

Libera Università internazionale di Studi Sociali

«LUISS Guido Carli»



Dottorato di ricerca in diritto dell'arbitrato interno ed internazionale – XXI ciclo.

ABSTRACT

PROFILI SISTEMATICI DELL'ARBITRATO NEL

DIRITTO AMMINISTRATIVO

(Systematic outlines of arbitration in administrative law)

Dottorando Dott. Jacopo Polinari

Roma 2009

ABSTRACT

Profili sistematici dell'arbitrato nel diritto amministrativo

L'opera offre un'indagine ed una ricostruzione sistematiche delle possibilità di dirimere le «controversie amministrative» con lo strumento dell'arbitrato.

Nel primo capitolo – dopo una breve introduzione – vengono individuate le «controversie amministrative». Tali sarebbero solo le controversie in cui viene in rilievo il potere amministrativo o fortemente intrise di interesse pubblico; ciò che le rende diverse dalle controversie che comunque vedono come parte un'amministrazione ma che non si differenziano dalle controversie tra privati. L'amministrazione, infatti, non è ontologicamente diversa da qualunque altro soggetto; la sua «specialità» non è nella sua personalità, ma nell'esercizio delle funzioni che le sono proprie, ossia nell'esercizio del potere amministrativo.

Quando invece l'amministrazione non agisce nell'esercizio del potere amministrativo, agisce nel mondo del diritto privato, e le relative controversie seguono le regole ordinarie, salva l'applicazione delle norme sul foro erariale.

Peraltro vi sono settori specifici in cui l'amministrazione svolge attività di diritto privato, relativamente ai quali il legislatore ha ritenuto di dettare regole particolari sia sul piano sostanziale che processuale. Si pensi al settore della contrattazione pubblica, analiticamente disciplinata dal legislatore in ogni sua fase, anche contenziosa. Pur trattandosi di un ambito prettamente di diritto privato, è fortemente carico di pubblico interesse. Nell'ambito della contrattazione pubblica, la presenza forte del pubblico interesse ha consigliato al legislatore di dettare regole precise a limitazione della volontà delle parti qualora la controversia sia rimessa alla decisione di un arbitro. Se invece la lite è deferita al giudice dello Stato nessuna regola è dettata, probabilmente perché il legislatore lo ha ritenuto idoneo alla salvaguardia del pubblico interesse.

Il capitolo si chiude con una rassegna delle potenzialità per le amministrazioni pubbliche di risolvere le controversie che le riguardano mediante il ricorso a strumenti alternativi per la prevenzione o la risoluzione delle controversie (cd. ADR).

Il secondo capitolo – che costituisce il cuore dell'elaborato – è interamente dedicato alla transigibilità ed alla compromettibilità per arbitri delle controversie relative al potere pubblico, sia che questo sia oggetto mediato della controversia, perché ad esempio questa verte sul risarcimento del danno causato da un provvedimento amministrativo, sia che ne costituisca proprio l'oggetto principale.

Partendo dal presupposto che arbitrabilità e transigibilità presuppongono entrambi la disponibilità della situazione giuridica soggettiva coinvolta, si indaga il concetto di disponibilità,

arrivando alla conclusione che disponibile non è la situazione giuridica soggettiva cui si può *tout court* rinunciare, ma quella rispetto alla quale le parti possono convenire un assetto di interessi che vincoli il giudice al momento della decisione.

Ciò posto vengono indagate le situazioni giuridiche soggettive di diritto pubblico: il potere amministrativo e l'interesse legittimo. La disponibilità del primo viene individuata chiaramente nel fatto che ormai l'art. 11 l. 241/90 consente alle amministrazioni di concordare con i privati la parte discrezionale del provvedimento amministrativo. L'amministrazione, che non può mai spogliarsi del potere attribuitole dalla legge, può invece vincolarsi nei confronti dei privati nell'esercizio (o non esercizio) del proprio potere. L'interesse legittimo, che invece costituisce una posizione di vantaggio collegata all'esercizio del potere amministrativo, è disponibile in quanto la sua dismissione non intacca interessi superiori o equiordinati.

Ecco allora che, se il potere amministrativo e l'interesse legittimo sono ambedue disponibili, non si vedono ostacoli alla loro transigibilità.

Quanto all'arbitrabilità, trattata autonomamente nella sezione secondo dal capitolo secondo, si indaga prima di tutto la possibilità di compromettere per arbitri le controversie relative a diritti soggettivi rientranti nella giurisdizione del giudice amministrativo, negata dalla giurisprudenza prima dell'entrata in vigore dell'art. 6, comma II°, l. 205/00.

A detta disposizione non viene riconosciuta portata innovativa rispetto al precedente sistema, che non escludeva affatto la disponibilità – e quindi l'arbitrabilità – dei diritti soggettivi rimessi alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. La norma ha invece natura di disposizione di interpretazione autentica, che si limita a rendere esplicito quello che prima avrebbe potuto agevolmente trarsi dalla natura delle situazioni giuridiche soggettive coinvolte.

Quanto alle controversie riguardanti il pubblico potere, ed in particolare il provvedimento amministrativo, ossia l'atto nel quale il potere amministrativo viene in concreto ad esercitarsi, l'arbitrabilità viene individuata nella predetta disponibilità del potere amministrativo medesimo e nella possibilità per l'amministrazione di vincolarsi nel suo concreto esercizio.

Nella stessa sezione seconda è dedicato un paragrafo all'indagine circa la spettanza agli arbitri del potere di disapplicazione. Si giunge alla conclusione secondo cui un surrogato della disapplicazione è ipotizzabile anche nel giudizio arbitrale su diritti soggettivi, purché il patto compromissorio espressamente attribuisca agli arbitri tale potere e soprattutto il provvedimento rientri nella disponibilità delle parti, *rectius* dell'amministrazione.

