

# DOTTRINA

---

MARCO PADOVAN

## IN MERITO AL COLLEGIO CONSULTIVO TECNICO, ALCUNI SPUNTI COMPARATIVISTICI (\*)

*“Rendre la justice n'est que la seconde dette de la société.  
Empêcher les procès, c'est la première. Il faut que la société dise aux parties: pour arriver  
au temple de la justice, passez par celui de la concorde.  
J'espère qu'en passant vous transigerez.”*

(Louis Prugnon, député, Assemblée nationale, 7 juillet 1790, *Archives  
parlementaires*, tome XVI, p. 739).

*“Cashflow in the construction industry is the very lifeblood of the enterprise”*  
(Lord Denning in *Modern Engineering (Bristol) Ltd v. Gilbert-Ash (Northern) Ltd*  
71 LGR 162, 167)

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Gli strumenti alternativi di soluzione delle controversie in materia di appalti pubblici (e privati) in una prospettiva internazionale. – 3. Alternative Dispute Resolution e appalti. Il ruolo dei contratti standard. – 4. Gli strumenti adr negli USA. – 5. Gli strumenti adr nel Regno Unito. – 6. Gli strumenti adr nell'esperienza francese. – 7. Conclusioni. Una recente pronuncia della Corte di giustizia della UE.

**1. Introduzione.** – Il tema che mi è stato assegnato, vastissimo e di grande attualità, deve essere circoscritto per essere affrontato in questa sede. Il convegno odierno punta all'analisi dell'art. 207 del nuovo Codice degli appalti, che sembrerebbe aver introdotto un nuovo strumento di soluzione (*rectius*, prevenzione) delle controversie nell'ambito della contrattualistica pubblica. Non voglio invadere territori altrui analizzando nel dettaglio il neonato Collegio consultivo tecnico (o CCT) azzardando diagnosi sulle probabilità di una sua effettiva applicazione. Lascio molto volentieri il compito al collega Carbone, molto più esperto di me in materia. Cercherò di limitare queste mie note ad alcuni spunti comparativistici ed europei che possano servire ad inquadrare gli strumenti alternativi di soluzione delle controversie in materia di appalti

---

\*Relazione tenuta nel corso del seminario *Il Collegio consultivo tecnico nella prevenzione e nella composizione delle controversie art. 207, d.lgs. n. 50 del 2016* tenutosi il 29 novembre 2016, presso l'Ordine degli Ingegneri della Provincia Roma.

pubblici (e privati) in una prospettiva internazionale. Questo inquadramento mi auguro sia utile da un lato a comprendere da dove viene il (velleitario?) legislatore dell'art. 207 e dall'altro quali siano i principali ostacoli a che il neonato raggiunga una felice maggiore età (confesso una certa dose di scetticismo in materia).

**2. Gli strumenti alternativi di soluzione delle controversie in materia di appalti pubblici (e privati) in una prospettiva internazionale.**

– L'appalto, sia privato sia pubblico, è contratto prono per sua natura a produrre contenziosi. Le ragioni sono molteplici, strutturali e contingenti, immagino a tutti ben note. L'appalto è un contratto ad esecuzione prolungata, che subisce il trascorrere di un lungo periodo di tempo in particolare per la realizzazione delle opere infrastrutturali complesse, alle quali soprattutto oggi guardiamo, e di conseguenza le condizioni fattuali ad esso relative sono destinate a mutare in costanza del rapporto. Ed inoltre la prestazione dell'appaltatore è per sua natura complessa ed influenzata da numerosi fattori esogeni (clima, eventi macroeconomici, accadimenti geopolitici, innovazioni tecnologiche, ecc.), non sempre prevedibili all'inizio del rapporto. Intrinseca alla natura stessa del rapporto è inoltre un'asimmetria tra l'appaltatore, che dispone di conoscenze tecniche e del *know-how*, e il committente, dotato del potere economico quando non politico. Se poi a questa situazione, già di per sé instabile, si aggiunge che le esigenze sia bilancistiche sia di "prudenza amministrativa" della committenza impongono metodologie di scelta del contraente basate in ultima istanza sul massimo ribasso<sup>1</sup>, con il conseguente atteggiamento "causidico" ("*claim oriented*") dell'appaltatore, la miscela è sicuramente esplosiva.

