

JACOPO POLINARI

**PROFILI SISTEMATICI DELL'ARBITRATO NEL
DIRITTO AMMINISTRATIVO**

ROMA 2009

PROFILI SISTEMATICI DELL'ARBITRATO NEL DIRITTO AMMINISTRATIVO

CAPITOLO PRIMO

Arbitrato e altre forme di prevenzione e risoluzione delle controversie con la Pubblica Amministrazione

1. Arbitrato e Pubblica Amministrazione: inquadramento sistematico e questioni rilevanti	11
2. Individuazione delle «controversie amministrative».....	22
3. Cenni sui mezzi di prevenzione e/o risoluzione delle controversie diversi dalla giurisdizione e dall'arbitrato.....	39
4. La transazione.....	44
5. La transigibilità degli interessi legittimi. Rinvio.....	49
6. La conciliazione.....	51
7. La conciliazione e la pubblica amministrazione.....	56
8. Arbitraggio.....	63
9. La perizia arbitrale.....	70

CAPITOLO SECONDO

Transigibilità e compromettibilità per arbitri nel diritto amministrativo – la compromettibilità per arbitrato irrituale

SEZIONE PRIMA – Disponibilità e transigibilità delle situazioni giuridiche soggettive di diritto pubblico

1. Premessa: la nozione di disponibilità, situazioni giuridiche soggettive di diritto pubblico.....	73
2. Disponibilità delle situazioni giuridiche di diritto pubblico.....	84
3. La disponibilità del potere amministrativo e suoi limiti.....	85
4. La disponibilità dell'interesse legittimo.....	94
5. La transigibilità delle situazioni soggettive di diritto pubblico.....	101

SEZIONE SECONDA – *La compromettibilità per arbitri*

1. Premessa.....	107
2. La compromettibilità delle controversie su diritti soggettivi rientranti nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.....	109
3. L'art. 6, comma 2, l. 205/00.....	122
4. L'effettivo ambito della compromettibilità alla luce dei recenti <i>revriment</i> giurisprudenziali, in particolare il problema della pregiudiziale amministrativa....	132
5. La compromettibilità delle situazioni giuridiche soggettive di diritto pubblico: potere amministrativo e interesse legittimo.....	146
6. Ricostruzione sistematica dell'arbitrato sulle situazioni giuridiche di diritto pubblico e della potestà degli arbitri di annullamento dei provvedimenti amministrativi.....	168
7. La disapplicazione.....	181

SEZIONE TERZA – <i>La compromettibilità per arbitrato irrituale</i>	189
---	-----

CAPITOLO TERZO

La disciplina dell'«arbitrato nel diritto amministrativo», l'impugnazione del lodo e la fase esecutiva

1. Premessa.....	197
2. Le competenze giurisdizionali collegate all'arbitrato.....	200
3. La questione della impugnazione del lodo.....	206
4. L'impugnazione del lodo sul provvedimento amministrativo.....	215
5. Revocazione e opposizione di terzo avverso il lodo arbitrale.....	218
6. L' <i>exequatur</i> e il ricorso per l'ottemperanza.....	221

Letteratura.....237

Gli anarchici, signori, sono cittadini i quali – in un secolo in cui si predica dappertutto la libertà di opinione – hanno sentito il dovere di appoggiare la libertà illimitata.
In una parola: la sostituzione, nei rapporti umani, del libero contratto perpetuamente rivedibile e scioglibile, alla tutela amministrativa e legale, alla disciplina imposta. Questo è il nostro ideale.

DICHIARAZIONE DIFENSIVA DI IMPUTATI ANARCHICI AL PROCESSO DI LIONE (1893)

CAPITOLO PRIMO

Arbitrato e altre forme di prevenzione e risoluzione delle controversie con la Pubblica Amministrazione

SOMMARIO: 1. Arbitrato e Pubblica Amministrazione: inquadramento sistematico e questioni rilevanti – 2 Individuazione delle «controversie amministrative» – 3. Cenni sui mezzi di prevenzione e/o risoluzione delle controversie diversi dalla giurisdizione e dall'arbitrato – 4. La transazione – 5. La transigibilità degli interessi legittimi. Rinvio. – 6. La conciliazione – 7. La conciliazione e la pubblica amministrazione – 8 Arbitraggio – 9. La perizia arbitrale.

1. Arbitrato e Pubblica Amministrazione: inquadramento sistematico e questioni rilevanti

Dopo che si è denunziato un iniziale scarso interesse (1), l'attenzione dedicata dalla dottrina all'arbitrato come strumento di risoluzione delle «controversie amministrative» è cresciuta in maniera espo-

(1) Cfr. Amorth A., *Annotazioni sull'arbitrato nelle controversie amministrative*, in *Studi in onore di Cesare Grassetti*, Milano 1980, 41 ss., e in *Scritti giuridici*, Milano 1999, vol. IV, 2157 ss. (le citazioni che seguiranno si riferiscono a quest'ultima opera), nonché – più di recente – Caia G., *Arbitrati e modelli arbitrali nel diritto amministrativo. I presupposti e le tendenze*, Milano 1989, 1 ss.; Gasparini Cesari V., *Arbitrato e controversie amministrative*, in *Aa.Vv., L'arbitrato. Profili sostanziali*, a cura di Alpa G., Torino 1999, 1010.

Peraltro non sono certo mancati importanti contributi che ancora oggi costituiscono la base per ogni studio sull'argomento: oltre al già citato scritto dell'Amorth si leggano Andrioli V., *Commento al codice di procedura civile*, 3^a ed., vol. IV, Napoli 1964, 761 s.; Id., *Procedura arbitrale e regolamento di giurisdizione*, in *Foro it.* 1956, I, 847 ss.; Calamandrei P., *Contributo alla dottrina dell'arbitraggio necessario nel diritto pubblico*, in *Giur. it.* 1924, I, 759 ss.; Capaccioli E., *L'arbitrato nel diritto amministrativo*, I, *Le fonti*, Padova 1957; Fazzalari E., *L'arbitrato nell'attività della regione*, in *Riv. dir. proc.* 1974, 368 ss.; Guicciardi E., *Arbitrato rituale, arbitrato necessario, giurisdizione speciale*, in *Riv. dir. pubbl.* 1943, I, 259 ss., e in *Studi di giustizia amministrativa*, Torino 1967, 488 ss.; La Torre M., *L'arbitrato nel diritto amministrativo*, in *Riv. dir. pubbl.* 1935, I, 327 ss.; Miele G., *Limiti alla ammissibilità dell'arbitrato nelle controversie amministrative*, in *Nuova rass.* 1950, 1841 ss.

nenziale, complici gli stravolgimenti che, soprattutto nel corso dell'ultimo decennio, hanno subito i principi attorno ai quali, tradizionalmente, ruotavano il sistema del diritto amministrativo e i criteri di riparto di giurisdizione.

Prima degli anni '90 del secolo scorso, infatti, la dottrina dedicava interesse soprattutto alle liti arbitrali in materia di lavori pubblici (2), nonché alle molteplici forme di arbitrato obbligatorio, previste da numerose leggi speciali per la soluzione di controversie amministrative più disparate (3).

Successivamente un nuovo modo di amministrare – sempre più orientato verso l'utilizzo moduli consensuali per l'adozione di provvedimenti discrezionali, che vede una partecipazione effettiva del destinatario del provvedimento e privilegia lo strumento consensuale anche nei rapporti tra amministrazioni diverse, teso verso un più ampio utilizzo del diritto comune da parte delle pubbliche amministrazioni – unito alla definitiva caduta del tabù della irrisarcibilità degli interessi legittimi, all'ampliarsi della giurisdizione su diritti soggettivi del giudice amministrativo nonché alle rivoluzioni che ne hanno riguardato il ruolo e il modo di essere (4), hanno risvegliato l'interesse della dottrina calamitandolo verso questioni del tutto nuove, o riaprendo questioni già usate che si ripropongono ora sotto una luce diversa.

(2) Limitandosi alle opere monografiche più risalenti si vedano in tema di arbitrato nel settore dei lavori pubblici v. Pastore P., *L'arbitrato negli appalti di opere pubbliche*, 2ª ed., Milano 1961; Pini G., *Arbitrato e lavori pubblici*, Milano 1964; nonché il già citato Capaccioli E., *L'arbitrato nel diritto amministrativo*, I, *Le fonti*.

(3) In particolare per individuare il discrimine tra arbitrato obbligatorio e giurisdizioni speciali, al fine di affermare o meno la loro legittimità costituzionale.

(4) Su cui v., a titolo di esempio, il bel volume Aa.Vv., *Le nuove frontiere del Giudice amministrativo*, a cura di Pellegrino G., Milano 2008, che raccoglie – opportunamente rielaborati ed aggiornati – gli atti del convegno organizzato dall'AIGA di Lecce presso la sezione del T.A.R. del capoluogo salentino il 27 e 28 ottobre 2007.

Ecco allora che l'interesse per le vicende dell'arbitrato come strumento per la risoluzione delle controversie amministrative ha ripreso vigore; o meglio, mentre l'interesse per l'arbitrato in tema di lavori pubblici – complice anche l'ipertrofia legislativa nella materia (5) – non si è mai sopito (6), si sono aperti nuovi campi di indagine – come l'arbitrabilità dei diritti patrimoniali conseguenti alla lesione di interessi legittimi, materia inesistente prima che Cass., sez. un., 22 luglio 1999, n. 500 ne sdoganasse la risarcibilità – e contemporaneamente si sono sviluppati studi su questioni quali la compromettibilità degli interessi legittimi.

(5) Va segnalato che la nuova disciplina dell'arbitrato prevista nel nuovo codice dei contratti pubblici ha un campo d'applicazione non limitato ai soli contratti di lavori: si applica «a tutte le controversie su diritti soggettivi, derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi, forniture, concorsi di progettazione e di idee, comprese quelle conseguenti al mancato raggiungimento dell'accordo bonario» (art. 241, comma 1, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163). Sempre che non diventi prima o poi operativo il divieto disposto dalla l. 24 dicembre 2007, n. 244, l. finanziaria per il 2008.

(6) Si vedano in argomento, senza pretesa di completezza, Aa.Vv., *L'appalto fra pubblico e privato*, Milano 2001; Aa.Vv., *L'arbitrato negli appalti pubblici, privati, internazionali*, a cura di C. Vaccà, Milano 2007; Berlinguer A., *Per l'arbitrabilità delle controversie in materia di lavori pubblici*, in *Giust. civ.* 1996, 849 ss.; Buonfrate A., *Il nuovo arbitrato dei contratti pubblici*, in www.judicium.it 2007; Cannada Bartoli E., *L'arbitrato nella legge 2 giugno 1995, n. 216 sui lavori pubblici*, in *Riv. arb.* 1996, 463 ss.; Id., *L'arbitrato nella legge quadro sui lavori pubblici*, *ibidem* 1994, 423 ss.; Id., *Lodo arbitrale da capitolato generale d'appalto per le OO. PP. e giudizio di ottemperanza*, *ibidem* 1992, 209 ss.; Daleffe G., Spaccapelo C., *Le disposizioni processuali del nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Riv. dir. proc.* 2007, 949 ss.; Dapas A., Viola L., *L'arbitrato nel nuovo codice dei contratti pubblici*, Milano 2007; Giallongo N., voce *Arbitrato nelle controversie dei lavori pubblici*, in *Il diritto-Enc. giur. Il sole 24 ore*, Milano 2007, vol. I, 586 ss.; Laschena R., voce *Arbitrato. II) Arbitrato nelle controversie amministrative*, in *Enc. giur.*, vol. II, Roma 1988; Lombardini I., *Il nuovo assetto dell'arbitrato negli appalti di opere pubbliche*, Milano 2007; Luiso F.P., *Il regolamento del processo arbitrale per i lavori pubblici*, in *Riv. arb.* 2001, 1 ss.; Id., *La camera arbitrale per i lavori pubblici*, *ibidem* 2000, 411 ss.; Occhipinti E., *L'arbitrato nelle opere pubbliche*, in Aa.Vv., *L'arbitrato*, a cura di C. Cecchella, Torino 2005, 441 ss.; Odorisio E., *L'arbitrato nelle controversie in materia di lavori pubblici, I. Profili sistematici*, Roma 2004; Polinari J., *Ancora sulla nomina degli arbitri nell'arbitrato in materia di contratti pubblici: principi applicabili e problemi di diritto transitorio*, in *Riv. arb.* 2007, 282 ss.; Verde G., *Le funzioni «paragiurisdizionali» della camera arbitrale per i lavori pubblici*, in *Riv. arb.* 2001, 155 ss.

timi, che – pur non essendo nuove – erano solo state sfiorate dalla dottrina (7).

L'ampliamento delle materie devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ha poi riproposto in una dimensione del tutto nuova la questione – già peraltro affrontata *sub julio* dall'Andrioli (8) – della compromettibilità delle controversie su diritti soggettivi trasferiti alla competenza giurisdizionale del G.A. Questione sopitasi (quantomeno con riferimento alla possibilità) solamente con l'approvazione della l. 21 luglio 2000, n. 205, che all'art. 6, comma 2, ha espressamente previsto che «le controversie concernenti diritti soggettivi devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo possono essere risolte mediante arbitrato rituale di diritto».

Quest'ultima disposizione ha peraltro dato àdito a nuove questioni, dovute certamente ad un atteggiamento frettoloso del legislatore (9) che, nell'impazienza di contrastare la giurisprudenza che di fatto vietava l'arbitrabilità dei diritti soggettivi rientranti nella giurisdizione esclusiva, ha omesso del tutto di dettare una disciplina transitoria che regolasse la sorte delle convenzioni d'arbitrato stipulate prima dell'entrata in vigore della disposizione o degli arbitrati ancora in corso in quel momento, come ha del tutto omesso di chiarire a quale giudice – ordinario o amministrativo – ci si dovesse rivolgere tutte le volte in cui il codice di rito ne prevede l'intervento (ad esempio non viene detto se, per supplire alla mancata nomina dell'arbitro di controparte ci si debba rivolgere *ex art.* 810, comma 2, c.p.c., al presidente del tribunale del luogo dove è la sede

(7) V. sulla questione Andrioli V., *Commento al codice di procedura civile*, cit., 761; Amorth A., *Annotazioni sull'arbitrato nelle controversie amministrative*, cit., 2166 ss.; Caia G., *Arbitrati e modelli arbitrali nel diritto amministrativo. I presupposti e le tendenze*, Milano 1989.

(8) Andrioli V., *Procedura arbitrale e regolamento di giurisdizione*, cit., 847 ss..

(9) Così anche Verde G., *Nuove riflessioni su arbitrato e pubblica amministrazione*, in *Scritti Punzi*, vol. II, Torino 2008, 699.

dell'arbitrato ovvero al presidente del T.A.R.; né viene detto quale giudice sia competente per la ricusazione dell'arbitro *ex art.* 815 c.p.c., né a quale giudice domandare, pendente l'arbitrato, provvedimenti cautelari; o ancora a quale giudice chiedere l'emissione del decreto di esecutorietà del lodo).

Ma soprattutto la nuova disposizione non ha fornito il benché minimo appiglio circa il giudice competente a conoscere dell'impugnazione del lodo reso in materia rientrante nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo: se sia competente la corte d'appello, ai sensi dell'art. 828 c.p.c., ovvero se questa possa conoscere solamente della fase rescindente, dovendo rimettere il rescissorio al giudice dotato di giurisdizione; ovvero, ancora, se l'impugnazione vada proposta direttamente al giudice fornito di giurisdizione, ossia il giudice amministrativo. Ed in quest'ultimo caso la domanda andrà rivolta al Consiglio di Stato o al Tribunale Amministrativo Regionale del luogo dove è la sede dell'arbitrato?

Peraltro, come si vedrà a suo tempo, la maggior parte di queste questioni non solo non erano ignote già molto prima che il legislatore ammettesse (*rectius* riconoscesse espressamente) la possibilità di ricorrere ad arbitri nelle materie riservate alla giurisdizione su diritti del giudice amministrativo, ma di fatto si tratta di questioni di rilievo tutto sommato modesto se è vero che la tutela offerta dal giudice amministrativo in tema di diritti non è men piena ed effettiva di quella offerta dal giudice ordinario (10). In altre parole, che la competenza giurisdizionale per la impu-

(10) Con delle precisazioni. L'adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, all'indomani dell'inaugurazione del criterio di riparto di giurisdizione per «blocchi di materie» (artt. 33 e 34 d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80), nel dichiarare manifestamente inammissibile in riferimento ai principî costituzionali di ragionevolezza e a quelli in materia di tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione, la questione di legittimità costituzionale del d.lgs. n. 80 del 1998, colse l'occasione per affermare la

gnazione del lodo spetti alla corte d'appello, o al Consiglio di Stato, si vedrà che di fatto non incide sostanzialmente sulla «qualità» ed «effettività» della tutela che chi domanda giustizia può attendersi.

Lo stesso per quanto riguarda la tutela cautelare.

Se poi la nomina del terzo arbitro, o dell'arbitro spettante a controparte nel caso questi non adempia alla propria obbligazione di nomina, spetti al presidente del tribunale ovvero dal presidente del T.A.R. è questione che – al di là della necessità di rivolgere la domanda al giudice dotato di potere di provvedere – interessa poco a chi di fatto vuole solo un provvedimento che sblocchi una situazione di stallo.

completezza della tutela giurisdizionale offerta dal giudice amministrativo: «il giudice amministrativo può dare la piena tutela giurisdizionale, anche cautelare, nel caso in cui conosca di diritti nell'ambito della giurisdizione esclusiva» non diversamente dal giudice ordinario (così Cons. Stato, ad. plen., ord. 27 marzo 2000, n. 1, in *Foro it.* 2000, III, 365 ss., con nota di Fracchia F.; in *Foro amm. CDS* 2000, I, 767 ss.; in *Corriere giur.* 2000, 594 ss., con nota di Carbone V.; in *Giust. civ.* 2000, I, 1292, con nota di Sassani B.; in *Urb. e app.* 2000, 617 ss., con nota di Protto M. Da ultimo vedi, in senso analogo, Corte cost. 27 aprile 2007, n. 140, in *Foro it.* 2008, I, 436, con nota di Verde G., *È ancora in vita l'art. 103, primo comma, Cost.?*)

Se peraltro sul piano dei giudizi di valore è sicuramente vero che la tutela offerta dal giudice amministrativo equivale a quella offerta dal giudice ordinario, si deve tenere presente che «resta una significativa differenza: le decisioni dei giudici speciali possono essere impugnate soltanto per motivi attinenti la giurisdizione; nei confronti delle decisioni dei giudici speciali, non è esperibile il ricorso per cassazione per violazione di legge, ai sensi dell'art. 111, comma 7, Cost. Prescindendo da ogni ulteriore argomento di carattere formale, il controllo di legalità appare una garanzia irrinunciabile, allorché siano in gioco diritti fondamentali». Così Costantino G., voce *Giurisdizione*, in *Dizionario di diritto privato*, diretto da N. Irti, Milano in corso di pubblicazione; e in www.judicium.it 2008, n. 7.

Secondo altri (Casetta E., *Compendio di diritto amministrativo*, VIII^a ed., Milano 2008, 427) «la ragione della scelta effettuata dalla Carta costituzionale si comprende chiaramente ponendo mente ad un sistema nel quale il giudice amministrativo si occupa di questioni diverse da quelle giudicate dal giudice ordinario: ove invece il primo conosca anche di diritti soggettivi, la limitazione del sindacato operato dalla Suprema corte può aprire la via a orientamenti contrastanti dei due ordini giurisdizionali».

Non sembrano invece condivisibili, perché smentite dalla pratica quotidiana, le osservazioni di Perlinger P., *Arbitrato e Costituzione*, Napoli 2002, 46, laddove l'arbitrato viene considerato una sede per la soluzione delle controversie amministrative preferibile rispetto al giudice amministrativo, «il quale ultimo si svolge innanzi a un organo in parte di nomina governativa e con un contraddittorio non sempre pieno ed effettivo».

In altre parole, come efficacemente sottolineato da La China (11) a proposito dell'impugnazione del lodo, l'interprete «novello asino di Buridano» (12), si trova nell'imbarazzante situazione di dover individuare il giudice dotato di giurisdizione senza avere alcun appiglio nella legge, né argomentazioni decisive per orientare la scelta verso l'una giurisdizione piuttosto che sull'altra.

Altra questione che desta non poco interesse riguarda la possibilità per l'amministrazione di compromettere per arbitrato irrituale. Fino alla l. 205/2000 la dottrina era piuttosto oscillante sul punto, passando dalla posizione di chi riteneva che l'arbitrato irrituale non solo sarebbe ammissibile, ma sarebbe la forma paradigmatica di arbitrato per le controversie amministrative (13) a posizioni di netta chiusura (14).

(11) La China S., *L'arbitrato, il sistema e l'esperienza*, Milano 2004, 198.

(12) L'apologo dell'asino che muore di fame perché incapace di scegliere fra due campi esattamente identici in cui pascolare, riferito al filosofo Giovanni Buridano (1290-1358), discepolo di Guglielmo di Ockham, viene utilizzato anche da Leibniz per ribadire il rifiuto del meccanicismo e la necessità della scelta anche quando le sue motivazioni sono ignote anche a chi sceglie.

L'aneddoto ha avuto particolare fortuna, soprattutto nel medioevo. È stato ripreso da Dante in apertura del canto IV del Paradiso «Intra due cibi, distanti e moventi/ d'un modo, prima si morria di fame,/ che liber'omo l'un recasse ai denti;/ sì si starebbe un agno intra due brame/ di fieri lupi, igualmente temendo;/ sì si starebbe un cane intra due dame [...]».

(13) Pugliese F., *Poteri del collegio arbitrale e provvedimenti amministrativi*, in Aa.Vv., *Arbitrato e pubblica amministrazione*, Milano 1999, 77 ss.; ammettono la possibilità per le P.A. di compromettere per arbitrato irrituale Fazzalari E., *L'arbitrato*, in *Rass. Arb.* 1974, 155; Bassi F., *Arbitrato irrituale e pubblica amministrazione*, in Aa.Vv., *Arbitrato e pubblica amministrazione*, cit. 1999, 59 ss.; Consolo C., *L'oscillante ruolo dell'arbitrato al crescere della giurisdizione esclusiva e nelle controversie sulle opere pubbliche (fra semi obbligatorietà ed esigenze di più salde garanzie)* in Aa.Vv., *Arbitrato e pubblica amministrazione*, cit. 1999, 133 ss.; Greco G., *Modelli arbitrali e potestà amministrative*, in Aa.Vv., *Arbitrato e pubblica amministrazione*, cit. 1999, 139 s.

Secondo Romano Tassone A., *Giurisdizione amministrativa e arbitrato*, in *Riv. Arb.* 2000, 249 ss. l'arbitrato irrituale sarebbe lo strumento preferibile, per la sua tradizionale valenza transattiva, per la soluzione delle controversie nell'ambito degli accordi tra diverse amministrazioni ove si realizza il cd. coordinamento istituzionale.

(14) Cassese S., *L'arbitrato nel diritto amministrativo*, cit., 313; Caia G., *Arbitrati e modelli arbitrali nel diritto amministrativo. I presupposti e le tendenze*, cit., 20 ss.; La Torre M., *L'arbitrato nel diritto amministrativo*, cit., 331; Acquarone L., Mignone C., voce *Arbitrato*

L'art. 6, comma 2, l. 205/2000 sembrava formulato in maniera tale da porre fine ad ogni discussione: «le controversie concernenti diritti soggettivi devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo possono essere risolte mediante arbitrato *rituale* di diritto». Ciò tuttavia non è bastato, dal momento che parte della dottrina, non ha letto nella disposizione un espresso divieto per la P.A. di compromettere per arbitri irrituali, con ciò non escludendo spazi all'utilizzo anche di tale strumento (15).

Ecco allora che lo studio dell'arbitrato come strumento di risoluzione delle controversie amministrative è diventato un genere letterario di estremo interesse (16); peraltro il fatto che ci si trovi in un terreno a

nel giudizio amministrativo, cit., 368; Panzarini G., *Diritti disponibili, specialità di materie e tipi di arbitrato per la Pubblica Amministrazione*, in Aa.Vv., *Arbitrato e pubblica amministrazione*, cit. 1999, 119 ss.; De Lise P., *L'arbitrato nel diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1990, 1199 s.; Giacobbe D., *Brevi osservazioni in tema di arbitrato irrituale e pubblica amministrazione*, in *Riv. arb.* 1995, 528; Ferrante W., *L'arbitrato come strumento di risoluzione delle controversie con la Pubblica Amministrazione*, in *Rass. avv. Stato* 2004, 410; Linguiti A., Pluchino C., *Arbitrato e Pubblica Amministrazione: diritti soggettivi e poteri autoritativi*, in *Rass. avv. Stato* 2004, 1354.

(15) Goisis F., *Compromettibilità in arbitrato irrituale delle controversie di cui sia parte la pubblica amministrazione e art. 6 l. n. 205 del 2000*, in *Riv. dir. proc. amm.* 2005, 249 ss.

(16) L'elenco delle opere che hanno indagato l'argomento, da un punto di vista generale, ovvero con specifico riferimento a determinati aspetti e questioni, è ormai sconfinato. Senza pretesa di completezza. Monografie: Antonioli M., *Arbitrato e giurisdizione esclusiva*, Milano 2004; Caia G., *Arbitrati e modelli arbitrali nel diritto amministrativo. I presupposti e le tendenze*, Milano 1989; Delsignore M., *La compromettibilità in arbitrato nel diritto amministrativo*, Milano 2007; Vaccarella M., *Arbitrato e giurisdizione amministrativa*, Milano 2004; atti di convegni: Aa.Vv., *Arbitrato e pubblica amministrazione*, Milano 1991, con il coordinamento scientifico di Draetta U., che raccoglie saggi di Ristuccia S., *Perché arbitrato e pubblica amministrazione*; Benvenuti F., *L'arbitrato tra stato e società*; Caia G., *L'arbitrato nella pubblica amministrazione. Vicenda storica*; Predieri A., *L'arbitrato nella pubblica amministrazione. Prospettive*; Scoca F.G., *La capacità della pubblica amministrazione di compromettere in arbitri*; D'Amato G., *L'arbitrato in sede amministrativa: fonte del vincolo compromissorio ed efficacia vincolante del lodo*; Aa.Vv., *Arbitrato e pubblica amministrazione*, Milano 1999, che raccoglie saggi di Villata R., *Presentazione del convegno*; Mirabelli G., *Introduzione al tema*; Caia G., *Materie compromettibili in arbitrato con la pubblica amministrazione*; Cavallone B., *Il collegio arbitrale fra norme del codice di procedura civile e regole deontologiche*; Domenichelli V., *L'arbitrato nell'ambito dei lavori pubblici (principi, problemi e prospettive)*; Bassi F., *Arbitrato irrituale e Pubblica Amministrazione*; Pugliese F., *Potere del Collegio arbitrale e provvedimenti amministrativi*; Benatti F., *Sulla circolazione della clausola compromissoria*; Panzarini G., *Diritti disponibili, specialità di materie e tipi di arbitrato per la Pubblica Amministrazione*; Consolo C.,

L'oscillante ruolo dell'arbitrato al crescere della giurisdizione esclusiva e nelle controversie sulle opere pubbliche (fra semi obbligatorietà ed esigenze di più salde garanzie); Greco G., Modelli arbitrali e potestà amministrative; Villata R., Conclusioni al termine del convegno; voci enciclopediche: Aquarone L., Mignone C., voce Arbitrato nel diritto amministrativo, in Dig. disc. pubbl., vol. I, Torino 1987, 367 ss.; Chiti M.P., voce Arbitrato, in Aa.Vv., Dizionario di diritto pubblico, diretto da Cassese S., vol. I, Milano 2006, 403 ss.; Laschena R., voce Arbitrato. II Arbitrato nelle controversie amministrative, in Enc. giur., vol. II, Roma 1988; Romano Tassone A., Natoli L., voce Arbitrato (dir. amm), in Il diritto-Enc. giur. Il sole 24 ore, Milano 2007, vol. I, 571 ss.; saggi monografici o note a sentenza: Amadei D., L'arbitrato nel diritto amministrativo (problemi aperti e recenti pronunce), in Riv. dir. proc., 2004, 855 ss., e in Aa.Vv., L'arbitrato, a cura di C. Cecchella, Torino 2005, 409 ss.; Id., Arbitrato e giurisdizione esclusiva tra ius superveniens, impugnazione del lodo e perpetuatio iurisdictionis, in Riv. arb. 2001, 461 ss.; Amiconi C., Per un nuovo rapporto tra arbitrato e giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, in Riv. amm. 1996, 853 ss.; Amorth A., Annotazioni sull'arbitrato nelle controversie amministrative, in Studi in onore di Cesare Grassetti, Milano 1980, 40 ss., e in Scritti giuridici, Milano 1999, vol. IV, 2157 ss.; Antonioli M., Arbitrato e giurisdizione amministrativa dopo la l. n. 205 del 2000, in Dir. proc. Amm. 2002, 326 ss.; Id., Arbitrato e giurisdizione esclusiva, Milano 2004; Id., Arbitrato e giurisdizione esclusiva: luci e ombre in tema di ius superveniens, in Foro amm. CDS 2006, 405 ss.; Id., Arbitrato e giurisdizione esclusiva: problemi e prospettive, in Dir. proc. amm. 2007, 685 ss.; Id., Profili di specialità dell'arbitrato in materia di opere pubbliche, in Riv. trim. appalti 2003, 797 ss.; Argenio D., Il sistema arbitrale e le controversie amministrative (negli orientamenti del consiglio di stato), in Dir. amm. 2004, 887 ss.; Barrella A., Incompatibilità tra giurisdizione esclusiva ed arbitrato?, in Riv. arb. 2000, 199 ss.; Benvenuti F., L'arbitrato tra Stato e società, in Foro amm. 1996, II, 2775 ss.; Caia G., Gli arbitrati e la giurisdizione del giudice amministrativo, in Giornale dir. amm. 2002, 946 ss.; Id., L'arbitrato nella materia degli accordi amministrativi. Gli interessi pubblici a ponderazione procedimentale rafforzata, in Rass. giur. ENEL 1991, 870 ss.; Caracciolo La Grotteria A., Profili dell'arbitrato nel diritto amministrativo, in Dir. proc. amm. 2007, 722 ss.; Cardi E., Modelli processuali arbitrali nella giustizia amministrativa, in Riv. dir. proc. amm. 2002, 314 ss.; Cassese S., Arbitrato e diritto comune della pubblica amministrazione, in Giornale dir. amm. 1996, 523 ss.; Id., L'arbitrato nel diritto amministrativo, in Riv. trim. dir. pubbl. 1996, 311 ss.; Cirillo G.P., La tutela in via arbitrale delle conseguenze patrimoniali derivanti dalla lesione dell'interesse legittimo, in www.giustizia-amministrativa.it 2001; Crisci G., Arbitrato e giurisdizione ordinaria e amministrativa, in Riv. trim. appalti 2000, 231 ss.; De Lise P., Delfino B., Arbitrato e pubblica amministrazione, in Arch. giur. oo. pp. 2000, 2035 ss.; De Lise P., L'arbitrato nel diritto amministrativo, in Riv. trim. dir. proc. civ. 1990, 1195 ss.; Di Martino S., Arbitrato e pubblica amministrazione: brevi cenni sulla problematica inerente la compromettibilità delle controversie in cui è parte una pubblica amministrazione, in Riv. trim. appalti 2001, 99 ss.; Domenichelli V., Giurisdizione amministrativa e arbitrato: riflessioni e interrogativi, in Riv. dir. proc. amm. 1996, 227 ss.; Id., Le prospettive dell'arbitrato nei rapporti amministrativi (tra marginalità, obbligatorietà e consensualità), ibidem 1998, 241 ss.; Ferrante W., L'arbitrato come strumento di risoluzione delle controversie con la Pubblica Amministrazione, in Rass. avv. Stato 2004, 405 ss.; Gasparini Casari V., L'arbitrato nella l. 21 luglio 2000 n. 205, in Dir. economia 2001, 361 ss.; Goisis F., Compromettibilità in arbitrato irrituale delle controversie di cui sia parte la pubblica amministrazione e art. 6 l. n. 205 del 2000, in Riv. dir. proc. amm. 2005, 249 ss.; Linguiti A., Pluchino C., Arbitrato e Pubblica Amministrazione: diritti soggettivi e poteri autoritativi, in Rass. avv. Stato 2004, 1348 ss.; Lubrano F., Arbitrato e pubblica amministrazione (la pubblica amministrazione come parte), in Studi Punzi, Torino 2008, vol. II, 489 ss.; Luiso F.P., Arbitrato

metà strada tra il diritto processuale, il diritto civile sostanziale e il diritto amministrativo, se certamente accresce l'interesse per la materia, crea insidie grandissime nel tentativo di ricostruzione sistematica dell'argomento.

Il maggiore sforzo che ci si deve preoccupare di perseguire concerne proprio il difficile compito di collocare sistematicamente – in un contesto fortemente intriso di pubblico interesse, caratterizzato da nor-

e giurisdizione nelle controversie devolute al giudizio amministrativo, in *Riv. arb.* 2001, 421 ss.; Marinucci E., *L'impugnazione per nullità di lodo arbitrale reso in materia devoluta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*, in *Riv. dir. proc.* 2007, 753 ss.; Mignone C., *Arbitrato nelle controversie devolute al giudice amministrativo e riparto della giurisdizione*, in *Foro amm. T.A.R.* 2003, 2509 ss.; Paolantonio N., *Arbitrato, giurisdizione amministrativa e regime di impugnazione del lodo*, in *Foro amm. CDS* 2003, 2281 ss.; Pugliese F., *Arbitrato e p.a. dopo la legge sull'ordinamento delle autonomie locali e dopo la legge sul procedimento*, in *Riv. trim. appalti* 1995, 707 ss.; Recchia G., *Arbitrato di diritto comune e amministrazioni pubbliche*, in *Riv. trim. appalti* 1998, 7 ss.; Romano Tassone A., *Giurisdizione amministrativa e arbitrato*, in *Riv. Arb.* 2000, 249 ss.; Id., *Giurisdizione amministrativa ed arbitrato nella L. n. 205/2000, ibidem*, 627 ss.; Id., *Poteri del collegio arbitrale e provvedimenti amministrativi*, in www.judicium.it 2001; Rossi F., *Arbitrato ex art. 6 comma 2 l. 205/2000, limiti oggettivi ed impugnazione del lodo*, in *Foro amm. CDS* 2004, 881 ss.; Sterbizzi E., *La giurisdizione sull'impugnazione del lodo arbitrale reso ai sensi dell'art. 6 l. n. 205 del 2000: corte d'appello o giudice amministrativo?*, in *Corriere giur.* 2007, 982 ss.; Stevanato L., *Arbitrato e deroga al giudizio amministrativo*, in *Riv. dir. proc. amm.* 2004, 122 ss.; Vaccarella M., *Diritti e arbitrato prima e dopo la l. n. 205 del 2000*, in *Foro amm. CDS* 2005, 450 ss.; Veneziano S., *Arbitrato e giurisdizione amministrativa*, in www.giustizia-amministrativa.it 2004; Verde G., *Ancora su arbitri e Pubblica Amministrazione (in occasione della L. 21 luglio 2000, n. 205, art. 6)*, in *Riv. Arb.* 2000, 387 ss.; Id., *Arbitrato e pubblica amministrazione*, in *Riv. Arb.* 2001, 407 ss.; Id., *Arbitrato e pubblica amministrazione*, in *Riv. dir. proc. amm.* 1996, 215 ss.; Id., *Il giudice amministrativo interviene nel procedimento di nomina degli arbitri*, in *Riv. Arb.* 2000, 475 ss.; Villa A., *Note sul rapporto tra arbitrato e giurisdizione amministrativa e sulla distinzione tra arbitrato rituale e irrituale*, in *Riv. arb.* 2001, 705 ss.; Villata S.A., *Controversie di pubblico impiego, arbitrato e disapplicazione degli atti amministrativi illegittimi*, in *Riv. dir. proc.* 2000, 785 ss.; Vitale M., *L'assolutismo del consiglio di stato in tema di arbitrato e pubblica amministrazione*, in *Riv. Arb.* 2003, 731 ss.; Zito A., *La compromettibilità per arbitri con la pubblica amministrazione dopo la l. n. 205 del 2000: problemi e prospettive*, in *Dir. amm.* 2001, 343 ss.; ampio spazio all'oggetto del nostro studio è dedicato anche in opere generali, o in studi monografici dedicati ad argomenti diversi: Zucconi Galli Fonseca E., in *Aa.Vv.*, *Arbitrato*, commentario diretto da Carpi F., Bologna 2007, *sub art.* 806, 85 ss.; Ruffini G., in *Aa.Vv.*, *Codice di procedura civile commentato*, 3^a ed., a cura di Consolo C. e Luiso F.P., vol. III, Milano 2007, *sub art.* 806, 5677 ss.; Gasparini Cesari V., in *Aa.Vv.*, *L'arbitrato. Profili sostanziali*, a cura di Alpa G., Torino 1999, vol II., 1003; Goisis F., *La giustizia sportiva tra funzione amministrativa ed arbitrato*, Milano 2007, 231 ss.; Rubino Sammartano M., *Diritto dell'arbitrato*, 5^a ed., Padova 2006, 199 ss.

mativa, almeno in tesi, fortemente derogatoria dei principi civilistici e che, nonostante le aperture verso modelli consensuali dell'esercizio del potere, vede ancora la pubblica amministrazione in posizione di forte supremazia – un mezzo di soluzione delle controversie che nasce come strumento principe dell'autonomia negoziale, e che trae fondamento dalla libera determinazione delle parti. Il tutto è poi reso ancora più complicato dal fatto che l'arbitrato è un istituto a sua volta già a metà tra il diritto sostanziale e il diritto processuale: l'arbitrato ha sia un *aquis* sostanziale/negoziale – perché trova il suo *ubi consistam* necessariamente in un atto di autonomia privata, in un momento di incontro della volontà delle parti circa *il modo* di litigare – che un *aquis* processuale, perché, che gli si voglia o meno riconoscere natura giurisdizionale, l'arbitrato è pur sempre un «processo» nell'ambito del quale un soggetto terzo e imparziale accerta, in una controversia, chi ha ragione e chi ha torto. Caratteri che debbono essere confrontati con le particolarità del diritto amministrativo sostanziale, nonché con le caratteristiche peculiari delle controversie amministrative.

Ma nel panorama degli strumenti di risoluzione delle controversie amministrative non è solo l'arbitrato a meritare interesse: il legislatore sta aprendo sempre maggiori spazi per strumenti di (etero e/o auto) composizione (o prevenzione) delle controversie diversi dalla giurisdizione e dall'arbitrato; non più solamente arbitraggio o perizia arbitrale, ma anche strumenti di (asserita) derivazione anglosassone o comunitaria generalmente (quanto genericamente) definite ADR (17). Strumenti che il legislatore ha, in qualche caso anche con un discreto successo (18), introdotti

(17) Se ne parlerà più approfonditamente *infra*.

(18) Si pensi ad esempio alle procedure di conciliazione previste dall'art. 8 l. 12 giugno 1990, n. 146, in materia di servizi pubblici essenziali, dall'art. 11 l. 31 luglio 1997, n. 249, in materia di controversie che vedono opposti gli utenti alle imprese tito-

to nell'ordinamento attribuendone la responsabilità ad autorità amministrative indipendenti.

Diverse questioni sono invece offerte da altri procedimenti di eterocomposizione delle liti di natura *lato sensu* arbitrale (19) quali l'arbitraggio e la perizia contrattuale, mentre la recente introduzione nel codice dei contratti pubblici di un articolo *ad hoc* ha significato occasione di discussione anche intorno alla transazione, l'archetipo degli strumenti di autocomposizione o prevenzione delle liti.

2 Individuazione delle «controversie amministrative»

Prima di affrontare e sviluppare le questioni che si sono sopra accennate, occorre individuare in quali controversie la natura della pubblica amministrazione, o meglio la rilevanza del pubblico potere, incidono in maniera significativa vuoi sull'arbitrabilità e transigibilità della controversia medesima, vuoi sulle regole che disciplinano il processo arbitrale. Ci si deve preoccupare, infatti, di perseguire un disegno sistematico dell'arbitrato nel diritto amministrativo, ciò che si può fare solamente collocando, appunto in maniera sistematica, le diverse ipotesi di liti che vedono come parte la pubblica amministrazione, al fine di evitare di in-

lari di licenza, alla procedura di tentativo di accordo bonario per la risoluzione delle riserve il cui ammontare abbia raggiunto il dieci per cento del valore del contratto di cui all'art. 240 d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163 (su cui v. Lamberti C., *L'accordo bonario nel codice degli appalti*, in *Urb. e app.* 2008, 417 ss.; Manzi A., in Aa.Vv., *La legge quadro sui lavori pubblici*, Milano 2003, *sub art.* 31 *bis*, 804 ss.); nonché alla procedura di precontenzioso in sede di gara, attribuita alla competenza dell'autorità di vigilanza in materia di contratti pubblici di cui all'art. 6, comma 7, lettera n): «su iniziativa della stazione appaltante e di una o più delle altre parti, [l'autorità] esprime parere non vincolante relativamente a questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara, eventualmente formulando un'ipotesi di soluzione; si applica l'art. 1, comma 67, terzo periodo, della legge 23 dicembre 2005, n. 266» V. in argomento Corsini M., in Aa.Vv., *Codice degli appalti pubblici*, a cura di Garofoli R. e Ferrari G., Roma 2007, *sub art.* 6, 53 s.

(19) Così Caia G., *Arbitrati e modelli arbitrati nel diritto amministrativo*, cit., 25.

correre nell'errore di accomunare casi e questioni diverse, ovvero al contrario di non riconoscere tratti comuni in casi simili.

Secondo la definizione tradizionale, sarebbero controversie amministrative quelle nelle quali almeno una delle parti sia un soggetto pubblico o una pubblica amministrazione (20). Detto criterio «soggettivo» non pare tuttavia dirimente. In senso lato, infatti, che la pubblica amministrazione sia semplicemente parte in una controversia non crea di per sé questioni particolari, se non l'applicazione delle disposizioni riguardanti la rappresentanza in giudizio e il foro competente (21). Inoltre una definizione meramente soggettiva lascia fuori dal novero delle controversie amministrative tutte quelle liti tra privati in cui rilevi un provvedimento amministrativo o la spendita di un pubblico potere, nonché quelle controversie in cui un soggetto privato è chiamato ad applicare disposizioni di diritto pubblico (22).

Ebbene, in primo luogo non sono controversie amministrative propriamente dette quelle in cui la pubblica amministrazione non è distinguibile sul piano dell'agire sostanziale da un soggetto di diritto privato.

Da un punto di vista estremamente ampio, la pubblica amministrazione (*rectius* le singole pubbliche amministrazioni) è infatti una persona giuridica di diritto pubblico (art. 11 c.c.) che, al di fuori dei suoi scopi e delle sue funzioni istituzionali previsti per legge, agisce, ma prima di tutto «è», in un contesto regolato dal diritto privato.

(20) Caia G., *Arbitrati e modelli arbitrati nel diritto amministrativo*, cit., 1 e 31, che riprende la definizione di La Torre M., *L'arbitrato nel diritto amministrativo*, cit., 327.

(21) Si veda sull'argomento Amorth G., Tomasicchio T., *Il giudizio civile con lo stato*, Padova 1963, *passim*.

(22) Gasparini Cesari V., in Aa.Vv., *L'arbitrato. Profili sostanziali*, cit., 1010.

Ad esempio la pubblica amministrazione è proprietaria di beni mobili (anche animali) e immobili; detti beni possono a loro volta essere soggetti a particolari regimi a seconda della loro natura di bene demaniale, bene rientrante nel patrimonio indisponibile o disponibile dello Stato, di enti pubblici o di enti locali, regimi che ne limitano la disponibilità e/o li vincolano al perseguimento dell'interesse pubblico. In ogni modo però il regime giuridico cui detti beni sono sottoposti non muta la disciplina della responsabilità del proprietario o del custode ai sensi degli artt. 2051, 2052, 2053 e 2054 c.c. Ed allora qualora un cittadino lamenti nei confronti di una pubblica amministrazione di avere subito un danno a causa del dissesto di una strada o di un marciapiede, la relativa lite non sarà soggetta a regole diverse da quelle ordinarie, salvo, in caso di amministrazione statale, il rispetto delle regole circa la rappresentanza in giudizio e il foro erariale (23).

E ciò vale per la stessa pubblica amministrazione che potrà esperire verso i privati (o altre pubbliche amministrazioni) tutte le azioni a difesa della proprietà che spettano al privato, oltre ai rimedi in via amministrativa (art. 823 c.c.).

Ancora, la pubblica amministrazione può disporre degli immobili di cui è proprietaria e che non siano connessi all'espletamento di fini isti-

(23) In tal senso vedi, da ultimo, Cass. 6 giugno 2008, n. 15042, in *Foro it.* 2008, I, 2823, con nota di Palmieri A., *Custodia di beni demaniali e responsabilità: dopo il tramonto dell'insidia ancora molte incertezze sulla disciplina applicabile*; Id., sez. un., 20 ottobre 2006, n. 22521, in *Corriere giur.* 2007, 41 ss., con nota di De Luca A.M., *I «comportamenti» non sorretti da alcun potere. Ancora dubbi sulla giurisdizione*, secondo la quale la domanda di risarcimento danni dovuto a dissesto del suolo pubblico (nella specie l'incuria dell'amministrazione aveva favorito uno smottamento che aveva seriamente danneggiato un edificio del ricorrente) deve essere proposta davanti al giudice ordinario giacché «la domanda non investe scelte o atti autoritativi dell'amministrazione, ma attività soggetta al principio del *neminem laedere*». Nello stesso senso v. anche Cass., sez. un., 14 gennaio 2005, n. 599; Id., 18 ottobre 2005, n. 20117; Id., 21 ottobre 2005, n. 20346; Id., 28 novembre 2005, n. 25035.

tuzionali o non siano altrimenti vincolati, decidendo di venderli a terzi ovvero di concederli in locazione allo scopo di trarne profitto nell'ambito della sua capacità eminentemente privatistica (24).

Quando la pubblica amministrazione esercita «attività pericolose» è soggetta, come ogni altra persona fisica o giuridica, al regime di presunzione di colpevolezza dell'art. 2050 c.c. (25), salvo che le attività fossero «svolte per soddisfare imprescindibili esigenze della collettività, nelle quali si identificano le sue stesse finalità istituzionali», nel qual caso non opera la presunzione di colpa di cui alla norma citata (26). Ma nel caso in cui l'amministrazione eserciti un'attività pericolosa al di fuori dei suoi fini istituzionali, allora risorgono i principi di cui all'art. 2050 c.c. e le eventuali controversie non si differenzieranno in nulla da quelle tra privati.

In questi casi la pubblica amministrazione non esercita i poteri che le sono attribuiti dalla legge per il perseguimento dell'interesse pubblico, ma sconta la propria responsabilità per essere e agire nell'ambito della vita di relazione alla stregua di ogni altro soggetto, che sia persona fisica o ente; e quindi se il suo «essere» e la sua attività non si differenziano da quelli di ogni altro soggetto le relative controversie non seguiranno regole diverse da quelle che coinvolgono privati: il giudice dotato di giu-

(24) V. Delsignore M., *La compromettibilità in arbitrato nel diritto amministrativo*, Milano 2007, 204 s. In tal senso anche Cons. Stato, 1 ottobre 2002 n. 5121, in *Foro amm. CDS* 2002, 2403, che precisa che l'amministrazione, nell'ambito di un'attività meramente privatistica che pure deve riconoscersi legittimamente attribuibile ed esercitabile, può svolgere liberamente la propria attività negoziale senza dover applicare quelle metodologie procedurali che la legge impone nell'ambito delle attività pubblicistiche-istituzionali, avendo come soli limiti (derivatigli dalla sua natura pubblica) di cedere il bene alle migliori condizioni di mercato, tenendo conto del valore dello stesso secondo le stime dei propri organi tecnici.

(25) Cass. 27 febbraio 1984, n. 1393, in *Foro it.* 1984, I, 1280 ss.

(26) Cass. 30 novembre 2006, n. 25479, in *Danno e resp.* 2007, 679 ss.

risdizione sarà il giudice ordinario e arbitrabilità e transigibilità saranno libere (27).

Detti principi altro non sono che il risvolto sostanziale di quelli enunciati dalla Corte Costituzionale e dalla Suprema Corte nel corso degli ultimi anni in tema di riparto di giurisdizione e pregiudizialità amministrativa, che hanno scardinato il sistema del riparto fondato su «blocchi di materie», da poco inaugurato, ed hanno aperto la via ad una assimilazione «di fatto» delle questioni di giurisdizione alle questioni competenza (28). Lo snodo centrale attorno al quale ruota il *revriment* giurisprudenzia-

(27) Nello stesso senso Gasparini Cesari V., *op. loc. ult. cit.*; Cassese S., *L'arbitrato nel diritto amministrativo*, cit., 312, secondo il quale «...ove le amministrazioni pubbliche sono sottoposte al diritto comune, non vi sarà neppure spazio per un vero e proprio arbitrato amministrativo, applicandosi alla pubblica amministrazione (...) l'istituto arbitrale di diritto comune...»; Amorth G., *Annotazioni sull'arbitrato nelle controversie amministrative*, cit., 2163 s.; Scoca F.C., *La capacità della pubblica amministrazione di compromettere in arbitri*, in Aa.Vv., *Arbitrato e pubblica amministrazione*, cit. 1991, 103.

