

codice civile (patrimonio netto), indice dimostrativo di adeguata capacità economica e finanziaria occorrente per la qualificazione delle imprese.

Sulla base di quanto suindicato e nella considerazione che le società cooperative rappresentano una categoria di soggetti imprenditoriali particolarmente attiva nel settore dei lavori pubblici, con il presente atto si segnala l'opportunità di un intervento normativo teso a modificare l'art. 98, comma 1, lett. b), del DPR 554/99, laddove prescrive il solo requisito del capitale sociale, prevedendo un espresso riferimento al requisito del patrimonio netto per le società cooperative.

2 - Alcune considerazioni sembrano necessarie anche con riferimento alle fondazioni.

Il patrimonio delle fondazioni traduce il concetto di una serie di beni di cui il proprietario si spoglia per il perseguimento di uno scopo. Il patrimonio è, dunque, elemento essenziale delle stesse, fondamentale per il conseguimento dello scopo ma anche per la funzione di tutela del credito. Infatti, nelle fondazioni si realizza una netta separazione tra il patrimonio dell'ente e quello degli amministratori, i quali non devono rispondere personalmente di eventuali debiti della fondazione.

Una delle realtà più importanti nell'ambito del settore è quello delle fondazioni bancarie che gestiscono patrimoni molto cospicui impiegati per finanziare attività sociali, e che hanno subito una notevole evoluzione rispetto al modello codicistico, essendo sempre più spesso legate al mondo imprenditoriale.

Tale evoluzione ha avuto origine con la legge 30 luglio 1990, n. 218 (ristrutturazione e integrazione degli istituti di credito di diritto pubblico), seguita dalla legge 20 novembre 1990, n. 356 (ristrutturazione e disciplina gruppo creditizio), ed ultimata con la legge delega 23 dicembre 1998, n. 461, che ha trovato attuazione con il decreto legislativo 17 maggio 1999, n. 153.

In particolare, con queste ultime norme, si è attribuita la natura di enti privati alle fondazioni bancarie, si è accentuata la separazione fra fondazione bancaria e società per azioni, si è imposta la dismissione da parte delle fondazioni bancarie del 51% del capitale sociale in un termine massimo di quattro anni; infine, si è previsto che le stesse possano perseguire non solo scopi di utilità sociale, ma anche la promozione dello sviluppo economico.

Con riferimento a quest'ultimo aspetto, il D.Lgs. 153/99, come modificato dalla legge 28 dicembre 2001, n. 448 (finanziaria 2002), dopo aver stabilito che l'attività istituzionale delle fondazioni si svolge solo nei "settori ammessi" ed in rapporto prevalente con il territorio, all'art. 1 specifica che per "settori ammessi" devono intendersi quelli ivi elencati, ovvero, a titolo esemplificativo, famiglia, istruzione, volontariato, sicurezza pubblica, sviluppo locale ed edilizia popolare locale, ricerca, etc...

Al riguardo, deve evidenziarsi che con la legge 1 agosto 2002, n. 166, c.d. Merloni - *quater*, che ha modificato l'art. 37- *bis*, è stata introdotta una terza categoria di soggetti che possono assumere il ruolo di promotori nella procedura di *project financing*, ovvero le fondazioni e le camere di commercio.

Recita, infatti, la novellata disposizione, che *“Possono presentare le proposte di cui al comma 1 i soggetti dotati di idonei requisiti tecnici, organizzativi, finanziari e gestionali, specificati dal regolamento (...). La realizzazione di lavori pubblici o di pubblica utilità rientra tra i settori ammessi di cui all'articolo 1, comma 1, lettera c-bis), del decreto legislativo 17 maggio 1999, n. 153. Le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura, nell'ambito degli scopi di utilità sociale e di promozione dello sviluppo economico dalle stesse perseguiti, possono presentare studi di fattibilità o proposte di intervento, ovvero aggregarsi alla presentazione di proposte di realizzazione di lavori pubblici di cui al comma 1, ferma restando la loro autonomia decisionale”*.

Pertanto, considerato che la realizzazione di lavori pubblici o di pubblica utilità rientra tra i c.d. *“settori ammessi”*, le fondazioni bancarie possono attualmente assumere il ruolo giuridico di promotori.