Di palese evidenza che, in questo fertile terreno per contenziosi di varia natura, sia poi la tempestiva e corretta realizzazione del progetto la prima vittima.

Per salvare il progetto viene quindi spontaneo pensare a metodologie che puntino ad evitare ancor più che a dirimere le controversie tra le parti già nel corso della realizzazione dell'opera, cercando di mettere in primo piano la realizzazione del progetto oggetto del contratto. E così dalla seconda metà degli anni '70 in poi, prima negli USA e poi in Europa e nel mondo si sono affacciati strumenti di prevenzione o di risoluzione delle controversie alternativi rispetto al ricorso alla tutela giurisdizionale o, addirittura, arbitrale. Attendere l'esito del procedimento giurisdizionale di fatto rischierebbe nella maggior parte dei casi di prolungare *ad infinitum* i tempi di realiz-

---

(1) Di fatto, sebbene il sistema degli appalti pubblici oggi prediliga almeno formalmente il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

zazione e condannare al dissanguamento finanziario l'appaltatore.

**3. *Alternative Dispute Resolution e appalti. Il ruolo dei contratti standard.*** – A questo punto per dare compiutamente conto di come nell'arena internazionale si sia affrontato e (forse) risolto il tema, mi sia consentita una digressione per dar conto, se pure in estrema sintesi, del fenomeno della standardizzazione dei contratti di appalto internazionali.

Nel mondo anglosassone fin dal periodo precedente la seconda guerra mondiale si è decisamente puntato verso la predisposizione di contratti standard di appalto. E ciò per ovvie esigenze assicurative di predeterminazione dell'allocazione del rischio e di facilità di gestione delle eventuali modifiche della stessa: una volta conosciuto approfonditamente lo standard, è sufficiente "misurare" le deviazioni rispetto ad esso per valutare se e in che modo quell'allocazione standard sia stata modificata. In questo modo si riducono i costi di transazione, si standardizza il costo assicurativo e si predefinisce l'allocazione del rischio sulla base non di singole negoziazioni, ma del consenso maturato tra gli operatori del settore. Sono così stati predisposti alcuni standard contrattuali, alcuni dei quali hanno una tale importanza internazionale da essere quasi diventati "diritto a sé". Val la pena qui menzionare almeno gli standard JCT<sup>2</sup>, NEC<sup>3</sup>,

---

(2) Il *Joint Contracts Tribunal*, istituito nel 1930 dal *Royal Institute of British Architects* (RIBA) e la *National Federation of Building Trades Employers* (NFBTE), produce moduli standard di contratti nel settore delle costruzioni. Nei contratti si fa riferimento all'*adjudication* come metodo rapido di risoluzione delle controversie ed altresì ad *arbitration* o *litigation*, a seconda delle preferenze delle parti. Nel caso venisse scelto l'*arbitration*, si seguirà la versione modificata dalla JCT del *Construction Industry Model Arbitration Rules* redatta dalla *Society of Construction Arbitrators*. Cfr. <http://www.jctltd.co.uk/>.

(3) Il primo contratto NEC (*New Engineering and Construction Contract*) è stato pubblicato nel 1993 ad opera dell'*Institution of Civil Engineers* ed ha costituito una svolta radicale rispetto ai contratti esistenti nel mondo delle costruzioni per la semplicità del linguaggio e l'ampia varietà di situazioni commerciali in cui può essere utilizzato. Nella sua ultima edizione, il cosiddetto NEC3 si è arricchito nel tempo fino a ricomprendere nella propria *suite* 39 documenti. Il NEC prevede altresì due procedure di controversie: l'Opzione W1 per progetti che non sono subordinati al *Construction Act 1996* e l'opzione W2 per progetti vincolati al *Construction Act 1996*. Cfr. <https://www.neccontract.com/>.

