenenti alla pubblica amministrazione italiana, nel contesto di appalti pubblici regolati dalla legge italiana.

Le fattispecie su cui la normativa delegata sembra invece destinata ad incidere sono i rapporti tra pubblica amministrazione italiana e soggetti (italiani o esteri) partecipanti alle gare d'appalto. A questo riguardo la delega sembra comportare alcuni aspetti di disomogeneità, se non addirittura di potenziale contrasto, con gli impegni assunti dall'Italia con l'adesione ad importanti convenzioni internazionali in materia di arbitrato.

### **La distinzione tra clausola arbitrale e accordo compromissorio successivo**

L'art. 44(3)(m)(3) della legge distingue clausola compromissoria (che sarebbe consentita, e la cui presenza nel contratto la stazione appaltante sarebbe chiamata ad indicare sin dal bando) e accordo compromissorio successivo, che sarebbe invece recisamente proibito. Così facendo, la norma introduce una distinzione assai netta (con conseguenze opposte nei due casi) tra clausola arbitrale e compromesso.

Questa distinzione sembra contraria non solo alla tendenza della legislazione italiana (che, con l'ultima riforma, ha introdotto la nozione di "convenzione arbitrale", comprensiva di compromesso e clausola arbitrale), ma anche all’indirizzo delle convenzioni internazionali di maggiore diffusione, che disciplinano unitariamente la convenzione arbitrale (art. I(2)(a) della Convenzione di Ginevra del 1961 sull'arbitrato commerciale internazionale; art. II(1) e (2) della Convenzione di New York del 1958 sul riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze arbitrali straniere). A questo riguardo non sembra di potersi parlare di vera e propria incompatibilità tra la disciplina che potrebbe risultare dalla delega e normativa internazionale, dal momento che né la Convenzione Ginevra né la Convenzione New York vietano agli Stati di conservare o introdurre una differenziazione nella disciplina di compromesso e clausola.

Inoltre, la lettera dell'art. 44(3)(m)(3) non si riferisce alla distinzione tra clausola e compromesso (cioè tra convenzione arbitrale conclusa rispettivamente prima e dopo l'insorgere della controversia), ma tra convenzioni arbitrali concluse prima e dopo la stipula del contratto. Nel divieto ricadrebbero quindi non solo i compromessi arbitrali, ma anche convenzioni arbitrali concluse dopo la stipula del contratto di appalto e prima

dell'insorgere della controversia (sebbene si tratti di un'ipotesi meramente teorica e difficilmente riscontrabile nella realtà).

Tale disposizione sembra essere finalizzata ad evitare che le stazioni appaltanti possano decidere se prestare o meno il proprio accordo per una convenzione arbitrale in funzione di particolari rapporti con l'appaltatore.

### **Convenzione di New York 1958**

Una certa difformità sembra sussistere anche rispetto all'art. II(1) della Convenzione di New York, che impegna gli Stati parte a riconoscere le convenzioni arbitrali relative a controversie "*insorte o che potrebbero insorgere*" (e quindi copre sia compromesso che clausola compromissoria; v. anche art. II(2)) "*concernenti una questione suscettibile di essere risolta mediante arbitrato*".

L'art. II della Convenzione non impedisce agli Stati parte di introdurre limiti alla validità delle convenzioni arbitrali, né di prevedere categorie di controversie non arbitrabili. Esso è tuttavia perlopiù interpretato come tale da imporre limiti all'introduzione di "eccezioni nazionali" alla validità delle convenzioni arbitrali o all'arbitrabilità delle controversie<sup>14</sup>. L'art. 44(3)(m)(3) sembra quindi potenzialmente in contrasto non con la lettera, ma con lo spirito della Convenzione.