Occorre aggiungere che la disposizione in esame, prima di elencare i soggetti che possono rivestire tale ruolo, specifica che gli stessi devono essere *“dotati di idonei requisiti tecnici, organizzativi, finanziari e gestionali indicati dal regolamento”*.

In quest'ultimo, in particolare nell'art. 99, comma 3 (promotore), è stabilito che *“Al fine di ottenere l'affidamento della concessione, il promotore deve comunque possedere, anche associando o consorziando altri soggetti, i requisiti previsti dall'articolo 98”*; la norma sembrerebbe, quindi, menzionare la possibilità che nell'ambito dell'associazione o del consorzio vi siano soggetti privi dei requisiti sia per la costruzione che per la gestione del servizio, e dunque meri *finanziatori*. E in tal senso sembrerebbe deporre lo stesso comma 2, dell'art. 37-bis della legge quadro, secondo il quale i costruttori e le società di ingegneria possono presentare proposte *“eventualmente associati o consorziati con enti finanziari e con gestori di servizi”*.

Tuttavia, occorre evidenziare che l'art. 98 del regolamento di attuazione stabilisce che *“se il concessionario non esegue direttamente i lavori oggetto della concessione, deve essere in possesso esclusivamente dei requisiti di cui al comma 1, lettere a), b), c), e d)”* e che *“qualora il candidato alla concessione sia costituito da un raggruppamento temporaneo di soggetti o da un consorzio, i requisiti previsti al comma 1, lettere a) e b), devono essere posseduti dalla capogruppo, dalle mandanti o dalle consorziate nella misura prevista dall'articolo 95”*.

La norma sembra, cioè, ritenere in ogni caso necessario il possesso dei suddetti requisiti, ivi incluso quello relativo al capitale sociale, da parte dei *singoli soggetti* che si presentano come potenziali concessionari, con ciò escludendo la possibilità che tra tali soggetti possano figurare dei meri *finanziatori*.

Dal combinato disposto delle norme in esame sembra, pertanto, derivare una *“discrasia”* tra le stesse, dovuta probabilmente al duplice fattore della novella apportata dalla legge n. 166/02 in materia di *project financing*, che ha incluso le fondazioni tra i potenziali promotori, e della mutata disciplina delle stesse fondazioni, sempre più legate al mondo imprenditoriale; *ius novus* al quale non è seguito un *“adeguamento”* delle disposizioni regolamentari in materia di concessione di opere pubbliche.

Tale discrasia sembra condurre ad una duplice possibilità: ritenere che tra i soggetti concessionari siano presenti anche dei meri soggetti finanziari, tra i quali potrebbero includersi le fondazioni, e quindi che i requisiti di cui

all'art. 98 del DPR 554/99 possano essere raggiunti da queste ultime mediante costituzione di associazione o consorzio con altri soggetti in possesso degli stessi; oppure ritenere che la novella dell'art. 37-*bis* della legge quadro, andrebbe coordinata con le richiamate disposizioni regolamentari, con la conseguente necessaria modifica normativa del requisito relativo al "capitale sociale", tale da includere anche il patrimonio delle fondazioni, ormai annoverate tra i soggetti qualificati ad assumere la veste di promotori e, quindi, idonei a rivestire eventualmente anche quella di concessionari.

Alla luce di tutto quanto sopra, sembrerebbe opportuno un intervento normativo di modifica delle disposizioni regolamentari sopra richiamate rispetto alle novelle legislative che hanno interessato le fondazioni, ormai ammesse a svolgere la propria attività anche nel settore dei lavori pubblici.

## **Atto di segnalazione n. 3/2004**

### **Indagini sull'attività delle ASL delle regioni Lazio-Lombardia-Sicilia (6 luglio 2004)**

Quest'Autorità ha attivato una serie di verifiche relativamente allo stato di utilizzazione dei fondi stanziati per la realizzazione di opere di edilizia sanitaria ed ospedaliera, sia a seguito delle notizie riportate da articoli di stampa riguardanti il mancato utilizzo dei fondi da parte di Aziende Sanitarie Locali, sia a seguito di segnalazioni pervenute, sia in base alle risultanze dell'attività diretta di accertamento e vigilanza.