AIA<sup>4</sup> e FIDIC<sup>5</sup>. Non è questa la sede per approfondire il tema, ma è importante considerare che, ad oggi, una larghissima percentuale delle opere infrastrutturali realizzate nel mondo sono eseguite facendo ricorso a contratti standard<sup>6</sup>, tra questi circa la metà con gli standard FIDIC<sup>7</sup>. È importante perché in questi standard è stato da tempo inserito il riferimento a strutture simili al Collegio consultivo tecnico di cui oggi ci occupiamo. Simili, ma certamente non eguali. La nostra analisi comparatistica dovrà quindi non solo tener conto delle esperienze tentate in alcuni ordinamenti, ma anche nell'ambito dell'applicazione degli standard internazionali. Ciò che caratterizza la presente era della standardizzazione è che strutture contrattuali nate in ambiente anglosassone di *Common Law* sono "impiantate" in sistemi giuridici diversi, sovente di diritto civile. Questa frizione dà spesso luogo a difficoltà sistematiche ed interpretative, che hanno

---

(4) L'AIA (*American Institute of Architects*) ha prodotto una vasta gamma di modelli di contratto per progetti di piccola o grande natura (*fixed-price, cost-plus, and design-build*). Cfr. <https://www.aia.org/>. Ancora, l'AGC (*Association of General Contractors*) pubblica una serie di contratti standardizzati simili a quelli dell' AIA's. Cfr. <https://www.agc.org/>. La NAHB (*National Association of Homebuilders*) non ha prodotto dei propri contratti ma predispose una raccolta dei modelli utilizzati dai propri membri chiamata "*Home Builder Contracts & Construction Management Forms*". Riferimento: <https://www.nahb.org/>.

(5) FIDIC, acronimo di *Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils* (Federazione internazionale degli ingegneri), ha assunto notevole importanza nel campo degli appalti internazionali attraverso l'elaborazione di diversi modelli contrattuali per la realizzazione di grandi progetti che sono gradualmente diventati dei veri e propri documenti standard per il mercato mondiale. FIDIC ha sviluppato modelli generali di contratto applicabili ad appalti diversi per oggetto e struttura documenti standard. La cosiddetta *Rainbow Suite* comprende: *Conditions of Contract for Construction (Red Book)*, *Conditions of Contract for Plant and Design-Build (Yellow Book)*, *Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects (Silver Book)*, *Short Form of Contract (Green Book)*. Successivamente FIDIC elaborò degli ulteriori contratti standard relativi ad attività diverse dall'appalto (tra cui: *White Book, Subcontract*). I contratti FIDIC prevedono diversi livelli di risoluzione delle controversie, caratterizzati da diversi gradi di vincolatività delle decisioni degli organi preposti al giudizio: si va dalla devoluzione della controversia alla determinazione dell'Ingegnere al ricorso al *Dispute Adjudication Board (DAB - organo di composizione delle controversie)* e infine all'arbitrato secondo le regole della Camera di commercio internazionale (ICC). Cfr. <http://fidic.org/>.

(6) Vale la pena dare atto del fatto che molto spesso le banche multilaterali di sviluppo (MDB nell'acronimo inglese) che finanziano o co-finanziano progetti infrastrutturali nel mondo utilizzano contratti standard (si pensi al *Pink Book FIDIC* utilizzato dalle MDB) il quale prevede forme di ADR (in particolare DAB). Da ultimo che la *International Finance Corporation* del gruppo Banca Mondiale sta promuovendo il ricorso a strumenti ADR (simili alla mediazione commerciale) nei propri progetti nei paesi del sud-est europeo, del nord Africa e medio oriente e nei paesi del sud-est asiatico e del Pacifico, seppure con risultati altalenanti.

(7) In base ad una analisi condotta dallo Studio legale Padovan ad aprile 2016, su un campione di 62 progetti realizzati o in corso di realizzazione nel mondo, ben 24 sono stati contrattualizzati con modelli contrattuali FIDIC.

portato negli anni all'elaborazione di una prassi operativa condivisa nell'industria delle costruzioni internazionali.