Ciononostante, tale contrasto sarebbe privo di conseguenze pratiche, in quanto la Convenzione si applica unicamente agli arbitrati esteri, e non sarebbe applicabile al riconoscimento in Italia di lodi e convenzioni arbitrali oggetto della delega (che sarebbero verosimilmente relativi ad arbitrati regolati dal diritto italiano). Il riconoscimento all'estero, in Stati parti alla Convenzione, di questi lodi potrebbe essere impedito dall'art. V.1.a della Convenzione, che consente di rifiutare il riconoscimento di lodi resi in base a convenzione arbitrale invalida o in caso di incapacità dei compromittenti.

### **Convenzione di Ginevra del 1961**

Più serie ragioni di contrasto sembrano sussistere rispetto all'art. II(1) Convenzione Ginevra, che prevede che, nell'ambito di applicabilità della Convenzione, le "*persone giuridiche di diritto pubblico*" "*hanno la facoltà di concludere validamente delle convenzioni di arbitrato*".

Visto che: (i) le "stazioni appaltanti" sembrano facilmente qualificabili come "persone giuridiche di diritto pubblico"; (ii) la Convenzione Ginevra, come già indicato, non distingue a seconda del momento della conclusione dell'accordo compromissorio; e (iii) la delega sembra chiaramente indicare un divieto che si rifletterà sulla capacità delle stazioni

---

<sup>14</sup> BORN, *International Commercial Arbitration*, I, p. 569.

appaltanti di concludere convenzioni arbitrali successivamente alla stipula del contratto, ovvero darà luogo all'invalidità delle stesse convenzioni arbitrali, in questo caso il contrasto con la normativa convenzionale sembra inevitabile.

L'art. II(2) della Convenzione consente l'apposizione di una riserva a questo riguardo al momento dell'adesione, ma di tale facoltà di riserva l'Italia non si è avvalsa (solo il Belgio, la cui legislazione infatti conteneva una disposizione limitativa della capacità delle entità pubbliche di concludere una convenzione arbitrale, ha formulato la riserva).

### **Arbitrato internazionale in materia di investimenti**

Qualche considerazione merita anche il potenziale effetto della normativa delegata sull'arbitrato internazionale in materia di investimenti, e in particolare sull'applicazione della Convenzione di Washington del 1965 sulla risoluzione delle controversie tra Stati e privati in materia di investimenti e dei numerosi trattati bilaterali sugli investimenti che prevedono l'arbitrato come mezzo di soluzione delle controversie tra Stati e investitori.

E' noto come una delle caratteristiche principali di questo tipo di arbitrati sia che essi raramente hanno fondamento in una clausola arbitrale contrattuale. Con frequenza sempre crescente a partire dagli anni '90 gli arbitrati iniziati davanti al Centro per la soluzione delle controversie in materia di investimenti (ICSID) (o ad altre istituzioni arbitrali che amministrano arbitrati in materia di investimenti) trovano fondamento in un'"offerta" di arbitrato da parte dello Stato. Tale offerta è rappresentata dalla clausola di soluzione delle controversie contenuta in un trattato bilaterale o multilaterale relativo agli investimenti, la quale può essere "accettata" da parte dell'investitore. Secondo giurisprudenza e dottrina ormai consolidate, questo incontro di volontà soddisfa al requisito del "consenso" previsto dall'art. 25(1) Convenzione Washington tra i requisiti della competenza dell'ICSID, e perfeziona l'accordo compromissorio tra Stato e privato investitore. L'accettazione dell'offerta dello Stato avviene in un momento successivo alla conclusione dell'eventuale accordo (o contratto) che regola l'investimento, e generalmente si concreta nello stesso deposito della domanda di arbitrato.