L'entità delle risorse finanziarie coinvolte dai programmi di finanziamento ha indotto quest'Autorità ad avviare un'indagine specifica che ha riguardato, in particolare, l'attività di un campione di Aziende Sanitarie Locali, ritenuto alquanto significativo, comprendente le regioni: Lombardia, Lazio e Sicilia, ed è stata finalizzata non soltanto a monitorare lo stato di attuazione di detti programmi, ma anche ad incentivare la realizzazione degli interventi attraverso l'attività di vigilanza svolta nei confronti delle amministrazioni interessate.

Gli accertamenti e le ispezioni effettuate hanno portato a constatare la ricorrenza di tipiche irregolarità relative all'affidamento diretto dei servizi, che impediscono l'attuazione dei principi trasparenza e correttezza, nonché il rispetto della libera concorrenza tra gli operatori del mercato dei lavori pubblici.

In questa sede si rappresenta, che dalla documentazione esaminata è emerso un preciso e puntuale comportamento delle Aziende Sanitarie Locali oggetto di indagine ad affidare all'esterno lo svolgimento di attività tecnico-amministrative connesse alla progettazione, nonostante l'art. 17, comma 4, della legge quadro consenta soltanto "in caso di carenza in organico di personale tecnico nelle stazioni appaltanti ....." il ricorso a tali affidamenti, derogando al principio secondo cui l'elaborazione tecnica dei progetti debba avvenire all'interno della stessa amministrazione. Sono stati accertati, inoltre, elementi di contrasto con l'art. 17, comma 12, della legge 109/94 e con l'art. 62, comma 1, del DPR 21 dicembre 1999 n. 554 concernenti l'assenza di idonea pubblicità e mancata indicazione di selezione dei professionisti, a scapito dei principi di imparzialità e buona amministrazione, nonché del rispetto del principio di par condicio dell'attività amministrativa, ribaditi dall'art. 1 della legge 11 febbraio 1994 n. 109.

Dall'analisi pregressa, l'Autorità ha riscontrato, inoltre, fattispecie di artificioso frazionamento di incarichi di progettazione, a cui ricorrono molte ASL al fine di conferire più incarichi di progettazione allo stesso raggruppamento di professionisti, ovvero di affidare, in sostanza, incarichi di importo nettamente superiore a € 100.000, in contrasto con l'art. 17, comma 14, della L. 109/94 e s.m. ed i., e con l'art. 62, comma 10, del DPR 554/99, non-

ché un ricorso generalizzato a procedure di affidamenti diretti anche per incarichi di importo superiore alla predetta soglia, con elusione della disciplina normativa e regolamentare in materia, ed in particolare delle disposizioni di cui alla direttiva 92/50/CEE, ed al Dlgs 17 marzo 1995 n. 157. Anche nell'esecuzione dei lavori la mancanza di un quadro d'insieme in ordine ai tempi e procedure ha comportato l'insorgere di fenomeni distortivi riconducibili alle sottoelencate fattispecie:

- carenza di indagini geologiche e geognostiche;
- consegne dei lavori frazionate;
- sospensioni dei lavori superiori al quarto del tempo contrattuale;
- redazione di perizie di variante e suppletiva non giustificabili con le motivazioni previste dall'art. 25 della legge n. 109/94 e s.m.i.;
- considerevole ricorso alla procedura di accordo bonario *ex art.* 31 legge 109/94;

Le circostanze esposte non sono state oggetto di mera verifica da parte dell'Autorità, bensì di comunicazioni rivolte alle ASL interessate per l'attivazione di iniziative correttive, nonché di interventi specifici presso le Procure Regionali della Corte dei conti per i profili di competenza.

Nell'ambito di quanto accertato, si è pervenuto alla individuazione delle evidenziate disfunzioni del mercato degli appalti di edilizia sanitaria, che di fatto impediscono l'attuazione dei principi di efficienza, efficacia ed economicità, che regolano l'azione amministrativa, dando luogo ad un'alterazione del sistema, con evidenti conseguenze sul dilatarsi dei tempi di ultimazione dei lavori, e sul costo dell'opera.