(28) È difficile sintetizzare in poche battute un *revriment* giurisprudenziale che da un lato ha scardinato il sistema del riparto di giurisdizione basato sui cd. «blocchi di materie» inaugurato dal legislatore verso la fine degli anni novanta, e dall'altro ha dato la stura ad un ripensamento generale non solo sul riparto di giurisdizione, ma addirittura sui rapporti tra giudici appartenenti a diversi ordini, che sempre più viene ad assomigliare ad un rapporto di competenza, tanto da far sorgere il dubbio «se ha più senso l'esistenza di un giudice diverso per sindacare l'attività dell'amministrazione» e «se non sia più corretto ipotizzare un giudice specializzato "dell'amministrazione"» (Verde G., *È ancora in vita l'art. 103, primo comma, Cost.?*, cit.).

Con la sentenza 6 luglio 2004, n. 204 (in *Foro it.* 2004, I, 2594, con note di Benini S., Travi A., Fracchia F.; in *Corriere giur.* 2004, 1167 ss.; in *Nuove autonomie* 2004, 545 ss., con nota di Teresi F.; in *Urb. e app.* 2004, 1031, con nota di Conti R.; in *Riv. giur. edilizia* 2004, I, 1211, con nota di Sandulli A.M.; in *Dir. proc. amm.* 2004, 799, con note di Cerulli Irelli V. e Villata R.; in *Giust. civ.* 2004, I, 2207, con note di Sandulli A.M. e Delle Donne C.; in *Giur. it.* 2004, 2255) la Corte Costituzionale ha ritenuto non conforme all'art. 103 Cost. l'attribuzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo di controversie «per blocchi di materie», senza che si faccia questione dell'esercizio del pubblico potere, non bastando a tal fine che la lite sia pervasa di pubblico interesse (nella specie è stato dichiarato incostituzionale l'art. 33, comma 1, d.lgs. 31 marzo 1998 n. 80, come sostituito dall'art. 7, lett. a), l. 21 luglio 2000 n. 205): perché l'art. 103 Cost. non sia violato il legislatore può «indicare particolari materie nelle quali la tutela nei confronti della pubblica amministrazione investe anche diritti soggettivi», e rimetterle alla giurisdizione del giudice amministrativo in ossequio ai principi di concentrazione e di effettività della tutela (si badi peraltro che il pregnante significato della congiunzione «anche» nell'art. 103 Cost., venne già messo chiaramente

in risalto da Luigi Montesano in *Magistrature - ordinarie e speciali - e arbitri nella giustizia civile secondo la costituzione*, in *Riv. dir. proc.* 1996, 646). Con la successiva sentenza 11 maggio 2006, n. 191 (in *Foro it.* 2006, I, 1625, con note di Travi A. e De Marzo G.; in *Corriere giur.* 2006, 922, con nota di Di Majò A.; in *Danno e resp.* 2006, 965, con nota di Fabbrizzi G.; in *Giust. civ.* 2006, I, 1107; in *Giur. it.* 2006, 1729; in *Riv. giur. edilizia* 2006, I, 465; in *Foro amm. CDS* 2006, 1359, con note di Ferrero G. e Risso F.; in *Nuova rass.* 2006, 2549; in *Dir. proc. amm.* 2006, 1005, con note di Malinconico S. e Allena M.) la Corte delle leggi ha specificato che il legislatore non può attribuire al giudice amministrativo le controversie che afferiscono a «comportamenti» dell'amministrazione nemmeno «mediatamente» riconducibili al potere pubblico, quali i comportamenti posti in essere «in via di fatto» o in assoluta «carezza di potere».

Sempre nel 2006 la Corte di Cassazione con tre ordinanze gemelle (i riferimenti riguardano Cass., sez. un., 15 giugno 2006, n. 13911, in *Corriere giur.* 2006, 1073 ss.; in *Foro amm. CDS* 2006, 1359, con note di Ferrero G. e Risso F.; in *Riv. giur. edilizia* 2006, I, 880, con note di Sandulli A.M. e Mari G.) ha sviluppato quanto affermato dal giudice delle leggi precisando che l'azione di risarcimento del danno, quando collegata all'esercizio di un potere amministrativo appartiene alla giurisdizione del giudice amministrativo e si configura come una forma di tutela dell'interesse legittimo ulteriore e non necessariamente collegata pregiudizialmente alla tutela annullatoria del provvedimento. In altre parole il risarcimento del danno non sarebbe una posizione giuridica autonoma derivante dalla lesione dell'interesse legittimo ma sarebbe una forma di tutela di quello, e potrebbe essere domandata al giudice amministrativo a prescindere dalla richiesta di annullamento del provvedimento, contrariamente a quanto ritenuto dalla costante giurisprudenza amministrativa.

Contro questa posizione della Suprema Corte, in aperto conflitto istituzionale, si è schierata l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 22 ottobre 2007, n. 12 (in *Foro it.* 2008, III, 1, con nota di Travi A.; in *Corriere giur.* 2008, 253, con note di Di Majò A., Pellegrino G.; in *Giur. it.* 2008, 487; in *Contratti Stato e enti pubbl.*, 2008, 97; in *Urb. e app.* 2008, 339, con nota di Gallo C.E.; in *Foro amm. CDS* 2007, 2756; in *Riv. corte conti* 2007, fasc. 5, 265) che ha invece ribadito il carattere consequenziale e ulteriore della tutela risarcitoria rispetto a quella annullatoria. Peraltro la Corte di Cassazione, forse prevedendo la reazione non favorevole dei giudici di Palazzo Spada nei confronti della caduta della cd. «pregiudiziale amministrativa», nelle tre ordinanze sopra citate si era premurata di precisare che eventuali provvedimenti del G.A. che avessero dichiarato inammissibile la domanda di risarcimento del danno sul presupposto della mancata previa impugnazione del provvedimento amministrativo avrebbero potuto essere impugnati davanti le stesse Sezioni Unite motivi attinenti alla giurisdizione.

Ma l'eco della sentenza 204/2004 della Corte Costituzionale avrebbe condotto anche la Suprema Corte ad affermare il principio della *translatio iudicii* tra giudice ordinario e giudici speciali (e viceversa) con la sentenza a Sezioni Unite del 22 febbraio 2007, n. 4109 (in *Foro it.* 2007, I, 1009, con nota di Oriani R.; in *Urb. e app.* 2007, 817, con nota di Sigismondi G.; in *Riv. giur. edilizia* 2007, I, 533; in *Dir. proc. amm.* 2007, 796, con nota di Sigismondi G.; *Giur. it.* 2007, 2253; in *Riv. dir. proc.* 2007, 1577, con nota di Acone M.; in *Giurisdiz. amm.* 2007, III, 139). Decisione questa in seguito contestata espressamente da un'ulteriore sentenza della Corte Costituzionale che, nel non ravvisare nell'ordinamento norme che consentano la *translatio iudicii* tra giudici appartenenti ad ordini diversi, ha tuttavia cassato l'art. 30 l. 6 dicembre 1971 n. 1034, nella parte in cui non prevedeva che gli effetti, sostanziali e processuali, prodotti dalla domanda

proposta a giudice privo di giurisdizione si conservino, a seguito di declinatoria di giurisdizione, nel processo proseguito davanti al giudice munito di giurisdizione, contribuendo all'avvicinamento, ormai inesorabile, tra la disciplina delle questioni di giurisdizione a quella delle questioni di competenza (Corte cost. 17 marzo 2007, n. 77, in *Foro it.* 2007, I, 1009, con nota di Oriani R.; in *Urb. e app.* 2007, 814, con nota di Sigismondi G.; in *Foro amm. CDS* 2007, 753 ss.; in *Giust. civ.* 2007, I, 553 ss.; in *Giornale dir. amm.* 2007, 958, con nota di Pajno A.; in *Riv. giur. edilizia* 2007, I, 487, Con nota di Sandulli A.M.; in *Dir. proc. amm* 2007, 796, con nota di Sigismondi G.; in *Riv. dir. proc.* 2007, 1577, con nota di Acone M.).

Sempre nel solco di un avvicinamento tra le giurisdizioni amministrativa e ordinaria si pone poi Corte cost. 27 aprile 2007, n. 140, cit., laddove afferma che, sempre e comunque nel rispetto dei principi esplicitati dalle sentt. 204/2004 e 191/2006, nessuna disposizione o principio impone al legislatore di riservare al giudice ordinario la tutela dei cd. «diritti fondamentali», che pertanto ben possono essere rimessi alla competenza giurisdizionale del giudice amministrativo.

Un ulteriore passo verso l'avvicinamento delle questioni di giurisdizione alle questioni di competenza è rappresentato dal pronunciamento delle Sezioni Unite del 9 ottobre 2008, n. 24883 (al momento inedita) con la quale la Suprema Corte, promuovendo un'interpretazione adeguatrice dell'art. 37 c.p.c. alla luce dei principi di economia processuale e di ragionevole durata del processo (asse portante della nuova lettura della norma), ha statuito che il difetto di giurisdizione può essere eccepito dalle parti in primo grado (e solo in primo grado) anche dopo la scadenza dei termini previsti dall'art. 38 c.p.c., e la sentenza di primo grado di merito può sempre essere impugnata per difetto di giurisdizione, a prescindere che le parti abbiano o meno sollevato la relativa eccezione; viceversa le sentenze di appello sono impugnabili per difetto di giurisdizione, e il giudice può sollevare d'ufficio la questione, soltanto se sul punto non si è formato il giudicato implicito o esplicito, operando la relativa preclusione anche per il giudice di legittimità.

Infine, con la sentenza 23 dicembre 2008, n. 30254, ancora inedita, le Sezioni Unite della Suprema Corte, dopo aver ribadito che – similmente alle norme sulla competenza – gli artt. 24 e 111 Cost. impongono la previsione di congegni che consentano alla parte di riparare l'errore compiuto nella scelta del giudice e di superare l'errore di questi nel denegare la giurisdizione, riaffermano – facendo uso del potere che si era riservato di conoscere dei casi in cui il giudice amministrativo avesse rifiutato la tutela risarcitoria per la mancata previa impugnazione del provvedimento illegittimo – che «proposta al giudice amministrativo domanda risarcitoria autonoma, intesa alla condanna al risarcimento del danno prodotto dall'esercizio illegittimo della funzione amministrativa, è viziata da violazione di norme sulla giurisdizione ed è soggetta a cassazione per motivi attinenti alla giurisdizione la decisione del giudice amministrativo che nega la tutela risarcitoria degli interessi legittimi sul presupposto che l'illegittimità dell'atto debba essere stata precedentemente richiesta e dichiarata in sede di annullamento. Le Sezioni Unite, nel dare continuità all'indirizzo inaugurato nel 2006 (dalle ordinanze n. 13659, 13660 e 13911), danno conto dell'evoluzione del concetto di giurisdizione, dovuta a molteplici fattori (il ruolo centrale della giurisdizione nel rendere effettivo il primato del diritto comunitario; il canone dell'effettività della tutela giurisdizionale; il principio di unità funzionale della giurisdizione nella interpretazione del sistema ad opera della giurisprudenza e della dottrina; il rilievo costituzionale del principio del giusto processo; l'ampliarsi delle fattispecie di giurisdizione esclusiva,

le iniziato nel 2004 è costituito, se si affronta la questione dal lato della giurisdizione, dal «potere amministrativo»: la Corte Costituzionale ha affermato che, in ossequio all'art. 103 Cost., non ogni materia può essere ricompresa nella giurisdizione amministrativa, ma soltanto quelle materie che siano almeno «mediatamente» toccate dall'esercizio del «potere amministrativo».

Quando cioè la pubblica amministrazione agisce al di fuori degli scopi che le sono attribuiti dalla legge per il perseguimento dell'interesse pubblico, l'art. 103 Cost. impedisce che eventuali controversie siano attribuite alla giurisdizione del giudice amministrativo (29). Quando cioè oggetto della controversia sono meri «comportamenti» non distinguibili da quelli di qualunque altro soggetto privato e non rileva l'esercizio del pubblico potere attribuito in virtù di legge, la giurisdizione su eventuali controversie con l'amministrazione appartiene al giudice ordinario (30),

ecc.), e della conseguente mutazione del giudizio sulla giurisdizione rimesso alla S.C., tradizionalmente inteso a livello di pura qualificazione della situazione soggettiva dedotta, alla stregua del diritto oggettivo. Infatti, giurisdizione, nella Costituzione (artt. 24, 111 e 113), è termine che va inteso nel senso di tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi e, dunque, in un senso che comprende le diverse tutele che l'ordinamento assegna ai diversi giudici per assicurare l'effettività dell'ordinamento. È norma sulla giurisdizione non solo quella che individua i presupposti dell'attribuzione del potere giurisdizionale (ripartito tra i diversi ordini di giudici a seconda del tipo di situazioni soggettive e di settori di materie), ma anche quella che dà contenuto a quel potere stabilendo le forme di tutela attraverso le quali esso si estrinseca. Pertanto, rientra nello schema logico del sindacato per motivi inerenti alla giurisdizione, rimesso alle S.U., l'operazione che consiste nell'interpretare la norma attributiva di tutela, onde verificare se il giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 111, comma 8, Cost., la eroghi concretamente, e nel vincolarlo ad esercitare la giurisdizione rispettandone il contenuto essenziale» (massima uff).

(29) Panzarola A., *Riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo*, in Aa.Vv., *La giurisdizione nell'esperienza giurisprudenziale contemporanea*, a cura di Martino R., Milano 2008, 145 s., 154, 157, 164; Sanino M., *Pregiudiziale, risarcimento*, translatio. *Lo stato della giurisprudenza. Spunti di riflessione*, in Aa.Vv., *Le nuove frontiere del giudice amministrativo*, cit. 47.

(30) V. *ex multis* Cass., sez. un., 30 gennaio 2008, n. 2029; Id., 5 marzo 2008, n. 5925; Id., 27 luglio 2005, n. 15660.

né il legislatore potrebbe attribuirlo al giudice amministrativo senza violare l'art. 103 Cost. (31).

Ciò significa, invertendo i termini della questione e privilegiando il punto d'osservazione del diritto sostanziale, che quando la pubblica amministrazione non agisce esercitando i pubblici poteri nel perseguimento dell'interesse pubblico, la sua attività e le sue relazioni con gli altri soggetti dell'ordinamento sono regolate dal diritto privato (32), le situazioni giuridiche sottostanti sono di diritto soggettivo pieno; mancando il pubblico potere nemmeno sono ipotizzabili in astratto posizioni di interesse legittimo capaci di giustificare la giurisdizione amministrativa.

Ecco allora che eventuali controversie che potrebbero scaturire dall'essere o dall'agire della pubblica amministrazione come un soggetto privato, al di fuori delle sue incombenze istituzionali, rientrano *tout court* nel diritto privato. Da questa assimilazione non può che discendere che dette controversie sono liberamente arbitrabili e transigibili come lo sono quelle tra privati, ferme restando tuttavia le disposizioni inerenti la responsabilità per danno erariale *ex art. 28 Cost.*

Discorso analogo, in linea con quanto appena riferito, va fatto anche per le controversie riguardanti i danni subiti dal privato per causa di un'attività «reale» dell'amministrazione, ossia quei danni derivanti al privato nell'ambito di scelte di mera opportunità tecnica, al di fuori di ogni valutazione afferente a discrezionalità amministrativa: «vi sono più modi per abbattere un edificio pericolante, eseguire una disinfezione, eseguire un'analisi chimica e simili. Queste scelte non hanno a oggetto la ponderazione di interessi pubblici, ma l'applicazione di tecniche. Se l'azione è

(31) Corte cost. 11 maggio 2006, n. 191, cit.

(32) Sanino M., *op. loc. ult. cit.*; Scoca F.C., *La capacità della pubblica amministrazione di compromettere in arbitri*, in Aa.Vv., *Arbitrato e pubblica amministrazione*, cit. 1991, 100.

sbagliata e ha esiti di danno ingiusto, l'amministrazione o l'autore della scelta rispondono per fatto illecito civile o altro» (penale) (33). Se pertanto ciò che ha prodotto danni al privato è la scelta dell'amministrazione fondata su parametri esclusivi di opportunità, al di fuori dell'esercizio del pubblico potere (ancorché nell'occasione), le relative controversie, sottratte al sindacato di legittimità del giudice amministrativo (salvi i casi tassativi di giurisdizione di merito) avranno ad oggetto diritti soggettivi e saranno transigibili e arbitrabili alla stregua del diritto comune (34).

Parimenti non rientrano *strictu sensu* tra le controversie amministrative quelle che possono venire in essere quando l'amministrazione agisce per l'attuazione dei suoi fini istituzionali non già avvalendosi della sua posizione di supremazia, ma servendosi degli strumenti di diritto privato che danno luogo a rapporti contraddistinti da diritti soggettivi perfetti (35).

Un caso a parte è rappresentato dalle controversie in materia di contratti pubblici. Come noto l'art. 244 d.lgs. 163/06 devolve alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie, inclu-

(33) Così Giannini M.S., *Istituzioni di diritto amministrativo*, II^a ed., Milano 2000, 270.

(34) E così se l'amministrazione deve provvedere all'abbattimento di un edificio pericolante, ferma la legittimità del provvedimento, potrà farlo secondo diverse modalità: esplosivo, ricorso a mezzi meccanici ovvero esclusivamente al lavoro degli operai. Detta scelta risponde ad esigenze di mera opportunità, non ha cioè i caratteri della discrezionalità amministrativa né è in gioco il pubblico interesse: risponde infatti a pubblico interesse l'abbattimento dell'edificio pericolante, mentre la scelta delle modalità operative con cui il pubblico interesse viene perseguito afferisce a meri criteri di opportunità. Semmai la scelta dell'amministrazione sarà orientata dal principio del *alterum non laedere* di cui all'art. 2043 c.c. Si tratta in altre parole, anche in questo caso, di meri «comportamenti» della pubblica amministrazione che, seppur mediatamente collegati all'esercizio del pubblico potere, danno comunque luogo a posizioni di diritto soggettivo rientranti nella giurisdizione del giudice ordinario, e pertanto transigibili e arbitrabili alla stregua del diritto comune. In senso analogo v. Cass., sez. un., 20 ottobre 2006, n. 22521, cit.

(35) Capaccioli E., *L'arbitrato nel diritto amministrativo*, cit., 3 ss.; Cass. 2 febbraio 1966, n. 372, a proposito della compromettibilità per arbitri delle controversie relative alle forniture.

se quelle risarcitorie, relative alle procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture svolte da soggetti (pubblici o privati) comunque tenuti all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto delle procedure di evidenza pubblica. Fino a che non sia avvenuta la stipulazione del contratto l'intera vicenda è regolata dal diritto amministrativo (36), e in particolare dalle norme in tema di evidenza pubblica: il contraente può vantare nei confronti della stazione appaltante solo posizioni di diritto amministrativo ed eventuali liti sono rimesse alla giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo (37).

A valle della stipulazione del contratto si entra nella fase privatistica dei rapporti tra il contraente e la stazione appaltante; eventuali con-

(36) Lo spartiacque tra la giurisdizione del giudice ordinario e quella del giudice amministrativo, e prima ancora tra la fase di diritto pubblico e quella disciplinata dalle regole del diritto civile, è rappresentata dalla stipulazione del contratto. In dottrina v. Daleffe G., Spaccapelo C., *Le disposizioni processuali del nuovo codice dei contratti pubblici*, cit., 955.

(37) Sembra fare eccezione la posizione dell'aggiudicatario nel caso in cui la stazione appaltante rifiuti di stipulare il contratto, al di fuori delle ipotesi di autotutela. Occorre infatti domandarsi, in tale situazione, di quale tipo sia la posizione soggettiva dell'aggiudicatario, se interesse legittimo o diritto soggettivo. A nostro modo di vedere non sembra seriamente contestabile che la situazione giuridica soggettiva che si crea in capo all'aggiudicatario sia un vero e proprio diritto soggettivo (Cass., sez. un., 11 giugno 1998, n. 5807, in *Riv. C. Conti* 1998, II, 240). Ritenere infatti che, a fronte dei poteri in capo alla amministrazione di non stipulare il contratto in esercizio di autotutela, la posizione dell'aggiudicatario presenti la consistenza di un interesse legittimo al corretto uso del potere, pare contrastare, sul piano sistematico, con l'affermata configurabilità di una responsabilità precontrattuale della P.A. di fronte al legittimo affidamento dell'aggiudicatario alla stipulazione del contratto (v., *ex multis*, T.A.R. Lazio, sez. I, 7 luglio 2003, n. 5991, in *Foro Amm. T.A.R.* 2003, 2297, con riferimento alla mancata stipula del contratto per sopravvenuta carenza di fondi; Cons. Stato, sez. IV, 7 marzo 2005, n. 920, in *Foro Amm CDS* 2005, 738; Cons. Stato, Ad. Plen., 5 settembre 2005, n. 6, *ivi*, 2005, 2515). Sull'argomento v., se si vuole, Polinari J., *Le fasi della formazione del contratto pubblico: brevi note a prima lettura sugli artt. 11 e 12 del codice dei contratti pubblici*, in *Rass. avv. Stato* 2006, 185, spec. 189 s.

troverse rientrano pertanto nella giurisdizione del giudice ordinario (38), essendo inerenti a rapporti di diritto privato.

Pertanto, se ciò è vero, se ne dovrebbe ricavare che anche le liti in materia di contratti pubblici, dal momento che ineriscono a rapporti di diritto privato e rientrano nella giurisdizione del giudice ordinario, siano transigibili e arbitrabili alla stregua del diritto comune (39). Eppure così non è. Infatti, come si vedrà nel paragrafo successivo, la disciplina della transazione nella materia dei contratti pubblici è soggetta a vincoli formali, procedurali e sostanziali, mentre l'arbitrato è stato da sempre oggetto di una disciplina particolarmente analitica e – soprattutto in passato – limitativa dell'autonomia delle parti, senza contare che più volte, l'ultima con l'art. 3, comma 19, l. 24 dicembre 2007, n. 244 (legge finanziaria per il 2008) il legislatore ne ha espressamente vietato l'utilizzo (40).

(38) Ad eccezione delle controversie relative al divieto di rinnovo tacito dei contratti e quelle relative alla revisione dei prezzi, che restano appannaggio della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

(39) Così precisamente Delsignore M., *La compromettibilità*, cit., 208, 212.

(40) Con un velato eufemismo si può dire che la vicenda normativa relativa all'ultimo divieto di arbitrato nel settore dei contratti pubblici è «complicata». Il divieto venne introdotto dall'art. 3, comma 19, l. 24 dicembre 2007, n. 244. «legge finanziaria per il 2008», che dettò anche una complicata e difficilmente riconducibile a congruità disciplina transitoria e di entrata in vigore. In ogni modo l'entrata effettiva in vigore del divieto è successivamente stata più volte rimandata, l'ultima con l'art. 1 *ter* d.l. 23 ottobre 2008, n. 162, convertito con modificazioni in l. 22 dicembre 2008, n. 201, che ha differito al 30 marzo 2009 il termine già differito con il d.l. 3 giugno 2008, n. 97, convertito in legge con modificazioni da l. 2 agosto 2008, n. 129, che ha anche disciplinato i rapporti conseguenti alla mancata conversione in legge del d.l. 30 giugno 2008, n. 113, e che appunto prevedeva il differimento di alcuni termini di entrata in vigore di alcune disposizioni normative. Nel frattempo, l'art. 15, d.l. 31 dicembre 2007, n. 248 ha differito l'entrata in vigore del divieto al 1 luglio 2008 al fine di consentire la devoluzione delle liti di oggetto del divieto alle costituite sezioni specializzate in materia di proprietà industriale di cui al d.lgs. 27 giugno 2003, n. 168.

Sul divieto di arbitrato in materia di contratti pubblici, che richiama alla memoria il precedente divieto stabilito dalla prima versione dell'art. 32 l. «Merloni», si vedano Capponi B., *La legge finanziaria per il 2008 e il divieto di arbitrato*, relazione tenuta al convegno IGI in Roma, 17 gennaio 2008, in <http://www.igitalia.it/doc/12.pdf>; Lombardini I., *Arbitrato delle opere pubbliche*, in Aa.Vv. *Arbitrati Speciali*, commentario diretto da Carpi F., Bologna 2008, 166 s.; Manfredi G., *Le stagioni dell'arbitrato: dall'obbligo al di-*

Peraltro va osservato che le cautele che il legislatore ha introdotto nella disciplina della transazione e dell'arbitrato scompaiono del tutto nel caso in cui la medesima lite sia invece devoluta, per quanto di sua competenza, alla giurisdizione ordinaria. Le norme del codice dei contratti pubblici, tanto prodighe di prescrizioni verso la transazione, l'accordo bonario e l'arbitrato, non dettano alcuna disciplina per le liti che si svolgono *apud iudicem*, salvo alcune disposizioni in materia cautelare, peraltro applicabili solamente nelle controversie devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (art. 245 d.lgs. 163/06), e norme capitolari che posticipano la risoluzione delle riserve a collaudo avvenuto (41).

L'osservazione che si può trarre da questo panorama normativo è che il legislatore, pur non disconoscendo affatto la natura eminentemente ed innegabilmente privata delle controversie in questione, non ha potuto non rilevare che l'intera materia dei contratti pubblici attiene ad un settore dell'economia fortemente permeato di interesse pubblico, vuoi perché il committente ha quasi sempre natura pubblica – e così anche le risorse impiegate – vuoi perché l'esecuzione del contratto, che si tratti della realizzazione di un'opera pubblica ovvero dell'esecuzione di un ser-

vieto?, in *Urb. e app.* 2008, 275 ss.; Polinari J., *L'abolizione dell'arbitrato in materia di contratti pubblici – Riflessioni a margine di un rapporto controverso*, in *Appalti e contratti* 2008, fasc. 8-9, 45 ss.; Travi A., *Arbitrati negli appalti pubblici: nuovi divieti e incertezze persistenti*, in *Corriere giur.* 2008, 499 ss.

(41) V. l'art. 33 d.m. Ministero dei Lavori Pubblici 19 aprile 2000, n. 145: «1. L'appaltatore che intenda far valere le proprie pretese nel giudizio ordinario o arbitrale deve proporre la domanda entro il termine di decadenza di sessanta giorni, decorrente dal ricevimento della comunicazione di cui all'articolo 149, comma 3, del regolamento, o della determinazione prevista dai commi 1 e 2 dell'articolo 32 del capitolato, oppure dalla scadenza dei termini previsti dagli stessi commi 1 e 2.

2. Salvo diverso accordo delle parti, e qualora la domanda non abbia ad oggetto questioni la cui definizione non è differibile nel tempo, la controversia arbitrale non può svolgersi prima che siano decorsi i termini di cui ai commi 1 e 2 dell'articolo 32.

3. Se nel corso dell'appalto sono state proposte più domande di arbitrato in relazione a diverse procedure di accordo bonario, queste sono decise in un unico giudizio ai sensi del comma 2».

vizio o di una fornitura, risponde sempre e comunque all'esigenza di perseguimento dell'interesse pubblico. Ecco allora che sotto questa luce si giustificano non solo le limitazioni all'autonomia negoziale delle parti nella costruzione negoziale del contratto d'appalto, ma anche le disposizioni in tema di transazione e arbitrato.

Il fatto poi che il legislatore non abbia dettato nessuna norma per le liti che si svolgono davanti al giudice ordinario significa solo che non ha ravvisato le stesse esigenze di cautela per il caso in cui la lite vada ad incardinarsi davanti ad un organo appartenente all'organizzazione giudiziaria, ritenendo che la sua posizione istituzionale dia garanzie sufficienti anche con riguardo alla salvaguardia dell'interesse pubblico, diversamente da quanto potrebbe invece attendersi quando la lite sia affidata all'autonomia privata delle parti.

Quindi, anche se nelle liti in materia di contratti pubblici, una volta varcato il momento dell'aggiudicazione, non pongono questioni circa l'esercizio – legittimo o meno – del pubblico potere, il fatto che l'oggetto della controversia, e prima ancora del contratto, sia fortemente permeato di pubblico interesse, se non muta la natura eminentemente privatistica del rapporto sostanziale, e non è sufficiente a consentire la devoluzione della controversia al giudice amministrativo (42), può comunque giustificare l'imposizione di una disciplina che, per il caso di composizione e/o risoluzione alternativa, limiti in qualche modo l'autonomia privata delle parti (43).

(42) La Corte Costituzionale, con la sentenza 204/2004, cit., ha infatti stabilito che, perché l'art. 103 Cost. sia rispettato, perché una controversia possa legittimamente essere devoluta al giudice amministrativo non è sufficiente che sia pervasa da pubblico interesse.

(43) Il contratto d'appalto di opere pubbliche è considerato paradigmatico dei «contratti di diritto privato speciale» che in dottrina si sono distinti dai «contratti di diritto pubblico» quali concessioni, convenzioni urbanistiche, convenzioni in materia

Con quest'ultima osservazione si ritiene di aver sgomberato il campo da questioni che, ai fini dell'inquadramento sistematico dell'arbitrato tra gli strumenti di risoluzione delle controversie amministrative, non generano particolari problemi ma si pongono a valle della questione principale della arbitrabilità stessa, nonché del modo di essere dell'arbitrato, una volta che lo si sia ammesso.

Oggetto del presente studio saranno le controversie in cui in cui viene in gioco l'esercizio di un pubblico potere, che si estrinsechi o meno nella adozione di un provvedimento amministrativo. E ciò non solo per quel che riguarda le controversie in cui si fa questione direttamente della legittimità dell'esercizio del pubblico potere, aventi ad oggetto situazioni di interesse legittimo: le controversie amministrative che si prenderanno in esame saranno anche quelle aventi ad oggetto posizioni di diritto soggettivo che, per essere fortemente connesse con posizioni di interesse legittimo sono rimesse alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, nonché le controversie tra privati in cui venga in qualche modo in rilievo l'esercizio di un pubblico potere (44).

Peraltro, trattando dello studio dell'arbitrato *nel diritto amministrativo*, non si potrà prescindere dall'analisi delle controversie in materia di contratti pubblici, le quali, pur essendo state sopra equiparate quanto alla natura sostanziale del loro oggetto alle controversie tra privati, risentono comunque – quando la loro soluzione è affidata a strumenti di natura privatistica – del peso dell'interesse pubblico del quale sono pervase. Ovviamente si tratta di una materia distinta – ancorché attigua – rispetto a quella che è oggetto del lavoro di sistematizzazione dell'arbitrato nelle

sanitaria, servizi: Greco G., *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e privato*, Milano 1986, 105 ss.

(44) Così anche Gasparini Cesari V., *Arbitrato e controversie amministrative*, cit., 1010.

controversie amministrative che ci si propone di compiere, ma ciò non significa che non si possano trarre lumi dal bagaglio di conoscenze giurisprudenziali e dottrinarie che si sono formate nel corso di un'elaborazione più che secolare. Ciò che accomuna tutte queste liti è il fatto che seguono regole diverse rispetto al diritto comune; sono in qualche modo soggette al diritto amministrativo, vuoi perché l'oggetto sostanziale della lite è soggetto a regole (magari solo in parte) derogatorie rispetto al diritto comune, come avviene nei contratti pubblici, vuoi perché l'esercizio del pubblico potere e la cogenza del pubblico interesse influiscono comunque sulle posizioni giuridiche dei privati.

Naturalmente l'eterogeneità delle controversie amministrative comporta anche che diversi siano i problemi che si possono porre in relazione all'arbitrato e agli altri mezzi di risoluzione e/o prevenzione delle controversie.

E quindi, se le liti in materia di contratti pubblici sono certamente transigibili e arbitrabili mercè la loro natura privatistica – al punto addirittura da far dubitare della legittimità costituzionale di una norma che ne escluda la compromettibilità (45) – lo stesso non si può dire delle con-

(45) Sulla legittimità del divieto di arbitrato in materia di contratti pubblici disposto dall'art. 3, comma 19, l. 24 dicembre 2007, n. 244 (legge finanziaria per il 2008) v. Capponi B., *La legge finanziaria per il 2008 e il divieto di arbitrato*, cit.

Secondo parte della dottrina che aveva commentato l'originale art. 32 l. «Merloni» il divieto di arbitrato nella materia delle opere pubbliche avrebbe potuto integrare una violazione degli artt. 3 e 97 Cost., in ragione dei lunghi tempi della giurisdizione ordinaria (De Lise P., in *Commento alla legge quadro sui lavori pubblici sino alla «Merloni ter»*, a cura di Giampaolino L., Sandulli A.M., Stancanelli G., con prefazione di Merloni F., Milano 1999, 540). Detta tesi è a maggior ragione condivisa da chi sostiene l'esistenza, nel nostro ordinamento, di un vero e proprio diritto costituzionale all'arbitrato (Recchia G., *L'arbitrato in materia di opere pubbliche e norme costituzionali*, in *Riv. arb.* 1996, 504 ss.; Id., *Arbitrato di diritto comune e amministrazioni pubbliche*, in *Riv. trim. appalti* 1998, 7 ss.; Domenichelli V., *L'arbitrato nell'ambito dei lavori pubblici (principi, problemi e prospettive)*, in *Aa.Vv., Arbitrato e pubblica amministrazione*, cit. 1999, 47; Vigoriti V., *L'arbitrato internazionale in Italia*, in *Scritti Barile*, Padova 1990, 727).

troverse riguardanti gli interessi legittimi, la cui arbitrabilità era tendenzialmente esclusa – dalla giurisprudenza e dottrina maggioritarie – anche prima della l. 205/00.

Peraltro ammesso e non concesso che le controversie involgenti interessi legittimi non possano essere decise da arbitri, ciò non esclude che la legge possa prevedere altre forme di prevenzione e/o risoluzione delle controversie diverse tanto dall'arbitrato che dal giudizio innanzi al giudice amministrativo, ciò che è avvenuto con l'attribuzione all'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici delle controversie di precontenzioso in sede di gara di cui all'art. 6 lett. n) d.lgs. 163/06.

O ancora niente sembrerebbe escludere, quantomeno con riferimento ai procedimenti «consensuali» tra privati e amministrazioni (art. 11 l. 7 agosto 1990, n. 241), ovvero tra amministrazioni (art. 14 l. cit.), la possibilità di ricorrere, nel momento genetico del provvedimento amministrativo allo strumento dell'arbitraggio (46).

Quanto alle liti tra privati nelle quali venga in gioco l'esercizio di un pubblico potere, estrinsecatosi in un provvedimento amministrativo, certamente non esistono dubbi circa la loro compatibilità con la rimes-

A parere di chi scrive in una prospettiva di maggiore coerenza si pone chi, riconoscendo *l'ubi consistam* dell'arbitrato nella libertà di autonomia privata delle parti individua una copertura costituzionale dell'arbitrato negli artt. 41 – 44 Cost. (Ruffini G., *Volontà delle parti e arbitrato nelle controversie relative ad appalti pubblici*, in *Riv. arb.* 2001, 650; Id., *Profili costituzionali della nuova disciplina dell'arbitrato negli appalti pubblici*, in Aa.Vv., *L'appalto fra pubblico e privato*, Milano 2001, 161; nella stessa prospettiva v. anche I. Lombardini, *L'arbitrato delle opere pubbliche*, cit., 167). Ebbene, come è noto la Corte Costituzionale ha in più di un'occasione affermato che il legislatore ben può porre limiti all'autonomia privata in ragione di interessi superiori. In questo senso la Corte delle leggi, con sent. 28 novembre 2001, n. 376, ha escluso l'illegittimità costituzionale dell'art. 3 d.l. 11 giugno 1998 n. 180, convertito con modificazioni in l. 3 agosto 1998 n. 26, che prevedeva il divieto di arbitrato relativamente alle controversie concernenti l'esecuzione delle opere comprese nei programmi di ricostruzione di cui al titolo ottavo della l. 14 maggio 1981 n. 219.

(46) Analogamente v. Chiti M.P., *Le procedure giurisdizionali speciali*, in Aa.Vv., *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di Cassese S., II^a ed., Milano 2003, vol. VI, 4748.

sione in arbitri. Problemi sorgono allorché la soluzione della controversia sul piano sostanziale implichi il previo accertamento della legittimità o meno di un provvedimento amministrativo: agli arbitri sarà concessa la possibilità di disapplicare il provvedimento amministrativo ai sensi dell'art. 5 l. 2248/1865 ovvero potranno conoscere della questione decidendo «senza autorità di giudicato» ai sensi dell'art. 819 c.p.c.? Ovvero ancora dovranno sospendere il procedimento perché la questione pregiudiziale deve essere decisa con efficacia di giudicato e non può essere oggetto di convenzione d'arbitrato (art. 819 *bis*, n. 2) c.p.c.)?

Dal quadro appena descritto appare chiara la necessità di fornire un inquadramento sistematico della vicenda arbitrale in un contesto fortemente eterogeneo, in cui le questioni rilevanti si intrecciano altresì con una pluralità di strumenti di soluzione e/o prevenzione delle controversie fioriti nell'ordinamento totalmente al di fuori di un'ottica di sistema. È bene pertanto, prima di affrontare direttamente le questioni riguardanti l'arbitrato, premettere brevi cenni circa gli altri strumenti offerti dal legislatore.

3. Cenni sui mezzi di prevenzione e/o risoluzione delle controversie amministrative diversi dalla giurisdizione e dall'arbitrato.

Il fenomeno dei mezzi alternativi di risoluzione della controversie viene tradizionalmente ricollegato all'esigenza di decongestionare i tribunali al fine di porre rimedio al «peccato originale» della irragionevole durata dei processi e del *deficit* di effettività della tutela questa situazione porta in dote (47). Un sistema che preveda l'utilizzo di strumenti che

(47) Comoglio L.P., *La durata ragionevole del processo e le forme alternative di tutela*, in *Riv. dir. proc.* 2007, 591 ss.; Taruffo M., *Adeguamenti delle tecniche di composizione dei con-*

consentano alle parti di addivenire ad una rapida ed economica definizione dei conflitti, vuoi prevenendone l'insorgere, vuoi componendoli quando siano già scoppiati, è sembrato a numerose voci in dottrina il metodo migliore per contrastare la lentezza dei processi e recuperare effettività alla tutela (non) giurisdizionale dei diritti.

Si è peraltro osservato che paradossalmente, sarebbe proprio l'efficienza del sistema giurisdizionale a costituire il maggior incentivo alla utilizzazione di strumenti alternativi di soluzione delle controversie (48). Se infatti la parte che ritiene di avere torto non ha nulla da temere dall'esercizio dell'azione, perché sa che l'inefficienza della macchina giudiziaria gli consentirà di vedere posticipato di diversi anni il momento della condanna, non sarà per nulla attratta da strumenti rapidi ed efficienti di soluzione delle controversie, né sarà indotta ad aderire ai tentativi di conciliazione pre-processuali (49).

L'importanza degli strumenti alternativi per la soluzione delle controversie, da un altro punto di vista, viene anche colta nella logica di «sussidiarietà» della giurisdizione, secondo la quale l'intervento autoritativo del giudice deve essere visto come «l'ultima delle *chances* a disposizione, alla quale si deve ricorrere quando le altre non riescono allo scopo» (50).

flitti di interesse, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1999, 779 ss.; Picardi N., *Manuale del processo civile*, Milano 2006, 598 s.; Benvenuti F., *L'arbitrato tra Stato e società*, in Aa.Vv., *Arbitrato e pubblica amministrazione*, cit. 1991, 22.

(48) Così Costantino G., *Il processo civile tra riforme ordinamentali, organizzazione e prassi degli uffici (una questione di metodo)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1999, 77 ss., spec. 86.

(49) Cfr sempre Costantino G., *op. loc. ult. cit.*

(50) Così Luiso F.P., *La conciliazione nel quadro della tutela dei diritti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2004, 1201, spec. 1205: prosegue l'Autore «ebbene, in questa ottica la priorità della giurisdizione costituisce un antico retaggio, che oggi mal si concilia con una realtà che si fonda essenzialmente sul *principio di sussidiarietà*, in base al quale l'intervento autoritativo giurisdizionale – che resta pur sempre possibile e costituzionalmente dovuto – deve essere considerato come l'ultima delle *chances* a disposizione, alla quale si deve ricorrere quando le altre non riescono allo scopo.

Sotto una prospettiva completamente diversa, anche se sempre connessa con il principio di effettività della tutela, il fenomeno va anche ricondotto alle esigenze che sorgono con riferimento a controversie dal forte carattere tecnico, o afferenti a settori estremamente particolari dell'economia, rispetto alle quali la giurisdizione sovente non è in grado di offrire una risposta adeguata né effettiva (51). La figura del giudice generalista, infatti, entra in crisi davanti a controversie ad alto contenuto tecnico e/o scientifico, che richiedono sempre di più una dose elevata di competenza tecnica (quando non anche di specifica competenza giuridica) che sovente difettano nel giudice o nella persona che è chiamata a dare il suo contributo nel superamento della controversia (52).

La istituzione, presso i tribunali e le corti d'appello, di sezioni specializzate che vedono l'organo giudicante integrato da tecnici estranei alla magistratura, come le sezioni specializzate agrarie e quelle in materia di proprietà industriale, costituisce certamente una validissima risposta alle

Un più corretto ed attuale approccio al tema della tutela dei diritti, infatti, richiede che, al sorgere del bisogno di tutela: *a*) le parti cerchino di risolvere da sole la controversia, attraverso gli strumenti negoziali che l'ordinamento pone loro a disposizione; *b*) se non vi riescono, che tentino sempre la risoluzione negoziale mediante l'intervento di un terzo, che funga da catalizzatore di una reazione chimica che non si è spontaneamente verificata. Se gli strumenti consensuali non funzionano, allora è necessario ricorrere a quelli "aggiudicativi": *c*) all'arbitrato anzitutto; *d*) ed infine, ma solo infine, se le parti non riescono neppure a raggiungere quell'accordo strumentale che è il patto compromissorio, vi è, garantita costituzionalmente, la giurisdizione statale.

Dunque, la conciliazione e più in generale i mezzi alternativi di risoluzione delle controversie non devono essere considerati un ripiego a fronte di una situazione drammatica della giurisdizione statale: quasi che, se quest'ultima funzionasse bene, dei mezzi alternativi si potrebbe benissimo fare a meno. E non devono essere considerati neppure uno strumento deflattivo di una richiesta di tutela giurisdizionale, cui l'apparato pubblico non riesce a far fronte (anche se, di riflesso, ogni conciliazione significa una controversia giurisdizionale in meno). Al contrario, conciliazione e arbitrato sono essenziali anche quando la giurisdizione statale offre un "servizio" di buon livello: per la stessa logica, in virtù della quale l'intervento pubblico è opportuno solo ove si renda necessario».

(51) Si esprime così Benvenuti F., *op. cit.*, 23, 27 ss., nonché Taruffo M., *op. loc. ult. cit.*; Picardi N., *op. cit.*, 590.

(52) Taruffo M., *op.cit.*, 788.

esigenze di tecnicità che il mercato richiede in chi giudica (53), ma si tratta di un rimedio che pecca di flessibilità, e certamente non è idoneo a far fronte ad esigenze estemporanee del mercato. Lo stesso dicasi per i processi a rito speciale disegnati in base alle particolarità del rapporto sostanziale controverso, come il rito del lavoro o il rito di cui all'art. 23 *bis* della l. 1034/71.

Inoltre non si può certamente pensare che, fermo restando il diritto di tutti ad una tutela effettiva, l'organizzazione complessiva della giustizia si prenda carico delle particolarità di controversie relative a settori di impatto tutto sommato modesto.

Ecco allora che in dottrina si è iniziato a parlare di *Alternative Dispute Resolution* (ADR), mutuata dal mondo anglosassone (54), vale a dire strumenti alternativi per la risoluzione o prevenzione delle controversie, ritenuti generalmente più adeguati dei canali tradizionali, perché consentirebbero di pervenire ad una soluzione di giustizia della questione in tempi più rapidi ma soprattutto maggiormente confacenti alle caratteristiche dell'oggetto controverso (55).

(53) Taruffo M., *op. loc. ult. cit.*

(54) Ovvero, nelle aree di influenza francese, *Modes alternatifs de règlement des conflits* (MARC).

(55) La dottrina in tema di ADR è ormai vastissima. Senza pretesa di completezza si vedano Chiarloni S., *Nuovi modelli processuali*, in *Riv. dir. civ.* 1993, I, 269 ss.; Chiti M.P., *Le forme di risoluzione delle controversie con la pubblica amministrazione alternative alla giurisdizione*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario* 2000, 1 ss.; Comoglio L.P., *La durata ragionevole del processo e le forme alternative di tutela*, in *Riv. dir. proc.* 2007, 591 ss.; Danovi R., *Le ADR (alternative dispute resolutions) e le iniziative dell'Unione europea*, in *Giur. it.* 1997, IV, 326 ss.; De Felice S., *Le A.D.R. (alternative disputes resolution) nei confronti della pubblica amministrazione*, in www.giustizia-amministrativa.it 2004; Nazzini R., *Modelli conciliativi interni al processo (analisi comparativa e tests strutturali)*, in *Riv. dir. proc.* 2002, 844 ss.; Punzi C., *Relazioni fra l'arbitrato e le altre forme non giurisdizionali di soluzione delle liti*, in *Riv. arb.* 2003, 385 ss.; Silvestri E., *Osservazioni in tema di strumenti alternativi per la risoluzione delle controversie*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1999, 321 ss.; Taruffo M., *Adeguamenti delle tecniche di composizione dei conflitti di interesse*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1999, 779 ss.

Tuttavia, pur non volendo aderire a posizioni estremistiche (56), è comunque opportuno ricondurre il fenomeno alla sua giusta misura, osservando che da un lato le ADR, anche nell'ordinamento di origine, non hanno dimostrato di essere effettivamente la vera panacea dei mali della giustizia togata ed attraversano anzi una parabola discendente, e dall'altro che si tratta, generalmente, di variazioni rispetto a modelli di strumenti non sconosciuti (o addirittura connaturali) al nostro ordinamento, come la conciliazione, l'arbitraggio, la perizia arbitrale, e addirittura l'arbitrato, o taluni strumenti di deflazione processuali.

In altre parole, se di ADR si vuole parlare, si deve tenere presente che non si tratta di un concetto a sé stante, di un modello «nuovo» di prevenzione o soluzione delle controversie, ma di un concetto riassuntivo nel quale ricadono strumenti ben riconducibili al nostro ordinamento, che non hanno affatto il sapore «esotico» che parte della dottrina gli riconosce (57). Anzi, la stessa categoria delle ADR altro non sarebbe, ad un'osservazione con occhi disincantati, che la categoria dei cd. «equivalenti giurisdizionali» (58) – nella quale Carnelutti (59) faceva confluire rinuncia, riconoscimento, conciliazione e transazione, espungendo in un primo momento l'arbitrato, dal momento che «con l'arbitrato siamo or-

(56) Quale è quella che vede nelle ADR una «moda» per tutto ciò che è nuovo e americano, come l'importazione della Coca Cola e dei Blu Jeans.....Silvestri E., *op. loc. ult. cit.*.

(57) Ecco perché non sembrano giustificate le remore (pur comprensibili) di parte della dottrina secondo cui la «moda» delle ADR dovrebbe confrontarsi con la specificità degli ordinamenti di *common law* di provenienza nonché con l'osservazione che detti strumenti, in particolare in nord America, si sarebbero dimostrati inefficienti, tanto che la «saga americana delle alternative al processo» sarebbe nella sua parabola discendente (Silvestri E., *Op. loc. ult. cit.*): strumenti analoghi a quelli americani sono già ben conosciuti nel nostro ordinamento.

(58) Punzi C., *Relazioni fra l'arbitrato e le altre forme non giurisdizionali di soluzione delle liti*, cit., 386; Id., *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Padova 2000, vol. I, 33 ss.

(59) Carnelutti F., *Istituzioni del processo civile italiano*, 5^a ed., Roma 1956, vol. I, 60.

mai sul terreno del processo» – o se si vuole i «negozi di prevenzione o composizione delle controversie giuridiche» descritti da Montesano (60).

Ciò è tanto vero che, di fatto, le questioni che maggiormente hanno interessato la dottrina non riguardano tanto l'in sé delle ADR, ma piuttosto la loro definizione (61), le loro potenzialità applicative e la possibilità di una loro importazione nel nostro ordinamento, mentre al momento di individuare la disciplina applicabile ci si rifà agli istituti consueti.

Con riferimento alle procedure previste per le controversie amministrative quanto affermato è, come si vedrà, ancora più evidente dal momento che tutti gli strumenti introdotti dal legislatore per la soluzione di talune controversie amministrative sono agilmente riconducibili ora all'archetipo della conciliazione, ora dell'arbitraggio, ora dell'arbitrato (rituale o irrituale).

4. *La transazione*

La transazione è il negozio col quale le parti, «facendosi reciproche concessioni, pongono fine ad una lite già cominciata o prevengono una lite che può insorgere tra loro» (art. 1965 c.c.).