Una terza sezione del capitolo II è dedicata ad indagare la possibilità per l'amministrazione di compromettere per arbitrato irrituale. La risposta positiva è fatta discendere dalla riconosciuta comune funzione dell'arbitrato irrituale e dell'arbitrato irrituale.

Il terzo capitolo è dedicato alle questioni che possono porsi con riferimento alle competenze giurisdizionali collegate all'arbitrato ed all'impugnazione del lodo quando l'oggetto della controversia rientri nella giurisdizione del giudice amministrativo.

Per quanto riguarda le competenze giurisdizionali collegate all'arbitrato, quando il ricorso al giudice abbia il solo scopo di servire la funzionalità dell'arbitrato, e non abbia, quindi, funzione di risoluzione di una controversia tra le parti, la questione può essere portata al giudice ordinario individuato seguendo le regole del codice di procedura civile.

Quanto alla competenza sull'impugnazione del lodo, nella mancanza di un preciso appiglio normativo o sistematico, si ritiene comunque preferibile – per coerenza sistematica – scindere tra la fase rescindente che sarà di competenza della Corte d'Appello come previsto dal codice, e l'eventuale fase rescissoria, che invece toccherà al giudice amministrativo.

SYSTEMATIC OUTLINES OF ARBITRATION IN ADMINISTRATIVE LAW.

The work is a systematic investigation and reconstruction of the possibility to settle the « controversie amministrative » by means of arbitration.

In the first chapter – after a brief introduction – are identified the « controversie amministrative », those in which the administrative power is brought into relief or that are strongly soaked in public interest. This makes them different from the controversies in which one finds a public administration as a party but which, in any case, are not different from the controversies among private parts because they don't invest public powers.

There are however some sectors – for example the sector of public contracts - that fall fully under private law and the relating controversies don't follow different rules from the ordinary ones, when they are submitted to the State judge. Nevertheless, the presence of the remarkable public interest has suggested the legislator to dictate specific rules for the case in which the resolution of a possible controversy is being committed to arbitrators or composed by settlement.

The chapter ends with a survey of the potentiality, for the public administrations, to resolve the controversies, that concern them, appealing to alternative means for the prevention or the resolution of the controversies.

The second chapter – which is the heart of the work – is entirely dedicated to settlement and compromettibilità, through arbitrators, of the controversies concerning the public power, let this be the mediate object of the controversy, because for example it concerns the compensation for damage caused by an administrative measure, or its real main object.

Starting from the assumption that arbitrability and settlement both imply the disposability /availability of the subjective legal situation involved, one investigates, first of all, the concept of availability coming to the conclusion that one cannot define disposable the subjective legal situation to which one can *tout court* renounce, but rather consider disposable the one which concerns only the owner's interest and not the interests of other – superior or equivalent – subjects and, with respect to which the parties can agree upon an order of interests binding the judge at the moment of decision.

On the base of these premises, one faces the subjective legal situation: the administrative power and the « interesse legittimo ».

The availability of the former is clearly ascribed to the fact that, by now, the art. 11 1.241/90 enables the administrations to agree with private parts on the discretionary part of the administrative measure. The administration can never divest itself of the power the law assigned it, rather it can bind itself to private parts in the exercise (or not) of its power.

The « interesse legittimo », which instead constitutes an advantageous position connected with the exercise of the administrative power, is disposable because its divestment doesn't injure superior or equivalent interests.

Then, if the administrative power and the « interesse legittimo » are both disposable, one cannot find obstacles for their settlement.

With regard to arbitrability, autonomously discussed in the second section of the second chapter, one investigates first of all the possibility to compromise, by arbitrators, the controversies concerning subjective rights that fall within the jurisdiction of the administrative judge, a possibility which was denied before the art. 6, comma II°, 1. 205/00. became law.

To this provision is not recognized the innovative purport that it has compared to the previous system, which didn't exclude at all the availability – and consequently the arbitrability – of the subjective rights submitted to the sole jurisdiction of the administrative judge. The nature of the rule

is, instead, that of a provision of authentic interpretation, which merely renders explicit what one could, previously, easily derive from the nature of the subjective legal situations involved.

As regards the controversies concerning the administrative power and in particular the administrative measure, namely the mean by which the administrative power is concretely exercised, arbitrability is identified in the aforesaid availability of the administrative power itself and in the possibility for the administration to concretely exercise it.

In the second section, a paragraph was dedicated to the study of arbitrator's concern of the power of « disapplicazione ». One reaches the conclusion that a substitute of « disapplicazione » can be surmised also for the arbitral judgement, provided that the arbitration pact explicitly assigns such a power to the arbitrators and the measure falls under the availability of the parties, rectius of the administration.

The third section of the second chapter is dedicated to the investigation of the possibility for the administration to compromise by « irrituale » arbitration. The affirmative answer arises from the recognized common function of « irrituale » arbitration and « rituale » arbitration.

The third chapter concerns the jurisdictional competences connected with arbitration and impugnation of the arbitration's award, when the object of the controversy falls within the administrative judge's jurisdiction.

As regards the jurisdictional competences connected with arbitration, the issue can be submitted to the ordinary judge, identified according to the civil procedure code, when the recourse to the judge has the only aim to serve the arbitration's functionality and has not, therefore, the function to resolve a controversy between the parties.

Concerning the impugnation of the arbitration's award, when a definite systematic and normative reference lacks, it would in any case be preferred – for systematic consistency – to distinguish between the phase of annulment of the arbitration's award, that, according to the code, will be of competence of the Court of Appeal and, if necessary, the phase of new decision of the lawsuit, whose jurisdiction instead falls within the administrative judge.