La proibizione di accordi compromissori successivi alla stipula del contratto, che la delega impone in materia di appalti pubblici, non potrebbe avere l'effetto di impedire l'instaurazione di un arbitrato sulla base del consenso prestato dallo Stato italiano con la stipula del trattato bilaterale. In tale arbitrato sarebbe infatti coinvolta (in virtù del consenso a tale forma di arbitrato dato dall'Italia) la responsabilità dello Stato sul piano internazionale, mentre il divieto cui mira la delega opererebbe unicamente sul piano contrattuale nei confronti della "stazione appaltante". Quest'ultima potrebbe coincidere con

lo Stato o essere un soggetto dotato di personalità giuridica distinta. L'esistenza di un diverso foro per la soluzione della controversia contrattuale tra appaltatore e stazione appaltante, previsto nello stesso contratto o individuato in base alle ordinarie norme sulla giurisdizione, non priverebbe di competenza il foro (arbitrale) internazionale reso disponibile dalla Convenzione Washington e dal trattato bilaterale per la soluzione della controversia tra l'Italia e l'investitore straniero.

Qualora invece il divieto di conclusione di accordi arbitrali successivamente alla stipula del contratto di appalto fosse inteso, in sede di normativa delegata, come tale da impedire qualsiasi tipo di arbitrato relativo all'appalto in questione (compresi arbitrati in materia di investimenti intentati contro lo Stato italiano per responsabilità sul piano internazionale), esso rischierebbe di sanzionare sistematicamente il meccanismo di conclusione dell'accordo compromissorio in materia di investimenti che si è sinteticamente descritto. L'ordinamento italiano dichiarerebbe l'invalidità (o l'inefficacia; anche questo dipenderà dal tenore della normativa delegata) di accordi compromissori che devono invece ritenersi ammissibili in base alla Convenzione Washington e ai trattati bilaterali in cui l'offerta di arbitrato da parte dello Stato italiano è contenuta. Se un appaltatore straniero iniziasse un arbitrato d'investimento contro l'Italia sulla base della Convenzione Washington e di un trattato bilaterale concluso tra il suo Stato di appartenenza e l'Italia, quest'ultima non potrebbe disconoscere la validità e l'efficacia della convenzione arbitrale senza rinnegare i propri obblighi internazionali e violare la normativa interna con cui Convenzione Washington e trattati bilaterali sugli investimenti hanno avuto esecuzione. A dispetto della normativa italiana, il tribunale arbitrale potrebbe constatare che l'Italia ha prestato il proprio consenso all'arbitrato, e il lodo eventualmente pronunciato sarebbe eseguibile in base alla normativa convenzionale<sup>15</sup>.

Occorre anche rimarcare che la giurisprudenza ICSID ha con crescente frequenza riconosciuto che un contratto di appalto possa costituire un "investimento" ai fini dell'applicazione della normativa relativa agli arbitrati di cui si tratta.

**4.** – I dati e le considerazioni precedentemente esposti inducono a delle considerazioni conclusive.

In primo luogo, il favore che sempre più riscuote l'arbitrato dovrebbe essere tenuto in forte considerazione in sede di attuazione della delega, al fine di evitare una normativa di

---

<sup>15</sup> V. la risoluzione dell'Istituto di diritto internazionale di Santiago de Compostela del 1989: "*a State, a state enterprise, or a state entity cannot invoke incapacity to arbitrate in order to resist arbitration to which it has agreed*".

attuazione in contrasto con il *trend* affermatosi sia a livello nazionale, sia a livello internazionale.

In secondo luogo, un approfondimento dello studio delle soluzioni adottate in altri ordinamenti (tenendo, ovviamente, conto delle specificità del nostro Paese), certamente potrebbe costituire un ausilio per l'individuazione di soluzioni che tengano in adeguata considerazione tutti gli interessi in gioco.

Da ultimo, si è sopra evidenziato il rischio che, già dall'esame della legge comunitaria, si può correre in relazione alle disposizioni contenute nelle convenzioni internazionali cui l'Italia è parte. Tanto più in sede di attuazione della delega occorrerà quindi tenere in adeguata considerazione tali previsioni al fine di evitare ripercussioni negative anche a livello internazionale.

Roma, 16 ottobre 2009

Avv. Andrea Bandini  
Avv. Cecilia Carrara

Avv. Andrea Carlevaris  
Avv. Domenico Di Pietro