Presupposti di validità della transazione sono l'esistenza di un *caput controversum*, di una situazione di incertezza giuridica cui le parti intendono porre rimedio, e le reciproche concessioni, l'*aliquid dare* e l'*aliquid retinere*, che differenziano il negozio di cui ci si occupa dalle ipotesi di ab-

(60) Montesano L., *La tutela giurisdizionale dei diritti*, 2ª ed., Torino 1994, 41.

(61) Si occupa con dovizia di particolari di trovare una condivisa definizione di ADR Nazzini R., *Modelli conciliativi interni al processo (analisi comparativa e tests strutturali)*, in *Riv. dir. proc.* 2002, 844 ss., spec. 847 ss.

dicazione al proprio diritto o riconoscimento dell'altrui, facendone un contratto a prestazioni corrispettive.

I diritti che formano oggetto del negozio non devono essere sottratti, per loro natura o per disposizione di legge, alla disponibilità delle parti, pena la nullità del contratto (art. 1966 c.c.).

Quanto alla forma, le disposizioni del codice civile non richiedono la forma scritta *ad substantiam*, ma solo quella *ad probationem* (art. 1967 c.c.), salvo che la transazione verta su controversie relative a rapporti giuridici di cui all'art. 1350 c.c. – nel qual caso la forma scritta sarà richiesta per la validità dell'atto (art. 1350, n. 12, c.c.) – ovvero sia altrimenti disposto dalla legge.

Si suole distinguere il negozio in due diverse fattispecie: *a*) transazione semplice, che si ha quando le parti si accordano per modificare o integrare il preesistente rapporto senza travolgerlo (art. 1965, comma 1, c.c.); *b*) transazione «novativa» o «innovativa», caratterizzata dall'estinzione del preesistente rapporto tra le parti, e dalla sua sostituzione con una diversa fonte di regolazione (art. 1976 c.c.). A quest'ultima ipotesi è assimilabile la cosiddetta transazione mista, che si ha allorché oggetto delle reciproche concessioni siano rapporti diversi da quello controverso (art. 1965, comma 2, c.p.c.) (62). La transazione comporta un superamento del preesistente stato dei rapporti tra le parti, sia che l'autonomia negoziale vi abbia solo apportato modifiche, come nel caso

(62) Sulla transazione in generale vedi Trabucchi A., *Istituzioni di diritto civile*, Padova 2000, 811 ss.; Bonilini G., *Contratti diretti alla composizione e prevenzione delle liti*, in *Manuale di diritto privato*, a cura di Bessone M., Torino 2003, 896 ss.; Del Prato E., voce *Transazione (diritto privato)*, in *Enc. Dir.* 1992, vol. XLIV, 813 ss.; Moscarini L. V., Corbo N., voce *Transazione (diritto privato)*, in *Enc. Giur.* 1994, vol. XXI; Santoro Passarelli F., *La transazione*, Napoli 1975; Id., *Negozi e giudizio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1956, 185 ss.

della transazione semplice, sia che lo abbia sostituito totalmente con una diversa fonte di regolazione avente origine negoziale (63).

Quanto alle pubbliche amministrazioni, la transazione era già prevista e disciplinata prima che il Codice degli Appalti codificasse, senza peraltro aggiungere particolari innovazioni, la facoltà della stazione appaltante e dell'esecutore dell'opera pubblica di transigere ogni possibile lite già insorta o sul punto di insorgere.

La transazione infatti è istituito a carattere generale, e può essere utilizzata da tutti i soggetti dell'ordinamento – comprese le pubbliche amministrazioni – salvo che non vi sia un'espressa esclusione di legge (64). Peraltro la natura pubblica di una delle parti ha imposto la disciplina di determinati aspetti della genesi e del modo di essere del contratto ulteriori rispetto a quanto previsto dal codice civile.

In primo luogo la legge si preoccupa di individuare i soggetti titolari del potere di approvare le transazioni. Per quanto attiene le amministrazioni statali, l'art. 16 d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 individua nei dirigenti di uffici dirigenziali generali i soggetti titolari del potere di conciliare e di transigere (oltre a promuovere e resistere alle liti). Quanto agli altri soggetti pubblici il soggetto titolare del potere di concludere transazioni viene di volta in volta individuato dalla legge o dal regolamento interno dell'ente. Per quanto riguarda in particolare gli enti locali, il potere di stipulare transazioni dovrebbe rientrare tra i poteri della Giunta (65), non

(63) In questo senso vedi Del Prato E., voce *Transazione (diritto privato)*, cit., 828 ss.; Moscarini L. V., Corbo N., voce *Transazione (diritto privato)*, cit., 9.

(64) V. Cons. Stato, sez. VI, 2 agosto 2004, n. 5365; Id., sez. IV, 6 giugno 2001, n. 3045; T.A.R. Bologna 30 ottobre 1984, n. 462; Id. Catanzaro, sez. I, 4 maggio 2006, n. 485. Ferrari G., in Aa.Vv., *Codice degli appalti pubblici*, a cura di Garofoli R. e Ferrari G., Roma 2007, *sub* art. 239, 1290.

(65) Arg. *ex* artt. 48, 107 e 42 d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 «testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali». Così anche Cass. 2 febbraio 2005, n. 2072, nel vigore della l. 8 giugno 1990 n. 142.

essendo espressamente menzionata tra le attribuzioni del Consiglio di cui all'art. 42 del Testo Unico.

Con riferimento alle amministrazioni statali e alle Regioni che intendono avvalersi del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato, l'art. 13, l. 30 ottobre 1933, n. 1611 (testo unico sulla difesa in giudizio dello Stato), attribuisce all'Avvocatura la funzione di predisporre transazioni d'accordo con le amministrazioni interessate o di esprimere parere su quelle redatte in proprio dalle amministrazioni medesime (66).

Da ultimo, le delibere di approvazione di atti transattivi sono sottoposte al controllo preventivo della Corte dei Conti (67).

Quanto alla forma, dal momento che la pubblica amministrazione può concludere contratti solo per iscritto, la transazione richiede forma scritta *ad substantiam* (68).

L'art. 239 d.lgs. 13 aprile 2006, n. 163, cd. «codice degli appalti», detta per la prima volta una disciplina espressa della transazione nella

(66) Il parere dell'Avvocatura dello Stato, quantomeno con riferimento alle sole amministrazioni statali, è ritenuto da costante giurisprudenza della Corte dei Conti sufficiente per escludere la responsabilità contabile del dirigente (C. conti 26 giugno 2002, n. 212/A; Id. 31 maggio 2002, n. 173/A). Né si ritiene sufficiente, perché i dirigenti siano liberi da responsabilità contabile, un parere dell'avvocatura erariale purchessia: la Corte dei Conti ha infatti ritenuto che «è improntato a superficialità e negligenza il comportamento di alcuni amministratori di un ente pubblico che hanno stipulato una transazione sulla base di un parere, generico ed apodittico, mentre sarebbe stata necessaria un'approfondita analisi, all'uopo chiedendo il parere di un organo a ciò deputato dall'ordinamento quale l'Avvocatura Generale dello Stato».

(67) L'art. 3, comma 1, lett. g), L. n. 20/1994, il controllo della Corte si esercita sui «decreti che approvano contratti delle amministrazioni dello Stato, escluse le aziende autonome; attivi, di qualunque importo, ad eccezione di quelli per i quali ricorra l'ipotesi prevista dall'ultimo comma dell'articolo 19 del regio decreto 18 novembre 1923, n. 2440; di appalto d'opera, se di importo superiore al valore in ECU stabilito dalla normativa comunitaria per l'applicazione delle procedure di aggiudicazione dei contratti stessi; altri contratti passivi, se di importo superiore ad un decimo del valore suindicato».

(68) Ferrari G., *op. loc. ult. cit.*; Cass. 2 febbraio 2005, n. 2072; Id. 29 novembre 2005, n. 26047; Id. 6 giugno 2002, n. 8192, in *Nuova giur. civ.* 2003, I, 185, con nota di Passalunghi E.; Id. 30 luglio 1996, n. 6908, *Foro it.* 1997, I, 891; Id. 23 marzo 1987, n. 2839.

materia dei contratti pubblici, e la configura come strumento parzialmente alternativo alla procedura di «accordo bonario» di cui all'art. 240, fissandone requisiti e sottoponendola ad un procedimento *ad hoc*. Come si è accennato *supra*, i rapporti nascenti da contratti pubblici non si differenziano da quelli che scaturiscono da contratti tra privati, se non per la rilevante presenza dell'interesse pubblico, che giustifica talune limitazioni alla autonomia privata delle parti (69). In particolare, con riferimento alla transazione, il legislatore ha previsto specifici adempimenti procedurali, quali la necessità di acquisire preventivamente il parere dell'avvocatura che difende il soggetto pubblico (70). In deroga alla disciplina sopra riassunta, l'art. 239 d.lgs. 163/06 richiede il parere dell'avvocatura solo qualora il valore degli importi oggetto delle reciproche concessioni ecceda la soglia dei 100.000,00 euro, mentre non è necessario per un importo pari od inferiore. In caso in cui la difesa in giudizio dell'ente non sia affidato ad un'apposita avvocatura, è sufficiente il parere del funzionario di grado più elevato competente per il contenzioso (71).

(69) Daleffe G., Spaccapelo C., *Le disposizioni processuali del nuovo codice dei contratti pubblici*, cit., 950.

(70) Non necessariamente l'Avvocatura dello Stato: qualora presso l'ente sia costituita un'apposita avvocatura, come presso certi comuni o certe province, sarà sufficiente il parere di quella.

(71) *Quid juris* nel caso in cui presso l'ente non sia costituita un'apposita avvocatura (e l'ente non sia rappresentato né *ope legis* né dietro volontà dall'Avvocatura dello Stato) ma disponga al suo interno di un servizio di consulenza legale? Sarà comunque obbligatorio rivolgersi all'ufficio legale interno o, perché l'art. 239 sia rispettato, sarà sufficiente il parere del funzionario più elevato in grado competente per il contenzioso? E il parere dell'ufficio legale sarebbe a sua volta sufficiente?

Tale aspetto non può essere risolto in via generale, dovendosi di volta in volta esaminare le regole che disciplinano il funzionamento dell'amministrazione e le competenze del dirigente chiamato a decidere sulla transazione: infatti, potrebbe esistere una disposizione dello statuto, ovvero una delibera di Consiglio o di Giunta, che obblighino ad acquisire il parere dell'ufficio legale dell'ente, ovvero potrebbe verificarsi che la competenza di questi a pronunziarsi derivi dalle attribuzioni allo stesso spettanti in base all'assetto organizzativo interno. In mancanza di disposizioni diverse sembrerebbe doversi ritenere che, nonostante la presenza di un ufficio di consulenza legale presso l'ente, non si possa prescindere dal parere del funzionario all'uopo individuato,

Altra deroga rispetto alle disposizioni codicistiche riguarda l'impossibilità di concludere transazioni novative dal momento che le regole comunitarie e nazionali in tema di contratti pubblici impediscono che il rapporto tra il soggetto aggiudicatore e il privato possa essere modificato a tal punto da dare vita ad un rapporto del tutto nuovo (72).

5. *La transigibilità degli interessi legittimi e la transazione di diritto pubblico. Rinvio.*

Fino ad adesso si è fatta una rassegna delle disposizioni cui la pubblica amministrazione deve attenersi nel concludere transazioni con privati (o altre pubbliche amministrazioni). Tuttavia si tratta di disposizioni che disciplinano solamente l'aspetto procedurale (o meglio procedimentale) al quale le pubbliche amministrazioni debbono attenersi nel transigere, e fissano altresì criteri per individuare, ai fini della responsabilità erariale, il soggetto che personalmente sarà chiamato a rispondere nel caso di accertata responsabilità *ex art. 28 Cost.*

Questo su un piano di organizzazione. Sul piano dell'agire concreto, in particolar modo con riferimento alle transazioni regolate dal codice dei contratti pubblici, le disposizioni di legge pongono limiti all'autonomia delle parti in ragione del fatto che le controversie hanno ad oggetto rapporti rientranti nel diritto privato, ma pur sempre pervase di interesse pubblico.

cui la norma di legge attribuisce la responsabilità amministrativa e contabile della transazione (arg. *ex C. conti* 26 giugno 2002, n. 212/A; Id. 31 maggio 2002, n. 173/A).

(72) Daleffe G., Spaccapelo C., *op. loc. ult. cit.*; Amorizzo M.G., *La transazione*, in Aa.Vv., *La tutela in tema di appalti pubblici*, Napoli 2007, 634; così anche l'Autorità di Vigilanza per i Contratti Pubblici, con deliberazione 13 settembre 2001, n. 308.

Ma se dubbi in ordine alla transigibilità delle controversie in materia contrattuale non potevano certo sorgere, non si è affrontata la questione, invero più interessante, concernente la transigibilità delle controversie su interessi legittimi.

In particolar modo ci si deve chiedere se – oltre alla pacifica possibilità per le amministrazioni di risolvere o prevenire le loro controversie di puro diritto privato mediante transazione – le stesse possano ricorrere allo strumento transattivo anche con riferimento a rapporti di diritto pubblico. E nell’ambito delle transazioni di diritto pubblico ci si dovrà interrogare su quale possa essere la direzione dell’accordo transattivo, o meglio su quali possano essere i rapporti oggetto delle reciproche concessioni che si fanno le parti. Altro è infatti il caso in cui l’amministrazione, al fine di evitare o porre fine ad un contenzioso intorno ad provvedimento, faccia delle concessioni sul piano del diritto privato – ossia la stipula del negozio transattivo dia luogo ad un rapporto negoziale pur se con riflessi nel diritto pubblico – altro è il caso in cui le concessioni si risolvano in vincoli nell’esercizio del potere amministrativo.

La questione sarà affrontata *funditus* nel capitolo seguente, affrontando il tema contiguo della compromettibilità delle situazioni di interesse legittimo. In questa sede basti anticipare che, nonostante parte della giurisprudenza amministrativa si ponga in senso contrario (73), la pretesa non arbitrabilità degli interessi legittimi, sostenuta dalla prevalente dottrina e giurisprudenza alla stregua di un’interpretazione letterale dell’art. 6 l. 205/2000, non significa anche che le controversie intorno ad interessi legittimi non siano anche transigibili, né che mediante la transazione

(73) Cons. Stato, sez. IV, 17 giugno 2003, n. 3447, in *Foro amm.* CDS 2003, 1856.

l'amministrazione non possa vincolare la sua attività (provvedimentale) futura a previsioni negoziali.

Del resto ciò è confermato dallo stesso legislatore che ha ammesso – come si vedrà tra breve – la conciliazione anche in materia di interessi legittimi. Ebbene, se il legislatore ha previsto la possibilità per le parti di un rapporto controverso in tema di interessi legittimi di conciliarsi, implicitamente potrebbe aver ammesso la possibilità che la volontà delle parti raggiunta in sede conciliativa si possa concretizzare in un accordo vincolante avente una natura assai simile ad un accordo transattivo. Accordo che, come meglio si vedrà, non solo potrebbe avere ad oggetto un potere pubblico già esaurito, intervenendo cioè a regolare gli effetti di un provvedimento esistente, ma anche l'edizione del potere stesso (74).

6. La conciliazione

La conciliazione può essere intesa in due modi: *a*) come un risultato ovvero *b*) come un'attività diretta ad ottenere quel risultato (75).

Quando la conciliazione è intesa come attività si caratterizza per l'intervento di un terzo che offre alle parti di un rapporto controverso un *consilium* affinché queste possano autonomamente giungere al *concilium* (76), ossia comporre la controversia (77).

(74) L'argomento sarà trattato diffusamente nel prossimo capitolo. Per l'intanto si vedano su questi argomenti, oltre all'intramontabile saggio del Guicciardi E., *Le transazioni degli enti pubblici*, Padova 1936, e in *Arch. dir. pubbl.* 1936, 230, anche Greco G., *Contratti e accordi della Pubblica Amministrazione con funzione transattiva (appunti per un nuovo studio)*, in *Dir. amm.* 2005, 236 ss.

(75) Picardi N., *Manuale*, cit., 593.

(76) Così Punzi C., *Il processo civile, sistema e problematiche*, vol. III, *I procedimenti speciali e l'arbitrato*, Torino 2008, 158; Id., *Disegno sistematico dell'arbitrato*, cit., vol. I, 49 ss.; Id., *Arbitrato e conciliazione*, in *Riv. dir. proc.* 1995, 1028 ss.; Id., *Relazioni fra l'arbitrato e*

Se il ruolo di offrire alle parti il *concilium* è dalla legge riferito al giudice, si parla di conciliazione giudiziale, disciplinata da numerose disposizioni del codice di rito e leggi speciali (78).

Tralasciando la conciliazione giudiziale, e dedicando attenzione alla sola conciliazione stragiudiziale, questa è comunemente distinta, sulla base del ruolo svolto dal conciliatore, in conciliazione «facilitativa», in cui il terzo si limita a far emergere i reali interessi delle parti astenendosi dal proporre qualunque soluzione o consiglio e consentendo alle parti stesse il raggiungimento di un accordo; e conciliazione «valutativa», in cui il terzo, analizzate le rispettive pretese delle parti, e la loro fondatezza ed ac-

le altre forme non giurisdizionali di soluzione delle liti, cit., 390 ss.; Rubino Sammartano M., *Diritto dell'arbitrato*, 5ª ed., Padova 2006, 5 ss. Sulla conciliazione in generale v., oltre alle opere citate, Luiso F.P., voce *Conciliazione*, in *Il diritto-Encicl. giur. Il Sole 24 ore*, Milano 2007, vol. III, 498 ss.; Id., *La conciliazione nel quadro della tutela dei diritti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2004, 1201 ss.; Soldati N., *La conciliazione*, Milano 2007; Bartolomucci P., voce *Conciliazione extragiudiziale*, in *Dig. civ. (agg.)*, vol. I, Torino 2007, 211 ss.; Caponi R., *La conciliazione stragiudiziale come metodo di Adr («Alternative Dispute Resolution»)*, in *Foro it.* 2003, V, 165 ss.; Denti V., *I procedimenti non giudiziali di conciliazione come istituzione alternativa*, in *Riv. dir. proc.* 1980, 410 ss.; Chiarloni S., *Stato attuale e prospettive della conciliazione stragiudiziale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2000, 447 ss.; Satta S., *Dalla conciliazione alla giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.* 1939, I, 200 ss.; Nicoletti C.A., *La conciliazione nel processo civile*, Milano 1963.

(77) Accanto alla conciliazione si colloca la «mediazione». Il termine mediazione viene utilizzato dal legislatore solo in rari casi (es. mediazione familiare) anche se in dottrina, in assenza di una sicura convenzione terminologica, i due termini vengono spesso utilizzati come equivalenti (Punzi C., *Il processo civile*, cit., vol III, 158; Picardi N., *Manuale*, cit., 593). La differenza fra la mediazione e la conciliazione è stata talora individuata in dottrina nella necessaria presenza nella mediazione di un terzo qualificato ma diverso dal giudice (Picardi N., *op. loc. ult. cit.*) e in altri casi, nel fatto che la conciliazione si conclude con un accordo di conciliazione stipulato dalle parti (ancorché aiutata dal conciliatore), mentre la mediazione prevede, invece, la possibilità che l'accordo venga predisposto dal mediatore ed accettato dalle parti (v. Punzi C., *op.ult.loc.cit.*).

(78) Sull'importanza del ruolo del giudice nella conciliazione giudiziale si veda Montesano L., *La tutela giurisdizionale dei diritti*, cit., 39. La conciliazione giudiziale può presentarsi come conciliazione preventiva, in sede non contenziosa e affidata al giudice di pace (art. 322 c.p.c.), o come conciliazione successiva, che si svolge all'interno e nel corso del processo (cfr. art. 183, commi 3 e 9, e art. 185, comma 1, c.p.c.; nonché art. 350, comma 3, c.p.c., per ciò che attiene al processo ordinario di cognizione; art. 420 c.p.c. per il rito del lavoro; art. 708 c.p.c. per i procedimenti di separazione e divorzio; art. 696 *bis* c.p.c. in tema di accertamento tecnico preventivo).

coglibilità in sede giudiziaria, formula loro una proposta di accordo da esse liberamente valutabile e generalmente non utilizzabile nell'eventuale giudizio ordinario (79).

Sul piano funzionale la conciliazione stragiudiziale viene spesso usata dal legislatore quale «filtro», obbligatorio (80) o facoltativo (81), attraverso il quale le parti «possono» giungere ad estinguere la controversia prima di ricorrere al giudice (82).

Quanto all'oggetto, non vi è dubbio che la conciliazione può avvenire solamente su situazioni giuridiche soggettive disponibili (83), né deve essere contraria ad ordine pubblico e buon costume (84). Quando il legislatore usa il termine «conciliazione» con riferimento a situazioni giuridiche indisponibili, ad esempio nella cd. «mediazione» in materia familiare, attribuisce al termine un significato diverso da quello consueto e che si sta tratteggiando: «non già quella di favorire un accordo delle parti, idoneo a porre regole di condotta con effetti del tutto identici a quelli della sentenza, quanto quello di convincere le parti a tenere comportamenti conformi alle prescrizioni normative, o più in generale idonei a meglio soddisfare gli interessi in gioco. Essa ha quindi la funzione di *prevenire* comportamenti illeciti o comunque inopportuni: non già quella di *porre termine* ad una controversia giuridica» (85).

(79) Così Punzi C., *Il processo civile*, cit., 159 s.

(80) Si pensi al tentativo obbligatorio di conciliazione previsto in materia di lavoro dall'art. 410 c.p.c.

(81) Non sono rare le clausole contrattuali con le quali le parti si autovincolano ad esperire un tentativo di conciliazione prima di adire il giudice.

(82) Picardi N., *Manuale*, cit., 593 s.; Rubino Sammartano M., *Il diritto dell'arbitrato*, cit., 4.

(83) Picardi N., *Manuale*, cit. 591; Luiso F.P., *La conciliazione nel quadro della tutela dei diritti*, cit., 1026.

(84) Picardi N., *Manuale*, cit., 590.

(85) Luiso F.P., *op. loc. ult. cit.*

Quanto al frutto della conciliazione, tendenzialmente quando riesce le parti stipulano un accordo negoziale in cui cristallizzeranno le loro volontà, e nel quale si identificherà quel «risultato» di conciliazione di cui si parlava ad inizio paragrafo (86).

Salvi i casi espressamente previsti dalla legge, l'accordo conciliativo non è assistito da efficacia esecutiva. Questo elemento potrebbe avere effetti dissuasivi al ricorso alle procedure conciliative qualora una parte dubiti che l'altra mantenga fede agli impegni assunti in sede conciliativa (87); ma vanno a tal proposito fatte delle considerazioni. Da un lato infatti il ricorso allo strumento conciliativo anziché alla giurisdizione, e ancor più il fatto che la conciliazione si sia effettivamente raggiunta, sono di per sé sintomi del fatto che i rapporti tra le parti, seppur messi in crisi dalla controversia possibile o attuale si sono mantenuti buoni; pertanto, almeno in via tendenziale, sembra doversi escludere un inadempimento degli obblighi assunti in sede conciliativa. Dall'altro lato, il verbale di conciliazione potrebbe aprire la strada alla via monitoria nel caso in cui ne ricorrano i presupposti. Ancora, l'inadempimento in sede conciliativa potrebbe essere valutato come un comportamento idoneo, in esito ad un procedimento di cognizione, a fondare la responsabilità aggravata *ex art.* 96 c.p.c.

Quando la conciliazione non riesce, si ritiene che l'esito negativo del procedimento non produca alcun effetto. In particolare si ritiene che il comportamento delle parti costituisca una manifestazione di volontà

(86) L'accordo negoziale che cristallizzerà il cd. «risultato conciliativo» potrà assumere la forma della transazione, della rinuncia o del riconoscimento; v. Santoro Passarelli F., *Negoziato e giudizio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1956, 1158.

(87) Luiso F.P., *op. cit.*, 1030.

che assume rilievo come proposta contrattuale, e non ha alcun riflesso probatorio in un eventuale successivo giudizio (88).

Il comportamento delle parti, invece, potrebbe avere un importante riflesso in tema di ripartizione delle spese di lite dell'eventuale successivo giudizio reso necessario dal rifiuto di una delle parti di una ragionevole proposta conciliativa. Se infatti la parte che ha rifiutato una ragionevole proposta conciliativa risulterà successivamente soccombente, sarà condannata alla rifusione delle spese processuali e potrà anche essere chiamata a rifondere i danni *ex art.* 96 c.p.c. Nel caso in cui, invece, dovesse risultare vittoriosa non potrà essere condannata *ex art.* 96 c.p.c., ma, in applicazione del principio di causalità, dovrà sopportare le spese di lite. Questo principio è stato recepito dal legislatore del processo societario: l'art. 16, comma 2, d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, espressamente dispone che «ove il tentativo non abbia esito positivo, il tribunale può tenerne conto ai fini della distribuzione delle spese di lite, anche ponendole, in tutto o in parte, a carico della parte formalmente vittoriosa che non è comparsa o che ha rifiutato ragionevoli proposte conciliative». A parere di chi scrive detta disposizione non rappresenta un'eccezione al criterio della soccombenza, ma un'applicazione espressa del criterio della causalità che sovrintende al riparto delle spese processuali nel nostro ordinamento (89).

(88) Neppure come comportamento valutabile ai sensi dell'art. 116, secondo comma, c.p.c.: così – in materia di controversie agrarie – Cass. 22 giugno 2001 n. 8596, in *Foro it.* 2001, I, 3120 e sostanzialmente anche Cass. 1 giugno 2001 n. 7445, in *Dir. e giur. agr.* 2002, 250.

(89) È stato giustamente affermato in dottrina che il principio di causalità, nel nostro ordinamento è latente (Pajardi P., *La responsabilità per le spese ed i danni nel processo civile*, Milano 1959, 255; Vecchione R., voce *Spese giudiziali (diritto processuale civile)*, in *Nov. dig. it.* 1970, 1128). In effetti non è agevole, per chi muova dalla più ovvia e letterale interpretazione delle norme degli artt. 91 e 92 c.p.c. metterne in luce la fondamentale importanza. Ma, ad una più attenta meditazione del diritto positivo, che deve necessariamente passare per una interpretazione sistematica di tutte le norme che di-

7. *La conciliazione e la pubblica amministrazione*

A giudicare dal dato meramente numerico sembrerebbe il legislatore veda nel settore delle controversie con la pubblica amministrazione il campo di elezione dello schema conciliativo. Numerosissime sono infatti le disposizioni che si rifanno, peraltro totalmente al di fuori di ogni sistematicità (90), a modelli conciliativi. A titolo di esempio si vedano l'art. 2 l. 14 novembre 1995, in materia di servizi di pubblica utilità, l'art. 65-*bis* d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165, che disciplina il tentativo obbligatorio di conciliazione dinanzi ad un collegio di conciliazione istituito presso la Direzione provinciale del lavoro nella cui circoscrizione si trova l'ufficio

spongono in tema di spese, non si può fare a meno di notare, come accaduto a Chioventa (Chioventa G., *La condanna nelle spese giudiziali*, Torino 1901, 247), che anche *de iure condito*, il criterio della soccombenza formale, se da una lato soffre numerose eccezioni, si presenta del tutto inadeguato a fornire una risposta in termini di equità e giustizia in situazioni in cui o la soccombenza non è ravvisabile, o alla soccombenza formale non dovrebbe seguire la condanna alle spese. Risposta che viene necessariamente ricercata sul piano frammentario ed empirico della casistica, come è avvenuto con il criterio della soccombenza ipotetica o virtuale per la ripartizione delle spese a seguito della dichiarazione di cessazione della materia del contendere.

È da ritenere invece che il criterio generale che il legislatore avrebbe posto a base della disciplina generale della ripartizione delle spese di causa sia proprio il principio di causalità, e non quello meramente formale della soccombenza.

Se veramente si potesse sostenere che il criterio prescelto dal legislatore per la ripartizione delle spese di lite non si fondi sul mero dato formale della soccombenza, ma sul principio di causalità, si potrebbe anche ritenere che la soccombenza formale altro non sia che un elemento rivelatore della causalità stessa, nel senso che in genere è la parte soccombente nel merito ad aver dato causa al processo, o ad aver, col suo comportamento, indotto l'altra a servirsene (Chioventa G., *op. cit.*, 242 ss.).

Secondo la giurisprudenza assolutamente prevalente il criterio della soccombenza impedirebbe in ogni caso di addossare totalmente le spese di lite alla parte formalmente vittoriosa (Cass. 18 gennaio 2000 n. 489, in *Mass. Giur. It.* 2000; Id. 18 ottobre 1997 n. 9762, in *Mass. Giur. It.* 1997; Id. 10 giugno 1997 n. 5174, in *Giust. Civ.* 1998, I, 493, ss.; Id. 9 luglio 1993 n. 7535, in *Mass. Giur. It.* 1993; Id. 11 giugno 1992 n. 7220, in *Giur. It.* 1993, I,1, 576 ss.). Peraltro non sono mancati casi in cui la Suprema Corte ha fatto ricorso al principio di causalità «puro»: v. Cass. 30 Maggio 2000 n. 7182, in *Foro It.* 2001, I, 955 ss., con nota di Scala A.

(90) Chiti. M.P., *Le forme di risoluzione delle controversie*, cit., 3.

cui il lavoratore è addetto, l'art. 11 l. 31 luglio 1997, n. 249, in tema di soluzione non giurisdizionale delle controversie nel campo delle telecomunicazioni; ancora attività conciliativa, seppur *sui generis*, è prevista dall'art. 8 l. 12 giugno 1990, n. 146, in materia di esercizio del diritto di sciopero nel settore dei servizi pubblici essenziali.

Un caso del tutto particolare di procedura conciliativa è rappresentato, nel settore dei contratti pubblici, dalla procedura di accordo bonario di cui all'art. 240 codice degli appalti (91).

In tutte queste ipotesi la conciliazione riguarda sempre posizioni di diritto soggettivo, e, ove riesca, il verbale di conciliazione – ad eccezione della conciliazione in materia di sciopero nel settore dei servizi pubblici essenziali – ha efficacia di titolo esecutivo, o quantomeno viene cristallizzato in un atto che vincola le parti.

Tra tutte, peraltro, la procedura conciliativa sicuramente più interessante, è quella di cui all'art. 6, comma 7, lettera *n*), del codice degli ap-

(91) Che detta procedura sia riconducibile al tipo conciliativo, destinato a sfociare in una transazione, non possono sorgere dubbi, se non per l'ipotesi in cui alla commissione è rimessa dalle parti la possibilità «di assumere decisioni vincolanti, perfezionando, l'accordo bonario risolutivo delle riserve» ove sono chiari i caratteri dell'arbitrato (irrituale?) Così Greco G., *Contratti e accordi della Pubblica Amministrazione con funzione transattiva (appunti per un nuovo studio)*, cit., n. 2.

Eppure non sempre così è stato interpretato. Infatti, con riferimento alla disciplina dell'art. 31 *bis* l. 109/94, nel testo precedente alle modifiche apportate dalla legge 166/2002, è stato sostenuto che l'accordo bonario avrebbe dovuto essere inquadrato tra gli accordi amministrativi, *ex* art. 11 della legge 241. Sticchi Damiani E., in Aa.Vv., *L'appalto di opere pubbliche*, a cura di R. Villata, Padova 2001, 861. Non così nella seconda edizione della stessa opera (Padova, 2004, 1006 ss.). Ma, a parte tale discutibile inquadramento, se si tien conto dei possibili contenuti dell'accordo bonario risulterà facile escludere ogni esercizio di potestà pubbliche, che rappresenta il «*proprium*» degli accordi *ex* art. 11 l. 241. Infatti, attraverso l'accordo bonario, l'Amministrazione riconosce eventuali ulteriori compensi (per maggiori oneri sostenuti dall'appaltatore), riconosce eventuali proroghe dei termini contrattuali (evitando così all'appaltatore i rischi delle penali), concorda eventuali nuovi prezzi e varianti (nei limiti consentiti, dall'art. 24 della l. 109/94), ecc.: esercita, cioè, né più né meno quei poteri negoziali, connessi alla sua posizione contrattuale e alle relative obbligazioni. Così precisamente, sempre Greco G., *op. loc. ult. cit.*

palti. Detta disposizione, nell'elencare i compiti di competenza della Autorità Garante per i Contratti Pubblici, dispone: «su iniziativa della stazione appaltante e di una o più delle altre parti, esprime parere non vincolante relativamente a questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara, eventualmente formulando una ipotesi di soluzione». La norma detta la disciplina della cd. «procedura di precontenzioso in sede di gara», ossia l'attività con cui l'Autorità esprime il proprio parere in ordine questioni che si potrebbero porre in sede di gara tra la stazione appaltante e le imprese concorrenti; questioni che potrebbero potenzialmente degenerare nella impugnazione del bando di gara ovvero dei provvedimenti di esclusione o aggiudicazione. Al fine di prevenire il contenzioso le parti possono ricorrere all'Autorità affinché questa esprima il proprio parere non vincolante sulla vicenda formulando anche un'ipotesi di soluzione (92).

Il provvedimento dell'Autorità 10 gennaio 2008, che subentra al provvedimento 10 ottobre 2006, detta la disciplina il procedimento. L'istanza può essere presentata dalla stazione appaltante o dalle parti in-

(92) Uno strumento simile venne inserito nello schema di regolamento generale di attuazione della «Merloni» su sollecitazione delle commissioni parlamentari. Nella relazione governativa al testo si leggeva: «non essendo configurabile allo stato attuale dell'ordinamento – al di là degli aspetti sanzionatori – un potere dell'Autorità di emettere statuizioni vincolanti *erga omnes*, e nemmeno verso i singoli (l'Autorità infatti non “regola” in senso stretto) si è ritenuto di prevedere un meccanismo che attribuisca all'Autorità, investita del relativo potere dalla volontà consensuale, la regolamentazione della specifica fattispecie, attraverso un momento di composizione stragiudiziale e pregiudiziale della possibile vertenza che consenta all'Autorità di dettare la regola per il caso concreto». Fu la Corte dei Conti a negare il visto alla disposizione per mancanza dei relativi fondi. Sul punto v. Corsini M., in Aa.Vv., *Codice degli appalti pubblici*, cit., sub art. 6, 53.

Ma un meccanismo di tal fatta esisteva ed era vigente nel nostro ordinamento, anche se poco conosciuto e poco applicato: era la procedura di conciliazione prevista dagli artt. 9 ss. Dir. CE 92/93 sui mezzi di ricorso, che tendeva a «trovare un accordo tra le parti nel rispetto del diritto comunitario». Su detta ultima procedura v. Greco G., *Modelli arbitrali e potestà amministrative*, in Aa.Vv., *Arbitrato e pubblica amministrazione*, cit. 1999, 163 ss.

teressate alla procedura, congiuntamente o disgiuntamente (93). Il procedimento si conclude in tempi strettissimi. È prevista un'attività istruttoria ed è garantita ad entrambe le parti la possibilità di partecipazione alla procedura. Qualora il procedimento è avviato su istanza della parte privata, la stazione appaltante è invitata a non porre in essere atti pregiudizievoli ai fini della risoluzione della questione fino alla definizione della stessa da parte dell'Autorità (94).

Sulla natura conciliativa del procedimento non possono sorgere dubbi: nella eventualità del sorgere di una controversia in sede di gara un soggetto terzo offre il proprio *consilium* affinché le parti possano addivenire al *concilium*. Peraltro rispetto a tutte le ipotesi di conciliazione che si sono esaminate questa si caratterizza per il suo oggetto.

Generalmente le ipotesi di conciliazione disciplinate dalla legge hanno ad oggetto situazioni di diritto soggettivo, magari fortemente connesse con situazioni di interesse legittimo, ma pur sempre di diritto soggettivo. Nel caso in esame invece oggetto della controversia (eventuale o già insorta) è una situazione di interesse legittimo come tale rientrante a pieno titolo nella giurisdizione del giudice amministrativo, dal momento

(93) Diversamente da quanto sembra disporre il codice dei contratti, che invece richiede un'istanza congiunta.

(94) Si ritiene che detto invito non abbia carattere cogente: v. Baldi M., in Aa.Vv., *La disciplina dei contratti pubblici. Commentario al Codice appalti*, a cura di Baldi M., Tomei R., Milano 2007, *sub* art. 6, 82; Varlaro Sinisi A., *Fioccano i pareri consultivi dell'Autorità in tema di cauzione provvisoria, subappalto, avvalimento*, in *Urb. e app.* 2007, 420. Detto orientamento non pare condivisibile: quando una norma di legge o di altra fonte «invita» l'amministrazione a fare o non fare qualcosa, non significa che l'amministrazione sia libera di eseguire o non eseguire l'invito, ossia il fatto che si usi il verbo «invitare» non intacca la cogenza dell'ordine e l'amministrazione sarà comunque tenuta ad uniformare il proprio comportamento alle previsioni della norma. La ragione del verbo «invitare», infatti, va ad incidere sul momento della motivazione del provvedimento che si discosta dall'invito: la pubblica amministrazione può tenere un comportamento diverso da quello al quale è invitata, ma deve dare conto in motivazione delle ragioni per cui ha deciso di discostarsi dal parametro normativo. In caso contrario il provvedimento sarà annullabile per violazione di legge per difetto di motivazione.

che siamo nell'ambito della fase a diritto amministrativo (cd. «ad evidenza pubblica») della contrattazione pubblica. Inoltre il parere dell'Autorità non necessariamente è dato quando l'attività amministrativa – o, se si preferisce, l'esercizio del potere – si sono esauriti, ma la sua più importante funzione è di orientare l'esercizio del potere provvedimento della stazione appaltante al fine di evitare l'illegittimità dell'aggiudicazione: ossia, in altre parole, il parere dell'Autorità ha la funzione di indicare all'amministrazione aggiudicatrice eventuali vizi nell'esercizio del potere in maniera che questa possa evitare che la procedura di gara, che si conclude con l'aggiudicazione, sia viziata e possa venire annullata dal giudice amministrativo, ad esempio perché un concorrente è stato ingiustamente escluso dal concorso.

Ciò non può che dar adito ad una serie di considerazioni. In primo luogo il legislatore non solo non ha ritenuto lo schema della conciliazione contrastante con la soluzione e/o prevenzione di controversie relative a posizioni di interesse legittimo, ma ha anche previsto che l'intervento di un soggetto terzo possa influire, seppure in maniera non vincolante, sull'esercizio futuro del potere amministrativo: nessuna disposizione impedisce l'intervento di un soggetto «conciliatore» che, nel corso del procedimento, ponendo in risalto eventuali vizi dell'agire dell'amministrazione, proponga comportamenti alternativi rispetto a quelli che questa sta seguendo al fine di evitare l'insorgere di una controversia probabile, o di porre fine ad una controversia già in atto; sarà in quest'ultimo caso l'amministrazione che, in esercizio dei suoi poteri di autotutela potrà autonomamente scegliere di seguire il *consilium* e, se è già stato instaurato in giudizio, far cessare la materia del contendere.

Altra questione riguarda la possibilità di cristallizzare in un atto negoziale l'eventuale risultato della conciliazione: la normativa tace sul

punto, ma non sembra potersi escludere che le parti possano impegnarsi e fissare in un atto avente natura *lato sensu* «transattiva» l'avvenuta conciliazione, ancorché l'oggetto delle reciproche concessioni possa riguardare non la disciplina delle conseguenze di un rapporto di diritto amministrativo già esaurito, ma addirittura l'esercizio stesso del potere.

La questione peraltro presuppone la dimostrazione della ammissibilità della transazione su rapporti di diritto pubblico che – come ci si è riservati *supra* – sarà affrontata *infra* (95).

Ancora, occorre verificare quali effetti il parere dell'Autorità, espressamente definito «non vincolante» dalla legge, può produrre nei rapporti tra le parti.

Se le parti decidessero di adattarvisi, evitando l'insorgere della controversia o ponendovi fine, affidando le loro volontà ad un atto negoziale non vi sarebbero soverchie questioni, ma poco sopra ci si è riservati di affrontare più avanti il problema.

Peraltro, anche qualora le parti non stipulassero nessun accordo, l'esistenza del parere dell'autorità non sarebbe comunque senza effetto.

Come si è detto sopra parlando della conciliazione in generale, si è ipotizzato che, nel caso in cui la conciliazione non fosse consacrata in un accordo negoziale, la mancata adesione ad una ragionevole proposta conciliativa – che nella specie consisterebbe nella proposta di soluzione della *quaestio controversa* avanzata dall'Autorità – avrebbe potuto aprire la strada alla responsabilità processuale *ex art. 96 c.p.c.*, ovvero nel caso in cui la ragionevole proposta fosse stata rifiutata dalla parte successivamente vittoriosa in giudizio, il principio di causalità avrebbe aperto la strada alla sua condanna nelle spese processuali.

(95) Per alcune considerazioni v. Greco G., *op. loc. ult. cit.*

Ciò vale naturalmente anche nel caso di specie a nulla rilevando che ci si trovi di fronte a controversie appartenenti *pleno titolo* alla giurisdizione amministrativa: infatti anche davanti al giudice amministrativo trovano applicazione le disposizioni processuali civili in tema responsabilità *in expensis* (96), nonché l'art. 96 c.p.c. in tema di responsabilità aggravata (97).

Va inoltre considerato un aspetto del tutto peculiare: qualora il funzionario amministrativo competente ad esprimere la volontà dell'amministrazione ritenga di discostarsi dal parere formulato dall'Autorità dovrà ben motivare la decisione di non seguire il *consilium* per evitare di incorrere, in caso di successiva sconfitta in giudizio dell'amministrazione cui appartiene, nella responsabilità amministrativa *ex art. 28 Cost.*

Ma l'importanza della disposizione del codice dei contratti va ben al di là della sua portata operativa. Essa infatti conferma la possibilità che lo strumento conciliativo possa essere adoperato anche per controversie aventi ad oggetto posizioni di interesse legittimo, senza peraltro porre quelle questioni che invece parte della dottrina e della giurisprudenza ritengono insuperabili con riferimento alla transazione, all'arbitrato, all'arbitraggio o alla perizia arbitrale. Con la conciliazione, come si è visto sopra, l'effetto conciliativo non si produce grazie ad una imposizione proveniente da un soggetto terzo rispetto alle parti, ma consegue ad una loro libera scelta maturata grazie al *consilium* di un soggetto particolarmente affidabile. *Consilium* che, anche se non si traduce in un atto nego-

(96) Cons. Stato, sez. IV, 2 marzo 2001, n. 1171; Aa.Vv., *Giustizia amministrativa*, a cura di Scoca F.G., 2^a ed., Torino 2006, 165 s.

(97) C.G.A. Reg. Sic., 21 settembre 2006, n. 518, in *Riv. trim. appalti* 2007, 527; T.A.R. Veneto, sez. I, 19 febbraio 2000, n. 637, in *Foro amm.* 2000, 1837; Cass. 25 gennaio 1989, n. 429, in *Foro it.* 1990, I, 238 ss.

ziale, produce effetti considerevoli sull'eventuale successivo processo in termini di responsabilità processuale *ex art. 96 c.p.c.*

La decisione di mutare il proprio comportamento è presa autonomamente dall'amministrazione in base ad una meditata lettura della questione proveniente da un soggetto terzo rispetto ad ambo le parti, lettura che non vincola certo l'attività amministrativa, ma offre gli strumenti per poter ragionevolmente prevedere gli esiti di una lite presente, ovvero futura o eventuale. A quel punto l'amministrazione potrà prendere autonomamente le sue determinazioni, eventualmente anche discostandosi dal *consilium* del terzo, salvo poi il rischio, in caso di sconfitta in giudizio, di sopportare una condanna per le spese processuali, oltre alla responsabilità *ex art. 96 c.p.c.* e, per il funzionario competente, la responsabilità per danno erariale *ex art. 28 Cost.*

8. *L'arbitraggio*

L'arbitraggio (98) è disciplinato, al livello privatistico, da diverse disposizioni del codice civile, ed è previsto da talune leggi speciali.

L'art. 1349 c.c. disciplina la figura al livello generale: «se la determinazione della prestazione dedotta in contratto è deferita a un terzo e non risulta che le parti vollero rimettersi al suo mero arbitrio, il terzo deve procedere con equo apprezzamento. Se manca la determinazione del

(98) Sull'arbitraggio in generale v. Catricalà A., voce *Arbitraggio*, in *Enc. giur.*, vol. II, Roma 1988; Criscuolo F., *Arbitraggio e determinazione dell'oggetto del contratto*, Napoli 1996; Criscuolo F., voce *Arbitraggio e perizia contrattuale*, in *Enc. dir., aggiornamento*, vol. IV, Milano 2000, 60 ss.; Marani G., *In tema di arbitrato, arbitraggio, perizia contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1983, 610 ss.; Salandra V., *Arbitrato irrituale, arbitraggio o perizia contrattuale?*, in *Assicurazioni* 1940, 2, 185 ss.; Schizzerotto G., *Arbitrato improprio e arbitraggio*, Milano 1967; Vecchione R., *Perizia contrattuale, arbitrato irrituale e arbitraggio*, in *Foro pad.* 1953, I, 405 ss.; Zuddas G., *L'arbitraggio*, Napoli 1992.

terzo o se questa è manifestamente iniqua o erronea, la determinazione è fatta dal giudice.

La determinazione rimessa al mero arbitrio del terzo non si può impugnare se non provando la sua mala fede. Se manca la determinazione del terzo e le parti non si accordano per sostituirlo, il contratto è nullo.

Nel determinare la prestazione il terzo deve tener conto anche delle condizioni generali della produzione a cui il contratto eventualmente abbia riferimento».

Tra le disposizioni inerenti il contratto di vendita l'art. 1473 c.c. dispone: «le parti possono affidare la determinazione del prezzo a un terzo, eletto nel contratto o da eleggere posteriormente.

Se il terzo non vuole o non può accettare l'incarico, ovvero le parti non si accordano per la sua nomina o per la sua sostituzione, la nomina, su richiesta di una delle parti, è fatta dal presidente del tribunale del luogo in cui è stato concluso il contratto».

Sempre in tema di contratto di vendita, l'art. 82 disp. att. c.c. indica in quale modo si può supplire alla mancata collaborazione di controparte nella nomina del terzo (99).

(99) Sempre nel codice civile altre norme individuano istituti riconducibili al tipo dell'arbitraggio: all'art. 630 c.c. si prevede la determinazione ad opera di terzi della individuazione dell'istituto beneficiario, e dell'uso da farsi delle disposizioni testamentarie a favore dei poveri; all'art. 631 c.c. la scelta del legatario tra più persone, famiglie, categorie o enti determinati dal testatore; all'art. 632 c.c. la determinazione della quantità e dell'oggetto del lascito disposto a titolo remunerativo per i servizi prestati in vita al testatore; agli artt. 664 e 665 c.c. la scelta della cosa determinata dal testatore soltanto nel genere e in caso di legato alternativo; agli artt. 706 e 733 c.c. la divisione o la stima del progetto di divisione del patrimonio ereditario ad opera dell'esecutore testamentario o di persona designata che non siano eredi o legatari; e ancora, all'art. 778 c.c. la scelta del donatario tra più soggetti indicati e l'oggetto tra più cose designate tra o nei limiti stabiliti dal donatore. È pure ammessa la scelta del terzo nella individuazione dell'obbligazione alternativa (artt. 1286 e 1287 c.c.) .

Al livello di leggi speciali costituiscono arbitraggio, ad esempio, quello che l'art. 37 d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 definisce arbitrato (100), nonché il procedimento previsto dall'art. 64, comma 4, d.lgs. 10 febbraio 2005, n. 30 per la determinazione dell'equo compenso in caso di invenzioni del dipendente.

In cosa consista l'arbitraggio, e sui particolari che lo rendono diverso dall'arbitrato, la dottrina ha già detto molto. Per quanto interessa in questa sede è sufficiente accennare che si ha arbitraggio quando le parti di un negozio rimettono ad un terzo la determinazione di alcuni elementi del negozio stesso, impegnandosi preventivamente ad accettare la determinazione. Che l'istituto opera anche nei negozi unilaterali (101) e che se le parti non hanno scelto di rimettersi all'arbitrio del terzo questo deve procedere alla scelta con equo apprezzamento.

Un aspetto che la dottrina mette raramente in risalto, in quanto probabilmente appare scontato, ma che è fondamentale ai fini della nostra ricerca, è che la determinazione, ancorché rimessa ad un terzo, appartiene alle parti che ne assumono pienamente la responsabilità; in altre parole, salvo che la determinazione sia in qualunque modo viziata, e venga perciò posta nel nulla dal giudice, questa «appartiene» alle parti, che la fanno propria (102). Il terzo sarà responsabile nei confronti delle parti per il suo operato, ma nei confronti di tutti gli altri terzi la sua determinazione appare come determinazione delle parti.

(100) Zucconi Galli Fonseca E., in Aa.Vv., *Arbitrato*, cit., *sub* art. 806, 102.

(101) Catricalà A., voce *Arbitraggio*, cit., 1.