Tale segnalazione viene inoltrata al Ministro della Salute, ai Presidenti ed agli Assessori competenti delle regioni interessate, affinché attuino tutti gli interventi tesi a correggere le disfunzioni suindicate.

Si allegano in elenco i procedimenti conclusi con l'indicazione delle irregolarità contestate distinte per regioni, evidenziando che sono ancora in corso altre istruttorie e sono state attivate indagini in altre quattro regioni.

**REGIONE LAZIO****A) Azienda Sanitaria Locale n. 7 Roma G**

1. UES/3-04 Lavori di adeguamento a norma del Presidio Ospedaliero di Monterotondo - segnalazione alla Procura della Corte dei Conti per danno erariale
2. UES/4-04 Lavori di realizzazione delle strutture sanitarie per attività libero professionali d.l.vo n. 254/2000 - incarico di progettazione non conforme alla normativa
3. UES/8-04 Lavori di ristrutturazione e adeguamento ospedale di Monterotondo - incarico di progettazione non conforme alla normativa

**B) Azienda Sanitaria Locale n. 11 Latina**

1. UES/03-03 Lavori per la realizzazione del reparto malattie infettive del P.O. Formia - segnalazione alla Procura della Corte dei conti per danno erariale

**C) Azienda Sanitaria Locale n. 12 Frosinone**

1. UES/9-04 Lavori di realizzazione reparto malattie infettive P.O. Frosinone - sospensione e consegna dei lavori non conforme alla normativa
2. UES/11-04 Lavori di realizzazione di una R.S.A. presso P.O. di Ceprano (FR) - incarico di progettazione non conforme alla normativa
3. UES/12-04 Lavori di ristrutturazione e adeguamento a norma dell'Ospedale Civile di Anagni - incarico di progettazione non conforme alla normativa
4. UES/13-04 Lavori di completamento per la realizzazione di una R.S.A. presso il Presidio Ospedale di Ferentino (FR) - incarico di progettazione non conforme alla normativa

**REGIONE LOMBARDIA****A) Azienda Sanitaria Locale di Città di Milano.**

1. UES/06/04 Lavori di realizzazione di un nuovo edificio a tre piani f.t. per la nuova sede del consultorio familiare di via Monreale - incarichi di progettazione non conformi alla normativa
2. UES/8/04 Lavori di trasformazione del presidio ex Clinica Ronzoni in casa di alloggio e centro diurno per malati di AIDS - incarichi di progettazione non conformi alla normativa.

**B) Azienda sanitaria Locale n. 10 Milano 2.**

1.UES 16/04 Lavori di costruzione di una R.S.A. per anziani nel comune di Rozzano - segnalazione alla Procura della corte dei conti per danno erariale.

**REGIONE SICILIA****A) Azienda Sanitaria Locale di Trapani**

1.UES/10-04 Lavori di ristrutturazione e adeguamento dell'Ospedale "B: Na gar" di Pantelleria - segnalazione alla Procura della Corte dei conti per danno erariale.

**B) Azienda Sanitaria Locale di Caltanissetta**

1.UES/15-04 con oggetto: Lavori di costruzione di una R.S.A. per anziani - segnalazione alla Procura della Corte dei conti per danno erariale.

**C) Azienda Sanitaria Locale di Palermo**

1.UES/18/04 Lavori di rifunionalizzazione dell'ex divisione chirurgica toracica in divisione di ortopedia e traumatologia del P.O. Ingrassia - appalto senza le necessarie autorizzazioni

2.UES/19/04 Lavori di ristrutturazione S.P.D.C. del P.O. Ingrassia - appalto senza le necessarie autorizzazioni

3.UES/20/04 Lavori di completamento dell'unità operativa di cardiologia del del P.O. Ingrassia - appalto senza le necessarie autorizzazioni

4.UES/25/04 Lavori di ampliamento e ristrutturazione dell'Ospedale Regina Margherita di palazzo Adriano - appalto senza le necessarie autorizzazioni.