L'istituto che il nostro CCT cerca di riprodurre è il *Dispute Board*, nelle sue incarnazioni di *Dispute Adjudication Board* o di *Dispute Review Board*, oggi previsto in molti di questi standard internazionali. In particolare nello standard FIDIC è all'art. 20 che questo istituto viene disciplinato. Come detto, e come meglio di me ricorderanno gli amici della *Dispute Review Board Foundation*, che interverranno in seguito, i *Dispute Boards* sono collegi di esperti che vengono costituiti di norma al momento della conclusione del contratto di appalto per opere di significativa importanza e accompagnano la realizzazione dell'opera assistendo le parti mediante il rilascio di pareri sulle varie questioni che vengono loro sottoposte. I pareri possono essere immediatamente vincolanti (fino alla successiva decisione giurisdizionale) o del tutto non vincolanti, salvo successivo accordo delle parti in forza del quale queste ultime dichiarano di voler far proprio il contenuto di tali pareri. Da qui la differenza tra *Dispute Review Board* (non vincolanti) e *Dispute Adjudication Board* (vincolanti).

I *Dispute Boards* sono nati negli USA proprio con lo scopo di eliminare o comunque di appianare i conflitti tra committente e appaltatore e consentire un regolare svolgimento dei lavori. Il primo progetto nel quale si sperimentò un embrione di tale struttura fu quello inerente la costruzione della diga soprannominata 'Boundary Dam' a Washington negli anni 60, ove venne richiesto al 'Joint Consulting Board' di emettere anche decisioni sulle eventuali controversie. L'idea funzionò così bene che l'embrione venne ulteriormente sviluppato e approfondito dal *National Committee on Tunneling Technology* che portò alla pubblicazione di uno studio chiamato *Better Contracting for Underground Construction*. Così il primo vero *dispute review board* venne costituito nel 1975 per il progetto *Eisenhower Tunnel* in Colorado.

Il concetto di fondo di questi *Boards* è che attraverso la presenza, talvolta continuativa, sul progetto di esperti terzi indipendenti e di buona reputazione internazionale, le parti possano trovare qualcuno capace di mediare tra le contrapposte posizioni e/o di offrire una prima soluzione alle potenziali controversie. Questo dell'indipendenza, autonomia ed imparzialità del terzo chiamato a facilitare la risoluzione della controversia, mi pare sia uno dei tratti salienti dei *Dispute Boards*, (colpevolmente) assente invece nel CCT.

Il ricorso poi all'arbitrato o al contenzioso ordinario ne risulterebbe così scoraggiato in quanto le parti sono portate a ritenere che la fase contenziosa potrebbe non portare a risultati dissimili da quelli della fase del DAB.

Il DAB non fa eccezione ai problemi di interpretazione cui si

accennava : il suo inquadramento sistematico non è ancora stato conclusivamente definito a distanza di ormai più di vent'anni dall'introduzione nei contratti FIDIC e forse non potrà mai esserlo, dovendosi fare i conti con i diversi sistemi di diritto nei quali il contratto FIDIC viene utilizzato. Val la pena notare qui per inciso che sovente gli studiosi stranieri richiamano il lodo irrituale italiano come istituto cui avvicinare il DAB, ma il lodo irrituale è precluso alla committenza pubblica<sup>8</sup>. L'esperienza maturata in questi quarant'anni di operatività dei *Dispute Boards* è molto importante e costituisce un bagaglio di prassi e di decisioni condivise a livello globale dalla "industry" di modo che si va formando un consenso internazionale attorno ad alcune modalità operative.

Non è questa la sede per approfondire luci ed ombre dell'esperienza dei DB a livello internazionale, basti qui solo accennare al rischio di diventare "mini-arbitrati" di primo grado, ma privi dei requisiti e delle tutele dell'arbitrato vero e proprio e la possibile irrilevanza degli stessi quando una delle parti semplicemente si rifiuti di dar seguito alle sue deliberazioni, mancando ogni efficacia esecutiva alle decisioni del DAB, che è mero organo contrattuale. Ciò è maggiormente vero per le grandi opere infrastrutturali in quei Paesi in cui il potere giudiziario è più attento alle istanze dell'esecutivo.

**4. Gli strumenti ADR negli USA.** – Riprendendo la nostra panoramica internazionale, mentre, come abbiamo visto, dal 1975 i *Dispute Boards* erano entrati nella scena delle grandi opere infrastrutturali statunitensi, in quello stesso Paese, sotto la pressione degli enormi costi dell'accesso alla giustizia, si andava facendo sempre più forte la pressione verso forme alternative di risoluzione dei contenziosi in generale.