(102) «L'arbitratore è autorizzato dalle parti a volere per loro», nel senso che «la volontà dell'arbitratore è volontà accessoria» rispetto a quella delle parti, che «compila il contenuto e determina l'efficacia della dichiarazione principale» rispetto alla quale è «un distinto *negozio giuridico*, con una sua propria rilevanza ed efficacia, sebbene di carattere ausiliario» (corsivo dell'Autore); così Santoro Passarelli F., *Negozio e giudizio*, cit., 1160.

Parte della dottrina ritiene impraticabile per la pubblica amministrazione la via dell'arbitraggio dal momento che non sarebbe ammissibile che essa deferisca ad un terzo la determinazione «della prestazione dedotta in contratto»; le perplessità che dovrebbero indurre a ritenere l'arbitraggio inammissibile sarebbero addirittura più evidenti di quelle che, sempre per il medesimo orientamento dottrinario, renderebbero impraticabile il ricorso all'arbitrato libero, non potendosi nemmeno invocare ad argomento una pretesa univocità di funzioni tra le due forme di arbitrato. La pubblica amministrazione, pertanto, sarebbe impedita a ricorrere all'arbitraggio poiché le sarebbe impedito deferire a terzi la formazione della sua volontà (103).

Detta conclusione è però da un lato apodittica, perché non sono spiegate le ragioni della impossibilità di deferire a terzi il momento volitivo dell'amministrazione pubblica – se non nella formazione della volontà provvedimentale, almeno nel momento della formazione della volontà negoziale – e soprattutto dall'altro trova smentita in diverse disposizioni di legge che prevedono ipotesi in cui la formazione della volontà amministrativa è completata dall'intervento di terzi (104).

Si pensi ad esempio alle commissioni di determinazione di premi e indennità previste da diverse disposizioni del d.lgs. 29 ottobre 1999, n. 490 «testo unico delle disposizioni legislative in materia di beni culturali e

(103) Caia G., *Arbitrati e modelli arbitrati nel diritto amministrativo*, cit., 27 s.; De Lise P., *L'arbitrato nel diritto amministrativo*, cit., 1199 s.,

(104) V. infatti Laschena R, voce *Arbitrato*, cit., 7: «L'esistenza di arbitraggi necessari di diritto pubblico non è dubbia», se non peraltro perché la legge espressamente ne prevede alcune forme. L'Autore richiama a titolo di esempio l'art. 2 l. 20 dicembre 1962, n. 1718.

ambientali, a norma dell'articolo 1 della legge 8 ottobre, n. 352» per il caso in cui il privato non accetti la determinazione del Ministro (105).

Non si vede poi per quale ragione all'amministrazione debba essere proibito rimettere a terzi la determinazione di taluni elementi di un contratto: si è visto *supra*, infatti, che l'amministrazione quando non esercita la propria attività istituzionale si configura come una persona giuridica titolare di una capacità di diritto privato identica a quella di qualsiasi altro soggetto (106), e lo stesso vale quando esercita attività contrattuale, seppure la presenza del pubblico interesse giustifica delle limitazioni alla sua autonomia privata; in linea generale, quindi, niente impedirebbe all'amministrazione – d'accordo con controparte e nei limiti consentiti dalla legge – di affidare a terzi la determinazione di taluni elementi contrattuali.

Ma soprattutto, ciò che rileva maggiormente come argomento *a contrario*, il ricorso allo strumento dell'arbitraggio non significa che «la volontà dell'amministrazione sia inammissibilmente rimessa a terzi». Come si è visto *supra*, infatti, la volontà finale è pure sempre «delle parti», ancorché una parte più o meno importante del contenuto dell'atto finale sia determinata da un terzo. Ciò che rileva alla fine non è la volontà del terzo, ma la volontà delle parti, che unica appare come determinante il concreto assetto di interessi raggiunto. Nei confronti di tutti gli altri terzi non appare che la volontà negoziale delle parti, mentre il fatto che detta

(105) Si tratta di determinazioni che la dottrina aveva ricondotto ad ipotesi di arbitraggio (Cassese S., *L'arbitrato nel diritto amministrativo*, cit., 315 ss.). Per la verità sembrerebbe più corretto ricondurre dette ipotesi sotto l'egida dell'arbitrato irrituale dal momento che le commissioni sono chiamate a risolvere un conflitto relativo al *quantum debeat* per il caso di mancata accettazione delle stime del Ministro. Resta il fatto che in queste si è ancora nella fase genetica del rapporto del quale occorre individuare un elemento; individuazione che è rimessa all'apprezzamento di un soggetto terzo, la cui determinazione è fatta propria dell'amministrazione.

(106) Bassi F., *Arbitrato irrituale e pubblica amministrazione*, in Aa.Vv., *Arbitrato e pubblica amministrazione*, cit. 1999, 63.

volontà sia stata in parte determinata da un terzo ha rilievo esclusivamente nei rapporti tra le parti, e tra queste e il terzo. La decisione finale sul rapporto è comunque delle parti mentre la determinazione del terzo si pone in un momento logicamente anteriore rispetto al perfezionamento del negozio.

Inoltre che la determinazione di un elemento di un negozio o atto più complesso sia rimessa ad un terzo, non significa che questi sostituisca la propria volontà a quella delle parti: tutto al contrario sono le parti che fanno propria, anticipatamente, la manifestazione di volontà del terzo, il quale ne perde la paternità.

Quanto all'attività provvedimentale della pubblica amministrazione, occorre distinguere tra provvedimenti vincolati e provvedimenti a contenuto discrezionale.

In caso di provvedimento vincolato non pare possa esservi spazio per l'arbitraggio. Se si segue l'orientamento più restrittivo, secondo il quale sarebbe da considerare vincolato soltanto l'atto i cui contenuti siano assolutamente predeterminati, in modo che l'esercizio del potere si presenta come una semplice formalizzazione di un *quid* dal contenuto già predeterminato, sembrerebbe da escludere lo spazio stesso per la determinazione di un terzo su taluni aspetti contenutistici del provvedimento. Allo stesso modo, se si segue una diversa impostazione e si considera invece vincolato anche quel provvedimento il cui contenuto risulti legato all'esito della istruttoria procedimentale, in modo che l'atto risulterà vincolato non in virtù di una predeterminazione normativa del suo contenuto ma per il combinarsi delle risultanze dell'attività istruttoria, cui la legge fa corrispondere senza alcuna discrezionalità degli effetti «necessari»

(107) non vi può essere spazio per l'arbitraggio. Al più l'amministrazione si potrà rivolgere a terzi per svolgere valutazioni inerenti l'attività istruttoria, ma in tal caso non si tratterà di arbitraggio dal momento che ciò che viene chiesto al terzo non è la determinazione vincolante di un elemento del rapporto, ma un accertamento *ad usum* dell'attività amministrativa vincolata, ossia una semplice consulenza tecnica.

Del tutto diversa è invece la conclusione con riferimento all'attività discrezionale che, a norma dell'art. 11 l. 7 agosto 1990, n. 241, può essere oggetto di accordi con tra l'amministrazione e l'interessato al fine di determinare il contenuto del provvedimento, ovvero di sostituirlo con una determinazione negoziale. Ebbene, per tutto quanto si è detto *supra* non si vedono motivi per escludere la rimessione a terzi della determinazione, con carattere vincolante per le parti, di taluni elementi di quello che sarà il provvedimento finale. Provvedimento finale che sarà espressione esclusivamente di volontà pattizia (sempre nell'ottica del perseguimento del pubblico interesse), mentre in nessun modo rileverà all'esterno che taluni suoi elementi siano frutto della determinazione di un soggetto terzo.

Lo stesso ragionamento vale per gli accordi tra pubbliche amministrazioni per disciplinare lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune di cui all'art. 15 l. 241/90.

Ecco allora che, salvo che diverse disposizioni di legge o le caratteristiche del procedimento rendano impraticabile l'arbitraggio, deve ritenersi che le pubbliche amministrazioni possano liberamente farvi ricor-

(107) E così, ad esempio, se – prima dell'introduzione della «denuncia di inizio attività» io avessi depositato tutta la documentazione necessaria per ottenere una licenza edilizia, l'amministrazione sarebbe stata vincolata a concedermela. Allo stesso modo, se dall'attività istruttoria ricorrono tutti i presupposti della «guida in stato di ebbrezza», l'agente accertatore non potrà fare altro che procedere alla irrogazione della sanzione.

so nell'esercizio della loro attività di diritto privato e sempre con il limite del rispetto e del perseguimento del pubblico interesse (108).

9. *La perizia arbitrale.*

Venendo alla perizia arbitrale, o perizia contrattuale, la figura è emersa nell'esperienza giurisprudenziale come incarico a terzi di svolgere, essenzialmente in base alla loro capacità tecnica, constatazioni o accertamenti che le parti si impegnano ad accettare, con riferimento ad una vicenda conclusa. La determinazione del terzo verte su una valutazione eminentemente tecnica con esclusione di ogni potere discrezionale o equitativo. Si tratta di uno strumento in genere utilizzato nella prassi dei contratti assicurativi contro i danni, nei quali sovente è previsto che in caso di contestazione sulla liquidazione del danno la determinazione sia affidata ad un collegio di periti (109).

Sulla natura della perizia contrattuale o arbitrale non vi è univocità di vedute. Secondo un primo orientamento la perizia contrattuale altro non sarebbe che un'ipotesi di arbitraggio (110), altri ritengono sia

(108) Così Fazzalari E., *L'arbitrato nell'attività della regione*, cit., 162 s.

(109) Cass. 18 febbraio 1998, n. 1721; Id. 28 agosto 1995, n. 9032; Id. 30 marzo 1995, n. 3791; Id. 11 novembre 1994, n. 9459; 16 luglio 1985, n. 4178. In dottrina v. Bove M., *La perizia arbitrale*, Torino 2001; Schizzerotto G., *Arbitrato improprio e arbitraggio*, Milano 1967; Dimundo A., *L'arbitraggio la perizia contrattuale*, in Aa.Vv., *L'arbitrato. Profili sostanziali*, cit., vol. I, 143 ss., spec. 208 ss.; Vecchione R., *Perizia contrattuale, arbitrato irrituale e arbitraggio*, in *Foro pad.* 1953, I, 405 ss.; Zuddas G., *L'arbitraggio*, Napoli 1992; Criscuolo F., voce *Arbitraggio e perizia contrattuale*, in *Enc. dir., aggiornamento*, vol. IV, Milano 2000, 60 ss.; Id., *Arbitraggio e determinazione dell'oggetto del contratto*, Napoli 1996.

(110) Così Ascarelli T., *Arbitri e arbitratori*, in *Riv. dir. proc.* 1929, I, 308 ss.; Ascarelli T., *I c.d. collegi arbitrali per l'accertamento del danno nell'assicurazione infortuni*, in *Assicurazioni* 1936, II, 2 ss.; Furno C., *Appunti in tema di arbitramento e di arbitrato*, in *Riv. dir. proc.* 1951, II, 157 ss., spec. 161, 167-168; Fazzalari E., *L'arbitrato*, Torino 1997, 29 s.; Gabrielli G., *Arbitrato rituale, arbitrato irrituale ed arbitraggio nell'accertamento o nella transazione*, in *Vita not.* 1993, 663 ss., spec. 665 ss.

un'ipotesi di arbitrato irrituale (111), altri ancora le negano l'autonoma configurabilità (112) mentre altri ne fa un istituto autonomo (113).

Peraltro a chi scrive sembra che miglior cosa sia indagare caso per caso tutte le ipotesi in cui viene rimesso a terzi l'accertamento di un dato prettamente tecnico, verificare la *ratio* di tale rimessione, e quindi individuare la natura dell'istituto. Ecco allora che, qualora le parti si siano risolte di rimettere a terzi la determinazione di elementi tecnici a completamento di un negozio tra di loro nella sua fase genetica non si può negare che ci si trovi di fronte ad un caso di arbitraggio; qualora invece le parti di un rapporto controverso rimettano ad un terzo, scelto per le sue particolari conoscenze, un aspetto prettamente tecnico staccandolo dal resto dell'intera vicenda, allora si avrà perizia arbitrale, che peraltro si presenta come un arbitrato, seppur ad oggetto limitato (114).

Ecco allora che, se la perizia arbitrale altro non è che una sorta di arbitrato «ad oggetto irrituale» per modo che la differenza tra l'arbitrato e la perizia arbitrale sarebbe di tipo meramente «quantitativo» (115), detto strumento sarà utilizzabile da parte delle pubbliche amministrazioni nei limiti in cui si ritiene consentito lo strumento dell'arbitrato (116).

(111) Salandra V., *Arbitrato irrituale, arbitraggio o perizia contrattuale?*, in *Assicurazioni* 1940, 2, 185 ss., spec. 189; Vecchione R., *Perizia contrattuale, arbitrato irrituale e arbitraggio*, cit., 407.

(112) Elia L., *In tema di arbitrato irrituale*, in *Giur. compl. cass. civ.* 1948, II, 280 ss.; Schizzerotto G., *Dell'arbitrato*, 3^a ed., Milano 1988, 278 ss.; Zuddas G., *L'arbitraggio*, cit., 219 ss.; Dimundo A., *L'arbitraggio la perizia contrattuale*, cit., 214 ss.

(113) Biamonti L., voce *Arbitrato (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, vol. II, Milano 1958, 955 ss.; Recchia G., voce *Arbitrato irrituale*, in *Noviss. dig. it. Appendice*, vol. I, Torino 1980, 366; Marani G., *In tema di arbitrato, arbitraggio, perizia contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1983, 610.

(114) Così Luiso F.P., *L'oggetto del processo arbitrale*, in *Riv. arb* 1996, 669 ss.; Bove M., *La perizia arbitrale*, cit., *passim*, spec. 170 ss.

(115) Bove M., *op. loc. ult. cit.*

(116) Diversamente argomenta Caia G., *Arbitrati e modelli arbitrali*, cit., 27 ss., secondo il quale la perizia arbitrale consisterebbe nel deferimento a terzi di una questione dal carattere prettamente tecnico. Egli stesso la ritiene inammissibile – oltre che

per il fatto che l'amministrazione non potrebbe rimettere ad un terzo l'esame di questioni tecniche dal momento che istituzionalmente dovrebbe essere dotata di un ufficio all'uopo competente (argomento questo invero fantasioso, come ammette del resto lo stesso Autore) – esattamente per le medesime ragioni per le quali ritiene inammissibile l'arbitraggio.

CAPITOLO SECONDO

Transigibilità e compromettibilità per arbitri nel diritto amministrativo

SEZIONE PRIMA – Disponibilità e transigibilità delle situazioni giuridiche soggettive di diritto pubblico

SOMMARIO: 1. Premessa: la nozione di disponibilità, rapporti di diritto pubblico – 2. Disponibilità delle situazioni giuridiche di diritto pubblico – 3. La disponibilità del potere amministrativo e suoi limiti – 4 La disponibilità dell'interesse legittimo – 5. La transigibilità delle situazioni soggettive di diritto pubblico.

1. Premessa: la nozione di disponibilità, situazioni giuridiche soggettive, di diritto pubblico

Il precedente capitolo si è chiuso lasciando impregiudicata la questione, forse più interessante, relativa alla transigibilità e compromettibilità delle posizioni di interesse legittimo, o meglio – più in generale – delle situazioni giuridiche soggettive di diritto pubblico. Si è ritenuto di riservare alla questione uno spazio autonomo, dal momento che costituisce lo snodo centrale di un tentativo di ricostruzione del fenomeno arbitrale nel diritto amministrativo che sia prima di tutto «sistematico». Il lavoro di ritrovare nelle diversissime posizioni della dottrina e nelle frettolose (quando non apodittiche) posizioni della giurisprudenza un'armonia si-

stematica è tanto semplificato quando l'analisi parte dalla individuazione della autentica natura delle posizioni giuridiche soggettive e degli istituti che ne sono alla base.

Perché il pensiero di chi scrive sia subito chiaro, l'ambito della transigibilità e quello della compromettibilità sono coincidenti, se veramente coincidente è l'*ubi consistam* di entrambe le vicende, ossia la necessità che le parti abbiano la capacità di disporre delle situazioni giuridiche soggettive che ne sono coinvolte.

Che poi le modalità operative con cui vengono ad attuarsi i due modi di composizione delle controversie e la loro funzione concreta siano innegabilmente differenti non toglie nulla alla loro autentica cifra e non può essere considerato alla stregua di un limite.

Sistematicità impone che situazioni uguali siano soggette alla medesima disciplina e soffrano degli stessi limiti, a prescindere vuoi dal contesto in cui sono chiamate ad operare, vuoi dalle modalità di esercizio, salvo che superiori interessi – quali sono quelli che in materia di arbitrato nei contratti pubblici giustificano una disciplina in parte derogatoria rispetto a quella codicistica – suggeriscano una disciplina diversa.

Ma anche in tal caso una disciplina derogatoria rispetto alle disposizioni ordinarie deve essere espressamente prevista dal legislatore, non potendo certo essere tratta in via interpretativa.

Peraltro, per mantener fede all'impegno preso nel precedente capitolo di verificare in che modo siano transigibili le controversie che vedono coinvolti interessi legittimi, analizzando partitamente le situazioni che si possono dare, occorre brevemente indagare cosa debba intendersi per «disponibilità», che l'art. 1966 c.c., ed oggi l'art. 806 c.p.c., pongono come presupposto per la transigibilità e arbitrabilità dei diritti e delle altre situazioni giuridiche soggettive.

Comunemente si ritiene «disponibile» la posizione che può essere oggetto di rinuncia o dismissione da parte del titolare (1).

Peraltro parlare di rinunciabilità o irrinunciabilità *tout court* è fuorviante sol se si considera che di fatto il soggetto conserva quasi sempre la disponibilità anche di situazioni indisponibili; vale a dire l'indisponibilità del diritto leso non impedisce al titolare di rinunciare alla tutela giurisdizionale anche di situazioni indisponibili, ovvero di rinunciare all'azione, salvo in quelle rarissime ipotesi in cui la legittimazione concorre con quella del pubblico ministero, che si sostituisce alla parte nella tutela del suo diritto nel perseguimento dell'interesse della legge (2).

Il significato della rinuncia va allora cercato in un'altra direzione, e non limitato alla sola rinunciabilità sul piano sostanziale.

In particolare si danno alcune situazioni giuridiche in cui il bisogno di tutela del titolare concorre o coincide con altri interessi o bisogni ulteriori, che si collocano in una posizione se non di supremazia, quantomeno di equivalenza (3). Interessi cioè che possono coincidere o con-

(1) V. tra i molti Canelutti F., *Lezioni di diritto processuale civile, processo di esecuzione*, vol. II, Padova 1936, 176; De Cupis A., *I diritti della personalità*, in Aa.Vv., *Trattato di diritto civile e commerciale*, a cura di Cicu A. e Messineo F., Milano 1982, 92; Criscuolo F., *La nullità del contratto: tra ordine pubblico e disponibilità del diritto*, in *Scritti in onore di Elio Fazzalari*, vol. I, Milano 1993, 359 ss.; Verde G., *La convenzione d'arbitrato*, in Aa.Vv., *Diritto dell'arbitrato*, 3^a ed., Torino 2005, 93; Id., *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, Torino 2006, 4 s.; Gitti G., *L'oggetto della transazione*, Milano 1999, 255; Palmieri A.M., *Transazione e rapporti eterodeterminati*, Milano 2000, 318.

(2) Verde G., *Lineamenti*, cit., 4.

(3) In senso analogo v. Guicciardi E., *Le transazioni degli enti pubblici*, in *Arch. dir. pubbl.* 1936, 71/134, «la connessione esistente tra l'interesse delle parti e l'interesse pubblico (...) rende inammissibile in tali casi una composizione transattiva»; così anche Verde G., *Lineamenti*, cit., 5 «...il campo della indisponibilità che impedisce il ricorso all'arbitrato è destinato a ridursi alla stretta area in cui l'interesse generale è ritenuto così forte, da imporre già sul piano sostanziale che il potere di disporre del diritto non spetti solo al titolare, ma anche ad altri soggetti»; nonché Zucconi Galli Fonseca E., in Aa.Vv., *Arbitrato*, commentario diretto da Carpi F., Bologna 2007, II^a ed., *sub art.* 806, 23.

La stessa interpretazione è offerta anche dalla dottrina penalistica con riferimento alla scriminante del consenso dell'avente diritto di cui all'art. 50 c.p.: «l'interesse

correre con quelli dei titolari di situazioni giuridiche connesse, con l'interesse pubblico o con la tutela dell'ordine pubblico. Si pensi alle obbligazioni alimentari (4), ai rapporti patrimoniali tra i coniugi (5), ai rapporti societari (6). Altre situazioni, quali gli *status*, esprimono «l'appartenenza di un soggetto, in qualità di membro, ad una collettività organizzata a carattere necessario» da cui la legge fa discendere talune conseguenze (7). L'applicazione di dette conseguenze, e prima ancora l'appartenenza allo *status* dipendono dal fatto che il soggetto si trovi, vi concorra o meno la sua volontà, in una determinata situazione o possieda determinati requisiti.

Se le parti possono rinunciare di fatto anche a situazioni qualificate come indisponibili semplicemente rinunciando, preventivamente o successivamente, alla tutela giurisdizionale ciò non significa che l'indisponibilità sia sostanzialmente priva di efficacia, dal momento che i titolari degli interessi coinvolti possono comunque agire direttamente per la tutela di quanto gli spetta: quando detti interessi facciano capo a persone, agendo normalmente in giudizio, quando invece riguardino l'ordine

alla repressione infatti viene meno soltanto se il consenso ha ad oggetto la lesione di beni di pertinenza esclusiva (o prevalente) del privato che ne è titolare. Mentre a nulla vale l'eventuale rinuncia alla tutela da parte dell'offeso se è lo Stato ad avere un interesse diretto alla salvaguardia del bene, come accade nel caso di beni dotati di rilevanza per l'intera collettività...» Fiandaca G., Musco E., *Diritto penale, parte generale*, V^a ed., Bologna 2006, 261; nello stesso senso vede la concorrenza o coincidenza di interessi superiori o equiordinati alla base della disponibilità Mantovani F., *Diritto penale*, IV^a ed., Padova 2001, 262 ss.

(4) Indisponibili nella misura in cui l'atto di disposizione pregiudica l'interesse tutelato: Bianca C.M., *Diritto civile, la famiglia e le successioni*, vol. II, III^a ed., Milano 2001, 427.

(5) Cass. 9 luglio 2003, 10794.

(6) Cass. 19 settembre 2000, n. 12412, in *Giust. civ.* 2001, 405, dove l'indisponibilità è individuata in relazione agli interessi della società e all'interesse collettivo dei soci e dei terzi.

(7) Cicu A., *Il concetto di «status»*, in *Studi in onore di Simoncelli*, Napoli 1917, 61.

pubblico, lo Stato è legittimato ad agire nella persona del Pubblico Ministero (8).

Quanto alle questioni di stato, l'automaticità dello *status*, ed il fatto che esso discenda da circostanze di fatto nelle quali il soggetto si trova che la legge ha assunte come costitutive, comporta che una eventuale controversia «sullo» *status* abbia ad oggetto proprio l'accertamento dei requisiti di fatto che lo costituiscono. Accertamento che non potrà essere sostituito da una determinazione negoziale, se non in via fattiva. Determinazione negoziale che l'ordinamento non può in alcun modo riconoscere senza cadere in contraddizione: «si dovrebbe concludere che, ai fini del riconoscimento di un dato *status*, ad uno dei requisiti fissati dalla legge se ne potrebbe sostituire un altro diverso: ciò che è assurdo, dal momento che nessuno dubita che quei requisiti siano fissati dalla legge in modo rigorosamente tassativo» (9).

Ed allora, se quanto precede è vero, non significa che l'area della indisponibilità coincida con la materiale impossibilità di disporre di una situazione giuridica soggettiva, quanto piuttosto va ricondotta alle ipotesi in cui l'ordinamento non concede sanzione agli atti di disposizione delle parti. Dire che non si può rinunciare, ad esempio, al diritto agli alimenti non significa che la rinuncia fattiva non sia possibile, quanto piuttosto che l'obbligato non potrà far valere l'atto di rinuncia in un giudizio. Ancora, la transazione sulla nullità del matrimonio è certamente possibile in via fattiva, ma il giudice non se ne riterrà mai vincolato (10).

(8) Perché tuteli in via di azione «l'interesse che ha spinto lo Stato a dettare le norme di legge, e ora lo induce a reclamarne la necessaria osservanza» così Satta S., Punzi C., *Diritto processuale civile*, XIII^a ed., Padova 2000, 89.

(9) Così Guicciardi E., *Le transazioni*, cit., 78/141, al quale si rinvia anche per altre considerazioni sempre attuali in argomento, *op. cit.*, 73/136 – 80/143.

(10) Né l'indisponibilità va confusa con l'inderogabilità della normativa dal momento che questa riguarderà, semmai, il criterio di giudizio cui affidarsi nel risolvere

E così, sviluppando queste premesse ed applicandole alla transazione e all'arbitrato, ne discende che l'ordinamento non consente che le parti possano conseguire a mezzo della transazione o del *dictum* degli arbitri quell'effetto che una disposizione di legge vieta sul piano sostanziale (11), laddove il dissenso dell'ordinamento è generalmente espresso non attraverso un'intromissione *ex auctoritate*, ma tramite il diniego di riconoscimento all'atto dispositivo (12). Ciò è espresso anche da Carnelutti, quando afferma che l'importanza di determinate liti trascende la sfera particolare delle parti per modo che la loro composizione non può essere composizione purchessia – rimessa cioè alla libera disponibilità delle parti – ma composizione «giusta», intendendo per giusta la composizione che appunto tenga nella giusta considerazione anche gli interessi concorrenti o coincidenti (13).

Ciò intende anche Guicciardi, quando afferma che «la transazione... non può intervenire su quei rapporti, per i quali è dato stabilire che l'ordinamento giuridico non ne consente una disciplina diversa da quella che si ottiene mediante la realizzazione ad opera del giudice delle norme che l'ordinamento medesimo detta al riguardo» (14).

Il fatto che non sia possibile ottenere una disciplina diversa da quella che detta il giudice, in sostanza, altro non significa che

re la controversia. Con riferimento alla arbitrabilità la inderogabilità delle norme è garantita dalle regole della «tecnica arbitrale» (impugnabilità del lodo e partecipazione dei terzi): Zucconi Galli Fonseca E., commento all'art. 806 c.p.c., in *Nuove leggi civ. comm.* 2007, 1154; Punzi C., *Ancora sulla legge delega in materia di arbitrato*, in *Riv. dir. proc.* 2005, 968.

(11) Punzi C., *Disegno sistematico dell'arbitrato*, vol. I, cit., 244.

(12) V. in tal senso Palmieri A.M., *Transazione e rapporti eterodeterminati*, Milano 2000, 325, secondo cui nessuna posizione giuridica soggettiva sarebbe assolutamente indisponibile, sicché il problema sarebbe semmai di accertare l'esistenza di «una o più norme invalidatrici di atti di disposizione che tali diritti abbiano ad oggetto».

(13) Carnelutti F., *Lezioni di diritto processuale civile, processo di esecuzione*, cit., 122.

(14) Guicciardi E., *Le transazioni degli enti pubblici*, cit., 86/23.

l'ordinamento riconosce solo l'assetto di interessi che il giudice ha conosciuto e sul quali ha disposto, mentre diversi assetti posti in essere dalle parti – se sul piano fattivo sono possibili, salvo – se esiste – la legittimazione ad agire dei titolari di interessi concorrenti o coincidenti – per l'ordinamento *tamquam non esset*.

Ma ciò significa anche, rovesciando la questione, che le parti possono ottenere a mezzo della transazione o del *dictum* degli arbitri tutti quegli effetti di dismissione o di vincolo che la legge – non vietandoli – consente. Ossia se è consentito al titolare ottenere dall'ordinamento il riconoscimento di un dato effetto relativamente alle proprie situazioni giuridiche soggettive, lo stesso effetto è conseguibile tramite la transazione o la decisione degli arbitri. Lo strumento transattivo e il lodo non possono rendere vincolante un effetto precluso dalla legge alle stesse parti, ma ben possono vincolare le parti in assenza di espressi divieti.

Queste considerazioni ne suscitano un'altra che potrà apparire banale, ma che assume notevole importanza quando la nozione di disponibilità è applicata alle pubbliche amministrazioni, e in particolare ai rapporti di diritto pubblico. Tradizionalmente, infatti, si tende ad identificare l'area della disponibilità con quella della «negozialità» in forme privatistiche o negoziali-consensuali (15).

Del resto se effettivamente i diritti di cui si può disporre mediante contratto sono senza dubbio tutti disponibili, se ne potrebbe agevolmente inferire che, essendo transazione e patto compromissorio contratti, questi potrebbero coinvolgere solo le «cose in commercio» (16).

(15) Per analoghe considerazioni v. Goisis F., *La giustizia sportiva tra funzione amministrativa ed arbitrato*, Milano 2007, 262 ss.

(16) Così, ad esempio, Butera A., voce *Transazione*, in *Dig. it.*, vol. XXIII, Torino 1921, 1730 s.

In realtà, come si vedrà meglio nel proseguo, l'ambito della disponibilità è certamente più ampio dell'area puramente negoziale: oggetto di rinuncia possono essere anche prerogative personali, ovvero poteri o facoltà, privatistiche o pubblicistiche, non rientranti nell'ambito propriamente negoziale. Si pensi anche alle situazioni giuridiche soggettive irrilevanti per l'ordinamento della Repubblica, ma rilevanti all'interno di altri ordinamenti, quali l'ordinamento sportivo, rispetto alle quali non operano gli artt. 24 e 113 Cost. Si è senza dubbio fuori dell'ambito negoziale, pure transazioni e compromessi sono ammissibili e vincolanti per le parti (17).

Ricapitolando, sono disponibili le situazioni giuridiche soggettive cui le parti possono efficacemente rinunciare o rispetto alle quali possono fissare un particolare assetto di interessi, ossia quelle cui l'ordinamento riconosce vincolatività all'atto di disposizione. Certamente tutto l'ambito delle «cose» rientranti nell'area negoziale è disponibile, ma si danno situazioni disponibili anche al di fuori dell'area propriamente negoziale.

Ed allora, svelata quella che per chi scrive è l'autentica cifra del concetto di «disponibilità», ossia che l'ordinamento riconosca e dia sanzione all'assetto che le parti danno ai loro interessi, e il giudice ne sia perciò vincolato, anche l'indagine relativa alla transigibilità (e compromettibilità) dei rapporti di diritto pubblico deve tenerne conto.

In particolare occorrerà indagare in quali casi, *rectius* per quali rapporti, sia possibile per l'amministrazione vincolarsi efficacemente nei confronti dei privati o delle altre amministrazioni. O meglio, rovesciando la proposizione, quante volte l'ordinamento garantirà la sanzione

(17) Verde G., *L'arbitrato e la giurisdizione ordinaria*, in Aa.Vv., *Diritto dell'arbitrato*, cit., 44 ss. In materia di giustizia sportiva v., oltre al citato Goisis F., *La giustizia sportiva*, cit., Luiso F.P., *Giustizia sportiva*, Milano 1975.

all'assetto di interessi convenuto con l'amministrazione, senza che questa possa difendersi in giudizio eccependo l'invalidità della rinuncia o della concessione per l'indisponibilità della situazione giuridica sottesa.

Prima di entrare *in medias res* occorrerà, come ulteriore breve ma necessaria premessa, individuare i suddetti rapporti.

Dei rapporti di diritto privato dell'amministrazione si è già detto: essi non sono diversi, nella sostanza, dai rapporti tra privati anche se, vuoi per il fatto che si tratta di rapporti pervasi di interesse pubblico (come i contratti pubblici), vuoi perché il principio del buon andamento impone che la formazione della volontà transattiva sia accompagnata da «atti di evidenza pubblica» (18), si registrano deroghe spesso importanti rispetto alle disposizioni di diritto comune; deroghe che però non ne mutano la natura assolutamente privatistica.

Venendo ai rapporti propriamente di diritto pubblico, si può distinguere tra i rapporti in cui viene in gioco il pubblico potere «già esercitato», dai rapporti aventi invece ad oggetto proprio l'«esercizio» del pubblico potere.

I primi presuppongono che l'esercizio del potere da parte dell'amministrazione si sia esaurito e perfezionato in un provvedimento. Si tratta pertanto di rapporti che sorgono quali «effetti» del provvedimento.

(18) Che assolvano alla necessità di rendere palese il quadro problematico del contenzioso, da cui risulti la maggior convenienza della transazione rispetto al contenzioso, anche per escludere responsabilità personali *ex art. 28 Cost.* dei funzionari responsabili «Ma si tratterà – nel rapporto tra le parti – di atti di evidenza pubblica interna, in quanto esauriscono gli effetti in quelli contrattuali. Come tali non saranno sindacabili da parte del soggetto antagonista (ove dovessero limitare o escludere una possibile transazione), ma al più da altri soggetti, eventualmente legittimati al riguardo», quali ad esempio la Corte dei Conti: Greco G., *Contratti e accordi della Pubblica Amministrazione con funzione transattiva (appunti per un nuovo studio)*, in *Dir. amm.* 2005, 236 ss., par. 2, che rimanda a Cons. stato, sez. V, 28 dicembre 2001, n. 6443, in *Cons. Stato*, 2001, I, 2752, in motivazione; Cass. 6 giugno 2002, n. 8190, in *Nuova giur. civ.* 2003, I, 185, con nota di Passalunghi E.

to amministrativo e da questo promanano; effetti che naturalmente non si esauriscono nell'ambito degli effetti desiderati dall'amministrazione che lo ha posto in essere, ma che appunto possono dare vita ad una serie di rapporti tra privati dei quali l'amministrazione non è parte (19). Generalmente la transazione su questi rapporti persegue l'interesse dell'amministrazione alla salvaguardia del provvedimento amministrativo e dei suoi effetti dall'impugnazione da parte del privato, che viene tacitato dietro il riconoscimento di un bene o, più spesso, dietro l'esborso di una somma di denaro o altra utilità.

Il secondo tipo di rapporti ha invece ad oggetto proprio l'esercizio del potere amministrativo. Diversamente dai rapporti che si sono appena descritti, in questi l'oggetto non si riduce agli effetti di un potere amministrativo già esaurito e definito. Viceversa qui il potere amministrativo è ancora in potenza, e oggetto del rapporto con i privati o le altre amministrazioni consiste proprio nelle future modalità di esercizio (o non esercizio) del potere stesso. Potere che spetta all'amministrazione originariamente, ed è ad essa attribuito dalla legge in vista della soddisfazione dell'interesse pubblico. La questione dell'ammissibilità di accordi con cui l'amministrazione si vincola, nei confronti dei privati o di altre amministrazioni, nell'esercizio (o non esercizio) del pubblico potere attiene al dibattito inerente il cd. «contratto di diritto pubblico», inteso come «contratto avente per oggetto proprio lo svolgimento o il non svolgimento di funzioni pubbliche», dibattito essenzialmente rivolto sulla ammissibilità teorica «di una categoria di con-

(19) Si pensi al caso, che sarà prospettato più oltre, del rapporto che può intercorrere tra il privato danneggiato dal provvedimento amministrativo, e pertanto interessato al suo annullamento, e il privato invece favorito dall'interesse pubblico, e pertanto interessato alla sua conservazione.

venzioni in cui sia dedotto in obbligazione l'esercizio stesso della potestà amministrativa» (20).

Nel primo tipo di rapporti il potere amministrativo si è esaurito e concretizzato almeno con riferimento alla soddisfazione dell'interesse speciale e concreto che l'edizione dell'atto voleva perseguire. Le situazioni giuridiche soggettive in gioco che residuano sono, pertanto, da una parte l'interesse dell'amministrazione a che il provvedimento amministrativo che essa assume emesso per la tutela dell'interesse pubblico (generale e specifico) non sia rimosso, dall'altro l'interesse legittimo del privato eventualmente leso dall'atto amministrativo, che egli assume illegittimo, a che questo sia posto nel nulla, oltre al risarcimento del danno.

Nel secondo tipo di rapporti viene in rilievo primariamente la piena sussistenza del potere amministrativo che la pubblica amministrazione «deve» esercitare per il perseguimento dell'interesse pubblico (generale e speciale), oltre all'interesse legittimo del privato a che il potere sia legittimamente esercitato.

La differenza tra le due situazioni è palese. Nella prima l'esercizio del potere si attegga a presupposto, è già avvenuto ed eventuali controversie saranno tese ad accertare se tale esercizio sia stato o meno conforme alla legge. Non è in discussione la spendita del potere amministrativo, ma il suo corretto esercizio nel caso concreto: l'esercizio del potere amministrativo appartiene al passato e si tratterà semmai di regolare gli effetti dell'esercizio del potere. Nella seconda delle rappresentazioni prospettate invece l'amministrazione non ha ancora esercitato il potere. È in discussione proprio l'esercizio in concreto di un potere che le è attribuito

(20) Così Nigro M., *Conclusioni*, in Aa.Vv., *L'accordo nell'azione amministrativa*, a cura di Masucci A., in *Quaderni Formez*, Roma 1988, 86. V. in argomento, per un ampio *excursus* storico, il bel saggio di Greco G., *Accordi amministrativi, tra provvedimento e contratto*, Torino 2003.

originariamente e unilateralmente dalla legge. Un potere che, come si vedrà subito, non è libero ma è doppiamente vincolato. La legge e l'interesse pubblico non sono parametro della correttezza di una vicenda del passato ma sono faro per l'esercizio di una potestà per il futuro.

Si potrebbe dire che nel primo dei rapporti descritti ci si trova di fronte ad una realtà «statica» e rivolta al passato, nel secondo ad una realtà «dinamica» e rivolta al futuro.

2. Disponibilità delle situazioni giuridiche di diritto pubblico

Il modo più proficuo di indagare gli istituti giuridici consiste nell'analisi della reale natura delle situazioni giuridiche soggettive che vengono in rilievo, in modo che le conclusioni che si vanno cercando discendano direttamente dalla collocazione che queste occupano nel sistema. È indubitabile infatti che, ferme restando le possibili divergenze di opinione circa la ricostruzione delle premesse, le conclusioni tratte sulla base dell'armonia del sistema siano quelle maggiormente condivisibili, proprio perché fondate su argomenti difficilmente contestabili.

Ed allora, fissati i rapporti di diritto pubblico ed individuate le situazioni giuridiche soggettive che vengono in rilievo, le conclusioni sulla transigibilità delle posizioni di interesse legittimo discenderanno automaticamente dalla loro collocazione sistematica. Pertanto occorrerà brevemente interrogarsi sulla natura del potere amministrativo e dell'interesse legittimo, al fine di individuare se siano o meno disponibili e pertanto se siano, ed entro quali limiti, transigibili e compromettibili.

3. La disponibilità del potere amministrativo e suoi limiti

Tradizionalmente la dottrina, soprattutto quella anteriore alla l. 241/90, ha riferito l'indisponibilità del potere amministrativo, senza peraltro fornire una qualsivoglia motivazione a questo assunto quasi dogmatico (21). Il potere amministrativo è unilaterale (22), attribuito dalla legge alle pubbliche amministrazioni in casi tassativi e tipici (23) per la tutela e il perseguimento dell'interesse pubblico.

Proprio perché attribuito in vista di uno scopo se ne inferisce che detto potere sia «vincolato» e «doveroso», ossia vincolato alla soddisfazione dell'interesse pubblico quando e se viene esercitato, doveroso nel senso che, laddove ne ricorrano i presupposti, l'amministrazione ha l'obbligo di esercitare il potere per perseguire l'interesse pubblico (24). Ne deriva che l'interesse pubblico condiziona doppiamente il potere amministrativo: questo è conferito all'amministrazione dalla legge «solo» per la soddisfazione dell'interesse pubblico, e può, e deve, essere esercitato «solo» per la soddisfazione dell'interesse pubblico. Se non fosse in gioco l'interesse pubblico il potere non sarebbe stato conferito all'amministrazione, e, una volta conferito, questa non può esercitarlo che per la soddisfazione di quello; altrimenti l'atto sarebbe viziato di eccesso di potere (25). E quindi, ogni volta che si manifesti la necessità di tutelare l'interesse pubblico, l'amministrazione non può che esercitare il potere.

Corollario necessario di queste affermazioni è che l'attribuzione del potere – ossia la *funzione* amministrativa intesa come soddisfazione

(21) Caia G., *Arbitrati e modelli arbitrali*, cit., 199; Id., *Materia compromettibili in arbitrato*, in Aa.Vv., *Arbitrato e pubblica amministrazione*, cit. 1999, 18; De Lise P., *L'arbitrato nel diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1991, 1196;

(22) Ossia di fonte non contrattuale: Corso G., *Manuale di diritto amministrativo*, Torino 2003, 140.

(23) Corso G., *L'attività amministrativa*, Torino 1999, 122.

(24) V. ancora Corso G., *Manuale*, cit., 140 ss.

(25) Greco G., *Accordi amministrativi*, cit., 144.

dell'interesse pubblico – è per l'amministrazione assolutamente indisponibile (26). Il potere è attribuito per il perseguimento di interessi che non sono «dell'amministrazione», ma ne costituiscono il fine istituzionale: applicando quanto si è detto sopra a proposito della disponibilità, in questo caso nemmeno si può parlare di interessi coincidenti e concorrenti con quelli dell'amministrazione, dal momento che nemmeno viene in rilievo un interesse «proprio» della struttura amministrativa; questa infatti è stata creata e si giustifica solo per l'esigenza di soddisfare il pubblico interesse tramite l'esercizio del potere.

Semmai si può dire che l'interesse istituzionale dell'amministrazione coincida con l'interesse pubblico per il quale è stata posta in essere sul piano organizzativo. Il punto fondamentale è però che l'amministrazione non può disporre dell'attribuzione del potere amministrativo, dal momento che la rinuncia impedirebbe *ipso facto* la realizzazione dello scopo per cui è stata creata.

In altre parole l'amministrazione non può certamente vincolarsi verso i privati spogliandosi del potere, obbligandosi cioè a non farne uso per il futuro (27): da un lato violerebbe la legge, dall'altro verrebbero meno i presupposti stessi della sua istituzione sul piano dell'organizzazione (28).

La presenza dell'interesse pubblico e la necessità della sua soddisfazione, «causa» del potere amministrativo (29), lo configurano – dal

(26) Così De Lise P., Delfino B., *Arbitrato e pubblica amministrazione*, in *Arch. giur. oo. pp.* 2000, 2053; De Lise P., *L'arbitrato nel diritto amministrativo*, cit., 1196; Goisis F., *La giustizia sportiva*, cit., 261 s.; Verde G., *Nuove riflessioni su arbitrato e pubblica amministrazione*, cit., 698.

(27) Goisis F., *Op. loc. ult. cit.*; Chirulli P., Stella Richter P., voce *Transazione (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.* 1992, vol. XLIV, 870.

(28) La norma che attribuisce il potere è infatti norma di organizzazione: v. Nigro M., *Giustizia amministrativa*, VI^a ed., Bologna 2002, 99.

(29) Greco G., *Accordi*, cit., 118, 144.

punto di vista dell'attribuzione – come assolutamente indisponibile, dal momento che è proprio quella attribuzione di potere a giustificare l'esistenza dell'amministrazione.

Occorre verificare, però, se, una volta che il potere è stato attribuito all'amministrazione, anche il suo concreto esercizio sia indisponibile.

La legge si limita ad individuare l'interesse pubblico da perseguire e soddisfare, ed attribuire all'amministrazione il potere relativo. Non è infatti possibile – scrive Platone nel *Politico* – che la legge ordini con precisione e per tutti «la cosa più buona e più giusta» indicando ciò che è assolutamente valido: le differenziazioni riscontrabili in concreto tra le cose umane, dovute a variabili spesso nemmeno facilmente individuabili, non consentono l'individuazione di un comando universalmente valido, soprattutto per la disciplina di questioni particolari. Ancora più preciso è Aristotele nell'*Etica Nicomachea*: la legge statuisce prendendo in considerazione *l'id quod plerumque accidit*, pur non disconoscendo l'errore dell'approssimazione e la necessità di integrazione e adattamento al caso concreto. Nondimeno essa è corretta: la causa dell'errore non sta nella legge ma nella natura delle cose. Diviene dunque necessario prevedere dei soggetti incaricati di stabilire nel particolare quello che avrebbe stabilito il legislatore (30).

E così la legge attribuisce all'amministrazione il potere per il perseguimento dell'interesse pubblico, e poi questa concretamente compirà gli atti materiali per il suo perseguimento.

Salvo che la legge stessa preveda analiticamente ogni momento della concretizzazione, per modo che l'amministrazione ha il solo compi-

(30) Platone e Aristotele sono richiamati anche da Corso G., *Manuale*, 146 s.

to di chiudere un sillogismo perfetto (31), l'attività di perseguimento dell'interesse pubblico in concreto è discrezionale, ossia l'amministrazione è lasciata libera di scegliere tra diverse modalità di azione, quella che ritiene più opportuna.

Ebbene, ferma restando l'indisponibilità dell'interesse pubblico (32), e della attribuzione del potere in astratto, che afferiscono a valutazioni di esclusiva competenza del legislatore, le concrete modalità di esercizio del potere discrezionale sono invece disponibili per

(31) Nel qual caso si ha attività vincolata, che taluno ritiene estranea addirittura all'attività amministrativa propriamente detta (Corso G., *Manuale*, cit., 147 s.), dal cui esercizio deriverebbero posizioni di diritto soggettivo e non già di interesse legittimo. Sarebbe corretto parlare di potere solamente se l'amministrazione nell'agire debba compiere una scelta quanto all'assetto degli interessi in gioco; viceversa quando è esclusa ogni possibilità di scelta in relazione a ciascuno degli aspetti del provvedere ma siano riscontrabili solamente posizioni di obbligo, l'attività dell'amministrazione diverrebbe meramente esecutiva di quanto già deciso dalla legge. In tal senso v. Capaccioli E., *Manuale di diritto amministrativo*, Padova 1980, 279; Orsi Battaglini A., *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Studi in ricordo di E. Capaccioli*, Milano 1988, 267.

In senso contrario altri ha peraltro osservato che da un lato anche l'attività vincolata presuppone comunque margini valutativi, quantomeno relativamente ai presupposti (Caringella F., *Corso di diritto amministrativo*, vol. II, IV^a ed., Milano 2005, 1862 ss., cui si rimanda per l'ampia giurisprudenza rassegnata), e dall'altro, in ogni caso, l'effetto non deriverebbe direttamente dalla legge, ma il potere amministrativo resterebbe tale ancorché predeterminato nel contenuto (Casetta E., *Compendio di diritto amministrativo*, VIII^a ed., Milano 2008, 232).

Quest'ultima posizione sembra condivisa dalla giurisprudenza: Cons. Stato 10 dicembre 2007, n. 6344, in *Vita not.* 1157 ss.: «anche in relazione a procedimenti finalizzati alla adozione di provvedimenti di natura sostanzialmente vincolata, come le autorizzazioni in materia edilizia, sussistono fasi in cui l'amministrazione deve esercitare poteri discrezionali, quanto meno sotto il profilo tecnico (attinenti al *quantum*, al *quomodo* ed al *quando* degli adempimenti da eseguire); di conseguenza, anche in relazione a questi procedimenti è ammissibile la stipulazione di un accordo procedimentale, ai sensi dell'art. 11 l. 7 agosto 1990 n. 241, atteso che si tratta di uno strumento di semplificazione, idoneo a far conseguire a tutte le parti un'utilità ulteriore rispetto a quella che sarebbe consentita dal provvedimento finale».

(32) Non appare pertanto corretta l'affermazione di Antonioli M., *Arbitrato e giurisdizione esclusiva*, cit., 68, secondo il quale il mutato quadro normativo avrebbe reso disponibile l'interesse pubblico, e non già solo il concreto esercizio del potere.

l'amministrazione in virtù dell'espresso riconoscimento legislativo della categoria dei «contratti di diritto pubblico» (33).

Come noto infatti l'art. 11 l. 241/90 consente all'amministrazione la conclusione di accordi con gli interessati per determinare il contenuto discrezionale del provvedimento finale, ovvero in sostituzione di questo. Detti accordi, che debbono essere stipulati per iscritto sotto pena di nullità e sono soggetti ai principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili, non possono pregiudicare l'interesse di terzi e sono soggetti alla clausola *rebus sic stantibus*, dal momento che, «per sopravvenuti motivi di pubblico interesse l'amministrazione recede unilateralmente dall'accordo, salvo l'obbligo di provvedere alla liquidazione di un indennizzo in relazione agli eventuali pregiudizi verificatisi in danno del privato». Inoltre la pubblica amministrazione, nel concludere gli accordi, deve sempre tenere in considerazione la necessità del perseguimento del pubblico interesse (34).

La disposizione ha un'importanza fondamentale nell'economia del discorso che si sta affrontando perché consente di lasciar cadere ogni dubbio circa la possibilità per l'amministrazione di vincolarsi nell'esercizio del suo potere, pur con tutti i limiti che la particolarità dell'oggetto impone (35). Ossia, qualora l'interesse pubblico per il quale

(33) Nel senso della disponibilità del concreto esercizio del potere pubblico, ferma restando l'indisponibilità dell'attribuzione del potere v. Verde G., *Nuove riflessioni su arbitrato e pubblica amministrazione*, cit., 698; Romano Tassone A., *Giurisdizione amministrativa e arbitrato*, in *Riv. Arb.* 2000, 249 ss.