## Atto di segnalazione n. 4/2004

### Legge Regionale Veneto n. 27 del 7 novembre 2003 (15 dicembre 2004)

Tra le attività istituzionali assegnate all'Autorità, rientra quella di segnalare al Governo e al Parlamento fenomeni particolarmente gravi di inosservanza o di applicazione distorta della normativa sui lavori pubblici, così come disposto dall'art. 4, comma 4, lett. d), della legge 11 febbraio 1994 n. 109 e s.m.

Nell'ambito di siffatte funzioni, l'Autorità ha proceduto all'esame della legge regionale Veneto n. 27 del 7 novembre 2003 recante "*disposizioni generali in materia di lavori pubblici di interesse regionale e per le costruzioni in zone classificate sismiche*", con particolare riferimento alla disciplina del subappalto, contenuta nell'art. 38 della stessa, oggetto di specifiche segnalazioni formulate da più soggetti operanti nel settore.

La suddetta disposizione stabilisce, infatti, al comma 1, che "*fatte salve le disposizioni in materia subappalto di cui alla legge 19 marzo 1990 n. 55 (...), la percentuale di lavori della categoria prevalente subappaltabile è stabilita nella misura del cinquanta per cento della categoria*".

Diversamente, nella legge n. 55/1990, in materia di "*nuove disposizioni per la prevenzione della delinquenza di tipo mafioso e di altre gravi forme di manifestazione di pericolosità sociale*", l'art. 18, comma 3, stabilisce che "*(...) per quanto riguarda la categoria o le categorie prevalenti, con regolamento emanato ai sensi dell'art. 17 comma 2 della legge 23 agosto 1988, n. 400, è definita la quota parte subappaltabile, in misura eventualmente diversificata a seconda delle categorie medesime, ma in ogni caso non superiore al 30 per cento (...)*".

L'art. 34 della legge 11 febbraio 1994 n. 109 e s.m. richiama, per la disciplina del subappalto, la disposizione dell'art. 18, comma 3, della legge n. 55/1990.

Confrontando l'art. 38 della legge regionale n. 27/2003, con le disposizioni sopra riportate della legge quadro e della legge n. 55/1990, appare evidente che la prima contiene una *deroga* rispetto alle seconde, prevedendo la possibilità, per l'appaltatore, di subappaltare fino al 50% le lavorazioni della categoria prevalente.

Al riguardo, deve rilevarsi che la riforma federalista della Costituzione attuata con legge costituzionale n. 3/2001, riscrivendo il Titolo V della parte seconda della Costituzione, ha rivoluzionato la ripartizione delle competenze legislative fra Stato e Regioni, individuando tre aree: una prima area (art. 117, comma 2, Cost.) in cui lo Stato ha una competenza legislativa esclusiva (in cui le Regioni non hanno alcuna potestà legislativa); una se-



conda area (art. 117, comma 3, Cost.) in cui le Regioni hanno una potestà legislativa concorrente, per cui nelle relative materie lo Stato determina i principi fondamentali e le Regioni possono legiferare nel rispetto di questi ultimi, della Costituzione, dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e degli obblighi internazionali; infine una terza area residuale (art. 117, comma 4, Cost.) in cui confluiscono tutte le materie non espressamente riservate alla legislazione dello Stato o alla legislazione concorrente Stato-Regioni, e nelle quali queste ultime hanno una potestà legislativa esclusiva, potendo cioè legiferare nel rispetto della Costituzione, dell'ordinamento comunitario e degli obblighi internazionali, ma senza la possibilità per lo Stato di fissare i principi fondamentali.

Con particolare riferimento al settore dei lavori pubblici, la Corte Costituzionale con la sentenza 01/10/2003 n. 303 ha rilevato che *“la mancata inclusione dei “lavori pubblici” nella elencazione dell'art. 117 Cost., diversamente da quanto sostenuto in numerosi ricorsi, non implica che essi siano oggetto di potestà legislativa residuale delle Regioni. Al contrario, si tratta di ambiti di legislazione che non integrano una vera e propria materia, ma si qualificano a seconda dell'oggetto al quale afferiscono e pertanto possono essere ascritti di volta in volta a potestà legislative esclusive dello Stato ovvero a potestà legislative concorrenti”*.