Gli USA sono da lungo tempo attivi nella promozione dell'arbitrato e della mediazione in ambito commerciale già dall'*Interstate*

---

(8) Secondo le Sezioni Unite della Corte di cassazione 16 aprile 2009, n. 8987: "Certamente non v'è alcuna incompatibilità di principio tra la natura pubblica del contraente e la possibilità di un componimento negoziale delle controversie nascenti dal contratto stipulato dalla pubblica amministrazione. Ma resta il fatto che tale componimento, se derivante da un arbitrato irrituale, verrebbe ad essere affidato a soggetti (gli arbitri irrituali, appunto) individuati all'interno della medesima logica negoziale, in difetto di qualsiasi procedimento legalmente predeterminato e perciò senza adeguate garanzie di trasparenza e pubblicità della scelta. Quei medesimi soggetti sarebbero destinati poi ad operare secondo modalità parimenti non predefinite e non corredate dalle suindicate garanzie di pubblicità e trasparenza. Né, infine, può trascurarsi che il perseguimento dell'interesse pubblico, interesse che anche nel componimento arbitrale dovrebbe potersi realizzare e che non può mai andare esente da un regime di controlli ed eventuali conseguenti responsabilità, verrebbe invece affidato all'operato di soggetti sottratti ad ogni controllo, con l'effetto di rendere evanescente anche l'eventuale individuazione di qualsiasi conseguente responsabilità".

*Commerce Act* del 1887 e dal *Federal Arbitration Act* del 1925, ma è dagli anni '60 che negli USA fioriscono le varie forme di mediazione e di arbitrato. Nel 1998 viene modificato il titolo 28 della Carta dei diritti (riguardante la risoluzione dei conflitti), stabilendo che gli strumenti ADR hanno la prevalenza su qualsiasi procedura contenziosa.<sup>9</sup>

In questo contesto di sfavore per le procedure contenziose ordinarie, si sono sviluppate negli USA varie tecniche di ADR oltre ai DB, che qui in particolare ci occupano, tra cui ricordiamo la *Mediation* (conciliazione), procedura volontaria non formale in cui un terzo viene scelto dalle parti come facilitatore equidistante per trovare una soluzione della controversia. La *Mediation* può essere a sua volta strutturata come *Facilitative Mediation* (dove il terzo non rilascia opinioni, ma si limita a governare il processo di mediazione cercando l'intesa tra le parti) ed *Evaluative Mediation* (dove il conciliatore fornisce, su richiesta delle parti, una valutazione sul probabile esito del giudizio che dovesse essere instaurato sulla controversia in questione). Si sono andate sviluppando anche forme ibride di mediazione e arbitrato, quali le *Med-Arb*, dove il conciliatore diventa arbitro in caso di insuccesso del tentativo conciliativo, le *Med-then-Arb*, analoga alla precedente salvo che il soggetto chiamato a svolgere il ruolo di arbitro sarà diverso dal conciliatore oppure infine le *Arb-then-Med*, ove gli arbitri raggiungono il lodo, lo sigillano e lo lasciano pendente per un tempo determinato nel quale le parti possono mediare.

La fantasia degli operatori statunitensi ha poi creato varie formule pre-arbitrali, para-arbitrali o di arbitrato rapido, di cui qui non val la pena dar conto.<sup>10</sup>

---

(9) Cfr. A. BRUNI, *La conciliazione delle controversie: un metodo antico con un cuore moderno*, *Mediares. Semestrale sulla Mediazione*, n. 5/2005, p. 163-187.