(34) Sulla figura, limitandosi alle opere monografiche, oltre già citato saggio di Greco G., *Accordi amministrativi*, cit., si vedano Sticchi Damiani E., *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, Milano 1992; Bruti Liberati E., *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico (tra amministrazione e privati)*, Milano 1996; Civitarese M., *Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa*, Torino 1997; Fracchia F., *L'accordo sostitutivo*, Padova 1998.

(35) Così anche Verde G., *Arbitrato e pubblica amministrazione*, in *Dir. proc. amm.* 1996, 220: «ai nostri fini può essere sufficiente rilevare che nel settore in cui è ammesa la rilevanza degli accordi non è più possibile dire, senza entrare in una vistosa con-

l'amministrazione ha avuto in attribuzione il potere possa essere pienamente perseguito secondo diverse modalità, l'amministrazione può convenire con l'interessato una modalità determinata di esercizio del potere

traddizione con se stessi, che le situazioni coinvolte nel contrasto e definite consensualmente rientrano nell'area dell'indisponibile giuridico».

Nello stesso senso anche Greco G., *Accordi amministrativi*, cit., 293: «orbene, il tradizionale principio invocato in passato per escludere la compromettibilità in arbitrato delle controversie in tema di potestà-interesse legittimo è sempre stato rinvenuto nella non negoziabilità e nella correlativa intransigibilità del potere. Ma tale principio non può essere più fatto valere ora che, con gli accordi – di cui pure gli accordi di programma sono espressione – tale negoziabilità è un dato ormai acquisito».

V. ancora Goisis F., *La giustizia sportiva*, cit., 246: «più di recente, al limite dalla indisponibilità delle controversie pubblicistiche, si è opposto che il dettato dell'art. 11 l. 241/1990 presupporrebbe la normale negoziabilità del potere amministrativo: il che dovrebbe quantomeno indirizzare verso una rimeditazione della sua supposta indisponibilità».

Nello stesso senso v. anche Domenichelli V., *Giurisdizione amministrativa e arbitrato: riflessioni e interrogativi*, cit., 240; Pugliese F., *Poteri del collegio arbitrale*, in Aa.Vv., *Arbitrato e pubblica amministrazione*, cit. 1999, 65.

In giurisprudenza v. TAR Lazio, 3 giugno 2005, n. 4362, in *TAR* 2005, I, 1779: « Anzitutto, non è vero e, anzi, smentito dalla più recente formulazione dell'art. 11 della l. 241/1990 – e, più in generale, degli accordi tra P.A. e privati su questioni attinenti a funzioni autoritative e non soltanto paritetiche – l'assunto attoreo secondo cui non sarebbe compromettibile per arbitri la tutela di interessi legittimi. È assodato in base ai dati testuali che, pure fuori dalla materia sportiva, l'ordinamento generale non solo non esclude, ma anzi incoraggia accordi che coinvolgono siffatte situazioni soggettive, sostituendo la volizione unilaterale della P.A. con assetti negoziati che, pur se rivolti a soddisfare interessi privati, mirano comunque alla massimizzazione di quello pubblico con risultati di pari dignità ed efficacia dell'azione amministrativa di livello pari a quanto si potrebbe ottenere con un provvedimento. Anzi, tali procedure negoziate, già assai comuni in materia concessoria o urbanistica, trovano la loro massima utilizzabilità proprio in vicende contenziose, ove la qualità degli interessi coinvolti, la vasta diffusione delle questioni e la necessità di componimenti *ante causam* o di risoluzione anche in via equitativa delle stesse impongono formule deflative e/o alternative alla giurisdizione, indipendentemente dal tipo di posizioni soggettive fatte valere in via di tutela».

In senso contrario v. Chiti M.P. voce *Arbitrato*, in Aa.Vv., *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da Cassese S., Milano 2006, 406, e De Lise P., Delfino B., *Arbitrato e pubblica amministrazione*, cit., 2053, secondo i quali dalle norme in questione non sarebbe possibile ricavare il principio della generale disponibilità del potere amministrativo, se non in una prospettiva evolutiva, mentre le ipotesi in cui gli accordi sono possibili sarebbero tassative e di stretta interpretazione.

condivisa, vincolandosi in tal senso, e l'ordinamento riconoscerà tale vincolo (36).

Se pertanto all'amministrazione è riconosciuta questa possibilità significa che il potere amministrativo è comunque situazione giuridica soggettiva disponibile «in sé» (37), anche quando l'amministrazione agisce autoritativamente, purché l'interesse pubblico – nel quale il l'attribuzione del potere si giustifica – sia in concreto perseguito. L'amministrazione «può» concludere accordi, ma anche qualora non ritenga di farlo il potere resta comunque nella sua disponibilità, nel senso che non solo ha la possibilità di determinare «per contratto» l'esercizio del suo potere per il futuro, ma anche che – una volta esercitato il potere – può convenire con l'interessato una nuova sistemazione dell'assetto di interessi che ha con-

(36) V. Cons. Stato 20 gennaio 2000, n. 264, in *Foro amm.* 2000, 114 ss.: «qualora la p.a. utilizzi lo strumento contrattuale in luogo di quello provvedimento, ai sensi della l. 7 agosto 1990 n. 241, art. 11, comma 1, per determinare il contenuto di proprie determinazioni o per sostituire provvedimenti amministrativi, l'amministrazione è vincolata al contratto, salva la possibilità dell'esercizio del recesso unilaterale per sopravvenuti motivi di pubblico interesse, giusta le indicazioni del 4 comma dell'art. 11 l. n. 241 cit.».

Non è assolutamente condivisibile quanto affermato da Delsignore M., *La compromettibilità in arbitrato nel diritto amministrativo*, cit., 165, secondo la quale «perché si realizzi la disposizione del potere, è necessario che l'amministrazione riconosca in capo ad un soggetto terzo ed estraneo la capacità di esercitare il potere che le è attribuito». Come si è visto *supra* nel testo, infatti, la disponibilità non si concreta in altro se non nel fatto che l'ordinamento riconosca e dia sanzione – vincolando il giudice – ad un determinato assetto di interessi che le parti si danno. Che poi detto assetto si inserisca o meno in un più ampio rapporto non aggiunge nulla alla nozione di disponibilità. Il potere è disponibile nel senso che l'amministrazione può vincolarsi a sue determinate esplicazioni, cosa che peraltro è la *ratio* degli accordi di diritto pubblico *ex art.* 11 l. 241/90. In nessun modo l'amministrazione riconosce ad altri la capacità di esercitare il proprio potere.

(37) V. così anche Verde G., *Arbitrato e pubblica amministrazione*, in *Dir. proc. amm.* 1996, 215 ss., e in Aa.Vv., *Diritto dell'arbitrato*, cit., 41, il quale afferma che dove è ammessa la rilevanza degli accordi nel corso del procedimento amministrativo, in sostituzione del provvedimento finale, ovvero al fine di determinarne il contenuto, «non è più possibile affermare che le situazioni coinvolte nel contrasto rientrino nell'area dell'indisponibile giuridico», almeno nei casi in cui l'interesse pubblico sia stato integralmente prealutato e non siano successivamente sorte situazioni che ne abbiano successivamente imposto una nuova valutazione.

cretizzato con l'edizione del provvedimento (38). In altre parole una volta esercitato il potere questo resta nella signoria dell'amministrazione, e non è preclusa la possibilità di revocarlo, modificarlo o integrarlo d'accordo con l'interessato, sempre con i limiti indicati dall'art. 11 l. 241/90 (39).

Ecco allora che, per concludere, se certamente l'attribuzione per legge del potere amministrativo è indisponibile dal momento che trova la sua *ratio* nel perseguimento dell'interesse pubblico, il concreto esercizio del potere amministrativo rientra pienamente nella disponibilità dell'amministrazione (40), che può vincolarsi a non esercitarlo, ad esercitarlo in un certo modo piuttosto che in un altro, ovvero in un dato mo-

(38) Non così Pugliese F., *Poteri del collegio arbitrale e provvedimenti amministrativi*, in Aa.Vv., *Arbitrato e pubblica amministrazione*, cit. 1999, 74 ss., secondo il quale il limite della disponibilità del potere sarebbe dato proprio dal ricorso ai moduli consensuali di esercizio del potere, mentre già l'esercizio del diritto di recesso «con la sua carica di interesse pubblico sopravvenuto farebbe riemergere un provvedimento autoritativo (ormai residuale) e discrezionale, la cui sanzione di illegittimità (mediante l'annullamento) non potrebbe che passare attraverso la valutazione del giudizio amministrativo di legittimità (rimanendo sullo sfondo se si tratti o meno di giurisdizione esclusiva)».

(39) Attività ammessa anche in sede processuale: Romano Tassone A., *Giurisdizione amministrativa e arbitrato*, cit., 261.

(40) V., Pugliese F., *Poteri del collegio arbitrale e provvedimenti amministrativi*, in Aa.Vv., *Arbitrato e pubblica amministrazione*, cit. 1999, 77; Greco G., *Contratti e accordi*, cit., n. 4; Goisis F., *Compromettibilità in arbitri e transigibilità delle controversie relative all'esercizio del potere amministrativo*, in *Dir. proc. amm.* 2006, 251.

Condivisibilmente si è notato in Chirulli P., Stella Richter P., voce *Transazione (diritto amministrativo)*, cit., 870, che non è, di regola, dato, con la transazione, rinunciare all'esercizio del potere anche per il futuro, in relazione all'eventuale mutare delle circostanze, ovvero, addirittura, con riguardo a fattispecie diverse (seppure connesse a quella oggetto di transazione). L'amministrazione, infatti, non può spogliarsi delle proprie attribuzioni, ma solo decidere se e come esercitarle in un caso concreto, *rebus sic stantibus*.

V. anche Paolantonio N., *Contributo sul tema della rinuncia nel diritto amministrativo*, Napoli 2003, 95: «quel che è inesauribile, oltre che irrinunciabile, è la funzione non il potere, l'idea della inesauribilità pare riferibile ad entità puramente oggettive, astratte dalla sfera di disponibilità del soggetto giuridico non potendo comunque estendersi tale attribuzione alla teorica delle situazioni giuridiche soggettive per definizione inesauribili...La funzione è correlata non certo ad una situazione soggettiva di potere o potestà sibbene a un dovere giuridico vero e proprio».

mento, purché – in concreto – l'interesse pubblico per il quale il potere era stato attribuito risulti perseguito e soddisfatto. Ancora non si vedono ragioni ostative ad accordi tra amministrazioni e privati per l'esercizio dei poteri di revoca, annullamento d'ufficio e convalida di provvedimenti amministrativi (artt. 21 *quinques* e *nonies* l. 241/90).

Certo il vincolo tra amministrazione e privato non può essere identico ad un vincolo contrattuale tra privati: la natura del potere amministrativo e il suo scopo infatti impediscono che l'accordo possa recare pregiudizio a terzi, e soprattutto la necessità per l'amministrazione di perseguire il pubblico interesse, che sta fuori dell'accordo (41), si porrà sempre come condizione risolutiva dell'accordo, che cadrà non appena l'assetto di interessi cristallizzato si rileverà – per cause sopravvenute – inidoneo al suo perseguimento.

Ciò peraltro non toglie alcunché al fatto della disponibilità del potere amministrativo, almeno se disponibilità significa riconoscibilità da parte dell'ordinamento di una rinuncia o di un vincolo, a prescindere che si inseriscano in un contesto negoziale più ampio, e a prescindere dal fatto che il riconoscimento della loro validità sia sottoposto ad alcune limitazioni.

Che questa sia soggetta a limiti specifici e ben individuabili discende dalla natura particolare dell'oggetto del potere e dal suo scopo primario, ma ciò non intacca minimamente la caratteristica di disponibilità né la natura negoziale dell'accordo sull'esercizio del potere.

Del resto la clausola *rebus sic stantibus* è una clausola abbastanza frequente anche nei contratti di diritto privato; si pensi anche all'istituto della presupposizione: si tratta di casi in cui, nel diritto privato, il mutare

(41) Non è né causa né motivo; cfr Greco G., *Contratti e accordi della pubblica amministrazione con funzione transattiva*, cit., n. 4.

delle circostanze giustifica lo scioglimento del vincolo negoziale per una delle parti. Ma questo non significa che il vincolo sia meno forte (42). Ciò vale anche per i contratti risolutivamente condizionati: non si può dire certo che il vincolo contrattuale sia meno forte solo perché destinato a venire meno al verificarsi di un evento futuro e incerto.

4. *La disponibilità dell'interesse legittimo*

«Ogni studio su temi di giustizia amministrativa si imbatte prima o poi sullo scoglio dell'interesse legittimo, rispetto alla cui controversa nozione è necessario prendere posizione» (43). Si tratta di un'osservazione assolutamente vera, alla quale si può aggiungere che di interesse legittimo esistano tante definizioni quanti sono gli autori che se ne sono occupati, anche perché il dibattito intorno alla figura è inesauribile «perché è collegato al rapporto fra cittadino e p.a., mutevole nel tempo, così che ogni

(42) In senso contrario Delsignore M., *La compromettibilità in arbitrato nel diritto amministrativo*, cit., 166 ss., il ragionamento della quale, peraltro, prende le mosse da una malintesa nozione del concetto di disponibilità come capacità di muovere e cedere a terzi la propria situazione giuridica soggettiva. Pertanto l'impossibilità, innegabile, per l'amministrazione di cedere a terzi *tout court* l'esercizio del potere ne esclude la disponibilità; ulteriore argomento andrebbe individuato proprio nel fatto che i poteri dell'amministrazione di svincolarsi unilateralmente dal vincolo sarebbero a loro volta sintomatici della indisponibilità del potere.

In realtà, come si è visto, dire che il potere amministrativo è disponibile non significa che questa può spogliarsi del potere attribuito dalla legge, ma che può vincolarsi all'atto del suo esercizio accordandosi con i privati, purché l'accordo consenta la miglior realizzazione dell'interesse pubblico. Inoltre che gli accordi sull'esercizio del potere siano conclusi *rebus sic stantibus* non ne diminuisce la validità e vincolatività. Così la già citata Cons. Stato 20 gennaio 2000, n. 264, cit.: «qualora la p.a. utilizzi lo strumento contrattuale in luogo di quello provvedimentoale, ai sensi della l. 7 agosto 1990 n. 241, art. 11, comma 1, per determinare il contenuto di proprie determinazioni o per sostituire provvedimenti amministrativi, l'amministrazione è vincolata al contratto, salva la possibilità dell'esercizio del recesso unilaterale per sopravvenuti motivi di pubblico interesse, giusta le indicazioni del 4 comma dell'art. 11 l. n. 241 cit.».

(43) Greco G., *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Milano 1980, 109.

concezione dell'interesse legittimo finisce con l'essere storicamente determinata» (44).

Ai nostri fini interessa sapere se tale situazione giuridica soggettiva sia o meno disponibile, al fine di verificare se sia possibile che eventuali controversie possano essere risolte mediante transazione o arbitrato. Peraltro, come si è appena fatto con il potere – che costituisce il contraltare dell'interesse legittimo in capo all'amministrazione – per ottenere una risposta che sia soddisfacente occorrerà indagare, sia pur brevemente, sulla sua natura (45).

La definizione tradizionale vede l'interesse legittimo come un interesse individuale strettamente connesso con l'interesse pubblico e protetto dall'ordinamento attraverso la tutela giuridica di quest'ultimo, protetto cioè non in via diretta e specifica ma in via occasionale e indiretta (46). Detta definizione ha peraltro il difetto di non analizzare compiutamente il profilo del modo in cui avviene la tutela dell'interesse individuale e di considerarla come un mero accidente della tutela dell'interesse

(44) Verde G., *Nuove riflessioni su arbitrato e pubblica amministrazione*, cit., 697.

(45) Le posizioni della dottrina relativamente all'indisponibilità dell'interesse legittimo sono le più diverse, come del resto diverse sono le definizioni che se ne danno. La rassegna delle diverse posizioni della dottrina in argomento sarà offerta *infra*, quando si approfondirà l'area della compromettibilità per arbitri nel diritto amministrativo. Per l'intanto bastino Amorth A., *Annotazioni sull'arbitrato nelle controversie amministrative*, cit., 2173; Panzarini G., *Diritti disponibili*, in Aa.Vv., *Arbitrato e pubblica amministrazione*, cit. 1999, 123; Acquarone L., Mignone C., voce *Arbitrato nel giudizio amministrativo*, cit. 367; De Lise P., *L'arbitrato nel diritto amministrativo*, cit., 1169; Chirulli P., Stella Richter P., voce *Transazione (diritto amministrativo)*, cit., 867.

(46) Spagnuolo Vigorita R., *Situazioni soggettive private e processo amministrativo: per l'attuale difesa dell'interesse pubblico*, in *Dir. proc. amm.* 1988, 319; Satta S., *Diritto processuale civile*, 1947, 5; peraltro il Satta preferisce parlare di interesse occasionalmente «leso» piuttosto che di interesse occasionalmente protetto: «La dottrina ha ad un tempo avvertito e misconosciuto questa indissociabile correlazione tra interesse pubblico e situazione soggettiva, quando ha creato la formula di interesse occasionalmente protetto, là dove più giusto sarebbe dire, come ho accennato altre volte, che l'interesse del soggetto è occasionalmente offeso dall'attività della p.a. quando questa non rispetta la legge» Satta S., *La responsabilità per lesione di interessi legittimi*, in Satta S., *Soliloqui e colloqui di un giurista*, Nuoro 2004, 333.

pubblico. Peraltro sembra difficilmente superabile la contraddizione che si ha laddove la tutela dell'interesse legittimo viene individuata in norme dettate per la tutela di un diverso interesse, tanto che si è potuto affermare che gli interessi legittimi «sorgono in relazione a norme che per definizione non si occupano di essi» (47).

Ecco allora che la dottrina, al fine di individuare un'autonoma rilevanza dell'interesse legittimo, ha elaborato nuove nozioni (48). Tra tutte una che ha riscosso un particolare successo è quella che vede nell'interesse legittimo un potere processuale di azione attribuito al soggetto a tutela del suo interesse leso dall'esercizio dell'attività amministrativa (49). Ma anche questa definizione appare incompleta, perché non tiene conto dei poteri né del ruolo che l'ordinamento espressamente riconosce ai privati già all'interno del procedimento.

La tutela del privato, infatti, non si esaurisce nella sola possibilità di impugnare innanzi ad un giudice il frutto dell'azione amministrativa: questi può dare impulso al procedimento, può intervenire nel procedimento, presentare memorie e osservazioni cooperando alla corretta esplicazione del potere, correggendone le deviazioni. L'amministrazione ha l'obbligo di comunicare all'interessato l'avvio del procedimento (art. 7

(47) Guarino G., *Potere giuridico e diritto soggettivo*, in *Rass. dir. pubbl.* 1949, 278.

(48) E così lo si è qualificato come «l'interesse alla legittimità degli atti amministrativi» (Tosato E., *Interesse materiale e interesse processuale nella giurisdizione amministrativa di legittimità*, Padova 1937, 232), l'«interesse di fatto che ogni soggetto fa valere contro l'amministrazione in regime di legalità» (Satta F., *Giustizia amministrativa*, Padova 1997, 152) o come l'«interesse dell'amministrato a che il potere amministrativo, nel quale si imbatte la sua posizione soggettiva sostanziale, venga esercitato nel rispetto delle regole imposte dall'ordinamento all'azione amministrativa» Sandulli A.M., *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli 1980, 107.

(49) Chiovenda G., *Principi di diritto processuale civile*, Napoli 1965 (rist.), 50 e 358; Guicciardi E., *Concetti tradizionali e principi ricostruttivi nella giurisprudenza amministrativa*, in *Arch. dir. pub.* 1937, 15 ss.; Allorio E., *Diritto processuale tributario*, IV^a ed., Torino 1962, 568; Nigro M., *L'appello nel processo amministrativo*, vol. I, Milano 1960, 28 ss.

l. 241/90). Addirittura il privato può, come si è appena visto, concordare con l'amministrazione le modalità di esercizio concreto del potere.

Ecco allora l'autentica cifra dell'interesse legittimo andrebbe ricercata proprio in questa posizione che la legge riconosce al privato nei confronti dell'agire amministrativo in generale.

Posizione che gli dà la possibilità di non essere mero spettatore e destinatario del provvedimento, ma di influire sul corretto esercizio del potere e nel perseguimento dell'interesse pubblico, vuoi partecipando al procedimento ed ivi esercitando i poteri previsti dalla legge, vuoi chiedendo al giudice un sindacato sul corretto esercizio del potere mediante l'impugnazione giudiziale del provvedimento, al fine di provocarne l'espunzione dal sistema qualora ne venga accertata l'illegittimità, ma anche provocando l'esercizio dei poteri di revoca, annullamento o convalida (50).

Si tratta in altre parole di una posizione di cui il privato gode fin da quando all'amministrazione è dalla legge attribuito il potere e che conserva fino a quando lo stesso potere residua e può essere esercitato, anche in via di autotutela o di ripensamento, in caso di sopravvenuti motivi di interesse pubblico o diversa valutazione dell'interesse pubblico originario.

A far data dalla pronunzia delle Sezioni Unite della Cassazione 22 luglio 1999, n. 500 (51) alla lesione dell'interesse legittimo si accompagna

(50) Così Nigro M., *Giustizia amministrativa*, VI^a ed., Bologna 2002, 103, che muta e perfezione il suo precedente avviso: secondo il quale l'interesse legittimo è «*la posizione di vantaggio fatta ad un soggetto dell'ordinamento in ordine ad una utilità oggetto di potere amministrativo e consistente nell'attribuzione al medesimo soggetto di poteri atti ad influire sul corretto esercizio del potere, in modo da rendere possibile la realizzazione della pretesa utilità*» (corsivo dell'Autore).

(51) In *Foro it.* 1999, I, 2487, con note di Palmieri A.M. e Pardolesi R.; *Giornale dir. amm.* 1999, 832, con nota di Torchia L.; *Urb e app* 1999, 1067, con nota di Protto

anche il risarcimento del danno. Sulla qualificazione da riconoscere alla tutela risarcitoria, come noto, è in atto uno scontro tra la giurisprudenza civile e amministrativa: la prima vede nel risarcimento del danno il completamento della tutela che l'ordinamento riconosce all'interesse legittimo (52), la seconda invece vi riconosce un vero e proprio diritto soggettivo condizionato al previo annullamento del provvedimento (53).

Ma a prescindere da questo scontro istituzionale e della natura da riconoscersi al risarcimento del danno da lesione di interesse legittimo, le riferite caratteristiche di questo non possono che far concludere per la sua piena disponibilità (54).

R.; *Arch. civ.* 1999, 1107; *Danno e resp.* 1999, 965, con note di Carbone V, Monasteri P.G.; *Corriere giur.* 1999, 1367, con note di Di Majo A. e Mariconda V.

(52) L'orientamento della cassazione prende le mosse dalle citate ordinanze delle sezioni unite del 15 giugno 2006.

(53) L'orientamento del Consiglio di Stato è più risalente. È stato ribadito dall'Adunanza Plenaria 22 ottobre 2007, n. 12 (cit.), proprio in risposta al *revriment* della Cassazione.

(54) Goisis F., *La giustizia sportiva tra funzione amministrativa ed arbitrato*, cit., 277; Id. *Compromettibilità in arbitri e transigibilità delle controversie relative all'esercizio del potere amministrativo*, cit., 251; Scoca F.G., *La capacità della pubblica Amministrazione di compromettere in arbitri*, in Aa.Vv., *Arbitrato e pubblica amministrazione*, cit. 1991, 106: «non c'è dubbio che l'interesse legittimo sia disponibile. Il problema non è se esso sia disponibile, il problema è semmai se sia disponibile la situazione soggettiva contrapposta all'interesse legittimo, cioè il potere dell'Amministrazione»; Caia G., *Arbitrati*, cit., 199; Id., *Materie compromettibili in arbitrato con la pubblica amministrazione*, in Aa.Vv., *Arbitrato*, cit. 1999, «il limite è rappresentato dalla esistenza nelle fattispecie di una situazione di potere amministrativo, il quale è di per sé inesauribile ed irrinunciabile»; Romano Tassone A., *L'arbitrato*, in Aa.Vv., *Il processo avanti al giudice amministrativo, commento sistematico alla l. 205/2000*, II^a ed., Torino 2004, 525 ss., 532; Villata S.A., *Controversie di pubblico impiego, arbitrato e disapplicazione degli atti amministrativi illegittimi*, in *Riv. dir. proc.* 2000, 803 s.

In senso contrario, ritiene l'interesse legittimo indisponibile in quanto collegato all'esercizio del potere amministrativo Amorth A., *Annotazioni sull'arbitrato nelle controversie amministrative*, cit., 2170; sempre in senso contrario Larchena R., voce *Arbitrato*, cit., 1, il quale afferma l'indisponibilità *tout court* delle posizioni di interesse legittimo, senza peraltro offrire la spiegazione alcuna.

La stessa Cassazione si è espressa ripetutamente nel senso della transigibilità dell'interesse legittimo (inteso come diritto d'azione o comunque di ricorso) in liti «edilizie» tra privati, perché «nessuna disposizione vieta che si possa disporre di detto interesse personale, e che quindi lo stesso possa essere oggetto di transazione, qualifi-

Si tratta infatti di una posizione di vantaggio che è collegata esclusivamente alla salvaguardia degli interessi del titolare, che può rinunciarvi senza ledere interessi coincidenti o concorrenti. Del resto l'ordinamento riconosce e tutela l'interesse legittimo nell'esclusivo interesse del titolare, ben potendo l'amministrazione agire efficacemente anche senza riconoscere alcuna rilevanza alle posizioni del privato. Nel sistema postunitario, infatti, la preoccupazione maggiore del legislatore era proprio nel senso di dettare le «guarentigie dell'amministrazione nei confronti dell'amministrato» (55). Considerazioni di efficienza dell'agire amministrativo hanno consigliato di coinvolgere i privati (56) addirittura rendendo eccezionale l'esercizio autoritativo del potere (57), ma certo anche senza l'intervento di questi gli scopi dell'amministrazione sarebbero comunque perseguibili.

Va peraltro segnalato che, proprio in virtù della definizione che si è scelta, la disponibilità dell'interesse legittimo non si riduce esclusiva-

candosi o come *aliquid datum* o *aliquid retentum*» Così, Cass., sez. un., 22 gennaio 1982, n. 427, in *Riv. giur. edilizia*, 1982, I, 611 ss.

Conformemente, Cass. 11 luglio 1978, n. 3479, in *Foro it.* 1979, I, 820 ss.; Id. 7 maggio 1981, n. 2979; Id. 2 aprile 1982, n. 2030; Cass., sez. un., 27 luglio 2004, n. 1409, in motivazione, che pure ritiene l'art. 6 l. 205/00 preclusivo della arbitrabilità degli interessi legittimi.

(55) La scarsa considerazione che il legislatore aveva per gli interessi legittimi è rappresentata efficacemente dalle parole di Pasquale Stanislao Mancini, pronunciate nel corso dei lavori parlamentari che hanno portato all'approvazione della legge del 1865 di abolizione dei tribunali del contenzioso amministrativo: «...sia pure che l'autorità amministrativa abbia fallito la sua missione, che non abbia provveduto con opportunità e saggezza, sia pure che essa abbia, e forse anche senza motivi, rifiutato ad un cittadino una permissione, un vantaggio, un favore, che ogni ragione di prudenza e di buona economia consigliasse di accordargli, sia pure che esso cittadino è stato di conseguenza ferito, e forse anche gravemente, nei propri interessi: che perciò? Che cosa ha sofferto il cittadino in tutte le ipotesi testè discorse? Semplicemente una lesione degli interessi? Ebbene che vi si rassegni».

(56) Gasparini Cesari V., *Arbitrato e controversie amministrative*, Aa.Vv., *L'arbitrato*, cit., 1021.

(57) Cons. Stato 28 febbraio 2005, n. 727.

mente alla possibilità di rinuncia al ricorso (58), ma anche possibilità di disporre di tutte le prerogative che discendono dall'interesse legittimo nella fase procedimentale e, dopo che il provvedimento è stato reso, anche nella fase successiva, finché revoca, annullamento e convalida sono possibili.

Se pertanto il cittadino rinunciasse alle sue prerogative nel corso del procedimento, o si obbligasse nei confronti dell'amministrazione a non impugnare un provvedimento che ritiene illegittimo, o magari a rinunciare al giudizio, o ancora favorisse la convalida del provvedimento, non si vedrebbero ostacoli al riconoscimento della vincolatività di tale accordo.

Quanto alla fase procedimentale, le possibilità di impulso e partecipazione che sono riconosciute al privato non sembrano altro che il completamento della riconosciuta possibilità dei «contratti di diritto pubblico»: se l'ordinamento riconosce all'amministrazione la possibilità di vincolarsi nei confronti del privato nell'esercizio del suo potere, *a fortiori* deve riconoscersi a quest'ultimo la possibilità di far valere i suoi interessi nel procedimento anche mediante accordi con l'amministrazione.

È vero poi che l'interesse legittimo trova la sua ragion d'essere nel potere. Abbiamo visto infatti che questo sorge come posizione di vantaggio con riferimento ad un'utilità oggetto di potere amministrativo. Ma le sue relazioni col potere finiscono in questa coesistenzialità; ossia, l'interesse legittimo come situazione giuridica soggettiva sorge solamente se è in gioco il potere amministrativo e trova il suo epilogo nell'esaurirsi di questo (59), ma non partecipano l'uno dell'altro.

(58) Goisis F., *La giustizia sportiva tra funzione amministrativa ed arbitrato*, cit., 277.

(59) Si pensi ad esempio al vincolo espropriativo posto sopra un bene immobile. Fino a che perdura il vincolo sul bene il proprietario ha una posizione di interesse legittimo nei confronti dell'autorità espropriante. Ma una volta che il potere ammini-

Ossia, per il resto, si tratta di due posizioni autonome e distinte perché autonoma e distinta ne è la fonte e l'ambito di operatività. Anche se l'interesse legittimo consente al privato di incidere sulla concreta esplicazione del potere, ciò rientra solo nelle prerogative che la posizione di interesse legittimo conferisce al titolare: significa partecipazione al procedimento e non partecipazione alla attribuzione potere (60).

Questo significa anche che l'interesse legittimo si trova in una posizione di alterità rispetto all'interesse pubblico: certamente è possibile che interesse legittimo e interesse pubblico coincidano, ed anzi ciò avviene nella fisiologia delle cose, ma l'interesse legittimo è pur sempre una posizione di vantaggio riferita ad interessi personali del titolare, che può liberamente rinunciarvi senza che l'interesse pubblico ne risenta (61).

5. *La transigibilità delle situazioni giuridiche soggettive di diritto pubblico*

Dopo che si è visto quali sono i rapporti di diritto pubblico, e che si è indagata la natura delle situazioni giuridiche soggettive che vi si riferiscono, appare indubitabile che la transazione sia ammissibile anche nei rapporti di diritto pubblico.

strativo sia venuto meno per qualunque ragione, e con esso il vincolo espropriativo, verrà meno anche l'interesse legittimo del proprietario.

(60) V. in proposito Greco G., *Contratti e accordi*, cit., n. 4; nonché Giannini M.S., *Corso di diritto amministrativo*, vol. III, 2, Milano 1967, 103, ove si sottolinea che la sola amministrazione è titolare del potere/dovere di perseguire l'interesse pubblico.

(61) Non è pertanto condivisibile, perché apodittica, l'affermazione di De Lise P., *L'arbitrato nel diritto amministrativo*, cit., 1196, secondo il quale gli interessi legittimi non sarebbero disponibili «stante la stretta connessione tra queste posizioni e l'interesse pubblico. Manca in questo caso il requisito della disponibilità della *res litigiosa*, non potendosi ritenere disponibile, dalla pubblica amministrazione o dal privato, la legittimità dell'esercizio della pubblica funzione, su cui l'interesse legittimo fonda la propria tutela».

Vista la disponibilità delle situazioni giuridiche soggettive che ne vengono coinvolte, non pare possa essere un argomento sufficiente il fatto che l'art. 1966 c.c. faccia riferimento ai soli «diritti» e non anche ad altre situazioni giuridiche soggettive. Non può infatti essere riconosciuto valore eccessivo ad un'espressione «contenuta in un testo (il codice civile) relativo a diritti soggettivi e che si occupa esclusivamente o almeno prevalentemente di rapporti di diritto privato; è viceversa giustificato ritenere che i diritti soggettivi sono considerati riferimento riassuntivo a tutte le situazioni giuridiche soggettive» disponibili (62).

Peraltro appare pure chiaro come sia scorretto parlare della transigibilità dei soli interessi legittimi, senza considerare che oggetto di concessione può essere anche l'esercizio in concreto del potere amministrativo, nei limiti in cui l'amministrazione può vincolarsi nel loro esercizio.

In particolare se ci si riferisce solamente alla situazione in cui l'amministrazione abbia già concretizzato il suo potere in un provvedimento, si è detto sopra che eventuali accordi transattivi sarebbero diretti a salvaguardare l'atto amministrativo e i suoi effetti, con rinuncia all'impugnazione da parte del privato, che viene tacitato attraverso un sacrificio consistente nella cessione di un bene o, più spesso, dietro l'esborso di una somma di denaro da parte della pubblica amministrazione (63). In questo caso oggetto della concessione è la posizione soggettiva del privato, mentre il potere amministrativo – ormai esercitato – non rilevarebbe nella vicenda transattiva, e le concessioni

(62) Scoca F.G., *La capacità della pubblica amministrazione di compromettere in arbitri*, in Aa.Vv., *Arbitrato e pubblica amministrazione*, cit. 1991, 106; Del signore M., *La compromettibilità*, cit., 120.

(63) Greco G., *Contratti e accordi*, cit., n. 3, il quale peraltro fa notare che dette situazioni sono le uniche prese in considerazione dal Guicciardi proprio perché questi riteneva inammissibile la possibilità per l'amministrazione di vincolarsi nell'esercizio del potere.

dell'amministrazione consisteranno nel riconoscimento di una somma di denaro o altra utilità.

Certo l'amministrazione potrebbe, dopo la conclusione della transazione, annullare comunque l'atto amministrativo che ne costituiva l'oggetto, ovvero sostituirlo con un altro, se ciò è richiesto da un mutamento delle circostanze per il perseguimento dell'interesse pubblico, anche assecondando le istanze del privato. Ma quanto alla vicenda transattiva le concessioni dell'amministrazione non hanno ad oggetto il potere amministrativo.

Diversamente, nel caso in cui la transazione avvenga quando il potere amministrativo non è stato ancora nel concreto esercitato, le rinunzie e le concessioni non potranno che riguardare da un lato l'interesse legittimo del privato dall'altro l'esercizio (o il non esercizio) del potere amministrativo. Il rapporto che scaturisce dal contratto di transazione sarà pertanto un rapporto di diritto pubblico, ossia, in altre parole, la transazione sarà «inquadabile nella categoria dei contratti di diritto pubblico» *ex art. 11 (e 15) l. 241/90* (64).

Pertanto più corretto è parlare di transazione sui rapporti di diritto pubblico, salvo poi specificare quale sia la natura del rapporto di volta in volta coinvolto. Rifacendosi a categorie già elaborate da autorevole dottrina si può parlare, nel primo caso, di «transazioni di diritto privato aventi ad oggetto rapporti di diritto pubblico» e, nel secondo caso, «transazioni di diritto pubblico» (65): nel primo caso la transazione avrà natura di contratto di diritto privato dal momento che l'oggetto delle concessioni attiene pienamente al diritto privato; nel secondo caso si avrà in vero e proprio contratto di diritto pubblico *ex art. 11 l. 241/90*, dal momento

(64) Greco G., *Contratti e accordi*, cit., n. 4

(65) Greco G., *op. cit.*, *passim*.

che le concessioni possono avere ad oggetto l'esercizio del potere amministrativo (66).

Ecco allora che può finalmente dirsi sciolta la riserva formulata nel precedente capitolo circa le effettive potenzialità della transazione nel diritto amministrativo.

Lo stesso sciolta può dirsi la riserva che si era formulata a proposito della procedura di precontenzioso in sede di gara di cui all'art. 6, comma 7, lettera *n*) del codice degli appalti, ossia se fosse possibile per l'amministrazione cristallizzare in un atto avente contenuto transattivo l'assetto di interessi come ricostruito dall'Autorità per i contratti pubblici nel parere non vincolante. Anche in quel caso la stazione appaltante e il concorrente ben possono concludere un accordo transattivo che vincoli il futuro esercizio del potere amministrativo nel corso della gara alla interpretazione offerta dalla autorità.

Naturalmente il fatto che la procedura di gara si svolge in confronto di più soggetti concorrenti detto accordo non potrà risolversi in un danno nei confronti di questi (67).

(66) T.A.R. Veneto, sez. I, 24 maggio 2000, n. 1107, in *Riv. amm. Veneto* 2002, 103 ss.

(67) E quindi un accordo che consenta all'impresa illegittimamente esclusa di partecipare alle successive fasi della gara è certamente ipotizzabile, lo stesso non può dirsi di un accordo tra la stazione appaltante e un concorrente finalizzato alla esclusione di un altro concorrente determinato.

Né potrebbe essere ritenuto ammissibile un accordo che abbia l'effetto di rendere maggiormente restrittivi (anche solo sul piano interpretativo) i requisiti di partecipazione alla gara o le valutazioni per l'attribuzione dei punteggi utili ai fini dell'aggiudicazione.

Il parere dell'Autorità reso tra stazione appaltante e concorrente potrebbe essere utilizzato anche al fine di raggiungere un accordo transattivo tra due concorrenti alla medesima gara, al fine ad esempio di ottenere la rinuncia all'impugnazione del bando o dell'aggiudicazione. In tal caso, peraltro, la transazione intercorrendo tra soggetti privati sarà necessariamente avulsa da aspetti pubblicistici e ricadrà *in toto* nella fattispecie dell'art. 1965 c.c.: la transazione sarà novativa rispetto alla controversia ma non rispetto al rapporto sostanziale di diritto pubblico che permane immutato, ed anzi risulterà rafforzato (v. Greco G., *Contratti e accordi*, cit., n. 3).

SEZIONE SECONDA – *La compromettibilità per arbitri*

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. La compromettibilità delle controversie su diritti soggettivi rientranti nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo – 3. L'art. 6, comma 2, l. 205/00 – 4. L'effettivo ambito della compromettibilità alla luce dei recenti *revirement* giurisprudenziali, in particolare il problema della pregiudiziale amministrativa – 5. La compromettibilità delle situazioni giuridiche soggettive di diritto pubblico: potere amministrativo e interesse legittimo – 6. Ricostruzione sistematica dell'arbitrato sulle situazioni giuridiche di diritto pubblico e della potestà degli arbitri di annullamento dei provvedimenti amministrativi – 7. La disapplicazione.

1. *Premessa*

Fino ad adesso si sono indagate le situazioni giuridiche soggettive che possono darsi nel diritto amministrativo al fine di verificare la possibilità di farne oggetto di un rapporto transattivo. Si è dato fino ad ora per assunto che la disponibilità delle situazioni giuridiche coinvolte fosse il solo e comune criterio che consentisse di individuare gli esatti confini della transigibilità e della arbitrabilità.

Si è individuato l'*ubi consistam* della disponibilità nel riconoscimento che l'ordinamento dà alla rinuncia o al vincolo ad una situazione giuridica soggettiva, rinuncia e vincolo che possono essere semplici ovvero, come nella transazione, inserite in un rapporto negoziale più ampio.

Si è visto altresì che l'indisponibilità è da ricollegarsi vuoi alla concorrenza o coincidenza di interessi superiori o uguali a quello del titolare, vuoi al fatto – come negli *status* – che la legge riconnette automaticamen-

te effetti giuridici all'esistenza di determinati presupposti di fatto precisamente indicati, senza che vi concorra la volontà delle parti.

Con riguardo ai rapporti di diritto pubblico si è visto che mentre l'attribuzione del potere amministrativo è da considerarsi assolutamente indisponibile, lo stesso non può dirsi per l'esercizio in concreto del potere discrezionale.

L'interesse legittimo è invece assolutamente disponibile proprio perché consiste nell'attribuzione di una posizione di vantaggio nell'esclusivo interesse del titolare e non ha altri punti di contatto con il potere pubblico se non nel fatto che si giustifica in quello.

Si è concluso che pertanto accordi transattivi sono ben possibili tra privati e amministrazioni, non solo se hanno ad oggetto diritti soggettivi, ma anche quando riguardino posizioni di interesse legittimo; addirittura quando la lite riguardi l'esercizio del pubblico potere: l'amministrazione può dedurre in transazione anche il suo vincolarsi ad esercitare in un certo modo il potere amministrativo discrezionale, ovvero a non esercitarlo, purché il risultato del vincolo consenta comunque il perseguimento dell'interesse pubblico.

Dati per fermi questi dati, occorrerà ora vedere quali siano i limiti alla arbitrabilità delle controversie amministrative.

Come detto anche l'art. 806 c.p.c., come risultante dall'ultima riforma, pone come unico limite all'arbitrabilità la disponibilità del diritto oggetto della lite, salvo espressa disposizione di legge in senso contrario. Sembrerebbe pertanto agevole concludere che l'area dell'arbitrabilità coincida perfettamente con quella della transigibilità che si è poco sopra cercato di delimitare (salvi aspetti peculiari dei due istituti differenti).

E pertanto sembrerebbe potersi concludere agevolmente che, come l'amministrazione può dedurre in transazione l'esercizio del potere

per il futuro, obbligandosi ad esercitarlo (o riesercitarlo) in un certo modo, lo stesso potrebbe rimettere la questione controversia agli arbitri, che a loro volta potrebbero deciderla anche annullando i provvedimenti amministrativi dai quali la lite è sorta. E così anche con riguardo alle controversie in materia di interessi legittimi.

In realtà si vedrà che, pur restando chi scrive nella convinzione che arbitrabilità e transigibilità abbiano entrambi il comune presupposto nella disponibilità della situazione giuridica dedotta in giudizio, e che quello che le parti possono fare con la transazione possono ottenerlo anche mediante il *dictum* degli arbitri, a causa di una malintesa interpretazione del rapporto tra l'arbitrato e la giurisdizione, e soprattutto a causa della infelice formulazione dell'art. 6 l. 205/00, il problema della arbitrabilità delle situazioni giuridiche soggettive di diritto amministrativo è stato in dottrina e giurisprudenza estremamente complicato, soprattutto con riferimento alle controversie riguardanti diritti soggettivi rientranti nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Quanto poi alle controversie relative ad interessi legittimi, o comunque coinvolgenti il pubblico potere, mentre la giurisprudenza è fissa in posizioni di netta chiusura, le posizioni della dottrina sono certamente più varie. Rare sono poi le prese di posizione circa il potere degli arbitri di incidere sui provvedimenti amministrativi, provocandone l'annullamento ovvero disapplicandoli.

2. La compromettibilità delle controversie su diritti soggettivi rientranti nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo

Come noto, fino alla legge 205/2000 le controversie relative a diritti soggettivi rientranti nella giurisdizione esclusiva del giudice ammini-

strativo erano tradizionalmente ritenute non arbitrabili vuoi dalla giurisprudenza civile, vuoi dalla giurisprudenza amministrativa assolutamente dominanti.

Prevalentemente l'incompromettibilità veniva desunta dalla considerazione, alquanto opinabile, che voleva l'arbitrato strumento «alternativo» alla sola giurisdizione civile ordinaria, sicché quando la lite fosse rientrata tra quelle devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, il ricorso all'arbitrato avrebbe significato un'inammissibile deroga al rapporto tra le giurisdizioni voluto dal legislatore (1), e pertanto la clausola compromissoria o il compromesso eventualmente stipulati erano considerati irrimediabilmente nulli (2).

Sotto un altro profilo l'inarbitrabilità veniva ricondotta alla sopravvenuta indisponibilità dei diritti soggettivi che il legislatore aveva ricondotto alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. In altre parole l'attribuzione da parte del legislatore alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo di singole materie sarebbe un provvedimento di ordine pubblico capace di superare, o quantomeno limitare, la disponibilità delle situazioni giuridiche soggettive coinvolte. Inoltre l'intimo intreccio con le posizioni di interesse legittimo (date per indisponibili) a-

(1) A titolo di esempio si vedano Cass. 4 luglio 1981, n. 4360, in *Foro it.* 1981, I, 1860, con nota di Barone C.M.; Id., 10 dicembre 1981, n. 6517; Id., 24 settembre 1982, n. 4934; Id. 12 ottobre 1983, n. 5924; Id. 18 gennaio 1984, n. 406; Id. 18 gennaio 1984, n. 404; Id. 9 aprile 1987, m. 3490; Id. 16 ottobre 1989, n. 4145, in *Rass. avv. Stato* 1989, I, 327 ss.; Id., 29 agosto 1989, n. 3818; Id., sez. un., 3 dicembre 1991, n. 12966, in *Foro it.* 1993, I, 3367; Id. 10 luglio 1995, n. 7643.

Nello stesso senso anche la prevalente giurisprudenza amministrativa: Cons. Stato 20 dicembre 1997, n. 1872; Id., 12 febbraio 1996, n. 148; TAR Piemonte 4 dicembre 2000, n. 1270; TAR Lazio 8 maggio 1981, 95;

(2) Cons. Stato 4 maggio 2004, n. 2726; Cass., sez. un., 10 dicembre 1993, 12166, in *Foro it.* 1994, I, 2472 ss.; Cons. Stato 13 febbraio 1996, n. 148; Cass., sez. un., 19 febbraio 1999, n. 79; Id. 10 maggio 2001, n. 190, in *Giur. it.* 2001, 2377 ss.; TAR Lazio 2 novembre 1983, n. 325.

vrebbe avuto l'effetto di limitare anche la disponibilità delle situazioni di diritto soggettivo.

Ancora se si fosse ammessa l'arbitrabilità delle controversie in materia di diritto soggettivo ciò avrebbe significato anche il ripristino della distinzione tra le due situazioni giuridiche soggettive che proprio la norma che le attribuiva entrambe al giudice amministrativo aveva voluto superare (3).

Altro argomento ritenuto preclusivo alla arbitrabilità aveva invece carattere tecnico e riguardava il problema del coordinamento delle competenze giurisdizionali collegate all'arbitrato, non solo con riferimento alla impugnazione del lodo, ma anche a tutte le altre situazioni in cui la disciplina dell'arbitrato prevede l'intervento del giudice (4). Si affermava che una volta ammessa la compromettibilità di controversie su materie deferite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo «l'eventuale impugnazione per nullità del giudizio arbitrale e della relativa sentenza, ove accolta dal giudice ordinario competente, imporrebbe che questi provvedesse anche nel merito della controversia deferita agli arbitri (art. 830 c.p.c.), conseguenza non solo in contrasto con la coerenza generale del sistema, ma anche con la norma istitutiva della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo» (5).

Le conclusioni cui giungeva la giurisprudenza prevalente erano condivise anche da parte della dottrina: «tanto la istituzione di una giuri-

(3) Così Cass., sez. un., 11 aprile 1990, 3075, in *Riv. arb.* 1991, 275, la quale precisa che ammettere la deferibilità ad arbitri delle controversie relative a diritti, che si pretendono lesi dal provvedimento concessorio, non soltanto imporrebbe che la distinzione tra diritti e interessi permanga nella materia in violazione dell'art. 5, l. 1034/71, che è provvedimento d'ordine e di interesse pubblico, ma autorizzerebbe una deroga alla concentrazione di tutte le controversie nella giurisdizione amministrativa che è stata dal legislatore ritenuta la più idonea.

(4) Problemi questi che peraltro ancora oggi si pongono, come si è già accennato e come si vedrà meglio nel prossimo capitolo.

(5) Cass., sez. un., 10 dicembre 1993, 12166, in *Corriere giur.* 1994, 599 ss.

sdizione speciale costituisce deroga alla ordinaria competenza, ma che, per essere la questione della competenza degli arbitri solo un aspetto della competenza del giudice ordinario, quando questa sia esclusa, è conseguentemente esclusa la competenza degli arbitri e l'efficacia del compromesso» (6); e ancora «la legge che istituisce la giurisdizione speciale abbraccia tutta una determinata categoria di interessi regolando la materia ed istituendo un apposito giudice avente per unico compito di esercitare la giurisdizione proprio in ordine a quella determinata materia con esclusione del giudice ordinario e, a maggior ragione, del giudice particolare “arbitri-pretore”», e ciò soprattutto perché la legge istitutiva della giurisdizione speciale «è un provvedimento di ordine pubblico che supera il carattere di disponibilità in materia di diritto attribuito alle parti» (7).

Altri autori, pur non condividendo la posizione della giurisprudenza sulla impossibilità di derogare con l'arbitrato la giurisdizione amministrativa né l'assunto secondo cui la devoluzione al giudice amministrativo avrebbe reso indisponibili le situazioni giuridiche soggettive coinvolte, per negare l'arbitrabilità dei diritti soggettivi devoluti alla giurisdizione esclusiva ritiene addirittura decisivo l'argomento secondo cui la devoluzione alla corte d'appello dell'impugnazione del lodo darebbe luogo ad un'inammissibile deroga al riparto di giurisdizione voluto dal legislatore (8).