Deve, peraltro, considerarsi, che la ormai nota sentenza della Corte Costituzionale n. 482/1995 ha riconosciuto la qualifica di norme fondamentali di riforma economica-sociale e di principi della legislazione dello Stato ai nuclei essenziali della legge n. 109/94 e s.m. ed ai principi desumibili dalle sue disposizioni.

Principi, questi, richiamati in numerose pronunce giurisprudenziali, anche successive alla riforma di cui alla legge n. 3/2001, tra le quali si evidenzia, in particolare, il parere del 19 febbraio 2003 n. 2222 nel quale il Consiglio di Stato ha osservato che *“la legge statale in materia di lavori pubblici tocca un settore che, negli aspetti disciplinati dalla riforma introdotta con la stessa legge Merloni – tempi e costi certi e prefissati, procedure trasparenti, netta separazione, anche per gli aspetti tecnici (da progettazione a collaudo), fra amministrazione committente ed esecutore – assume importanza nazionale e richiede l'attuazione di principi uniformi, comportanti, fra l'altro, omogeneità e chiarezza delle procedure, uniforme qualificazione dei soggetti, libera concorrenza degli operatori in un mercato senza restrizioni regionali, nonché soggezione ad un organismo indipendente di vigilanza e garanzia; pertanto, ricorrono nel caso gli elementi per riconoscere alla legge nel suo complesso i caratteri della normativa fondamentale di riforma economico-sociale”*.

Dalla lettura coordinata delle pronunce precedentemente richiamate appare, dunque, ammissibile includere tra i “nuclei essenziali” della legge quadro, anche la norma di cui all'art. 34 in materia di subappalto, per la stretta connessione della relativa disciplina con la tutela della concorrenza (la cui legislazione è di competenza esclusiva dello Stato), ma anche per le finalità della stessa, volta a tutelare il settore dei lavori pubblici da possibili infiltrazioni criminose.

Peraltro, tale materia, per la chiara incidenza sull'ordinamento civile e penale, può essere legittimamente inclusa tra queglii "ambiti di legislazione" della legge quadro che, per "l'oggetto al quale afferiscono", possono essere ascritti alla "potestà legislativa esclusiva dello Stato", come rilevato dalla Corte Costituzionale nella citata sentenza n. 303/2003.

Occorre, infatti, considerare che la legge n. 55/1990, contenente disposizioni per la prevenzione della delinquenza di tipo mafioso e di altre gravi forme di manifestazione di pericolosità sociale, appartiene all'ordinamento penale e può essere inclusa, proprio per le finalità con la stessa perseguite, tra le norme in materia di ordine pubblico e sicurezza.

Al riguardo si evidenzia che tra le materie appartenenti alla potestà legislativa esclusiva dello Stato, elencate nell'art. 117, comma 2, della Costituzione, sono incluse anche l'"ordinamento penale" e l'"ordine pubblico e sicurezza" e, di conseguenza, l'individuazione delle ipotesi di deroga alle norme penali generali, nonché delle forme e modalità di regolamentazione delle deroghe medesime; sono da ritenersi altresì incluse, tra le stesse, le norme riguardanti la prevenzione della delinquenza di tipo mafioso e di altre gravi manifestazioni di pericolosità sociale.

Tali materie, si ribadisce, sono sottratte alla potestà legislativa delle Regioni e l'eventuale deroga alle norme regolanti le stesse, ivi inclusa pertanto la legge n. 55/1990, può essere disposta solo ed esclusivamente con legge dello Stato.

Dalle considerazioni svolte deriva che l'art. 38 della legge regionale Veneto n. 27/2003, contenente disposizioni in materia di subappalto in deroga alla legge quadro ed alla legge n. 55/1990, appare in contrasto sia con le disposizioni della legge n. 109/94 e s.m., con particolare riferimento all'art. 34, sia con l'art. 18, comma 3, della legge n. 55/1990, sia infine con l'art. 117, comma 2, della Costituzione che sottrae simili materie alla potestà legislativa delle Regioni, per riconoscerle, invece, in maniera esclusiva, alla competenza legislativa dello Stato.