(10) Tra le tecniche più utilizzate di ADR si ricordano: la *Mediation* (conciliazione) nelle sue forme di: *Facilitative mediation* (conciliazione facilitativa) ed *Evaluative mediation* (conciliazione valutativa) a seconda della maggiore o minore ingerenza del conciliatore. Oltre la classica *Arbitration* (arbitrato) o anche la *Quick arbitration* (arbitrato rapido) che è la forma più conosciuta di processo gestito da giudici privati scelti dalle parti, forme ibride o miste di conciliazione e arbitrato sono: *Med-Arb* (conciliazione-arbitrato), *Medthen-Arb* (conciliazione-poi-arbitrato). Ancora si ricorda la *High-Low Arbitration* (arbitrato condizionato), *La Baseball-Last-Offer-Arbitration* (arbitrato per offerta finale), il *Rent-a-Judge* (noleggio di un giudice), il *Private Judging* (giudizio privato), le *Small Claims Resolution* (risoluzione di piccole rivendicazioni), le *Early Neutral Evaluation* (valutazione preliminare), il *Partnering Dialogue* (incontro di partenariato), il *Summary Jury Trial* (giudizio consultivo) ed infine il Mini-trial (mini-processo). Le *Leading Institutions* nel settore degli appalti sono l'*American Arbitration Association* (AAA), JAMS e l'*International Institute for Conflict Prevention & Resolution* (CPR).

Una ricerca di una diecina di anni fa<sup>11</sup> ha mostrato che su 44 progetti per i quali si sono utilizzati metodi di risoluzione alternativa delle controversie, 18 hanno utilizzato il mero negoziato tra le parti, talvolta con “escalation” e per questi il costo non ha superato i 330.000 dollari USA, laddove 15 hanno fatto ricorso alla *Mediation*, con un costo medio di 1.214,433 dollari USA ed infine 11 sono stati devoluti all’arbitrato con un costo di 1.167.182 dollari USA.

Ultima notazione per completare il quadro USA è il riferimento al contratto standard AIA (*American Institute of Architects*), che hanno di recente introdotto una figura simile al DB, l’*Initial Decision Maker* (§ 14.2.2, A201-2007 standard), che affianca l’*Architect* (equivalente all’*Engineer* nei FIDIC), cui tradizionalmente incombeva l’onere di gestire il contratto e le controversie emettendo una determinazione, che eventualmente sarebbe poi stata portata al vaglio degli arbitri.<sup>12</sup>

Negli USA l’esigenza di individuare metodologie per risolvere le controversie contrattuali senza far ricorso alla giurisdizione ordinaria trova la sua origine nell’elevatissimo costo della giustizia ed ha prodotto una serie di strumenti, che vanno dalla mediazione al *Dispute Board* all’arbitrato. Sempre negli USA si è per la prima volta fatto ricorso allo strumento del *Dispute Board*, con una funzione sia di solutore di controversie sia, soprattutto, di prevenzione delle stesse.

**5. Gli strumenti ADR nel Regno Unito .** – Se volgiamo lo sguardo all’Inghilterra, troviamo una situazione molto interessante e stimolante, che prende le mosse dall’indagine conoscitiva “*Constructing the Team*” condotta da Sir Michael Latham nel 1994 sullo stato dell’industria delle costruzioni in quel Paese, che all’epoca era in profonda crisi. Si tenga presente che nel sistema di *Common Law* non vi è differenza ontologica tra l’appalto privato e l’appalto pubblico. Entrambi, nella fase esecutiva, sono retti dalle stesse regole contrattuali. Le conclusioni cui lo studio giunse furono poi utilizzate per l’elaborazione dell’*Housing Grants, Construction and Regeneration Act 1996* (“*The Construction Act*”), che introdusse l’istituto della *Adjudication*, sulla quale val la pena di soffermarsi.

---

(11) Cfr. F. CARR, *CPR Dispute Prevention Briefing: Construction – Partnering Aligning Interests, Collaboration, and Achieving Common Goals*, disponibile al link: [https://www.cpradr.org/resource-center/toolkits/construction-briefing-partnering/\\_res/id=Attachments/index=0/CPR-Construction-Partnering-Briefing.pdf](https://www.cpradr.org/resource-center/toolkits/construction-briefing-partnering/_res/id=Attachments/index=0/CPR-Construction-Partnering-Briefing.pdf) (ultimo accesso 19 gennaio 2017).

(12) Per un approfondimento si veda Philip L. BRUNE, *The ‘Initial Decision Maker’: The New Independent Dispute Resolver in American Private Building Contracts* (2010), ICLR, 375.