(6) Così Vecchione R., *L'arbitrato nel sistema del processo civile*, Milano 1972, 232.

(7) Schizzerotto G., *Dell'arbitrato*, 3^a ed., Milano 1988, 65. Nel senso degli Autori citati v. anche Carleo R., *Controversie non compromettibili*, in Aa.V.v., *Dizionario dell'arbitrato*, a cura di Irti N., Torino 1997, 265.

(8) Così Caia G., *Arbitrati e modelli arbitrali*, cit., 205 «laddove la legge prevede la giurisdizione esclusiva, ogni intervento dell'autorità giudiziaria ordinaria risulta precluso perché norme di legge siffatte sono formulate in modo da non autorizzare il “ri-taglio” di competenza a favore del giudice ordinario per quanto riguarda ipotetiche sentenze arbitrali e loro impugnazioni». Nello stesso senso anche Acquarone L., Mignone C., voce *Arbitrato nel giudizio amministrativo*, cit., 371.

Tuttavia non sono mancate pronunzie, soprattutto del giudice amministrativo, che, affrontando il problema in materia di contratti accessivi a rapporti di concessione, hanno ammesso la validità della clausola compromissoria, con deroga alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, quando si trattasse di questioni aventi ad oggetto situazioni di diritto soggettivo perfetto suscettibili di transazione (9).

Ma la presa di posizione più importante nel senso della compromettibilità dei diritti soggettivi, ancorché rimessi ad una giurisdizione speciale, risale a Cass., sez. un., 5 agosto 1948, n. 1384, Pres. Ferrara, Est. Piacentini (10). La controversia decisa dalla Suprema Corte aveva ad oggetto la revisione prezzi in un contratto misto tra concessione e appalto, rimessa dall'art. 4 r.d. 13 giugno 1940, n. 901 alla giurisdizione esclusiva del Ministro della Guerra.

Secondo le Sezioni Unite «si potrebbe obiettare che non sono compromettibili le vertenze, per la cui risoluzione sia stato, dal legislatore, predisposto un organo giurisdizionale speciale, come nel caso attuale. Ciò non è esatto. Non esiste, né nel nostro diritto processuale, né nel nostro diritto sostanziale, un principio generale, in base al quale dovrebbe escludersi la compromettibilità delle vertenze devolute ad un organo giurisdizionale speciale». Se peraltro detto principio non esiste, ne esiste invece uno diverso: «dall'art. 806 cod. proc. civ., per contro, si deduce un principio generale diverso; e, cioè, che sono compromettibili tutte le controversie, eccettuate quelle tassativamente indicate nell'art. 806; ed, in

(9) TAR Lombardia, sez. Brescia, 2 settembre 1993, n. 715, in *Giust. civ.* 1994, I, 1727; Id. 25 marzo 1980, n. 33, in *Foro amm.* 1980, I, 1019; TAR Piemonte 28 giugno 1978, n. 352, in *Giust. civ.* 1979, II, 154, che ritiene rilevante la distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi nonostante in materia di concessione, l'art. 5 l. 1034/71 rimettesse tutto alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo dal momento che solo i primi possono essere rimessi alla cognizione degli arbitri.

(10) In *Foro it.* 1948, I, 820 ss.

particolar modo, quelle non transigibili, perché relative a diritti indisponibili» (11).

La chiarezza e la semplicità del ragionamento delle Sezioni Unite, che sostanzialmente individuano gli unici effettivi limiti alla compromettibilità nella lettera e nei principi ricavabili dall'art. 806 c.p.c., hanno gettato le basi per l'elaborazione dottrina prevalente che non ritiene che dalla norma attributiva della giurisdizione siano ricavabili altri limiti ulteriori, oltre alla indisponibilità, per la compromettibilità in arbitrato dei diritti soggettivi.

Già Virgilio Andrioli ricordava che la «fondamentale dicotomia» tra diritti soggettivi e interessi legittimi informa il riparto di giurisdizione tra giurisdizione civile e giurisdizione amministrativa affondando le sue radici nel diritto sostanziale e non si esaurisce solamente nella ripartizione dei poteri tra giudici appartenenti ad un diverso ordine, allo stesso modo «l'assegnazione di classi di controversie alle superstiti giurisdizioni speciali civili non incide in alcun modo sulla qualifica di diritto, propria della *res in iudicium deducta*, allo stesso modo che la situazione subbiettiva del cittadino non cessa di essere interesse legittimo sol perché la *cognitio*

(11) Il *revriment* delle Sezioni Unite, che apriva alla compromettibilità dei diritti soggettivi ancorché rientranti in materia rimessa alla cognizione di un giudice speciale, non è durato neanche lo «spazio di un'estate». Infatti già il 26 agosto (in *Foro it.* 1949, I, 136 ss.) dello stesso anno le stesse Sezioni Unite (Pres. Ferrara, Est. Anichini) sono tornate sui loro passi: «...deve dirsi che è inammissibile la deroga della clausola compromissoria convenzionale dalla giurisdizione speciale. La legge che questa istituisce abbraccia infatti tutta la materia: e l'organo giurisdizionale, che ne deriva funzioni e disciplina, assorbe e generalizza, nella sua essenza, anche il principio dell'arbitrato: cioè lo esclude».

Va segnalato peraltro che in tempi più remoti la questione *de qua* non si poneva neanche: v. Cass. 20 maggio 1936, *Foro it.* 1936, I, 977; Cons. Stato, sez. IV, 2 febbraio 1938, *Foro it.* 1938, III, 57, con nota di Forti U. che giungono a conclusioni opposte circa il giudice competente per l'impugnazione del lodo in controversie rientranti nella giurisdizione esclusiva, senza porsi il problema della compromettibilità della controversia.

ne è affidata ad una giurisdizione speciale amministrativa e non al Consiglio di Stato, quale giudice esclusivo» (12).

In altre parole, quale che sia il giudice cui il legislatore ha ritenuto di devolvere la controversia, questa non muta per ciò solo natura. Ed è proprio alla natura dell'oggetto della controversia che occorre fare riferimento per individuare i limiti dell'arbitrabilità; infatti «chi rivolga attenzione agli art. 806 e 808, rileva che queste norme considerano, nel valutare la validità del compromesso, la *res in iudicium deducta* (...) e ne induce che il carattere inderogabile della competenza del giudice, significando non già che il diritto fatto valere sia sottratto alla disponibilità delle parti, sibbene che un giudice è preferito ad ogni altro per la cognizione della causa, non incide negativamente sulla validità del compromesso». Il parametro per la validità del compromesso quindi non può essere dato dall'art. 37 c.p.c., che è norma che regola i rapporti tra le giurisdizioni ed è estraneo alla materia arbitrale, ma va ricercato nell'art. 806 (13).

(12) Andrioli V., *Procedura arbitrale e regolamento di giurisdizione*, in *Foro it.* 1956, I, 484.

(13) Sullo stesso argomento si veda anche dello stesso Andrioli V., *Commento al codice di procedura civile*, III^a ed., vol. IV, Napoli 1964, 761 s.; nello stesso senso ritengono che l'attribuzione di una vertenza ad una giurisdizione speciale non ne comporti l'indisponibilità e che il limite alla compromettibilità vada cercato nella indisponibilità sostanziale della *res in iudicium deducta* Satta S., *Commentario al codice di procedura civile*, vol. IV, tomo II, Milano 1971, 199 ss.; Punzi C., *Disegno sistematico dell'arbitrato*, cit., 252; Amorth A., *Annotazioni sull'arbitrato nelle controversie amministrative*, cit., 2173; Domenichelli V., *Giurisdizione amministrativa e arbitrato: riflessioni e interrogativi*, cit., 238; Fazzalari E., *L'arbitrato nell'attività della Regione*, cit., 370; Id., *L'arbitrato*, Torino 1997, 123; Selvaggi C., *L'arbitrato nelle controversie devolute alla giurisdizione amministrativa*, in *Riv. arb.* 1992, 455; Consolo C., *Sul «campo» dissodato della compromettibilità per arbitri*, in *Riv. arb.* 2003, 249; Cecchella C., *L'arbitrato*, Torino 1991, 15; Cassese S., *L'arbitrato nel diritto amministrativo*, cit., 325; Pugliese F., *Poteri del collegio arbitrale e provvedimenti amministrativi*, in *Aa.Vv.*, *Arbitrato e pubblica amministrazione*, cit. 1999, 71; Scoca F.G., *La capacità della pubblica amministrazione di compromettere in arbitri*, in *Aa.Vv.*, *Arbitrato e pubblica amministrazione*, cit. 1991, 105; Barrella A., *Incompatibilità tra giurisdizione amministrativa e arbitrato*, in *Riv. arb.* 2000, 203 ss.; Vaccarella M., *Arbitrato e giurisdizione esclusiva*, Torino 2004, 10; Barone C.M., in nota redazionale a Cass., sez. un., 4 luglio 1981, in *Foro It.* 1981, 1860.

Ma soprattutto non può essere condivisa l'affermazione della giurisprudenza secondo cui l'arbitrato sarebbe strumento alternativo alla sola giurisdizione civile e non anche ad altre giurisdizioni, e che la deroga alla giurisdizione – in che consiste l'arbitrato – è possibile solamente nei confronti della giurisdizione civile, e non anche quando la giurisdizione spetti al giudice amministrativo. Né che l'arbitrato non sarebbe possibile perché al momento della impugnazione del lodo si opererebbe un trasferimento di competenza ad un giudice che, se non ci fosse stato il patto compromissorio, sarebbe stato privo di giurisdizione.

Il problema della impugnabilità del lodo, insieme a quello delle competenze giurisdizionali collegate all'arbitrato, si pone ancora oggi e se ne parlerà approfonditamente *infra*. Per il momento basti dire che certamente il problema di individuare il giudice che sarà dotato di giurisdizione per l'impugnazione del lodo è un inconveniente squisitamente tecnico e certamente non può essere usato come argomento per dimostrare la diminuita compromettibilità di una situazione giuridica soggettiva. Come si è visto il parametro della compromettibilità va ricercato nelle disposizioni che la disciplinano, non altrove; *adducere inconvenientes non est producere consequentias* (14).

Va d'altro canto rilevato, senza voler ampliare il discorso a questioni troppo elevate per essere trattate *obiter*, che l'arbitrato *in sé* non è un modo di soluzione delle controversie alternativo alla «giurisdizione civile» *in sé* considerata. Occorrerebbe infatti primariamente dimostrare che la giurisdizione civile, nel nostro sistema, costituisca in effetti lo strumento ordinario di soluzione delle controversie. E allora, se così fosse, certa-

(14) Verde G., *L'arbitrato e la giurisdizione ordinaria*, in Aa.Vv., *Diritto dell'arbitrato*, Torino 2005, 37.

mente l'arbitrato sarebbe uno strumento di deroga ad una funzione esclusiva dello Stato.

È stato giustamente osservato che il rapporto tra giurisdizione e arbitrato è rapporto conflittuale nella misura in cui il giudice dello Stato è abituato a considerare la giurisdizione un «monopolio» dello Stato, che pertanto non può essere né derogata né delegata ad altri. Vale a dire che anche il concetto stesso di «deroga alla giurisdizione», ovvero di «strumenti alternativi» alla giurisdizione per la risoluzione delle controversie, muta a seconda del ruolo che il potere giurisdizionale occupa nell'ordinamento; e più precisamente se la giurisdizione venga considerata un potere dello Stato, requisito ed effetto della sua Sovranità, ovvero un servizio che lo Stato stesso offre ai cittadini (15).

In altre parole, fermo restando che l'amministrazione della giustizia resta pur sempre espressione di un potere dello Stato, quest'ultimo ha un dovere, costituzionalmente previsto (artt. 24, 102, 111 Cost.), e non una prerogativa. Tanto è vero che le norme della Costituzione attribuiscono ai cittadini il «diritto» di azione e individuano nella magistratura l'apparato attributivo del potere giurisdizionale, non creano prerogative, privilegi o monopoli, pure conosciuti nella storia (16).

(15) Così Verde G., *Nuove riflessioni su arbitrato e pubblica amministrazione*, cit., 695 s. Sull'evoluzione e sulla mutevolezza del concetto di «giurisdizione» come potere dello Stato v. Giannini M.S., Piras A., voce *Giurisdizione amministrativa*, in *Enc. dir.*, vol. XIX, Milano 1970, 229 ss.; Satta S., voce *Giurisdizione (nozioni generali)*, *ibidem*, 218 ss.; Picardi N., *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, Milano 2007, *passim*, spec. 105 ss.; Id., *La vocazione del nostro tempo per la giurisdizione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2004, 41 ss.; Verde G., *Sul monopolio dello Stato in tema di giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.* 2003, 371 ss.

(16) L'amministrazione della giustizia era – tra il medioevo e l'età moderna – prima che un servizio, un affare. Non sono mancati casi in cui il monopolio della giurisdizione era funzionale non già alla salvaguardia della sovranità del potere di riferimento, ma della rendita che dalla giurisdizione conseguiva. Per un *excursus* storico si vedano Ascheri M., *Tribunali, giuristi e istituzioni*, Bologna 1999; Id., *I diritti del medioevo italiano*, Roma 2000; Marani G., *Aspetti negoziali e aspetti processuali dell'arbitrato*, Torino

Ne consegue che l'arbitrato è alternativo alla giurisdizione non nel senso che vi deroga perché questa è il normale modo di risoluzione delle controversie, ma nel senso che è semplicemente uno strumento lecito per risolvere le controversie, al pari di tutti gli altri strumenti leciti, che siano negoziali o che si fondino sulla semplice fiducia.

Altrimenti si dovrebbe affermare che anche con la transazione si espropria lo Stato di un suo potere, e lo stesso quando una lite viene composta amichevolmente «tra galantuomini». Francamente sembra esagerato dire che una stretta di mano integri una deroga alla giurisdizione.

È allora evidente che le parti, scegliendo l'arbitrato, decidono di non avvalersi del servizio che lo Stato (deve) mette(re) a loro disposizione – ossia l'apparato giurisdizionale – per litigare secondo regole che loro stesse si danno mantenendo la controversia al di fuori della giurisdizione statale. E lo Stato, tanto riconosce questa loro libera e consapevole scelta, che la favorisce disciplinandola; ossia seppure l'arbitrato è un *quid* di diverso e antitetico rispetto alla «giurisdizione» (17), nondimeno non è irrilevante per lo Stato (18).

Ecco allora che la concezione, viva in giurisprudenza, dell'arbitrato come strumento alternativo rispetto alla sola giurisdizione civile è priva di qualsiasi fondamento logico sistematico. L'arbitrato è uno strumento di risoluzione delle controversie fondato sull'autonomia privata. Come tale l'ordinamento lo riconosce e lo disciplina, e attribuisce

1966; Martone L., *Arbiter-Arbitrator. Forme di giustizia privata nell'età del diritto comune*, Napoli 1984; nonché il già citato Picardi N., *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*.

(17) V. ad esempio Cass. 25 giugno 2002, n. 9281, in *Foro it.* 2002, I, 2299, con nota di Barone C.M., che proprio in ragione della antinomia tra arbitrato e giurisdizione ritiene inammissibile l'esperimento del regolamento di competenza. Strumento che peraltro è espressamente escluso anche oggi.

(18) Sul punto, e sui rapporti tra la «giurisdizione arbitrale» e la «giurisdizione statale», nonché sui significati del termine «giurisdizione», si veda il fondamentale saggio di Verde G., *Pubblico e privato nel processo arbitrale*, in *Riv. arb.* 2002, 633 ss.

sanzione (ossia vincolatività) tanto all'accordo compromissorio quando al lodo – sempreché la controversia abbia ad oggetto diritti disponibili – esattamente come attribuisce sanzione a tutti gli atti di autonomia privata che in qualche modo incidono su situazioni giuridiche soggettive disponibili. Ponendosi fuori della giurisdizione l'arbitrato è certamente alternativo vuoi alla giurisdizione civile, vuoi alla giurisdizione amministrativa (19).

Si è anche autorevolmente sostenuto che le questioni legate alla difficoltà di ammettere che la via arbitrale nelle materie devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo avrebbe inammissibilmente riaperto spazi al giudice ordinario, si sarebbero agevolmente potute superare ammettendo patti in deroga alla giurisdizione (20). È incontestabile che rispetto alla impostazione originaria del codice, nella quale giurisdizione e competenza costituivano una materia nella quale era escluso ogni profilo di disponibilità, dal momento che erano disciplinate da norme di ordine pubblico, la questione della derogabilità delle norme in tema di giurisdizione e competenza non poteva nemmeno porsi. L'unica eccezione in tal senso era data dall'art. 6 c.p.c., che individuava margini di derogabilità della competenza; viceversa l'art. 2 c.p.c. espressamente colpiva con la nullità ogni patto di deroga alla giurisdizione del

(19) Così anche Verde G., *Arbitrato e pubblica amministrazione*, in *Riv. Arb.* 2001, 414: la deroga alla giurisdizione operata dall'arbitrato sarebbe «una deroga indiretta, perché, le parti manifestano soltanto la volontà di deferire la controversia al giudice privato e di escludere il giudice statale».

(20) La tesi è sostenuta da Verde G., *Arbitrato e pubblica amministrazione*, cit., 223, e ribadita più volte: Id., *Ancora su arbitri e Pubblica Amministrazione (in occasione della L. 21 luglio 2000, n. 205, art. 6)*, in *Riv. Arb.* 2000, 387 ss.; Id., *Arbitrato e pubblica amministrazione*, cit., 407; Id., *Nuove riflessioni su arbitrato e pubblica amministrazione*, cit., 697 ss. La tesi registra l'adesione di Pugliese F., *Potere del collegio arbitrale e provvedimenti amministrativi*, in *Aa.Vv.*, *Arbitrato e pubblica amministrazione*, cit. 1999, 83.

giudice italiano nei confronti di un giudice o di un arbitro estero, quando parte in causa fosse un cittadino residente (21).

Le modifiche all'art. 38 c.p.c. apportate nel 1990, che di fatto hanno reso derogabili anche i criteri forti di competenza (salva la rilevanza d'ufficio entro la prima udienza), e soprattutto l'avvenuta abrogazione dell'art. 2 c.p.c. – che costituiva sostanzialmente l'unica norma da cui fosse espressamente desumibile l'inderogabilità convenzionale della giurisdizione – la cui disciplina è stata sostituita da una normativa sul diritto internazionale privato (l. 31 maggio 1995, n. 218) che ammette in numerosi casi la deroga (espressa o tacita) alla giurisdizione italiana, non possono non aver mutato il quadro. A maggior ragione dopo che gli ultimi sviluppi giurisprudenziali hanno tanto ravvicinato le due giurisdizioni facendo cadere dogmi, come quello della impossibilità della *translatio iudicii* tra giudice ordinario e giudice amministrativo, che fino a pochi anni addietro erano considerati intoccabili (22).

Si è insomma osservato che i mutamenti profondi cui si è assistito e si assiste tuttora spingono a ritenere non più attuale il pregiudizio secondo cui tutto ciò che concerne il processo e i rapporti tra le giurisdizioni formi materia indisponibile: «si guarda piuttosto alla natura degli interessi tutelati e le norme sulla giurisdizione, e ancor più quelle sulla competenza, servono a garantire in primo luogo il rispetto del principio

(21) L'abrogato art. 2 c.p.c. disponeva: «Inderogabilità convenzionale della giurisdizione. La giurisdizione italiana non può essere convenzionalmente derogata a favore di una giurisdizione straniera, né di arbitri che pronuncino all'estero, salvo che si tratti di causa relativa ad obbligazioni tra stranieri o tra uno straniero e un cittadino non residente né domiciliato nella Repubblica e la deroga risulti da atto scritto».

(22) V. cap. I, nota 28.

del giudice naturale, così che quando tale principio non sia messo in pericolo, non c'è ragione per negare rilevanza all'accordo delle parti» (23).

A questa tesi si è obiettato da un lato che l'abrogazione dell'art. 2 c.p.c. non sarebbe un argomento determinante dal momento che se certamente la l. 218/95 ha posto fine al principio «ottocentesco» della inderogabilità della giurisdizione statale, ciò non potrebbe avere riflessi immediati anche nell'ambito del riparto di giurisdizione nazionale, e dall'altro che l'indisponibilità della materia attinente alla giurisdizione sarebbe ricavabile dall'art. 37 c.p.c., che consente la rilevabilità d'ufficio del difetto di giurisdizione (24).

La prima obiezione è senza dubbio incontestabile, ma è anche vero che con l'art. 2 c.p.c. è venuto definitivamente meno l'unico appiglio letterale al quale aggrappare la tesi della inderogabilità convenzionale della giurisdizione (25). Il secondo argomento invece non coglie nel segno perché la rilevabilità d'ufficio può ben convivere con patti di deroga alla giurisdizione (26).

La tesi della derogabilità convenzionale della giurisdizione è senza dubbio dirompente, e soprattutto è difficile trovare argomenti in senso contrario che non si fondino proprio sulla indimostrata inderogabilità delle norme che presiedono al riparto di giurisdizione e alla loro riconduzione all'ordine pubblico. Soprattutto si presenta sempre più condivisibile e coerente con il mutato assetto dei rapporti tra le giurisdizioni ordinaria e amministrativa, sempre meno caratterizzati da una rigida separatez-

(23) Verde G., *Arbitrato e pubblica amministrazione*, cit. 1996, 222; Pugliese F., *Potere del collegio arbitrale*, cit., 83.

(24) Consolo C., *L'oscillante ruolo dell'arbitrato*, in Aa.Vv., *Arbitrato e pubblica amministrazione*, cit. 1999, 152.

(25) Verde G., *Nuove riflessioni*, cit., 699.

(26) Verde G., *Arbitrato e pubblica amministrazione*, cit. 1996, 222; Id., *Arbitrato e pubblica amministrazione*, cit. 2001, 414.

za, mentre le questioni di giurisdizione sembrano ormai declassate al rango di dispute interne ad un sistema giurisdizionale unitario.

Eppure la giurisprudenza e la dottrina amministrativiste, se si eccettua l'adesione autorevole di Franco Pugliese (27) e altre aperture non meno autorevoli (28), hanno mantenuto un atteggiamento assolutamente quanto ingiustificatamente miope, non prendendola in considerazione né per confutarla né per avallarla.

3. L'art. 6, comma 2, l. 205/00

La questione dell'arbitrabilità dei diritti soggettivi rientranti nella giurisdizione esclusiva è stata risolta dal legislatore con un intervento gordiano. L'art. 6, comma 2, l. 205/00 dispone: «le controversie concernenti diritti soggettivi devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo possono essere risolte mediante arbitrato rituale di diritto».

(27) Pugliese F., *Potere del collegio arbitrale*, cit., 83.

(28) Linguiti A., Pluchino C., *Arbitrato e Pubblica Amministrazione: diritti soggettivi e poteri autoritativi*, in *Rass. avv. Stato* 2004, 1356 s.; Villata R., *Conclusioni*, in Aa.Vv., *Arbitrato e pubblica amministrazione*, cit. 1999, 170 s.

In senso fortemente contrario – tra gli amministrativisti – v. il solo Antonioli M., *Arbitrato e giurisdizione amministrativa dopo la l. 205/00*, in *Dir. proc. amm.* 2002, 352; nonché Id., *Arbitrato e giurisdizione esclusiva*, cit., 139 s. i cui argomenti sono però assai deboli, e si sostanziano praticamente solo nella rilevazione che il riparto «tra autorità giudiziaria e giudice amministrativo costituisce oggetto di una pluralità di disposizioni di rango costituzionale (artt. 24, 102, 103, 111, 113 Cost.), la cui portata verrebbe sostanzialmente vanificata dalla derogabilità della giurisdizione», e nell'osservazione che – dal momento che la competenza sarebbe derogabile solo nei casi previsti dalla legge – sarebbe trattata meno rigidamente della giurisdizione. L'argomento fondato sulle norme costituzionali non convince: quelle norme fissano un sistema sul piano del «dover essere», creando un diritto del cittadino ad ottenere tutela anche nei confronti della pubblica amministrazione e individuando i giudici davanti ai quali domandare tutela, ma non vi si possono trarre argomenti per escludere a priori la derogabilità della giurisdizione. Il secondo argomento è fondato su un'osservazione di carattere sistematico alquanto opinabile: da un lato non si danno ragioni irrinunciabili per cui il legislatore dovrebbe fissare regole più restrittive per la derogabilità della giurisdizione rispetto alla competenza, dall'altro il sistema delle eccezioni del difetto di competenza – per come è strutturato – dovrebbe far ritenere esattamente l'opposto.

La disposizione è nata evidentemente per venire incontro alle istanze della dottrina che, come si è visto, aveva segnalato l'incongruenza della posizione restrittiva della giurisprudenza (29), ma di fatto risolve solo quel problema, lasciando aperte molte delle questioni che si ponevano nel silenzio del precedente sistema, e creandone di nuove e impellenti.

E così si pone il problema della portata della disposizione: essa si è limitata a rendere esplicita la facoltà di compromettere per arbitri i diritti soggettivi rimessi al giudice amministrativo, ovvero ha una portata innovativa che rende oggi possibile ciò che prima non poteva ritenersi ammesso? La domanda, come si vedrà subito, non è oziosa perché dalla risposta dipende la validità delle convenzioni d'arbitrato stipulate prima dell'entrata in vigore della nuova disposizione.

Il riferimento espresso ai soli «diritti» sembrerebbe altresì escludere la possibilità di compromettere in arbitri le posizioni di interesse legittimo. Si vedrà meglio nel prossimo paragrafo come detta esclusione apparente non sia decisiva ma rifletta semmai lo scopo immediato che il legislatore si era prefigurato di raggiungere con la disposizione.

Inoltre è lasciato all'interprete il difficile compito di individuare il giudice dell'impugnazione del lodo e trovare una soluzione anche per tutte le altre competenze giurisdizionali collegate all'arbitrato (30).

Ancora la disposizione, menzionando espressamente l'arbitrato rituale di diritto, sembrerebbe escludere, senza una ragione apparente, sia

(29) Verde G., *Nuove riflessioni su arbitrato e pubblica amministrazione*, cit., 700; Di Martino S., *Arbitrato e pubblica amministrazione: brevi cenni sulla problematica inerente la compromettibilità delle controversie in cui è parte una pubblica amministrazione*, in *Riv. trim. appalti* 2001, 126; Delsignore M., *La compromettibilità in arbitrato*, cit., 225; Caia G., *Gli arbitrati e la giurisdizione del giudice amministrativo*, in *Giornale dir. amm.* 2002, 948; Antonioli M., *Arbitrato e giurisdizione amministrativa dopo la l. n. 205 del 2000*, in *Dir. proc. amm.* 2002, 326 ss., spec. 336.

(30) La questione sarà affrontata nel prossimo capitolo.

la possibilità di stipulare convenzioni per arbitrati irrituali, sia la possibilità di ricorrere all'arbitrato di equità.

Quanto al primo problema, in un primo momento la giurisprudenza – coerentemente al suo tradizionale atteggiamento restrittivo – ha assegnato alla nuova disposizione il significato di norma innovativa che eccezionalmente consentiva ciò che prima era precluso. Il ragionamento è semplice e lineare: prima dell'entrata in vigore dell'art. 6 l. 205/00 l'arbitrato non era possibile e le clausole erano nulle, la nuova norma non ha disposto la sanatoria delle precedenti clausole ma ha esplicitato una facoltà *pro futuro*. Ne conseguiva la nullità delle convenzioni d'arbitrato e dei procedimenti arbitrali eventualmente iniziati prima dell'entrata in vigore della norma (31).

Parte della dottrina ha condiviso la posizione della giurisprudenza aggiungendo che una clausola compromissoria nata in contrasto a norme imperative – quali quelle che sovrintendono al riparto di giurisdizione – non potrebbe divenire valida in seguito alla abrogazione di quelle, salvo che ciò non sia espressamente previsto da norme transitorie (32).

(31) Cass., sez. un., 6 maggio 2003, n. 6856, in *Foro amm. CDS* 2003, 1528 ss.; Cass., sez. un., 10 maggio 2001, n. 190, in *Giur. it.* 2001, 2377 ss.; Cons. Stato 8 aprile 2002, n. 1902, in *Giornale dir. amm.* 2002, 946 ss., con nota di Caia G., *Gli arbitrati e la giurisdizione del giudice amministrativo*; Cons. Stato 4 maggio 2004, n. 2726; Id. 31 gennaio 2001, n. 353; Id. 31 gennaio 2003, n. 472; TAR Lombardia 6 novembre 2002, 4267, in *TAR* 2002, I, 3317; TAR Veneto 1 marzo 2003, n. 1583, in *TAR* 2003, I, 81 ss.; TRGA Trentino Alto Adige 17 dicembre 2003, n. 485, in *TAR* 2004, I, 641 ss.; Cons. Stato 30 aprile 2004, n. 5652, in *Foro amm. CDS* 2004, 2225; Id. 1 luglio 2005, n. 3672, in *CDS* 2005, I, 1194; Id. 13 settembre 2005, n. 4698; Id. 15 dicembre 2005, n. 7124, in *Foro amm. CDS* 2005, 3642 ss.

(32) Caia G., *op. cit.*, 949. Va peraltro rilevata la contraddizione in cui cade detto Autore che prima dell'introduzione dell'art. 6 l. 205/00 sosteneva l'infondatezza dell'opinione della giurisprudenza e rilevava invece l'assoluta disponibilità dei diritti soggettivi rientranti nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, e poi afferma che la clausola contrattuale nel previgente sistema sarebbe stata «contraria a norme imperative» Caia G., *Arbitrati e modelli arbitrali*, cit., 211.

In senso analogo sostengono la portata innovativa della disposizione Caracciolo La Grotteria A., *Profili dell'arbitrato nel diritto amministrativo*, in *Dir. proc. amm.* 2007,

La disposizione avrebbe cioè innovato non il panorama del riparto di giurisdizione ma piuttosto avrebbe dovuto leggersi come una norma di diritto sostanziale, e più precisamente di diritto contrattuale. Essa infatti acconsente alla stipulazione di convenzioni d'arbitrato su oggetti che prima ne erano esclusi. Non avendo carattere processuale alla norma si sarebbe dovuta applicare non la normativa in tema di successione di leggi processuali, ma di quelle che regolano la successione di norme di diritto contrattuale. La natura contrattuale dell'arbitrato avrebbe in definitiva impedito che l'art. 6 l. 205/00 rendesse ammissibili e procedibili gli arbitrati in corso, promossi in un'epoca in cui la giurisdizione amministrativa non era derogabile: «non si può cioè applicare il principio processuale per cui nel giudizio iniziato dianzi ad un giudice che difetta di giurisdizione, quest'ultimo applicherà la norma sopravvenuta e potrà decidere la controversia, se la giurisdizione sia stata a lui attribuita dalla nuova (sopravvenuta) disposizione di carattere processuale» (33).

733; Vaccarella M, *Arbitrato e giurisdizione amministrativa*, cit., 102 ss.; Zito A., *La compromettibilità per arbitri con la pubblica amministrazione dopo la l. n. 205 del 2000: problemi e prospettive*, in *Dir. amm.* 2001, 343 ss., spec. 348; Antonioli M., *Arbitrato e giurisdizione amministrativa dopo la l. n. 205 del 2000*, cit., 336; v. anche Mignone C., *Arbitrato nelle controversie devolute al giudice amministrativo e riparto della giurisdizione*, in *Foro amm. T.A.R.* 2003, 2516, il quale addirittura la configura come una norma di convalida della tesi prevalente in giurisprudenza: «l'art. 6, comma 2, tuttavia, nello stesso tempo supera tale tesi, disponendo che, per il futuro, siano arbitrabili anche le controversie su diritti soggettivi attribuiti alla giurisdizione amministrativa».

(33) Caia G., *op. cit.*, 950.

In giurisprudenza v. Cass., sez. un., 10 dicembre 2001, n. 15608, in *Foro it.* 2002, I, 1738: «Alla verifica della validità del patto compromissorio vanno applicati i principi in materia di successione delle norme nel tempo proprie dei contratti, di tal che tale verifica deve essere effettuata in riferimento alle norme vigenti al momento della perfezione del patto, salvo che la norma sopravvenuta non rechi espressa previsione circa la sua applicazione retroattiva (nella specie, si chiarisce che l'art. 6, 2° comma, l. 205/00, il quale ora ammette la compromettibilità ad arbitri delle controversie attinenti a diritti devolute al giudice amministrativo, non contiene una clausola di retroattività, sicché non realizza alcuna sanatoria dell'originaria invalidità della clausola compromissoria che, nel regime precedente, prevedeva la compromettibilità ad arbitri di quelle medesime controversie)».

Né, si è sostenuto, l'art. 6 l. 205/00 avrebbe i caratteri di disposizione di interpretazione autentica, né portata abrogativa della normativa precedente, ciò che avrebbe consentito di ritenere il principio in essa recato applicabile anche per il passato (34).

Senonché l'orientamento è stato superato da un recente indirizzo della Suprema Corte che ha sostenuto l'applicazione dell'art. 6 anche agli arbitrati precedentemente iniziati. Nella sentenza 12 luglio 2005 n. 14545 le Sezioni Unite (35), pur ribadendo la portata innovativa della disposizione e la consequenziale irretroattività della norma hanno ritenuto che ciò, in mancanza di disposizione contraria, non valga ad «ad escluderne l'operatività nelle cause pendenti, ove sia in discussione dinanzi al giudice ordinario la validità del lodo, con cui sia stato negato ingresso al giudizio arbitrale sul rilievo dell'inerenza del dibattito a diritti tutelabili dinanzi al giudice amministrativo e della connessa invalidità del compromesso (o della clausola compromissoria) in base alla legge del tempo della sua stipulazione (art. 806 cod. proc. civ.)».

Al riguardo, opinano le Sezioni Unite, «è da considerarsi che la questione della validità o meno del compromesso, in dipendenza della devoluzione della domanda alla cognizione del giudice ordinario ovvero del giudice amministrativo, viene sostanzialmente a coincidere, e comunque è strettamente connessa, con la questione di giurisdizione, di modo che non può non risentire del mutamento in proposito del quadro normativo, tenendosi anche conto che lo *ius superveniens* incide sulla sussi-

(34) Caracciolo La Grotteria A., *Profili dell'arbitrato nel diritto amministrativo*, cit., 733. Se pare difficile questionare di efficacia abrogativa del sistema precedente, dal momento che un sistema non v'era, la natura di legge di interpretazione autentica – che l'Autore esclude senza addurre precise ragioni – costituisce invece, come si vedrà, la reale portata della disposizione.

(35) In *Foro amm. CDS* 2006, 403 ss., con nota di Antonioli M., *Arbitrato e giurisdizione esclusiva: luci e ombre in tema di ius superveniens*. Nello stesso senso anche Cass., sez. un., 14 novembre 2005, n. 22903.

stenza del potere-dovere della corte d'appello (giudice ordinario), ove accolta l'impugnazione per nullità del lodo, di statuire sul merito, ai sensi ed in presenza delle condizioni dell'art. 830, comma 2, c.p.c.».

Quindi, «la legge sopraggiunta, per il tramite dell'allargamento dei confini dell'arbitrato, amplia pure la sfera della cognizione del giudice ordinario cui è affidata l'impugnazione del lodo, e, quindi, ricade nella regola dell'influenza dell'innovazione normativa che attribuisca la causa al giudice davanti al quale sia già in corso o debba essere ripresa o riattivata».

Le Sezioni Unite così facendo sostanzialmente aggirano il problema della retroattività o meno della disposizione dell'art. 6 l. 205/00, e della sua applicabilità alle convenzioni d'arbitrato concluse precedentemente alla sua entrata in vigore.

Nondimeno, con un'argomentazione senza dubbio poco coerente (ancorché efficace), hanno ritenuto sussistente la giurisdizione della Corte d'Appello dal momento che – di fatto – la nuova norma avrebbe avuto l'effetto di attribuirle – seppur in sede di impugnazione del lodo – la giurisdizione che prima non aveva (36). L'incoerenza della soluzione prospettata dalla Suprema Corte è palese: la convenzione d'arbitrato è invalida, nondimeno la Corte d'Appello, ove venga investita della impugna-

(36) Secondo un consolidato orientamento dottrinale e giurisprudenziale il principio della *perpetuatio iurisdictionis* di cui all'art. 5 c.p.c., non si applica nel caso in cui la giurisdizione o la competenza, insussistenti al momento della proposizione della domanda, sopravvengano nel corso del processo. Ciò significa che il giudizio proposto davanti a un giudice privo di competenza o di giurisdizione, prosegue validamente, qualora il giudice stesso divenga competente o munito di giurisdizione, per effetto del modificarsi della situazione di fatto o di diritto (si parla, al riguardo, di regola della giurisdizione o della competenza sopravvenuta), v. in tal senso *ex multis*, Cass. 17 gennaio 2008, n. 857; TAR Piemonte 22 maggio 2007, n. 2217, in *Foro amm. TAR* 2007, 5, 1517; Cass. 20 settembre 2006, n. 20322; TAR Lazio, Latina, 11 maggio 2006, n. 320, in *Foro amm. TAR* 2006, 5, 1774; Cass., sez. un., 28 novembre 2005 n. 25031; Cass., sez. un., 14 novembre 2005, n. 22903.

zione del lodo in cui gli arbitri si affermano privi di *potestas judicandi*, dovrà decidere nel merito perché l'art. 6 l. 205/00, «determinando la compromettibilità della lite per il mero fatto della sua inerenza a diritti soggettivi (ancorché sussista giurisdizione esclusiva)», ha avuto l'effetto di attribuirle la giurisdizione sull'impugnazione, della quale prima era priva.

Ed allora, dichiarata la nullità del lodo per nullità del patto compromissorio, dovrà giudicare nel merito, in spregio alla volontà compromissoria delle parti, e privando loro di un grado di giurisdizione (37).

In realtà a sommosso avviso di chi scrive ragioni di coerenza sistematica escludono già *in thesi* che la questione di diritto intertemporale abbia ragione di porsi. Seppure il legislatore avrebbe potuto meditare assai meglio il testo di una norma tanto importante, non può negarsi che questa abbia proprio la natura di disposizione interpretativa. Essa semplicemente accoglie le censure con cui la dottrina aveva bersagliato l'indirizzo della giurisprudenza, rendendo esplicito – con una disposizione appunto «interpretativa» – quello che prima avrebbe dovuto desumersi dalla sola disponibilità della situazione giuridica soggettiva controversa (38). Il legislatore non ha voluto ampliare l'ambito della compromettibili-

(37) Critico nei confronti della pronuncia Antonioli M., *Arbitrato e giurisdizione esclusiva*, cit., nonché in *Arbitrato e giurisdizione esclusiva: problemi e prospettive*, cit., ove rileva che la tesi della Cassazione è in disarmonia con l'affermazione secondo cui il rapporto tra arbitri e giurisdizione sarebbe di radicale alterità e autonomia, per cui l'accertamento della validità dell'accordo compromissorio sarebbe da considerarsi una questione di merito; ciò che impedirebbe altresì l'applicazione dell'art. 5 c.p.c.. V. Cass. 21 luglio 2004, n. 251, in *Riv. dir. proc.* 2005, 250, con nota critica di Capponi B., *Arbitrato e perpetuatio jurisdictionis*.

(38) Così TAR Veneto 1 marzo 2003, n. 1583. Secondo il TAR veneziano, prima di ogni altra cosa, la norma che attribuisce la giurisdizione ad un giudice che prima ne era privo non può che avere efficacia *ex tunc*: «come segnalato dalla giurisprudenza, la nullità della clausola compromissoria che derivi dalla violazione di una norma imperativa sulla giurisdizione e non da vizi intrinseci dell'atto negoziale deve ritenersi sanata *ex tunc* dalla sopravvenienza di una disposizione legislativa (nella specie si trattava dell'art. 31 *bis* della legge 109/1994 ma il principio appare trasponibile all'art. 6, comma 2°, della legge 205/2000) che modificando la disciplina anteriore pre-

veda la competenza giurisdizionale dell'autorità giudiziaria davanti alla quale sia pendente il processo (cfr. sul punto Cass. sez. un. 3 aprile 2000 n. 88; idem 10 agosto 1999 n. 580), ciò è vero *a fortiori* qualora di tratti di norma che stabilisce la compromettibilità in arbitri di controversie già rientranti nella giurisdizione del giudice adito». Nondimeno, fermo restando ciò, la rima della disposizione va cercata altrove: «inoltre va rilevato che lo scopo perseguito dal legislatore con l'art. 6, comma 2, della legge n. 205/00 è quello di *interpretare autenticamente* (corsivo nostro) le norme precedenti sui presupposti del giudizio arbitrale e in particolare l'art. 806 c.p.c., nella parte in cui esclude dalle controversie che le parti possono far decidere dagli arbitri anche "le altre che non possono formare oggetto di transazione" in relazione all'art. 1966 comma 2 c.c., secondo cui "la transazione è nulla se tali diritti, per loro natura o per espressa disposizione di legge, sono sottratti alla disponibilità delle parti"». E pertanto «va riconosciuto carattere interpretativo alla legge che, fermo il tenore testuale della norma interpretata, ne chiarisce il significato normativo ovvero privilegia una delle tante interpretazioni possibili, di guisa che il contenuto precettivo è espresso dalla coesistenza delle due norme (quella precedente e l'altra successiva che ne esplicita il significato) (Corte cost., sentt. n. 155 del 1990 e n. 233 del 1988)»; inoltre «sulla natura interpretativa della disposizione, diretta a risolvere tale antinomia, depongono anche i lavori parlamentari, dai quali si evince che l'attuale formulazione della disposizione trae origine da un emendamento 5.8, il cui presentatore (on. Acquarone) così ne chiariva la predetta natura interpretativa nella seduta del 21 marzo 2000 della II Commissione della Camera: "...questo è stato presentato al fine di ribadire in un atto normativo di grado primario l'interpretazione della dottrina secondo cui la natura della posizione soggettiva vantata deve essere assunta come criterio di ammissibilità della procedura arbitrale. Nel caso in esame, pertanto, la disponibilità del diritto soggettivo da parte del titolare legittimerebbe la facoltà attribuita a costui di scegliere lo strumento giurisdizionale diretto a risolvere quelle controversie che vedano coinvolta quella posizione soggettiva. La Corte di cassazione ha invece affermato più volte che tale criterio deve essere individuato in riferimento alla natura del giudice, alla cui giurisdizione è attribuita la competenza della materia oggetto della controversia. Secondo tali tesi, nel caso in cui sia devoluta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo la competenza di materie attinenti a diritti soggettivi sarebbe precluso il ricorso alla procedura arbitrale, salvo che la legge non lo consenta espressamente, come ad esempio nel caso degli appalti pubblici. L'emendamento in esame è pertanto diretto a superare tale interpretazione giurisprudenziale, che tra l'altro determina una disparità di trattamento tra situazioni uguali, quali quelle relative alle controversie in materia di appalti pubblici, per le quali è ammesso il compromesso arbitrale, e quelle relative alle concessioni, in quanto per queste ultime non è prevista alcuna disposizione legislativa di tenore simile a quella vigente per gli appalti"».

In dottrina v. Consolo C., *Sul «campo» dissodato*, cit., 250; Verde G., *Nuove riflessioni*, cit., 700, il quale oltracciò afferma che, anche ove non si ritenesse decisivo l'argomento nel testo, l'art. 6 avrebbe rimosso il presunto e non dimostrato divieto di patti in deroga alla giurisdizione con una disposizione dal contenuto processuale, così che, «fossero o non valide le convenzioni d'arbitrato anteriori, la nuova disposizione ha avallato la scelta del giudice arbitrale operata dalle parti, non diversamente da ciò che avverrebbe se, adito un giudice originariamente sfornito di giurisdizione, sopravvenisse una legge che gliela riconoscesse»; Delsignore M., *La compromettibilità in arbitrato nel diritto amministrativo*, cit., 249 ss., la quale peraltro ritiene di individuare un ulteriore

tà, ma ha esplicitamente riaffermato un principio di cui la dottrina più avveduta non aveva mai avuto ragione di dubitare, insieme più risalenti e condivisibili opinioni della Suprema Corte: l'arbitrato trova limite solamente nella disponibilità della situazione giuridica soggettiva cui la lite si riferisce e non gli sono di ostacolo norme che prevedono giurisdizioni speciali né procedimenti differenziati (39). E ciò a prescindere da un espresso riconoscimento legislativo; riconoscimento che, nella fattispecie, ha avuto il solo scopo di porre rimedio ad un diuturno e ostinato orientamento della giurisprudenza, tramite una disposizione meramente interpretativa.

Semmai alla norma si potrebbe riconoscere una portata fortemente restrittiva dell'ambito della compromettibilità, se veramente il riferimento ai soli diritti è da interpretarsi nel senso di escludere gli interessi legittimi dal novero delle controversie arbitrabili, e il riferimento

motivo a sostegno della validità delle clausole in virtù dell'efficacia sanante che all'art. 6 dovrebbe attribuirsi argomentando intorno ad un orientamento della Cassazione che ha ritenuto sanate le clausole compromissorie al momento della loro stipulazione nulle in quanto inerenti controversie in materia di giurisdizione esclusiva, nel caso di sopravvenienza di una norma che attribuiva la giurisdizione al giudice ordinario (Cass., sez. un., 3 aprile 2000, n. 88, in *Foro it.* 2001, I, 206).

(39) Non contrasta con quanto appena riferito l'impossibilità di instaurare di fronte agli arbitri procedimenti diretti all'emanazione di provvedimenti sommari cautelari o anticipatori con cognizione sommaria (*ex multis* Ruffini G., in Aa.Vv., *Codice di procedura civile commentato*, 3^a ed. a cura di Colsolo C. e Luiso F.P., Milano 2007, vol. III, sub art. 806, 5660 s.; Verde G., *La convenzione d'arbitrato*, in Aa.Vv., *diritto dell'arbitrato*, cit., 100 ss.). Quanto ai procedimenti cautelari gli arbitri, come noto, sono privi del potere di emetterne salvo diversa disposizione di legge (art. 818 c.p.c.), mentre con riferimento agli altri procedimenti a cognizione sommaria, quali il procedimento monitorio, sono concepibili solo davanti al giudice ordinario, ed anzi il patto compromissorio li esclude: Cass. 28 luglio 1999, n. 8166; Verde G., *op. loc. ult. cit.* In senso contrario Satta S., *Commentario al codice di procedura civile*, cit., secondo il quale la compromissione in arbitri della controversia non escluderebbe l'ammissibilità di un autonomo ricorso monitorio dinanzi al giudice dello Stato, ma imporrebbe soltanto di rimettere agli arbitri la successiva fase di opposizione, ferma restando la competenza funzionale del giudice istruttore investito dell'opposizione per tutto quanto attiene al decreto.

all'arbitrato «rituale di diritto» serva ad escludere la possibilità di compromettere in arbitrato irrituale o di equità (40).

Gli istituti e le situazioni giuridiche soggettive nascono per dare soddisfazione agli interessi che il legislatore ritiene di tutelare, ma neanche l'onnipotenza del legislatore può mutarne la natura: al contrario la qualificazione degli istituti discende necessariamente dalla loro natura sostanziale. Dalla natura sostanziale degli istituti giuridici e delle situazioni giuridiche soggettive discendono *naturaliter* le conseguenze che la legge gli riconosce e si dipartono le loro potenzialità. Se una situazione giuridica soggettiva è naturalmente disponibile, la compromettibilità per arbitri discende dalla sua natura, a meno che la legge espressamente non la privi della disponibilità o della possibilità di ricorrere all'arbitrato (41). Certamente se «purtroppo – o fortunatamente – non spetta al legislatore determinare la natura di un istituto» (42), a maggior ragione il solo fatto che la legge attribuisca la giurisdizione su diritti ad un giudice speciale non può anche incidere sulla natura dei diritti medesimi, con l'esito di renderli indisponibili, né sui metodi per risolvere le controversie che li riguardano.

Visto l'atteggiamento di chiusura della giurisprudenza, il legislatore, per riportare rigore sistematico alla materia, ha semplicemente voluto rendere espresso ciò che avrebbe dovuto darsi per implicito.

(40) Sul che si tornerà *infra*. In senso analogo v. comunque Verde G., *Le azioni risarcitorie dopo la decisione n. 204/2004 della corte costituzionale e l'arbitrato*, in *Corriere giur.* 2004, 1675.

(41) Si pensi ai diritti naturalmente disponibili ma resi indisponibili per legge (sui quali v. ampiamente Delsignore M., *La compromettibilità in arbitrato*, cit., 91 ss.) ovvero ai diritti disponibili rispetto ai quali l'arbitrato è vietato espressamente dalla legge (come consente il nuovo art. 806 c.p.c. e come è avvenuto con la recente abolizione dell'arbitrato come strumento di soluzione delle controversie nei contratti pubblici).

(42) «anche se di quello che egli fa si deve, sul piano positivo, tenere conto» Satta S., *Commentario*, cit., 163.