Conseguentemente, data la delicatezza della questione di cui trattasi, con il presente Atto si intende segnalare a codeste Istituzioni la riferita problematica per l'adozione degli interventi di competenza.

## Atto di segnalazione n. 1/2005

### Definizione delle controversie derivanti dall'esecuzione del contratto di appalto (24 febbraio 2005)

Nell'ambito delle attività istituzionali ad essa assegnate dall'art. 4 della legge 11 febbraio 1994, n. 109, e s. m., l'Autorità intende segnalare a codeste Istituzioni per l'adozione di interventi di competenza, la problematica relativa alla soluzione delle controversie in materia di lavori pubblici, attualmente disciplinata dall'art. 32 della predetta legge.

L'istituto dell'arbitrato in materia di lavori pubblici è stato sempre oggetto di una particolare disciplina nel nostro ordinamento giuridico sin dal momento della sua formazione unitaria (legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. E). Esso, infatti, coinvolge interessi pubblici e notevole impiego di pubbliche risorse, ditalché la compromissione di questi, in sede arbitrale, non può essere disciplinata alla stregua di ogni altra forma di deferimento di controversia ad arbitri.

Negli ultimi decenni, come è noto, la materia è stata oggetto di vivaci polemiche e di reiterati interventi legislativi, nonché di importanti pronunce della Corte Costituzionale e del Consiglio di Stato, mentre, in occasione dell'ultimo organico intervento legislativo nella materia dei lavori pubblici (legge n. 109/94), essa fu oggetto di una disciplina *ad hoc*.

Quest'ultima volle porre rimedio all'anzidetto dibattito, configurando appunto una soluzione che, facendosi carico delle esigenze di interesse pubblico che venivano in rilievo, si rifacesse, altresì, all'organizzazione dell'istituto arbitrale nelle sue più moderne e pratiche configurazioni.

La norma (art. 32), invero, si faceva carico altresì di una certa diffidenza verso l'istituto che, nei momenti più caldi dell'emergere di fenomeni patologici, era stato visto con sfavore, quale possibile "teatro o veicolo" — come è stato detto in dottrina — "di accordi in danno dell'interesse pubblico".

Ma, al di là di fenomeni contingenti o di patologie denunciate, resta l'esigenza di fondo, ineludibile in un ordinato assetto degli interessi pubblici e privati, di una regolazione organica e speciale dell'istituto che si faccia carico dell'insopprimibile esigenza di tutelare gli interessi pubblici e privati che vengono in gioco con un giudice terzo ed imparziale che offra sufficienti garanzie di indipendenza nei confronti di questi.

Il sistema della Camera Arbitrale a tale esigenza è volto; non apparendo, come si è detto, idoneo, per le pubbliche esigenze, un sistema che si modelli invece unicamente sul giudice arbitro, sorto a seguito di compromesso tra privati.

Senonché, l'anzidetta organica disciplina prevista dall'art. 32 della legge e dagli articoli 150 e 151 del regolamento 21 dicembre 1999, n. 554, è stata incisa da una sentenza del Consiglio di Stato (17 ottobre 2003, n. 6337) che, facendo venir meno parzialmente le due citate norme regolamentari, ha reso per buona parte inefficiente il previsto sistema.

Un tale intervento giurisprudenziale, per gli inconvenienti che esso creava, è stata oggetto già di segnalazione da parte di questa Autorità con atto del 6 novembre 2003.

Al fine di risolvere le suesposte problematiche, questa Autorità ha offerto la propria collaborazione agli organi governativi competenti, onde promuovere le iniziative dirette a ricostituire la parte del regolamento travolta dal giudicato, per adeguarla ai criteri enunciati dal citato art. 32 della legge quadro.

Si apprende ora che, in sede di discussione per la conversione in legge (attualmente in corso presso il Senato) del decreto-legge 31 gennaio 2005, n. 7, recante *“disposizioni urgenti per l’università e la ricerca, per i beni e le attività culturali, per il completamento di grandi opere strategiche, per la mobilità dei dipendenti, nonché per semplificare gli adempimenti relativi a imposte di bollo e tasse di concessione”* - A.S. 3276, è stato proposto un emendamento a firma dei senatori Compagna ed altri - n. 6.0.3 - che, introducendo un’ulteriore modifica del sistema, renderebbe sostanzialmente facoltativo il ricorso al più garantista sistema della Camera Arbitrale, rimettendo ad un collegio di tre soggetti, liberamente scelti dalle parti, le controversie in tema di lavori pubblici.