4. *L'effettivo ambito della compromettibilità alla luce dei recenti revriment giurisdizionali, in particolare il problema della pregiudiziale amministrativa*

Altra questione è quella relativa all'effettivo ambito di compromettibilità che sarebbe consentito dalla norma. Se il pensiero di chi scrive è chiaro – vale a dire che l'unico ostacolo alla compromettibilità andrebbe rinvenuto nella indisponibilità del diritto o del rimedio – anche questa questione non pare abbia ragione di porsi.

Ogni diritto soggettivo comunque rientrante nella giurisdizione del giudice amministrativo –sia essa esclusiva o di legittimità – «è compromettibile» per arbitri se è disponibile, sempre che la legge non disponga diversamente.

Ciò detto, si è però osservato che nel panorama creato dalle sentenze 204/04 e 191/06 della Corte Costituzionale, l'ambito di operatività dell'arbitrato si sarebbe notevolmente ridotto. Dette pronunce, come noto, hanno dichiarato la non conformità a Costituzione del criterio di riparto di giurisdizione fondato sui «blocchi di materie». La devoluzione di un diritto soggettivo nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sarà, d'ora innanzi, giustificato solo dal «gordiano» intreccio con il potere amministrativo. Più precisamente la mancanza nella controversia di profili autoritatività – estrinsecantisi nella spendita di pubblico potere – rende incostituzionale la devoluzione della materia alla giurisdizione del giudice amministrativo (43).

Certamente l'ambito di operatività dell'art. 6 l. 205/00 è assai ridimensionato perché assai meno sono i «diritti soggettivi» ormai rientranti nella giurisdizione amministrativa. Peraltro, se il diritto soggettivo è strettamente legato a situazioni in cui l'amministrazione agisce spenden-

(43) V. cap. I, nota 28.

do potere amministrativo, seguendo l'impostazione tradizionale nemmeno tali diritti sarebbero compromettibili se è vero che comunque occorre confrontarsi con l'esercizio del potere, e quindi con il potere: situazioni ritenute in sé indisponibili e perciò incompromettibili (44).

Questione diversa riguarda, invece, il diritto al risarcimento del danno causato da un provvedimento amministrativo illegittimo. I recenti sviluppi della giurisprudenza non qualificano più detta situazione come diritto soggettivo scaturente dalla lesione dell'interesse legittimo, ma ne offrono una diversa ricostruzione sistematica, attribuendo alla tutela risarcitoria natura di forma di tutela tipica dello stesso interesse legittimo, alternativa alla tutela annullatoria o costitutiva (45). Secondo questa impostazione il privato che abbia subito un danno dal provvedimento amministrativo illegittimo, potrebbe alternativamente domandare la tutela costitutiva o quella risarcitoria, secondo il proprio interesse e secondo le caratteristiche del caso concreto.

Ecco allora che la questione della arbitrabilità del diritto al risarcimento del danno di viene ad intrecciare con il dibattito sulla cd. «pregiudizialità amministrativa», ossia la regola – di tradizione giurisprudenziale – secondo cui la pronuncia sul risarcimento del danno per la lesione dell'interesse legittimo presuppone il previo positivo esperimento della tutela costitutiva annullatoria di fronte al giudice amministrativo: il risarcimento del danno si attergerebbe quale momento appendicolare e meramente eventuale della tutela demolitoria, ed avrebbe natura di diritto soggettivo scaturente proprio dall'annullamento dell'atto.

(44) Per analoghe osservazioni v. Verde G., *Le azioni risarcitorie dopo la decisione n. 204/2004 della corte costituzionale e l'arbitrato*, cit., 1675; Id., *nuove riflessioni*, cit., 702 s. : «gli sviluppi coerenti di questa posizione (della Consulta) rendono difficile il ricorso all'arbitrato nelle controversie per le quali vi è giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo».

(45) V. cap. I, nota 28.

Si era pertanto osservato che – prestando adesione alla regola della pregiudizialità – l’art. 6 l. 205/00 «finisce col perdere valore precettivo, posto che, sia nel caso di c.d. lesione di interessi legittimi sia nel caso di violazione di diritti soggettivi (pregiudicati, però, dal provvedimento amministrativo illegittimo), l’azione davanti al giudice statale non è imposta, ma solamente resa possibile; e, perciò, ammettere l’arbitrato solamente dopo che il giudice amministrativo ha deciso la controversia amministrativa finisce con lo “sfondare una porta aperta”, non potendosi escludere, in base ai normali principi, tale facoltà delle parti» (46).

Inoltre, se gli arbitri possono conoscere della questione risarcitoria solo dopo la pronuncia (passata in giudicato) di annullamento dell’atto illegittimo da parte del giudice amministrativo (perché prima semplicemente non esiste il diritto al risarcimento), e rientra tra i poteri di quest’ultimo disporla (art. 7 l. 1034/71), l’arbitrato finisce con l’essere quantomeno «antieconomico» (47): perché le parti dovrebbero voler compromettere in arbitri la sola vicenda risarcitoria, iniziare con una nuova istruttoria e pagare gli arbitri, quando la questione può essere ri-

(46) Verde G., *Le azioni risarcitorie dopo la decisione n. 204/2004 della corte costituzionale e l’arbitrato*, cit., 1765: anzi, «per paradosso, l’art. 6 cit. finirebbe col prevedere una limitazione – la necessità dell’arbitrato rituale di diritto – che non troverebbe un’adeguata giustificazione, essendo la controversia compromettibile una normale controversia patrimoniale da cui è stata ormai espunta, per forza di cose, l’amministrazione-autorità».

(47) Ma non per questo si può ritenere che sia «evidente che, in tal caso, l’arbitrato non avrebbe senso in quanto la soluzione arbitrale è, per sua natura, funzionale ad una definizione rapida delle controversie» Stevanato L., *Arbitrato e deroga al giudizio amministrativo*, in *Dir. proc. amm.* 2004, 122 ss., spec. 130. Occorrerebbe infatti dimostrare prima che l’arbitrato, per sua natura, sia funzionale alla risoluzione rapida delle liti. Ciò ovviamente non è, e le ragioni che possono spingere le parti all’arbitrato sono insondabili, spesso non proprio *fair*, e nondimeno valide (per una serie di esempi si veda, se si vuole, Polinari J., *Pluralità di parti e pluralità di convenzioni d’arbitrato*, in *Riv. arb.* 2006, 531 ss.), mentre il fatto che l’arbitrato consenta una più rapida risposta del giudice ordinario è tutto da verificare (Barbieri G., Bella E., *Il nuovo diritto dell’arbitrato*, Padova 2007, 44).

solta dal giudice che, per avere conosciuto della questione pregiudiziale, già ha piena contezza dei fatti di causa (48)?

La prospettiva sembrava peraltro suscettibile di cambiamento alla luce della decisa presa di posizione della Suprema Corte con le ordinanze 13 giugno 2006 nn. 13659, 13660, e 13911 delle Sezioni Unite della Cassazione (49), le quali, facendo leva sul principio di effettività della tutela, consentivano di richiedere il risarcimento del danno da lesione di interesse legittimo prescindendo dal previo annullamento dell'atto lesivo. Con argomentazioni che, soprattutto nella dottrina amministrativista, hanno lasciato spazio a perplessità (50), le Sezioni Unite sembravano definitivamente aver risolto due questioni annose: a) la giurisdizione in tema di risarcimento del danno appartiene sempre e comunque al giudice amministrativo, salvo che il danno sia da correlare ad un'attività dell'amministrazione in cui non si manifesti, neppure in forma mediata, l'esercizio di un pubblico potere; b) non esiste il principio della pregiudiziale amministrativa: il risarcimento del danno può essere domandato al giudice amministrativo a prescindere dalla domanda di annullamento del provvedimento che ne costituisce il titolo (51). Le pronunzie peraltro hanno anche offerto una definizione nuova del diritto al risarcimento del danno per lesione dell'interesse legittimo, qualificandolo non come una

(48) Così, anche se riferendosi ad un contesto in parte diverso, Vitale M., *L'assolutismo del Consiglio di Stato in tema di arbitrato e P.A.*, in *Riv. arb.* 2003, 738; nonché Antonioli M., *Arbitrato e giurisdizione amministrativa*, cit., 76 ss.

(49) Cit. *supra*, cap. I, nota 28.

(50) Soprattutto per considerazioni di ordine sistematico: si vedano Antonioli M., *Arbitrato e giurisdizione esclusiva*, cit., 685 ss.; Sanino M., *Pregiudiziale, risarcimento, translatio. Lo stato della giurisprudenza*, in Aa.Vv., *Le nuove frontiere del giudice amministrativo*, cit., 36 ss.

(51) Panzarola A., *Riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo*, in Aa.Vv., *La giurisdizione nell'esperienza giurisprudenziale contemporanea*, cit., 164; Sanino M., *Pregiudiziale, risarcimento e translatio, lo stato della giurisprudenza*, in Aa.Vv., *Le nuove frontiere del giudice amministrativo*, cit., 36; Pellegrino Gianluigi, *Translatio e pregiudiziale: la ricerca dell'effettività*, *ivi*, 70.

posizione giuridica soggettiva autonoma, bensì come una forma di tutela propria dell'interesse legittimo (52).

In questo modo la Cassazione sembrava avere definitivamente risolto, seppur con un atto di forza, una questione che ormai si trascinava fin dall'alba della sentenza n. 500/99 (53).

(52) Non più, quindi, un diritto ancillare rispetto all'ordinario modo di tutela dell'interesse legittimo, ma un complemento (necessario) della tutela dello stesso, con ciò aderendo di fatto – se non vado errato – alla posizione di Luiso F.P., *Pretese risarcitorie verso la pubblica amministrazione fra giudice ordinario e amministrativo*, in *Riv. dir. proc.* 2002, 43, spec. 49 ss., che invitava a distinguere tra tutela in forma specifica (rimozione dell'atto amministrativo illegittimo), risarcimento del danno per equivalente (che si ha quando la lesione della situazione sostanziale comporta la estinzione della stessa e il sorgere, al posto di essa, di un credito per il risarcimento) e risarcimento del danno mediante reintegrazione in forma specifica (che si ha quando la somma di danaro ha lo scopo di ripristinare la situazione antecedente alla lesione).

Così anche Cass. 23 dicembre 2008, n. 30254.

(53) Gli argomenti che generalmente vengono portati a favore della pregiudizialità amministrativa sono fondati a) sull'inoppugnabilità dell'atto amministrativo non tempestivamente impugnato, b) sulla necessità di evitare che la richiesta di risarcimento del danno si traduca in un mezzo per eludere i termini perentori di impugnazione degli atti amministrativi, c) sulla non disapplicazione degli atti amministrativi da parte del giudice amministrativo, d) sul principio civilistico che impone al creditore di non incrementare il danno (art. 1227 c.c.), e) sulla lettera dell'art. 7, l. 1034/71, che configura il risarcimento del danno come «diritto consequenziale» al previo annullamento del provvedimento amministrativo, f) sulla considerazione che il diritto soggettivo al risarcimento del danno arrecato all'interesse legittimo è una situazione soggettiva che nasce, in via eventuale, solo dopo l'annullamento giurisdizionale del provvedimento amministrativo lesivo dell'interesse legittimo, ma che non esiste prima della impugnazione del provvedimento medesimo; g) sulla esistenza nell'ordinamento, anche nei rapporti tra privati, di azioni impugnatorie pregiudiziali al risarcimento per esigenze di certezza (ad es. in materia di società).

Gli argomenti contrari alla pregiudiziale sono invece incentrati a) sulla circostanza che la pretesa risarcitoria è un diritto soggettivo, del quale il giudice amministrativo deve conoscere in base alle regole processuali e sostanziali che riguardano i diritti, b) sulla considerazione che l'atto amministrativo, nell'ambito della pretesa risarcitoria, è conosciuto dal giudice amministrativo non in quanto tale, ma come elemento costitutivo dell'illecito, se determina un danno, c) sul rilievo che si immagina con difficoltà che un diritto soggettivo sia azionabile in tempi decadenziali e, comunque condizionato alla valutazione di un atto adottato dall'autore dell'illecito; d) sull'assunto, in definitiva, che ciò che vuole perseguirsi è l'effettiva tutela delle situazioni giuridiche soggettive e tale finalità appare vulnerata da una compressione (qualunque essa sia) del diritto soggettivo.

Tanto erano lontane le atmosfere del Caffè Greco (54) che la Corte annunciò (con un'evidente forzatura sistematica) la possibilità di impugnare per «motivi attinenti alla giurisdizione» eventuali pronunzie del giudice amministrativo con le quali questo si ostinasse ad affermare la necessità della previa impugnazione e annullamento dell'atto illegittimo: «il giudice amministrativo avrà infatti rifiutato di esercitare una giurisdizione che gli appartiene» (55).

Dal canto suo la giurisprudenza amministrativa, dopo un iniziale approccio in aperto disaccordo con le Sezioni Unite (56), sembrava essere scesa a più miti consigli (57) soprattutto con una pregevole pronunzia della Sezione V^a del Consiglio di Stato che, con argomentazioni difficilmente criticabili, riaffermava e fondava su basi ancora più solide l'insussistenza del principio della pregiudizialità (58). Detta pronunzia, in un'ottica di dialogo costruttivo con l'altro plesso giurisdizionale, sostanzialmente integra le decisioni delle Cassazione, rilevando soprattutto la necessità – di cui si sarebbe dovuto far carico il legislatore – di prevedere un termine di decadenza per richiedere il risarcimento del danno, per co-

(54) Secondo la mitologia del diritto in tale antichissimo caffè del centro di Roma nel 1929 i presidenti della Corte di Cassazione D'Amelio e del Consiglio di Stato Santi Romano si sarebbero incontrati per risolvere la questione, allora quarantennale, se il riparto di giurisdizione andasse fondato sul criterio della *causa petendi* o sul *pet-tum* formale. L'aneddoto è ricordato da Caringella F., *La pregiudiziale amministrativa: una soluzione antica per un problema attuale*, in Aa.Vv., *Le nuove frontiere del giudice amministrativo*, cit., 99.

(55) Potere di cui ha prontamente fatto uso non appena ne ha avuta l'occasione, ponendo anche un'altra pietra nel suo tentativo di costruire sistematicamente il rapporto tra le giurisdizioni nell'ottica della effettività della tutela: Cass., sez. un., 23 dicembre 2008, n. 30254.

(56) TAR Puglia, sez. Lecce, 4 luglio 2006, 3710; Id., 18 luglio 2006, 4013; TAR Piemonte, 13 novembre 2006, 4130; TAR Catania, 16 aprile 2007, n. 651. Ma vedi anche la più recente Cons. Stato 8 maggio 2007, n. 2136.

(57) CGA siciliana, 18 maggio 2007, n. 386, in *Foro amm. CDS* 2007, 1653.

(58) Cons. Stato 22 maggio 2007, n. 2282, in *Urb e app* 2007, 963, con nota di Lotti P.; in *Foro amm. CDS* 2007, 1529 ss.; in *Giurisdiz. amm.* 2007, I, 777.

erenza con la posizione giuridica soggettiva che è chiamato ad assistere (59).

All'indomani della creazione di quello che sembrava un nuovo sistema, in dottrina si era ritenuto che, in virtù dell'art. 819 c.p.c. (60), che consente agli arbitri di conoscere in via incidentale anche di situazioni giuridiche soggettive non compromettibili (61), e delle ordinanze della Suprema Corte del 2006, gli arbitri avrebbero potuto concedere il risarcimento del danno delibando *incidenter tantum* la legittimità del provvedimento amministrativo (62).

In questo clima di «ricostruzione» è infine piombata l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato che, con la decisione 12/07, si è posta in una posizione di aperto contrasto con la Suprema Corte, riaffermando non solo tutte le argomentazioni classiche a favore della pregiudizialità amministrativa, ma addirittura tornando ad esaltare la qualificazione del giudizio amministrativo come giudizio prettamente e naturalmente impugnatorio (63).

(59) La previsione di un termine di decadenza sufficientemente ristretto entro quale azionare il diritto al risarcimenti è caldeggiata in dottrina: De Lise P., *Introduzione a Aa.Vv., Le nuove frontiere*, cit., XL; Pellegrino Gianluigi, *Translatio e pregiudiziale*, ivi, 78.

(60) Come modificato dal d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40.

(61) Salvo che la questione pregiudiziale debba essere decisa con efficacia di giudicato, in qual caso gli arbitri dovranno sospendere il giudizio: art. 819 *bis* c.p.c.

(62) Così Antonioli M., *Arbitrato e giurisdizione esclusiva: problemi e prospettive*, cit., 702 ss.: «vero è che la convenzione d'arbitrato non può avere ad oggetto l'accertamento – in via principale – della legittimità – o meno – dell'azione amministrativa. Vero è, tuttavia, che tale questione non “deve” essere decisa per legge, rimarcandosi che il I alinea del vigente art. 819 c.p.c., consente agli arbitri di risolvere “tutte le questioni rilevanti per la decisione della controversia”, quand'anche vertano “su materie che non possono essere oggetto di convenzione di arbitrato”, purché tali questioni non debbano “essere decise con efficacia di giudicato per legge”. Se gli interessi legittimi, anche dopo la novella del 2006, permangono non deferibili in arbitrato, ciò nondimeno, possono – attualmente – essere investiti dall'accertamento incidentale, ogniquale che la loro lesione incida su diritti soggettivi, investiti dall'accordo compromissorio».

(63) Per ulteriori riferimenti v. *supra*, cap. I, nota 28.

Se la posizione del Consiglio di Stato fosse confermata anche dalla successiva giurisprudenza amministrativa, sembrerebbe da confermare l'impossibilità di fatto – *rectius* la non convenienza – dell'arbitrato anche sulle liti in materia di risarcimento del danno. L'arbitrato resterebbe possibile, ma se veramente – come ritenuto dal Consiglio di Stato – la domanda di risarcimento non potrebbe essere proposta che insieme o successivamente al positivo esperimento della tutela annullatoria, per quale motivo la si dovrebbe chiedere agli arbitri, dando avvio ad un procedimento *ad hoc*, quando potrebbe concederla il giudice che ha conosciuto dell'impugnazione del provvedimento?

Lo stesso: se la domanda fosse per la prima volta rivolta agli arbitri questi dovrebbero comunque sospendere il procedimento *ex art.* 819 *bis* c.p.c. perché la domanda di annullamento sia portata innanzi al giudice amministrativo e decisa con efficacia di giudicato.

Ma a prescindere dalle questioni più strettamente legate all'arbitrato, la tesi del Consiglio di Stato appare fallace e carente di coerenza sistematica.

In primo luogo non si comprendono le ragioni per cui il cittadino leso da un provvedimento sia costretto a domandarne l'annullamento, anche quando la tutela annullatoria non gli recherebbe alcun vantaggio concreto, e anzi sarebbe meramente emulativa. Si pensi ad un provvedimento di esclusione di un soggetto per (ritenuta ma inesistente) carenza di un'abilitazione che successivamente venga revocata per raggiunti limiti di età: il ricorrente non trarrà alcun beneficio dall'annullamento del provvedimento di esclusione, ma sarà interessato al solo risarcimento del danno, mentre l'annullamento avrebbe il solo effetto di riaprire una procedura concorsuale per il resto perfettamente legittima. Ancora si pensi al provvedimento prefettizio immediatamente esecutivo che ordini

l'abbattimento di un albero secolare ritenuto pericoloso per la circolazione stradale: anche in tal caso una volta che l'albero sia stato abbattuto non si vede quale effetto favorevole per il ricorrente possa avere l'annullamento del provvedimento amministrativo (64).

Ancora potrebbe rispondere ad interesse pubblico proprio il mantenimento in vita del provvedimento amministrativo illegittimo: si pensi ad esempio agli effetti di una sentenza di annullamento di un provvedimento di aggiudicazione quando i lavori per la relativa opera pubblica sono in fase esecutiva, magari avanzata: risponde forse ad interesse pubblico l'annullamento dell'aggiudicazione quando questa comporterebbe la necessità di fermare i lavori – magari già eseguiti per una considerevole percentuale – per il tempo necessario a consentire il subentro del vincitore? Il quale peraltro deve essere sottoposto nuovamente a tutti i controlli – antimafia compresa – previsti dall'art. 11 d.lgs. 163/06.

In tal senso infatti espressamente prevede l'art. 246 d.lgs. 163/06 che, in materia di lavori per infrastrutture strategiche (opere cd. «a legge obbiettivo»), impedisce che all'annullamento dell'aggiudicazione possa conseguire l'annullamento del contratto, mentre al ricorrente è garantita esclusivamente tutela risarcitoria.

L'ultimo esempio smentisce poi anche un'altra affermazione del Consiglio di Stato a sostegno della pregiudiziale, secondo il quale vi sarebbe una coincidenza tra interesse pubblico e ripristino della legalità violata dal provvedimento amministrativo. Inoltre si è visto, a proposito della transazione, che proprio per la soddisfazione dell'interesse pubblico può essere necessario mantenere impiedi un provvedimento, ancorché

(64) Analogamente v. Pellegrino Giovanni, *Pregiudiziale: e se fosse un falso problema?*, in Aa.Vv., *Le nuove frontiere del giudice amministrativo*, cit., 167 ss.; Pellegrino Gianluigi, *Translatio*, ivi, 79 ss.

illegittimo. In tal caso l'amministrazione ha la possibilità transigere col privato per indurlo ad abbandonare il ricorso (65).

Se ciò non fosse vero dovrebbe dirsi che l'amministrazione viola l'interesse pubblico tutte le volte in cui non attiva i poteri di annullamento d'ufficio quando abbia acquisito la consapevolezza piena dell'illegittimità del proprio atto. Eppure l'art. 21 *nonies* l. 241/90 costruisce il potere di annullamento d'ufficio degli atti amministrativi illegittimi come una facoltà, per di più subordinata all'esistenza del pubblico interesse all'annullamento. Senza contare che la facoltà non può essere esercitata in pregiudizio dell'affidamento dei destinatari e dei controinteressati, o comunque trascorso un «termine ragionevole».

Addirittura si può dare anche il caso, per nulla paradossale, in cui il privato impugni il provvedimento di autotutela con cui l'amministrazione ha annullato d'ufficio un provvedimento illegittimo. In tal caso il giudice, se rileverà la mancanza dei presupposti indicati dall'art. 21 *nonies*, annullerà il provvedimento di autotutela lasciando che l'atto illegittimo continui ad esplicare i suoi effetti.

Il sistema dell'autotutela smentisce peraltro anche l'assunto della «presunzione di legittimità» dell'atto amministrativo di cui non sia stato chiesto nel termine l'annullamento. E ciò anche perché, come noto, il giudice civile può in ogni tempo disapplicare l'atto che ritiene illegittimo.

Né argomenti possono essere tratti dall'asserto secondo cui al giudice amministrativo difetterebbe proprio il potere di disapplicazione.

(65) E ciò anche quando l'amministrazione sia pienamente consapevole della illegittimità del provvedimento: Greco G., *Contratti e accordi*, cit., n. 3; in senso contrario Guicciardi E., *Le transazione degli enti pubblici*, cit., 128, secondo il quale la transazione non sarebbe possibile qualora l'amministrazione fosse certa della illegittimità del provvedimento: da un lato mancherebbe il requisito della *res dubia*, dall'altro l'amministrazione non avrebbe la disponibilità di mantenere in vita un atto da essa considerato sicuramente illegittimo.

In primo luogo chi scrive ritiene che l'istituto della disapplicazione risponda ad elementari principi di ragionevolezza e sia norma che informa l'intero sistema processuale, a prescindere dal plesso giurisdizionale avanti al quale sorge l'esigenza di disapplicare un provvedimento ritenuto illegittimo, quando oggetto della lite siano diritti soggettivi (66).

Inoltre nel momento in cui il legislatore del 2000 ha trasferito al giudice amministrativo la competenza a conoscere del risarcimento del danno, pare difficile sostenere che detto trasferimento non comporti anche la possibilità di disapplicazione dell'atto amministrativo: «la contraria opinione comporterebbe la ben strana conseguenza che, con il trasferimento della materia ai giudici amministrativi, si è non solo inciso su di una questione di giurisdizione, ma si sono addirittura modificate le tutele, creando una disuguaglianza, tra ciò che può concedere il giudice ordinario e ciò che può dare il giudice amministrativo, assolutamente ingiustificata» (67).

Per di più proprio il Consiglio di Stato, nella pregevole decisione 2282/07, ha anche rilevato come, a ben vedere, il rimedio risarcitorio

(66) Ciò, con riferimento agli atti amministrativi a carattere generale, è stato riconosciuto anche dal Consiglio di Stato: «al giudice amministrativo è consentito, anche in mancanza di richiesta delle parti, sindacare gli atti di normazione secondaria al fine di stabilire se essi abbiano attitudine, in generale, ad innovare l'ordinamento e, in concreto, a fornire la regola di giudizio per risolvere la questione controversa; egli può giungere alla disapplicazione della norma regolamentare che si ponga in contrasto con la legge qualora incida su una posizione di diritto soggettivo perfetto, il cui contenuto è completamente riconducibile alla norma di legge» Cons. stato 26 febbraio 1992, n. 154, in *Cons. Stato* 1992, I, 250; in *Giust. civ.* 1992, I, 1380; in *Foro amm.* 1992, 478.

Con riguardo, in ultimo, ai provvedimenti di natura non generale, ma lo stesso in parte vale anche per quelli di tipo generale ma non a carattere normativo (per i quali è dato registrare degli orientamenti contrastanti), c'è da mettere in rilievo che il potere di disapplicazione nel giudizio amministrativo che ha ad oggetto l'impugnazione di atti loro presupponenti, viene generalmente escluso in quanto si tende a far prevalere per questi tipi di provvedimenti il principio della inoppugnabilità, alla luce del fatto che per essi il soggetto interessato fin dalla loro adozione era nella condizione di poterli impugnare direttamente.

(67) Verde G., *La pregiudizialità dell'annullamento nel processo amministrativo per risarcimento del danno*, in *Dir. proc. amm.* 2003, 963 ss., spec. 972 s.

non richiede la disapplicazione dell'atto, ma anzi ne postula la permanente efficacia e, apprezzandone l'illegittimità non lo rimuove ma compensa per equivalente la sua portata ingiustamente lesiva (68).

Né ancora può valere l'argomento secondo cui l'esclusione della pregiudizialità, e la conseguente possibilità di poter richiedere il risarcimento del danno nel termine di prescrizione, costituirebbe una salvacondotta per aggirare il termine di decadenza entro cui debbono essere impugnati i provvedimenti amministrativi.

Anche questa obiezione non coglie nel segno. Infatti, come si era già autorevolmente sostenuto in dottrina e come hanno confermato le ordinanze del 2006, la tutela annullatoria è solo uno degli strumenti di tutela dell'interesse legittimo (69). Se ciò è vero spetta all'interessato scegliere se domandare il risarcimento danno in forma specifica o la tutela per equivalente (attraverso il risarcimento del danno o la reintegrazione in forma specifica). Ebbene, solo nel caso in cui il ricorrente abbia interesse ad ottenere l'annullamento del provvedimento amministrativo lesivo avrà l'onere di ricorrere entro il termine di decadenza previsto, mentre se si accontenterà solamente del risarcimento del danno potrà agire nel termine di prescrizione.

La previsione di un ristretto termine di decadenza per ottenere la rimozione giudiziale degli atti amministrativi – a parere di chi scrive – va intesa esattamente come la previsione di cui all'art. 21 *nonies* l. 241/90, secondo il quale l'atto amministrativo illegittimo può essere annullato d'ufficio «entro un termine ragionevole». Ossia la previsione di un termine di decadenza serve a tutelare la stabilità del provvedimento ammini-

(68) Nello stesso senso anche Pellegrino Gianluigi, *Translatio e pregiudiziale*, cit., 77 s.

(69) Si allude al già citato saggio Luiso F.P., *Pretese risarcitorie verso la pubblica amministrazione fra giudice ordinario e amministrativo*, cit., 50 ss.

strativo e l'efficienza dell'agire dell'amministrazione – i cui atti non possono essere continuamente *sub judice* – e soprattutto la tutela dell'affidamento che i terzi possono avere riposto nella validità dell'atto amministrativo. Ma non significa che il provvedimento non più impugnabile acquisti una forza paragonabile al giudicato, né che il cittadino – perduta la possibilità di ottenere la tutela in forma specifica – non possa ottenere il ristoro dei danni.

Le due forme di tutela stanno quindi su piani diversi e si pongono in maniera diversa rispetto alle esigenze di salvaguardia dell'efficacia ed efficienza dell'agire amministrativo, e di tutela dell'affidamento dei terzi. Ne dovrebbe discendere che, mentre la tutela risarcitoria può essere azionata nel termine ordinario di prescrizione, la tutela annullatoria soffre invece di limiti derivanti da esigenze contrapposte (70).

Infine la necessità di proporre la domanda di annullamento – anche senza avervi il minimo interesse – al solo scopo di poter accedere alla tutela risarcitoria si pone in grave contrasto con l'art. 24 Cost., che sancisce il diritto di chiunque ad accedere alla tutela giurisdizionale dei propri diritti: diritto di azione evidentemente leso se la tutela è subordinata ad un adempimento meramente formale, costoso, soprattutto quando non risponde affatto ad un interesse concreto del cittadino (71). Analogamente il principio della pregiudizialità amministrativa è palesemente in contrasto con il principio di economia processuale e con quello della ragionevole durata del processo, dal momento che impone l'attivazione di un

(70) Ed allora il decorso del termine di decadenza opererebbe, nei confronti della lesione dell'interesse legittimo, come causa che rende impossibile la tutela risarcitoria in forma specifica *ex art. 2058 c.c.* In senso analogo v. Luiso F.P., *op. loc. ult. cit.*

(71) Nello stesso senso Cass. 23 dicembre 2008, n. 30254; in dottrina v. Tramontano L., *La tutela risarcitoria dell'interesse legittimo*, Padova 2008, 236, che rimanda a sua volta a Caranta R., *La pubblica amministrazione nell'età della responsabilità*, in *Foro it.* 1999, I, 3201 ss.

processo *ad hoc* su di una questione pregiudiziale che ben può invece essere risolta *incidenter tantum*, con tutte le pensabili conseguenze in termini di inutile dispendio di attività processuale.

Ecco allora che, se quanto precede è vero, la possibilità di domandare direttamente agli arbitri di accertare e dichiarare la spettanza del risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi discenderebbe da un corretto inquadramento logico e sistematico della vicenda.

L'atto amministrativo è il mezzo con il quale l'amministrazione ha esercitato il potere; se tale potere è male esercitato il provvedimento è illegittimo; se il provvedimento è illegittimo può avere provocato dei danni al privato; questi potrà scegliere se domandare la tutela in forma specifica, chiedendo al giudice amministrativo, dentro il termine di decadenza, l'annullamento dell'atto; qualora invece si accontenti della tutela risarcitoria potrà domandarla direttamente, dentro il termine di prescrizione, sempre al giudice amministrativo, ovvero agli arbitri qualora esista un patto compromissorio (72).

In quest'ultimo caso, come già osservato in dottrina, gli arbitri potrebbero conoscere della questione pregiudiziale, senza efficacia di giudicato, in virtù dei poteri che gli sono attribuiti dall'art. 819 c.p.c. e disporre il risarcimento del danno, a prescindere dallo annullamento dell'atto lesivo (73).

(72) Analogamente Luiso F.P., *Pretese risarcitorie verso la pubblica amministrazione fra giudice ordinario e amministrativo*, cit., 45.

(73) In senso contrario v. Antonioli M., *Arbitrato e giurisdizione esclusiva*, cit., 74, nonché Greco G., *Accordi amministrativi*, cit., 291 s., il quale peraltro opina sulla base del vecchio testo dell'art. 819 c.p.c., che imponeva la sospensione del giudizio arbitrale in caso si presentasse una questione pregiudiziale in materia non compromettibile. L'obiezione potrebbe cadere se si giungesse a considerare arbitrabile la questione della legittimità del provvedimento amministrativo.

Comunque la si pensi intorno alla arbitrabilità delle questioni di diritto pubblico, nel sistema attuale non pare comunque più sostenibile dal momento che il nuovo art. 819 c.p.c. consente agli arbitri di conoscere questioni pregiudiziali non compro-

5. *La compromettibilità delle situazioni giuridiche soggettive di diritto pubblico: potere amministrativo e interesse legittimo*

Passando alla questione della arbitrabilità delle controversie relative a posizioni giuridiche soggettive di diritto pubblico occorre premettere alcune precisazioni di metodo e sistematiche.

In primo luogo, diversamente dalla maggior parte degli Autori che a questo proposito parlano di «arbitrabilità degli interessi legittimi», si preferisce parlare di «posizioni giuridiche soggettive di diritto pubblico». Si è visto che per «interesse legittimo» deve infatti intendersi quella posizione di vantaggio riconosciuta al privato nei confronti del potere amministrativo, che gli dà la possibilità di non essere mero spettatore e destinatario del provvedimento, ma di influire sul corretto esercizio del potere e anche sul perseguimento dell'interesse pubblico; vuoi partecipando al procedimento ed ivi esercitando i poteri previsti dalla legge, vuoi chiedendo al giudice un sindacato sul corretto esercizio del potere mediante l'impugnazione giudiziale del provvedimento – al fine di provocarne l'espunzione dal sistema, qualora ne venga accertata l'illegittimità – ma anche provocando l'esercizio dei poteri di revoca, annullamento o convalida.

Si è detto anche che la relazione tra l'interesse legittimo e il potere amministrativo è di coesistenzialità, nel senso che il primo sorge quando il secondo è dalla legge attribuito all'organo amministrativo che dovrà spenderlo. Al di là di questa coesistenzialità si tratta di due posizioni auto-

mettibili. Così infatti Antonioli che, proprio in virtù della modifica dell'art. 819 c.p.c. ha mutato il suo precedente avviso: v. Antonioli M., *Arbitrato e giurisdizione esclusiva: problemi e prospettive*, cit., 702 ss.

nome e distinte perché autonoma e distinta ne è la fonte e l'ambito di operatività.

In ogni caso: se esiste l'interesse legittimo esiste il potere amministrativo legittimamente dato all'amministrazione (74), e ogni lesione dell'interesse legittimo deriva da un non corretto uso (o non uso) di quel potere. Ne consegue che ogni volta che il giudice – o l'arbitro – conosce di una posizione di interesse legittimo, è anche l'uso del potere amministrativo ad essere al centro dell'accertamento (75).

Ecco allora che le controversie relative ad interessi legittimi involgono necessariamente due situazioni giuridiche distinte che, ai fini dell'arbitrabilità, debbono essere disponibili, ciascuna per parte del suo titolare.

Edi infatti la dottrina maggioritaria, anche quando riconosce la disponibilità dell'interesse legittimo, ritiene che le liti che lo riguardano non sarebbero arbitrabili perché l'indisponibilità riguarderebbe quantomeno la situazione ad esso contrapposta, vale a dire il potere amministrativo (76). Altri ritiene che proprio la coesistenzialità con il potere amministrati-

(74) Se il potere non esistesse la posizione del privato sarebbe di diritto soggettivo pieno.

(75) In senso analogo v. Goisis F., *La giustizia sportiva*, cit., 262: «ora, la lite con il cittadino non nasce in relazione all'astratta attribuzione del potere. Il cittadino, tramite l'interesse legittimo, mira a salvaguardare un suo interesse relativo ad una certa concreta vicenda, e non si preoccupa (o comunque non ha titolo di curarsi) del potere che l'amministrazione si vede attribuito per incidere su diversi e futuri episodi-beni della vita».

Sul carattere «relativo» o «relazionale» dell'interesse legittimo, in quanto posizione soggettiva non già di tipo assoluto, ma correlata all'esercizio del potere da parte dell'amministrazione, ovvero a questo «speculare», v. Travi A., *Lezioni di giustizia amministrativa*, 5ª ed., Torino 2002, 52 ss.

(76) Così Ruffini G., in Aa.Vv., *Codice di procedura civile commentato*, cit., 5678; Gasparini Cesari V., in Aa.Vv., *L'arbitrato, profili sostanziali*, cit., 1024; Caia G., *Arbitrati e modelli arbitrali*, cit., 199; Id., *Materia compromettibili in arbitrato con la Pubblica Amministrazione*, in Aa.Vv., *Arbitrato e pubblica amministrazione*, cit. 1999, 18, nota 15; Villata S.A., *Controversie di pubblico impiego, arbitrato e disapplicazione degli atti amministrativi illegittimi*, in *Riv. dir. proc.* 2000, 803 s.; Rubino Sammartano M., *Il diritto dell'arbitrato*, Vª ed.,

vo renda indisponibile anche l'interesse legittimo (77). Altri ancora sostengono l'indisponibilità *tout court* dell'interesse legittimo, senza peraltro offrire spiegazione alcuna della loro posizione (78).

Queste conclusioni, come si è visto *supra*, non possono essere condivise. Della disponibilità dell'interesse legittimo non può infatti dubitarsi; lo stesso per quanto riguarda il concreto esercizio del pubblico potere, dal momento che l'ordinamento espressamente riconosce all'amministrazione, nei limiti in cui sussistono margini di discrezionalità, la possibilità di vincolarsi nell'esercizio del potere.

Si sostiene anche che l'incompromettibilità del binomio interesse legittimo-potere amministrativo sarebbe comunque deducibile dalla lettera dell'art. 6, l. 205/2000. La disposizione, infatti, espressamente ammette la devoluzione in arbitrato delle sole «controversie concernenti diritti

Padova 2006, 201; De Lise P., *L'arbitrato nel diritto amministrativo*, cit., 1196; De Lise P., Delfino B., *Arbitrato e pubblica amministrazione*, cit., 2051 ss., i quali peraltro sottolineano la prospettiva evolutiva secondo cui al modello di amministrazione autoritativa e unilaterale starebbe gradualmente sostituendosi un modello consensuale e condiviso; in senso analogo v. Chiti M.P., voce *Arbitrato*, cit., 406, secondo il quale il potere amministrativo è e resta una situazione indisponibile nonostante la legge sul procedimento e il TUEL consentano accordi sul potere; ritiene infatti l'Autore che tali ipotesi siano tassative e di stretta interpretazione.

In giurisprudenza v. TAR Lombardia, 6 novembre 2002, n. 4267, in *TAR* 2002, I, 3317.

(77) Amorth A., *Annotazioni sull'arbitrato nelle controversie amministrative*, cit., 2170. Questo Autore ritiene anche che l'inarbitrabilità vada desunta anche dalla incompatibilità dei tempi di costituzione del collegio arbitrale con il breve termine di decadenza dei provvedimenti amministrativi.

(78) Laschena R., voce *Arbitrato*, cit., 1.

In giurisprudenza v. Cons. Stato 17 giugno 2003, n. 3447, in *Cons. Stato* 2003, I, 1359, e in *Foro amm. CDS* 2003, 1856, secondo la quale, semplicemente, «deve ritenersi inammissibile il deferimento all'arbitrato di questioni attinenti ad interessi legittimi e, cioè, a posizioni soggettive lese da atti autoritativi dell'Amministrazione, dal momento che trattasi di situazioni soggettive non disponibili, che non possono formare oggetto di transazione (cfr. art. 806 c.p.c.)».

soggettivi devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo», con ciò escludendo l'arbitrabilità degli interessi legittimi (79).

Peraltro, come si è visto anche per l'arbitrabilità dei diritti soggettivi rientranti nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, non si può dare soverchia importanza agli argomenti testuali agganciati ad

(79) In giurisprudenza v. Cass., sez. un., 30 novembre 2006, n. 25508 « l'art. 6, comma secondo, della legge 21 luglio 2000, n. 205, prevede la possibilità che le controversie concernenti diritti soggettivi devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo siano risolte mediante arbitrato rituale di diritto, mentre resta preclusa la compromettibilità in arbitri delle controversie su interessi legittimi (nella specie, la S.C. ha confermato la sentenza di merito di annullamento del lodo arbitrale in materia di revisione delle tariffe del servizio di illuminazione elettrica delle lampade votive del cimitero affidato in concessione, sulla base della qualificazione – non specificatamente e adeguatamente censurata da parte del ricorrente – della posizione soggettiva della concessionaria come di interesse legittimo)»; Cass., sez. un., 27 luglio 2004, n. 14090: «l'art. 6, comma secondo, della legge 21 luglio 2000, n. 205, nel prevedere che le controversie concernenti diritti soggettivi devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo possono essere risolte mediante arbitrato rituale di diritto, è norma di stretta interpretazione, posto che l'accordo delle parti, espresso nel patto compromissorio, indirettamente comporta una deroga alla giurisdizione, avendo l'effetto di affidare al giudice ordinario, in sede di impugnazione del lodo, la cognizione di controversie che, in assenza dell'arbitrato, sarebbero devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Stante il carattere eccezionale della citata norma, essa, in presenza di devoluzione al giudice amministrativo quale titolare esclusivo della tutela giurisdizionale, è applicabile solo quando la posizione azionata abbia consistenza di diritto soggettivo, sicché non è sufficiente la mera idoneità della pretesa a formare oggetto di transazione. Ne consegue, pertanto, che l'art. 6, comma secondo, legge cit. non è applicabile quando la situazione giuridica azionata abbia natura di interesse legittimo (come in materia di revisione prezzi, finché non vi sia stato riconoscimento esplicito o implicito della revisione medesima da parte della pubblica amministrazione)»; Cass. 14 novembre 2005, n. 22903; per la giurisprudenza amministrativa, sostengono l'inarbitrabilità delle controversie in tema di interessi legittimi Cons. stato 13 settembre 2005, n. 4698, in *Foro amm. CDS* 2005, 2616 (mass.); Cons. stato 28 giugno 2004, n. 4791, in *Cons. Stato* 2004, I, 1332.

In dottrina v. Ruffini G., in *Aa.Vv.*, *Codice di procedura civile commentato*, cit., 5678; Antonioli M., *Arbitrato e giurisdizione esclusiva: problemi e prospettive*, cit., 704 s.; Id., *Arbitrato e giurisdizione esclusiva*, cit., 70 s.; Caracciolo La Grotteria A., *Profili dell'arbitrato nel diritto amministrativo*, cit., 725 ss.; Chiti M.P. voce *Arbitrato*, in *Aa.Vv.*, *Dizionario di diritto pubblico*, cit., 406; Pajno A., voce *Arbitrato (arbitrato nelle controversie amministrative)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. II, Roma 2005, 14; in maniera dubitativa Romano Tassone A., *giurisdizione amministrativa e arbitrato nella l. 205/2000*, cit., 632 s.; Zito A., *La compromettibilità per arbitri con la pubblica amministrazione dopo la l. n. 205 del 2000: problemi e prospettive*, cit., 352 ss.; Zucconi Galli Fonseca E., in *Aa.Vv.*, *Riforma del diritto arbitrale*, commentario a cura di Menchini S., in *Nuove leggi civ. comm.* 2007, 1158 ss.

una disposizione qual è l'art. 6 l. 205/00. La disposizione infatti – già abbondantemente criticabile sotto altri aspetti – nasce col precipuo scopo di porre fine all'orientamento della Cassazione che negava l'arbitrabilità delle controversie su diritti rientranti nella giurisdizione esclusiva; alla base della disposizione manca qualsivoglia presa di posizione di carattere sistematico da parte del legislatore, su questioni diverse rispetto a quella che espressamente aveva di mira, ciò che del resto risulta chiaramente proprio dall'esame dei lavori parlamentari (80).

Peraltro, altra parte della dottrina ha posto in rilievo come il citato art. 6, se si riferisce espressamente solo alle situazioni di diritto soggettivo, non esclude affatto gli interessi legittimi dall'ambito delle situazioni compromettibili (81).

(80) V. sul punto TAR Veneto 1 marzo 2003, n. 1583: «sulla natura interpretativa della disposizione, diretta a risolvere tale antinomia, depongono anche i lavori parlamentari, dai quali si evince che l'attuale formulazione della disposizione trae origine da un emendamento 5.8, il cui presentatore (on. Acquarone) così ne chiariva la predetta natura interpretativa nella seduta del 21 marzo 2000 della II Commissione della Camera: "...questo è stato presentato al fine di ribadire in un atto normativo di grado primario l'interpretazione della dottrina secondo cui la natura della posizione soggettiva vantata deve essere assunta come criterio di ammissibilità della procedura arbitrale. Nel caso in esame, pertanto, la disponibilità del diritto soggettivo da parte del titolare legittimerebbe la facoltà attribuita a costui di scegliere lo strumento giurisdizionale diretto a risolvere quelle controversie che vedano coinvolta quella posizione soggettiva. La Corte di cassazione ha invece affermato più volte che tale criterio deve essere individuato in riferimento alla natura del giudice, alla cui giurisdizione è attribuita la competenza della materia oggetto della controversia. Secondo tali tesi, nel caso in cui sia devoluta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo la competenza di materie attinenti a diritti soggettivi sarebbe precluso il ricorso alla procedura arbitrale, salvo che la legge non lo consenta espressamente, come ad esempio nel caso degli appalti pubblici. L'emendamento in esame è pertanto diretto a superare tale interpretazione giurisprudenziale, che tra l'altro determina una disparità di trattamento tra situazioni uguali, quali quelle relative alle controversie in materia di appalti pubblici, per le quali è ammesso il compromesso arbitrale, e quelle relative alle concessioni, in quanto per queste ultime non è prevista alcuna disposizione legislativa di tenore simile a quella vigente per gli appalti"».

(81) Lubrano F., *Arbitrato e pubblica amministrazione*, in *Studi Punzi*, Torino 2008, vol. II, 492.

Né argomenti si possono trarre dal nuovo testo dell'art. 806 c.p.c., che pure fa riferimento ai soli «diritti», senza menzionare affatto gli interessi legittimi. Come si è già visto a proposito dell'art. 1966 c.c., il riferimento ai diritti ha, anche nel codice di procedura civile, il significato neutro di «posizione giuridica soggettiva di vantaggio» (82).

Ora, se quanto precede è vero, la disponibilità sostanziale sia dell'interesse legittimo che del potere amministrativo, potrebbe agevolmente lasciar concludere per la arbitrabilità delle liti che li riguardano. Ma altri due importanti ordini di argomenti a favore della inarbitrabilità degli interessi legittimi e del potere amministrativo riguardano non la loro disponibilità, ma l'ambito dei poteri degli arbitri nei confronti proprio del potere e della sua forma di manifestazione, vale a dire il provvedimento.

Ossia, a prescindere da ogni considerazione circa la disponibilità del binomio interesse legittimo-potere amministrativo, da un lato si nega che l'amministrazione possa essere sostituita da un terzo – ossia dall'arbitro – nello svolgimento della sua attività, dall'altro si respinge l'idea che agli arbitri sia in qualche modo consentito di incidere sugli atti amministrativi, annullandoli o comunque provocandone in qualche modo l'espunzione dall'ordinamento.

Sotto il primo profilo già il Guicciardi (83), che pure – come si è ampiamente visto *supra* – teorizzava l'ammissibilità delle transazioni sugli atti amministrativi, negava che al compromesso potesse riconoscersi, nel diritto pubblico, un ambito altrettanto ampio della transazione. Secondo l'Autore, seppure nel campo del diritto privato l'ambito della transazione e quello del compromesso coincidono, «questa coincidenza, ..., non sembra affatto conservabile nel diritto pubblico, per il fondamento ben

(82) Goisis F., *La giustizia sportiva tra funzione amministrativa e arbitrato*, cit., 254 s.

(83) Guicciardi E., *Le transazioni degli enti pubblici*, cit., 216/103, nota 2.

diverso che la transazione ha in questo rispetto al diritto privato»; con il compromesso le parti si accordano nell'evitare la decisione della loro lite da parte del giudice non fissando loro stesse i termini per la soluzione della controversia, «ma la deferiscono ad un terzo, l'arbitro». Ed è proprio questo deferimento ad un terzo della decisione della lite che sarebbe precluso all'amministrazione: infatti, quando questa si risolve ad una soluzione non giurisdizionale di una controversia, deve sempre tenere come faro della propria attività il perseguimento dell'interesse pubblico (84); ora, se nel transigere è l'amministrazione stessa che ne predispone o accetta le condizioni, «questo essa non può fare nel giudizio arbitrale, il quale potrebbe anche chiudersi coll'accoglimento, totale o parziale, della pretesa della controparte, e colla relativa soccombenza dell'amministrazione».

In altre parole, secondo l'illustre Autore (85), la decisione stragiudiziale delle controversie sarebbe ammessa solamente quando è l'amministrazione stessa a definirne o accettarne i termini, mentre non sarebbe mai possibile la delega a terzi della individuazione della soluzione della lite sul provvedimento.

Questa opinione è stata criticata dall'Amorth e dal Cassese (86), secondo i quali la discriminazione ipotizzata dal Guicciardi tra transigibilità e compromettibilità degli interessi legittimi non convincerebbe: se il problema fosse solo quello di non delegare, genericamente, a terzi la cura dell'interesse pubblico, allora non sarebbe, per assurdo, nemmeno am-

(84) «che, normalmente, è quello del mantenimento dell'atto impugnato», con la conseguenza che, «quando essa transige, il suo punto di partenza deve essere quello che il suo atto rimarrà in piedi». Guicciardi E., *op. loc. ult. cit.*

(85) E degli altri che hanno ritenuto di seguirlo Antonioli M., *Arbitrato e giurisdizione esclusiva*, cit., 70 ss.