Non può, anzitutto, non notarsi la natura episodica dell’intervento normativo che, inserendosi in un provvedimento di conversione di un decreto legge riguardante materie varie, verrebbe ad incidere su una legge che, tuttora, l’ordinamento ritiene legge quadro della materia e viene, altresì, a modificare l’organica disciplina di un istituto, disciplina che era nata per le anzidette ragioni di pubblico interesse.

Né si dica che il decreto legge ha riguardo, altresì, al *“completamento delle grandi opere strategiche”*, dal momento che la disciplina contenuta nell’emendamento ha, invece, valenza generale, per ogni tipo di lavoro pubblico.

Questa disciplina sostanzialmente darebbe luogo, nel nostro ordinamento, alla coesistenza, nella medesima materia, di due distinti e contraddittori modelli di arbitrato di cui il secondo (per varie ragioni: ambientali, culturali, di condizione e sviluppo attuale della nostra Pubblica Amministrazione) è da prevedere che, verosimilmente, sarà recessivo.

In proposito non può non richiamarsi quanto anche la Camera Arbitrale presso questa Autorità ha osservato nella seduta del 23 febbraio u. s., evidenziando, in particolare, che, con la modifica proposta, verrebbero a coesistere nell’ordinamento:

- un arbitrato rimesso totalmente alla disponibilità delle parti, sia quanto al regime procedurale, sia quanto alla determinazione degli onorari e delle spese arbitrali;
- l’altro in via residuale - avente carattere rituale ed amministrato dalla Camera Arbitrale - contraddistinto da un regime procedurale più rigido anche per quanto riguarda la determinazione dei compensi (v. il DM 2 dicembre 2000, n. 398).

Tale doppia disciplina, oltre ad introdurre due regimi contrastanti, è in sé contraddittoria poiché o la materia, per la rilevanza pubblica degli interessi coinvolti, è tale da giustificare ed imporre un sistema amministrato, ed allora non è concepibile una deroga per volontà privata; o, viceversa, si ritie-

ne che le parti siano libere di amministrarlo come previsto dalle norme di diritto comune, ed allora non si giustifica più la permanenza di una struttura pubblica la cui unica utile funzione, quella di nominare il terzo arbitro in caso di disaccordo, è espletabile ed è già espletata per gli altri arbitrati dal Presidente del Tribunale, senza costi aggiuntivi per le parti.

Ma questa ultima ipotesi si porrebbe, però, in palese contrasto sia con l'ultra secolare tradizione legislativa italiana (che in 144 anni ha sempre riservato alla mano pubblica l'intervento nella nomina dei collegi arbitrali, nonché una forma di vigilanza sullo svolgimento del procedimento), sia, ancor più, con la svolta impressa in tal senso dalla legge quadro che, con la Merloni *ter* (legge n. 415/98), ha istituito la Camera Arbitrale proprio per un maggior rigore nel controllo di questo tipo di arbitrato anche a fini di moralizzazione del settore.

Si creerebbe, inoltre, una disuguaglianza nell'ambito della medesima materia per la fortuita circostanza che le parti concordino o no sulla nomina del terzo arbitro, poiché da ciò dipenderebbe il sistema procedimentale (libero od amministrato).

Si porrebbero, comunque, gravi oneri per le finanze delle stazioni appaltanti, il più delle volte soccombenti in giudizio, a causa delle maggiori spese derivanti dall'espletamento dell'arbitrato non amministrato.

Tali pregnanti considerazioni, espresse dalla Camera Arbitrale, questa Autorità non può non far proprie e rimetterle, unitamente alle altre osservazioni esposte all'inizio, alle valutazioni del Governo e del Parlamento, certa che ad esse si vorrà dare soddisfacente risposta in un equilibrato assetto degli interessi che vengono in rilievo.

PAGINA BIANCA