(86) Amorth A., *Annotazioni sull'arbitrato nelle controversie amministrative*, cit., 2167 ss.; Cassese S., *L'arbitrato nel diritto amministrativo*, cit., 325 s.

missibile la decisione giurisdizionale di queste controversie (anche il giudice, infatti, è un terzo); mentre dall'altro lato ad evitare i rischi della cattiva gestione dell'interesse pubblico basterebbe accordarsi per una adeguata composizione dell'organo arbitrale.

Nondimeno si tratta di obiezioni che non colgono nel segno, e soprattutto non interpretano correttamente il pensiero del Guicciardi. La decisione giurisdizionale della controversia, infatti, non è una decisione purchessia, affidata ad un terzo qualunque, ma rappresenta la decisione «giusta» offerta dall'ordinamento; altrimenti non si comprenderebbe per quale ragione solo al giudice dello Stato è consentita la decisione delle liti su diritti indisponibili. Dicendo che l'amministrazione non può consentire che sia l'arbitro definire la controversia col privato – senza una sua partecipazione attiva – l'Autore non vuol dire che in ogni caso la soluzione della controversia non può essere deferita ad un terzo, ma che questo terzo non può essere altri che il giudice dello Stato.

Il vizio del ragionamento di Guicciardi va individuato altrove, ossia nella assimilazione tra transazione e arbitrato. La transazione è infatti un accordo con cui le parti prevencono o risolvono una lite facendosi reciproche concessioni, mentre con l'arbitrato devolvono ad un terzo non la composizione della lite, ma la sua decisione.

Se pertanto nella transazione le parti direttamente agiscono sulla situazione sostanziale, modificandola al fine di addivenire al *concilium*, col patto compromissorio l'accordo verte solamente sulla persona che sarà chiamata a dettare la regola che risolverà il caso concreto: l'arbitro e non il giudice. Ecco allora che la funzione dell'arbitro sarà proprio quella di «giudicare», ossia trovare la regola di diritto che – applicata al caso concreto – risolverà la questione attribuendo la ragione e il torto, non quella di «comporre» la controversia. Ecco che le preoccupazioni di parte della

dottrina secondo cui «dei mandatari, quali sono gli arbitri, possano disporre dell'interesse pubblico» (87) vengono meno: gli arbitri sono dei mandatari delle parti, ma il loro mandato consiste solo nel giudicare, non nel sostituirsi ad esse per esercitare attività loro proprie o disporre dei loro interessi.

Vale anche osservare che l'arbitro è chiamato a pronunciarsi in un momento in cui la scelta dell'amministrazione relativa al perseguimento dell'interesse pubblico è già stata compiuta. L'arbitro non viene chiamato a valutare la congruità della scelta dell'amministrazione con l'interesse pubblico, né a indicarle un comportamento diretto al suo perseguimento, ma solo a verificare se la scelta dell'amministrazione sia legittima o abbia leso l'interesse legittimo del privato. L'interesse pubblico non rientra nell'oggetto dell'indagine degli arbitri, e resta nella esclusiva competenza dell'amministrazione.

Viceversa nella transazione, soprattutto quando questa ha ad oggetto l'esercizio del potere, le concessioni dell'amministrazione al privato debbono essere sostenute dalla necessità di perseguire l'interesse pubblico, e la transazione trova la sua *ratio* e il suo limite proprio nella maggior adeguatezza all'interesse pubblico rispetto alla lite davanti al giudice amministrativo: l'amministrazione transigendo di fatto esercita il proprio potere allo scopo di meglio soddisfare l'interesse pubblico.

Si può dire che l'amministrazione non potrebbe «delegare a terzi» le scelte sulle concessioni transattive che fa al privato, perché significherebbe delegare l'esercizio di una funzione che le spetta per legge (88), ma

(87) Antonioli M., *Arbitrato e giurisdizione esclusiva*, cit., 69 s.

(88) Peraltro, come si è già detto nel capitolo precedente a proposito dell'arbitraggio e *supra* a proposito della disponibilità del potere amministrativo, nemmeno pare potersi condividere appieno questa affermazione, quantomeno con riferimento all'attività discrezionale dell'amministrazione. Se è vero infatti che l'attività discrezionale può formare oggetto di accordi tra l'amministrazione e l'interessato, non si

«dinanzi agli arbitri viene portata una controversia che non è diversa da quella che verrebbe sottoposta all'attenzione dei giudici e che riguarda non il potere o la funzione nella sua proiezione futura, ma una vicenda del passato che deve essere valutata sulla base di criteri predeterminati, che sono quelli normalmente adoperati dal giudice amministrativo e che devono essere adoperati dall'arbitro, qualora sia chiamato a giudicare il caso» (89).

Pertanto, ostacoli all'ammissibilità di impiego di arbitrati per la risoluzione delle controversie amministrative non possono derivare dalla circostanza che la pubblica amministrazione sia estranea alla formazione della pronuncia arbitrale, in quanto la stessa, anche se proviene da un terzo, è regolata nei suoi effetti dalla legge e non determina un nuovo assetto di interessi, perché – lo si ripete – interviene sulla base di un accer-

vedono motivi per escludere la rimessione a terzi della determinazione di taluni elementi di quello che sarà il provvedimento finale, anche se il provvedimento in questione sia una transazione.

L'amministrazione certamente non potrà rimettere al terzo «l'attribuzione» astratta del potere che le è conferito per legge – ossia la sua funzione istituzionale – ma non si vedono le ragioni per cui non potrebbe conferire ad un terzo la determinazione delle modalità concrete di attuazione di una volizione discrezionale la cui congruenza con il perseguimento dell'interesse legittimo è già stata valutata a monte. Il provvedimento finale che il terzo potrebbe eventualmente essere chiamato ad adottare sarà un provvedimento comunque riconducibile alla volontà dell'amministrazione, sempre che questa gli abbia all'uopo conferito i relativi poteri, indicando contestualmente i precisi limiti.

In sostanza l'amministrazione esercita il potere attribuitole dalla legge individuando le diverse modalità attraverso le quali l'interesse pubblico è perseguibile, affidando al terzo la facoltà di scegliere la via che ritiene migliore in relazione al caso concreto.

(89) Così Verde G., *Nuove riflessioni su arbitrato e pubblica amministrazione*, cit., 698; Vaccarella M., *Arbitrato e giurisdizione amministrativa*, cit., 39. Nello stesso senso anche Gasparini Cesari V., *Arbitrato e controversie amministrative*, Aa.Vv., *L'arbitrato*, cit., 1025; Pugliese F., *Arbitrato e p.a.*, in *Contratti* 1993, 652, secondo i quali la clausola arbitrale non incide sul potere che, nel momento in cui viene apposta, è già stato interamente esercitato. Il lodo arbitrale non impone un certo doveroso esercizio del potere, non sceglie soluzioni che l'amministrazione non voglia o non abbia già voluto, ma si limita a dire in quale direzione ed in quale misura il potere, già esercitato, si sia impegnato; a quali obblighi l'amministrazione sia sottoposta e sia impegnata.

tamento rispetto ad una situazione giuridica controversa la cui disciplina esiste già (90).

Resta infine da chiarire quali potrebbero essere i poteri degli arbitri nei confronti dei provvedimenti amministrativi, le forme di manifestazione del potere amministrativo e la più frequente causa di lesione degli interessi legittimi (91).

Della disapplicazione si parlerà *infra*.

Quanto al potere degli arbitri di provocare, in qualunque modo, l'espunzione dei provvedimenti amministrativi – annullandoli, revocandoli o condannando l'amministrazione alla loro rimozione – le posizioni della dottrina, salvo qualche rara e autorevole eccezione, sono tutte decisamente schierate in senso negativo.

In primo luogo non si è ritenuto che il riconoscimento della disponibilità del potere amministrativo possa anche fondare la compromettibilità delle controversie amministrative relative al binomio interessi legittimi-potere amministrativo. Il limite fondamentale e insuperabile alla arbitrabilità di queste controversie sarebbe dato dalla presenza del provvedimento autoritativo, sul quale gli arbitri non potrebbero intervenire. Il provvedimento sarebbe infatti «una manifestazione dell'autorità di carattere normativo, affine alla legge e ancor più alla sentenza (...), e costitui-

(90) Nello stesso senso v. Caia G., *Arbitrati e modelli arbitrali nel diritto amministrativo*, cit., 189 ss., 196.

(91) Come si è visto sopra, infatti, l'interesse legittimo consiste in una posizione di vantaggio che è riconosciuta al privato in relazione ad un bene della vita oggetto di potere amministrativo. L'interesse legittimo nasce pertanto col potere amministrativo e consiste non solo nella possibilità di impugnare il provvedimento amministrativo una volta emesso, ma anche e soprattutto nella possibilità – riconosciuta e tutelata dalla legge – di partecipare all'edizione del potere amministrativo.

L'interesse legittimo potrebbe pertanto essere leso già nel momento procedimentale, ovvero a causa della mancata adozione del provvedimento.

sce, come tale, patrimonio della collettività, fondamentalmente indisponibile per il suo autore» (92).

Il carattere di indisponibilità viene – in questa ricostruzione – attribuito non al potere amministrativo *in sé*, ma alla sua manifestazione «ancorché a base consensuale»: il provvedimento amministrativo, infatti, come la sentenza del giudice, una volta adottato cessa di rimanere nella disponibilità del suo autore per divenire patrimonio della collettività. Ecco allora che, se gli arbitri mutuano i propri poteri dalle parti, il provvedimento amministrativo, intangibile per il suo autore, risulta intangibile anche per essi.

Questa ricostruzione lascia adito a perplessità perché contrasta con la disciplina della annullabilità, revocabilità e modificabilità dei provvedimenti amministrativi prevista dalla legge 241/90, come integrata dalla l. 11 febbraio 2005, n. 15 – e più in generale con la natura e la funzione del provvedimento amministrativo e del potere.

Come è noto, la sottoscrizione da parte del cancelliere della sentenza ne comporta l'uscita dalla materiale disponibilità del giudice, che non può più mutarla o disconoscerla. Con la autenticazione del cancelliere il giudice ne perde possesso, e l'atto diviene espressione del potere giurisdizionale spettante allo Stato (93). Anche se la sentenza è palesemente ingiusta il giudice non può tornare sui suoi passi, e le parti non hanno altra via dell'impugnazione giudiziale per evitarne il passaggio in giudicato.

(92) Romano Tassone A, *Giurisdizione amministrativa e arbitrato*, in *Riv. Arb.* 2000, 264 ss.

(93) D'Onofrio P., *Commento al codice di procedura civile*, vol. I, Torino 1957, 122; Chiovenda G., *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, 1, Napoli 1934, 67; Satta S., *Commentario al codice di procedura civile*, vol. I, Milano 1966, 215.

Lo stesso non si può dire del provvedimento amministrativo. Prima di tutto il provvedimento altro non è se non la manifestazione dell'esercizio del potere amministrativo, che è attribuito all'amministrazione al solo e inevitabile scopo di perseguire l'interesse pubblico. Se veramente con la sua adozione il provvedimento amministrativo uscisse dalla disponibilità dell'organo che lo ha posto in essere, si verrebbe a cristallizzare un assetto di interessi che potrebbe contrastare con sopravvenuti motivi di interesse pubblico o con una eventuale nuova valutazione dell'interesse pubblico originario.

Ed è proprio in considerazione di ciò che il legislatore del 2005 ha, con l'introduzione dell'art. 21 *quinquies* l. 241/90 (revoca del provvedimento), reso esplicito ciò che prima poteva trarsi dai principi che sorreggono l'attività amministrativa.

Allo stesso modo l'amministrazione può, sempre nell'ottica del perseguimento dell'interesse pubblico, annullare d'ufficio o convalidare il provvedimento illegittimo (art. 21 *nonies*).

Ne consegue che il provvedimento – legittimo o non – resta sempre nella signoria dell'amministrazione. E non potrebbe essere diversamente, dal momento che, diversamente dalla sentenza, il provvedimento è uno degli strumenti con cui l'amministrazione persegue ed insegue la mutevolezza dell'interesse pubblico. Deve quindi trattarsi di uno strumento dotato della necessaria elasticità per potersi adattare ad esigenze sopravvenute o a rivalutazioni e mutamenti. Ne discende che il provvedimento amministrativo, se deve soddisfare queste esigenze, non può che rimanere nella disponibilità dell'amministrazione, con i limiti previsti dalla legge.

Altri limiti alla potestà degli arbitri di incidere sui provvedimenti amministrativi deriverebbero dalle norme costituzionali.

Un primo limite costituzionale alla cognizione degli arbitri viene individuato nell'art. 103, comma I, Cost., che sembrerebbe riservare la tutela degli interessi legittimi nei confronti della pubblica amministrazione al Consiglio di Stato e agli altri organi di giurisdizione amministrativa (94).

L'argomento è senza dubbio di quelli che provano troppo. Se fosse vero che l'art. 103 Cost. riserva al solo giudice amministrativo la tutela degli interessi legittimi, allora da un lato l'intero fenomeno arbitrale sarebbe irrimediabilmente incostituzionale, dal momento che l'art. 102 Cost. rimette la funzione giurisdizionale – ossia la tutela dei diritti – ai «magistrati ordinari istituiti e regolamentati secondo le norme dell'ordinamento giudiziario» (95); né si spiegherebbe la contraddizione in cui sarebbe incorso il legislatore pre costituzionale che, da un lato, attribuisce all'autorità giudiziaria la tutela giurisdizionale dei diritti (artt. 2907 c.c. e 1 c.p.c.), e dall'altro consente che le parti facciano decidere da arbitri le controversie tra di loro insorte che vertano su diritti disponibili.

Inoltre, se veramente l'art. 103 Cost. riserva al giudice amministrativo in via esclusiva la tutela degli interessi legittimi nei confronti dell'amministrazione, non si comprende per quale ragione il successivo art. 113 Cost. da un lato afferma che la tutela dei diritti «e degli interessi legittimi» è sempre ammessa dinanzi agli organi di giurisdizione «ordinaria e amministrativa», senza distinzione; senza contare che l'ultimo comma di detta disposizione non riserva affatto al solo giudice amministrativo la potestà di annullamento degli atti amministrativi, ma rimette al legi-

(94) Così Acquarone L., Mignone C., voce *Arbitrato nel giudizio amministrativo*, cit., 372; Gasparini Cesari V., *Arbitrato e controversie amministrative*, in Aa.Vv., *L'arbitrato, profili sostanziali*, cit., 1026.

(95) Cassese S., *L'arbitrato nel diritto amministrativo*, cit., 314; Goisis F., *La giustizia sportiva*, cit., 287 s.

slatore ordinario di individuare, caso per caso, il giudice dotato di tale potere.

Anche dall'art. 113 Cost. vengono tratti argomenti per negare il potere degli arbitri di annullare i provvedimenti amministrativi. Il terzo comma della disposizione, infatti, riserva al legislatore il potere di determinare quali «organi di giurisdizione» possono annullare gli atti della pubblica amministrazione (96).

Secondo alcuni autori gli arbitri, non potendo essere qualificati come «organi di giurisdizione», non potrebbero per questo vedersi attribuiti dalla legge il potere di annullare gli atti amministrativi (97); dall'altra parte è stato invece ritenuto che «è vero che il collegio arbitrale o l'arbitro unico non sono classificabili tra gli organi giurisdizionali, ma è pur vero che il lodo integrato dal decreto del pretore acquista sicuramente natura di sentenza (...) sicchè, ove il lodo-sentenza contenesse in ipotesi l'annullamento di un atto amministrativo, tale annullamento equivarrebbe a quello disposto dal giudice, ma in quanto investito per legge di una siffatta potestà di annullamento», potestà di annullamento che «non sussiste nel nostro ordinamento» (98); conclusioni, queste, che sembrerebbero rafforzate ora che il legislatore del 2006 pare avere conferito al lodo arbitrale l'efficacia della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria già dal momento della sua ultima sottoscrizione (art. 824 *bis* c.p.c.).

(96) Così, ma con posizioni in parte diverse tra loro, Amorth A., *Annotazioni sull'arbitrato nelle controversie amministrative*, cit., 2172; Acquarone L., Mignone C., voce *Arbitrato nel giudizio amministrativo*, cit., 372; Antonioli M., *Arbitrato e giurisdizione amministrativa*, cit., 73 ss.; Gasparini Cesari V., *Arbitrato e controversie amministrative*, in Aa.Vv., *L'arbitrato, profili sostanziali*, cit., 1026;

(97) Antonioli M., *op. cit.*, 74 s.,

(98) «e neanche si potrebbe inferirla per interpretazione estensiva o analogia di norme del provvedimento giurisdizionale avanti ai giudici amministrativi, la citata disposizione costituzionale [l'art. 113 Cost.] richiedendo un'espressa attribuzione al riguardo» Così Amorth A., *op. cit.*, 2172.

Secondo altri – cui non potrebbe riconoscersi la qualità di organi di giurisdizione – sarebbe applicabile agli arbitri l'art. 4, comma 2, l. 2248/1865, che vieta al giudice ordinario di modificare o annullare atti amministrativi, muovendo dalla premessa della fungibilità del giudizio degli arbitri con quello civile ordinario; sebbene peraltro l'art. 113, ult. co., Cost. consentirebbe al legislatore di attribuire la potestà di annullamento anche ad «organi di giurisdizione» diversi dal giudice amministrativo, la deroga «non è di certo suscettibile di estendersi *apud arbitros*», proprio in quanto questi non sarebbero organi di giurisdizione (99).

In senso contrario si è peraltro fatto notare come l'art. 113, ult. co., Cost. non potrebbe in ogni essere visto come un ostacolo alla potestà degli arbitri sui provvedimenti amministrativi: «qualunque sia la tesi che si preferisca in ordine alla natura giuridica degli arbitrati, la norma citata non potrà dirsi preclusiva per quello che qui interessa: se si segue la tesi della natura giurisdizionale dell'arbitrato questo si pone su di un piano sostitutivo rispetto al giudice ordinario (...); se – all'opposto – si segue la tesi contrattualistica, visto che l'arbitrato si fonderebbe così esclusivamente sull'autonomia delle parti (la vincolatività del lodo deriverebbe cioè dalla volontà delle parti) che intendono rinunciare alla giurisdizione e quindi all'azione, le norme costituzionali in materia di giurisdizione non rilevano» (100).

(99) Antonioli M., *Arbitrato e giurisdizione esclusiva*, cit., 73 s., 82.

(100) Così Caia G., *Arbitrati e modelli arbitrali nel diritto amministrativo*, cit., 186 s., il quale comunque giunge per altra via a negare l'arbitrabilità delle controversie in materia di interessi legittimi. Va comunque rilevato che il ragionamento che porta a non vedere nell'art. 113 Cost. un ostacolo al potere degli arbitri di annullare gli atti amministrativi non convince appieno; quanto al secondo argomento – vale a dire che la natura negoziale dell'arbitrato comporta l'inapplicabilità delle norme destinate alla giurisdizione – non si ha nulla da eccepire, ed anzi, come si vedrà *infra*, costituisce proprio l'argomento attraverso il quale arrivare a negare l'applicabilità dell'art. 113 Cost. agli arbitri, ma al primo si può opporre che – proprio se si afferma che gli arbitri si pon-

Sempre in senso contrario si è anche affermato che il legislatore del 2006, nell'attribuire al lodo l'efficacia della sentenza pronunciata dall'«autorità giudiziaria», abbia con ciò attribuito agli arbitri gli stessi poteri di cui gode quest'ultima; quanto al fatto che la legge espressamente non conferisca agli arbitri la potestà annullatoria, questa viene desunta dal nuovo art. 824 *bis* c.p.c., che parla genericamente di «autorità giudiziaria», senza specificare se si tratti di autorità giudiziaria ordinaria o amministrativa. Ora, dal momento che il legislatore del 2006 certo non ignorava l'esistenza dell'art. 6, l. 205/00, con cui «si è espressamente riconosciuta l'arbitrabilità di controversie, altrimenti, devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo, non sembra nemmeno facilmente sostenibile che il legislatore delegato abbia in realtà, con l'espressione autorità giudiziale, voluto far riferimento alla sola giurisdizione ordinaria» (101).

Chi scrive ritiene che gli argomenti sia di chi vede nell'art. 113 Cost. una chiusura alla possibilità di riconoscere agli arbitri poteri annullatori, che di chi invece non vi rinviene alcuna preclusione, siano in effetti deboli e prestino il fianco a numerose critiche. I primi si fondano su di una malintesa lettura dell'ultimo comma dell'art. 113 Cost., mentre gli altri giungono a conclusioni opposte sulla base di argomentazioni superficiali, o su interpretazioni letterali e sistematiche quantomeno opinabili.

Che l'articolo 113, ult. co., Cost. non precluda affatto agli arbitri la potestà di annullare provvedimenti amministrativi si può peraltro agevolmente desumere dalla sua collocazione sistematica di norma nata e

gono sullo stesso piano del giudice ordinario – a loro sarebbe applicabile l'art. 4 della legge abolitrice del contenzioso amministrativo.

(101) Così Goisis F., *La giustizia sportiva*, cit., 288 s. Anche questo Autore, peraltro, giunge a negare che gli arbitri possano annullare i provvedimenti amministrativi sulla base di argomentazioni di ordine sistematico, pur dopo avere affermato l'inesistenza di preclusioni a tale potere né sul piano sostanziale né su quello costituzionale.

pensata, come l'art. 4, comma 2, l. 2248/1865, a presidio del principio di divisione dei poteri. Si tratta di una norma rivolta esclusivamente al potere giurisdizionale – come del resto appare evidente dalla sua collocazione topografica tra le norme che fissano i principi cui deve ispirarsi l'esercizio della giurisdizione (102) – e nasce come una disposizione volta a sancire al livello costituzionale l'eccezionalità e la tassatività dei casi in cui il potere giurisdizionale può incidere sugli atti del potere esecutivo: di regola il potere esecutivo è tutelato nella sua autonomia nei confronti del potere giurisdizionale, salvi i casi in cui il legislatore determini «quali organi giurisdizionali possono annullare gli atti della pubblica amministrazione».

La reale natura di disposizione posta a presidio della separazione dei poteri risulta ancora più chiara se si analizzano le linee evolutive e i dibattiti che – in sede costituente – hanno portato al testo attuale della norma. Come è noto con l'art. 1 della legge 2248/1865, all. E, si abolirono «i tribunali speciali attualmente investiti della giurisdizione del contenzioso amministrativo», devolvendo «alla giurisdizione ordinaria tutte le cause per contravvenzioni e tutte le materie nelle quali si faccia questione di un diritto civile o politico, comunque vi possa essere interessata la pubblica amministrazione». Definiti così i limiti esterni alla giurisdizione del giudice ordinario, gli artt. 4 e 5 della stessa legge individuarono i cd. limiti interni, ossia le azioni esperibili innanzi al giudice stesso e i relativi suoi poteri, cercando di contemperare le esigenze del cittadino col principio di separazione dei poteri: ed allora il giudice ordinario, investito di una controversia riguardante un diritto che si pretende leso da un atto dell'autorità amministrativa, deve limitarsi a conoscere «degli effetti dell'atto stesso in relazione all'oggetto dedotto in giudizio», ma non potrà

(102) La disposizione si trova nel libro IV, sezione seconda, rubricata appunto «norme sulla giurisdizione».

revocarlo o modificarlo essendo questa potestà riservata alle competenti autorità amministrative. Per non vanificare del tutto la portata precettiva delle sentenze del giudice ordinario le amministrazioni «si uniformeranno al giudicato dei tribunali in quanto riguarda il caso deciso» (anche se tale obbligo era, nel 1865, del tutto sprovvisto di sanzione).

A chiudere il sistema, vista l'intangibilità degli atti amministrativi da parte del giudice, l'attribuzione del cd. potere di disapplicazione: «le autorità giudiziarie applicheranno gli atti amministrativi ed i regolamenti generali e locali in quanto siano conformi alle leggi».

Ben presto peraltro, vista l'inadeguatezza pratica dell'attribuzione della tutela dei soli diritti al giudice ordinario (103), la l. 31 marzo 1889, n. 5992, con l'istituzione della IV^a sezione del Consiglio di Stato e l'attribuzione a quest'ultimo del potere di «decidere per incompetenza, per eccesso di potere, o per violazione di legge contro atti e poteri di un'autorità amministrativa», all'art. 17 ha stabilito che, in caso di accoglimento del ricorso la IV sezione «annulla l'atto o il provvedimento», così dotandola di quei poteri costitutivi di cui era ed è privo il giudice ordinario.

Questo sistema venne sostanzialmente conservato nel successivo ordinamento costituzionale. In sede costituente, sulle perduranti istanze di Calamandrei che prefigurava la soppressione della giurisdizione amministrativa onde affidare al solo giudice ordinario la tutela, anche costitutiva, nei confronti della pubblica amministrazione, prevalsero le posizioni di Mortati e Ruini. Quest'ultimo in particolare paventava, proprio un

(103) Unita alla «alla notevole timidità nell'esercizio delle attribuzioni che pareva limitassero la libertà del potere esecutivo» Orlando V.E., *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, a cura di Orlando V.E., Milano 1907, 636.

un'ottica di separazione dei poteri, che «ogni autorità giudiziaria, anche un pretore, potesse annullare gli atti dell'amministrazione» (104) (105).

In sostanza, quindi, la preoccupazione del costituente non era quella di riservare «al giudice» – seppure in casi tassativi – la potestà di annullamento di atti amministrativi (altrimenti la norma sarebbe stata preclusiva anche della potestà di annullamento da parte della stessa amministrazione), ma al contrario di impedire che al potere giurisdizionale potesse attribuirsi un generale potere di incidere sugli atti del potere amministrativo. Nell'art. 113 Cost. non si può, pertanto, rinvenire la fonte del potere di annullamento dei provvedimenti, ma – al contrario – una limitazione nei confronti del potere giurisdizionale. In sostanza è proprio la qualità di «organo di giurisdizione» che rende necessario il conferimento espresso da parte del legislatore del potere di annullare i provvedimenti amministrativi. Se quindi chi è richiesto dell'annullamento del provvedimento amministrativo non è un organo di giurisdizione, ma un privato, l'art. 113 Cost. non può certamente rappresentare per lui un limite (106).

Ecco allora che anche i presunti limiti costituzionali alla potestà degli arbitri di annullare gli atti amministrativi vengono meno proprio

(104) Seduta 22 dicembre 1947, in A.C., V, 4584.

(105) Sull'art. 113 Cost., e sulle esigenze che ne sono alla base v. Saitta F., in Aa.Vv., *Commentario alla Costituzione*, a cura di Bifulco F., Celotto A., Olivetti M., vol. III, Torino 2007, *sub art.* 113, 2136 ss.; Berti G., in Aa.Vv., *Commentario della Costituzione*, vol. IV, *la magistratura*, a cura di Branca G., Bologna 1987, *sub art.* 113, 85 ss.

Sempre in argomento v. il piacevole scritto di Verde G., *L'unità della giurisdizione e la diversa scelta del costituente*, in *Dir. proc. amm.* 2003, 343 ss., consistente nella trascrizione della relazione tenuta a Calitri il 28 febbraio 2003, in occasione del quarantesimo anniversario della morte di Salvatore Scoca.

(106) In questo senso, se ben ne intendo il pensiero, anche Caia G., *Arbitrati e modelli arbitrali nel diritto amministrativo*, cit., 187, laddove – come si è visto poco sopra – afferma che «se (...) si segue la tesi contrattualistica, visto che l'arbitrato si fonderebbe esclusivamente sull'autonomia delle parti (...) che intendono rinunciare alla giurisdizione e quindi all'azione, le norme costituzionali in materia di giurisdizione non rilevano».

grazie ad una lettura delle norme sistematica e coerente con la loro storia e la *ratio* che le ispira.

Nondimeno detto potere è stato escluso, in dottrina, anche da chi – come chi scrive – ritiene non solo compromettibili le controversie coinvolgenti interessi legittimi e potere amministrativo, ma anche che non siano individuabili nell'ordinamento norme che espressamente impediscano agli arbitri di annullare i provvedimenti amministrativi (107).

La posizione si fonda su argomentazioni di ordine sistematico. Come è noto il lodo arbitrale di annullamento di un provvedimento amministrativo avrebbe efficacia costitutiva. È altrettanto noto che, a differenza del lodo di condanna, la pronunzia arbitrale costitutiva è «autoesecutiva», ossia produce i suoi effetti a prescindere dalla omologazione del tribunale (108), richiesta invece per l'esecuzione dei lodi aventi contenuto di condanna (109). Ebbene, secondo questa tesi sarebbe «stonato» – sul piano sistematico – che il legislatore richiedesse, per i lodi di condanna, il vaglio del tribunale, mentre consentisse che una pronunzia costitutiva su di un oggetto tanto delicato come un provvedimento amministrativo fosse *self executing* (110).

L'argomento non coglie nel segno. Tra gli effetti naturali del lodo arbitrale, riconducibili alla sua efficacia vincolante, rientrano certamente

(107) Goisis F., *op. loc. ult. cit.*

(108) V. in tal senso Ruffini G., Boccagna S. in Aa.Vv., *Codice di procedura civile commentato*, cit., sub art. 825, 5994; Montesano L., *Sugli effetti del nuovo lodo arbitrale e sulle funzioni della sua omologazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1994, 821 ss.; Punzi C., *Disegno sistematico dell'arbitrato*, cit., vol. II, 88.

(109) Nonché per l'esecuzione dei lodi a contenuto costitutivo cui non sia seguito lo spontaneo adeguamento delle parti al *dictum* arbitrale cfr Cavallini G., *Alcune considerazioni in tema di efficacia del lodo*, in *Riv. arb.* 1997, 711, spec. 725 ss.

(110) Ciò che peraltro, se è vero sul piano dell'accertamento, non lo è altrettanto sul piano sostanziale, dovendosi distinguere tra gli effetti costitutivi sul piano giuridico, che si producono automaticamente, e le loro conseguenze sostanziali, che invece necessitano di un'attività esecutiva; cfr. Cavallini C., *op. loc. ult. cit.*

anche quelle modificazioni sostanziali che le parti avrebbero potuto raggiungere pure sul piano della loro autonomia privata (111). Se pertanto la modificazione che si richiede non rientra tra quelle di giurisdizione costitutiva necessaria, non si vedono ostacoli a che gli arbitri offrano alle parti quella modificazione, pur senza dover passare attraverso il vaglio del controllo giurisdizionale.

Che non sia necessario alcun intervento del giudice per le pronunce meramente costitutive discende direttamente da un altro dei corollari fondamentali in materia di arbitrato, ossia che monopolio dello Stato non è la decisione delle controversie ma l'uso della forza (esecutiva) (112). Le parti possono pertanto scegliere di far decidere le loro controversie ad un giudice privato, o anche di risolverle in via transattiva, ma l'esecuzione coattiva della pronuncia del giudice privato, o dell'accordo transattivo, deve necessariamente passare per il vaglio di un organo giurisdizionale dello Stato. Se però la pronuncia degli arbitri ha contenuto meramente costitutivo – e si è al di fuori delle ipotesi di giurisdizione costitutiva necessaria – come le parti possono dare luogo alla modificazione sulla base della loro semplice autonomia, così possono anche gli arbitri, senza necessità di alcun vaglio statale.

Ed allora, se effettivamente rientra tra i poteri dell'amministrazione anche l'annullamento del proprio provvedimento, senza che sia necessario il vaglio di una giurisdizione statale, non si vede

(111) Consolo C., *Spiegazioni di diritto processuale civile – le tutele: di merito, sommarie ed esecutive*, vol. I, V^a ed., Padova 2006, 111 ss.; Punzi C., *Disegno sistematico dell'arbitrato*, cit., vol. II, 88 s.

(112) Satta S., *Commentario al codice di procedura civile*, cit., 162; Satta S., Punzi C., *Diritto processuale civile*, cit., 876; Punzi C., *Disegno sistematico dell'arbitrato*, cit., vol. I, 31; Punzi C., *Il processo civile sistema e problematiche*, vol. III, *I procedimenti speciali e l'arbitrato*, Torino 2008, 156.

per quale ragione l'eventuale lodo con cui gli arbitri annullano un provvedimento amministrativo non sia ammissibile (113).

6. *Ricostruzione sistematica dell'arbitrato sulle situazioni giuridiche di diritto pubblico e della potestà degli arbitri di annullamento dei provvedimenti amministrativi*

Sin qui la *pars destruens*. Si sono passati in rassegna tutti gli argomenti che dottrina e giurisprudenza maggioritarie ritengono preclusivi vuoi della compromettibilità delle situazioni giuridiche soggettive di diritto pubblico, vuoi della potestà degli arbitri di annullare i provvedimenti amministrativi. Si è visto che nessuna delle argomentazioni regge di fronte ad un corretto inquadramento sistematico delle vicende relative al potere amministrativo e dell'interesse legittimo. Situazioni, la prima soprattutto, delle quali ormai – nel nuovo tessuto normativo apparecchiato dalla l. 241/90 – non si può più affermare l'indisponibilità.

Ora, se il potere amministrativo – nei limiti che si sono sopra visti – è disponibile, e lo è anche l'interesse legittimo, le eventuali controversie che li riguardano sono arbitrabili almeno finché una norma di legge espressamente non lo escluda. La nuova formulazione dell'art. 806 c.p.c., infatti, pone come unico criterio per l'arbitrabilità di una controversia la disponibilità della situazione giuridica che ne costituisce l'oggetto, salvo espresso divieto di legge (114), divieto espresso che non esiste, né – co-

(113) Sempre Goisis F., *op. loc. ult. cit.*, trae argomento dalla non trascrivibilità del lodo non depositato – intesa come esigenza dell'ordinamento di tutelare la certezza del diritto di fronte all'inserimento nei pubblici registri di un atto non vagliato in alcun modo dal giudice – per negare coerenza sistematica alla possibilità di una pronuncia costitutiva autoesecutiva su di un oggetto tanto delicato quanto un provvedimento amministrativo.

(114) Dal nuovo testo dell'art. 806 c.p.c. si ricava infatti che – in fatto di situazioni disponibili – «l'arbitrabilità è la regola, la non arbitrabilità l'eccezione: il che comporta che la sottrazione di determinate controversie alla cognizione arbitrale deve

me si è visto – è dato ricavarlo argomentando dalla lettera dell'art. 6 l. 205/2000.

Per ciò solo, sul piano sostanziale, non può che ammettersi l'arbitrabilità delle situazioni soggettive di diritto pubblico, come del resto si ammette la loro transigibilità (115). Transazione e arbitrato, come si è detto più volte, hanno entrambi fondamento nella autonomia privata e nella disponibilità delle situazioni che ne costituiscono oggetto, per cui quando «la transazione è possibile, anche il giudizio arbitrale è possibile» (116), ancorché la funzione dei due istituti sia ovviamente diversa (117).

Certo, se è indiscutibile la disponibilità del potere amministrativo, il fatto che questo sia attribuito all'amministrazione al solo scopo di perseguire l'interesse pubblico lo contraddistingue e lo rende assai diverso dalle situazioni giuridiche private, che invece sono caratterizzate da una libertà piena e totale.

Peraltro la presenza ingombrante dell'interesse pubblico non va sopravvalutata. L'amministrazione, al momento della stipula del patto compromissorio ne deve tenere conto in modo da non attribuire agli arbitri un potere eccessivo, che ne potrebbe pregiudicare il perseguimento; anzi la stipulazione del patto compromissorio potrebbe essere proprio lo

risultare in modo esplicito e non può essere frutto di un'interpretazione analogica»; così Ruffini G., in Aa.Vv., *Codice di procedura civile commentato*, cit., sub art. 806, 5658, nonché Id., *Patto compromissorio*, in *Riv. arb.* 2005, 711 ss.

A questa conclusione doveva peraltro giungersi anche nel sistema precedente alla recente riforma: v. in proposito La China S., *L'arbitrato, il sistema e l'esperienza*, Milano 2004, 29.

(115) Come ha ampiamente dimostrato Greco G., *Contratti e accordi della Pubblica Amministrazione con funzione transattiva (appunti per un nuovo studio)*, cit., *passim*, spec. n. 4, e come si è ampiamente dato conto *supra*.

(116) Cass. 25 ottobre 1969, n. 3505, inedito.

(117) Zucconi Galli Fonseca E., in Aa.Vv., *Arbitrato*, cit., 18; Consolo C., *Sul «campo» dissodato della compromettibilità per arbitri*, cit., 241 ss.; Caia G., *Arbitrati e modelli arbitrali nel diritto amministrativo*, cit., 189 ss., 196.

strumento attraverso il quale l'amministrazione persegue l'interesse pubblico.

E così il compromesso o la clausola compromissoria sarebbero nulli per violazione di norme imperative se agli arbitri fosse concesso, ad esempio, di adottare un provvedimento riservato alla discrezionalità dell'amministrazione (118), cosa che del resto non è ammessa nemmeno nei giudizi amministrativi *apud iudices* (119).

Ed allora agli arbitri potrebbe, in ipotesi, essere richiesto di valutare se l'amministrazione ha legittimamente operato nella correzione dell'elaborato di un candidato in un concorso pubblico – se cioè si è attenuta alle norme che la sovrintendono – ma non potranno entrare nel merito dei criteri di giudizio, ritenendo ad esempio l'elaborato meritevole di un punteggio diverso.

Ma al di là di questo, se veramente quello che si potrebbe domandare agli arbitri altro non sarebbe che l'accertamento della legittimità del concreto esercizio del potere amministrativo in relazione all'interesse legittimo del privato, l'interesse pubblico sarebbe totalmente fuori dall'oggetto dell'accertamento. Agli arbitri, in sostanza, non è richiesto di verificare se l'amministrazione – con il provvedimento impugnato – ha o meno raggiunto lo scopo di perseguire l'interesse pubblico, o se il provvedimento adottato era idoneo a farlo, ma solo se il concreto atto di esercizio del potere è stato posto in essere secondo le regole che lo disciplinano, e perciò se ha concretamente leso l'interesse legittimo del privato, a prescindere da ogni considerazione relativa l'interesse pubblico.

(118) A meno, direi, di non determinare *ex ante* i limiti minimi e massimi che garantiscano, mercè una valutazione *ex ante* dell'amministrazione, il perseguimento dell'interesse pubblico; limiti entro i quali la decisione degli arbitri dovrebbe mantenersi.

(119) Analogamente v. Romano Tassone A., *Poteri del collegio arbitrale e provvedimenti amministrativi*, in www.judicium.it 2001, n. 9.

La necessità dell'amministrazione di tutelare l'interesse pubblico va pertanto intesa sotto un altro profilo. Come si è visto a proposito della transazione sull'atto amministrativo illegittimo – con cui l'amministrazione offre al privato concessioni perché desista dall'impugnazione del provvedimento che essa stessa sa essere illegittimo (120) – l'interesse pubblico potrebbe ben consistere proprio nel mantenere in vita il provvedimento. In tal caso potrebbero riaffacciarsi le preoccupazioni del Guicciardi (121), secondo il quale, in sostanza, il l'arbitro potrebbe – accogliendo la domanda di annullamento – vanificare il perseguimento dell'interesse pubblico. Si pensi, ad esempio, al provvedimento viziato che ordini la demolizione di un fabbricato pericolante. L'amministrazione ha certamente interesse a che il provvedimento, ancorché illegittimo, non venga annullato. Ecco allora che l'amministrazione – in tal caso – se vuole perseguire l'interesse pubblico semplicemente riterrà in tal senso inidonea la stipulazione del patto compromissorio, e orienterà la propria attività verso altre scelte, quale, ad esempio, la transazione.

Con questo si vuole dire che l'amministrazione, come qualsiasi altro soggetto, è libera di concludere il patto compromissorio secondo le sue proprie valutazioni. Se ritiene la via dell'arbitrato contraria al perseguimento del suo fine istituzionale semplicemente non vi farà ricorso e si orienterà su altre strade.

Ed allora l'amministrazione, al momento di scegliere la via arbitrale, dovrà sostanzialmente compiere una valutazione *ex ante* sulla rispondenza all'interesse pubblico dell'eventuale annullamento del proprio atto. Ad esempio potrebbe non essere certa della legittimità o meno del

(120) Sul punto v. ampiamente Greco G., *Contratti e accordi*, cit., n. 3.

(121) Guicciardi E., *Le transazioni degli enti pubblici*, cit., 216/103, nota 2.

suo provvedimento ed essere indifferente circa la sua sorte: essa infatti potrebbe ritenere che il provvedimento, se illegittimo, non sarebbe idoneo al perseguimento del pubblico interesse, mentre lo sarebbe la sua rimozione. In tal caso il deferimento agli arbitri di accertare la legittimità dell'atto, pronunziandone eventualmente l'annullamento, non potrebbe in nessun caso porsi contro il perseguimento dell'interesse pubblico. In sostanza, l'amministrazione potrebbe compiere un ragionamento secondo cui l'interesse pubblico è perseguito dal provvedimento in quanto legittimo; se invece si accerta che non lo è, l'interesse pubblico è perseguito col suo annullamento; pertanto, qualunque sia la decisione degli arbitri relativamente alla legittimità del provvedimento, l'interesse pubblico non è posto in pericolo.

Sul piano sostanziale la situazione che si verrebbe a creare non sarebbe molto diversa da quella descritta dall'art. 21 *novies* l. 241/90, in base al quale l'amministrazione può annullare d'ufficio il provvedimento amministrativo illegittimo se ne sussistono le ragioni di pubblico interesse, entro un termine ragionevole e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati.

Sul piano sistematico questa norma ha un'importanza somma. Per annullare il proprio provvedimento l'amministrazione a) deve accertarne l'illegittimità; b) l'annullamento deve rispondere ad interesse pubblico, in relazione all'illegittimità, c) deve pervenire entro un termine ragionevole e d) si deve tenere conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati.

Quando ricorrono tutti questi presupposti l'amministrazione «può» annullare il provvedimento che essa stessa ha posto in essere: or bene, se l'amministrazione riscontra che, qualora il proprio provvedimento fosse illegittimo, sarebbe conforme all'interesse pubblico il suo

annullamento, non si vede per quali ragioni non potrebbe – d'accordo con la controparte privata – rimettere ad arbitri l'accertamento della illegittimità, conferendo loro anche il potere di porlo nel nulla. Essa ha già prevalutato che l'interesse pubblico si attegga in maniera diversa a seconda che l'atto sia o meno illegittimo; agli arbitri è chiesto solamente di accertare sul piano fattuale l'illegittimità, ed eventualmente di annullare il provvedimento facendo uso di un potere che derivano direttamente dalla P.A.

L'accertamento non riguarda l'interesse pubblico – che è stato interamente prevalutato al momento della stipula del patto compromissorio – né si risolve di fatto nell'esercizio del pubblico potere, ma è limitato ad una vicenda del passato significativa per l'amministrazione e per la sorte del provvedimento. Questa non si spoglia del proprio potere, né ne trasferisce l'esercizio ad un terzo, ma semplicemente – d'accordo con i destinatari e i controinteressati – rimette agli arbitri il compito di accertare una situazione di fatto e prendere provvedimenti che, a seconda dell'esito dell'accertamento, avrebbe preso anch'essa.

Ecco allora che l'amministrazione rimetterebbe agli arbitri un potere che rientra nella sua piena disponibilità, a seconda dell'esito dell'accertamento, mentre le valutazioni che riguardano l'interesse pubblico – indisponibile per l'amministrazione e legato all'attribuzione del potere – sono state valutate a monte. Lo stesso vale – a maggior ragione – per il privato.

È pertanto rispettato il principio secondo cui gli arbitri derivano i loro poteri direttamente dalle parti, che dunque non possono ottenere

per mezzo del *dictum* arbitrale risultati che sarebbero preclusi alla loro autonomia privata (122).

Lo stesso discorso vale anche nel caso di silenzio dell'amministrazione: qualora il privato lamenti nei confronti dell'amministrazione la lesione di un interesse pretensivo, l'amministrazione – valutato che, ove il suo silenzio fosse innegittimo, risponderebbe ad interesse pubblico l'emissione del provvedimento richiesto dal privato – potrebbe anche in questo caso rimettere agli arbitri l'accertamento della illegittimità, impegnandosi ad emettere il relativo provvedimento.

Si tratterà senza dubbio di un giudizio arbitrale *sui generis*, con un oggetto assai diverso da quello tradizionale. In genere gli arbitri sono infatti chiamati a stabilire la ragione e il torto in una controversia su «diritti», e la disciplina codicistica è stata pensata per quel genere di controversie. Nondimeno che l'oggetto verta su questioni relative a provvedimenti amministrativi e che tocchi materie in cui è forte la presenza – seppur latente – dell'interesse pubblico, non significa che l'istituto debba seguire una disciplina diversa da quella prevista dal codice di rito, anche se una disciplina *ad hoc* sarebbe tuttavia quantomeno opportuna, soprattutto per

(122) Quella degli arbitri è infatti una «giurisdizione privata» nella quale l'autonomia delle parti non opera soltanto quale condizione necessaria per il legittimo esercizio del potere dell'arbitro, ma svolge il ruolo di fonte attributiva di tale potere, che non può conseguentemente esercitarsi relativamente ad un rapporto sottratto alla disponibilità delle parti; in tal senso Andrioli V., *Commento al codice di procedura civile*, cit., 749 s.; Fazzalari E., *L'arbitrato*, cit., 20, 74 s.; Id., *Lodo e sentenza (ancora sulla «natura» negoziale del lodo)*, in *Riv. dir. proc.* 1990, 377 ss.; Id., *I processi arbitrali nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. proc.* 1968, 459 ss., spec. p. 467; La China S., *L'arbitrato*, cit., 23; Monteleone G., *Ancora sull'efficacia del lodo rituale*, in *Riv. arb.* 1991, 727 ss., spec. 735 ss.; Montesano L., «Privato» e «pubblico» nell'efficacia e nell'esecutorietà del lodo arbitrale, in *Riv. arb.* 1998, 7 ss.; Punzi C., *Conciliazione e arbitrato*, in *Riv. dir. proc.* 1992, 1028 ss., spec. 1030, 1033; Rescigno P., *Manuale del diritto privato italiano*, XI^a ed., Napoli 1997, 782; Id., *Arbitrato e autonomia contrattuale*, in *Riv. arb.* 1991, 13 ss.; Ruffini G., *Il nuovo arbitrato per le controversie societarie*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2004, 495 ss., spec. 508; Satta S., *Commentario*, cit., 176.

risolvere una volta per tutte le questioni relative alle competenze giurisdizionali collegate all'arbitrato.

Una differenza fondamentale tra l'arbitrato tradizionale e l'arbitrato su situazioni giuridiche di diritto pubblico probabilmente esiste solo al livello di patto compromissorio e di impugnazione del lodo arbitrale.

Come si è visto, infatti, nella stipulazione del patto compromissorio l'amministrazione deve valutare la rispondenza della via arbitrale all'interesse pubblico, rispetto alla scelta della via transattiva o dell'annullamento d'ufficio. Potrebbe anche ritenere il suo atto pienamente legittimo e rispondente all'interesse pubblico, e conseguentemente non ascoltare le istanze del privato.

E proprio perché il patto compromissorio diventa momento di esercizio dell'interesse pubblico, acquista la natura sostanziale dell'accordo sostitutivo di un provvedimento. L'amministrazione infatti avrebbe potuto agire autoritativamente, non tenendo conto delle eventuali osservazioni e proposte del privato, ma ha preferito accordarsi con questi perché fosse un terzo ad accertare la situazione fattuale ed a prendere i conseguenti provvedimenti (ovvero, in caso di silenzio, ad indicare quelli da prendere).

Se così è al patto compromissorio dovranno applicarsi in via analogica anche le disposizioni dell'art. 11 l. 241/90, in quanto compatibili. E così certamente sarà applicabile il comma IV^o, che consente all'amministrazione di recedere unilateralmente dall'accordo, salvo indennizzo, per sopravvenuti motivi di pubblico interesse. Sembra imprescindibile l'applicazione di questa disposizione anche alle convenzioni d'arbitrato stipulate dall'amministrazione su situazioni di diritto pubblico,

dal momento che la scelta di ricorrere all'arbitrato non può risolversi in un impedimento al perseguimento dell'interesse pubblico (123).

Alcune considerazioni vanno fatte in merito al coordinamento tra gli artt. 817 c.p.c. – che disciplina il regime delle eccezioni relative alla validità, contenuto e ampiezza della convenzione d'arbitrato – e il quinto comma dell'art. 11 l. 241/90, che rimette alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le liti in materia di formazione, conclusione ed esecuzione degli accordi amministrativi. Se, come si è ipotizzato, il patto compromissorio in materia di situazioni giuridiche soggettive di diritto pubblico si atteggia come un accordo *ex art. 11 l. 241/90*, le due norme sembrano sovrapporsi quasi perfettamente. Il primo comma dell'art. 817 recepisce il principio secondo il quale spetta agli arbitri decidere sulla propria *potestas judicandi* in relazione alla validità, contenuto ed ampiezza della convenzione d'arbitrato (124). Nel concetto di «validità» sembrano da ricomprendersi tutte le ipotesi di «inesistenza, invalidità o inefficacia» contemplate dal comma 2 della stessa disposizione (125), secondo il quale la parte che non le eccepisce nella prima difesa successiva all'accettazione degli arbitri non può per questo motivo impugnare il lodo. Secondo l'art. 11, ult. co., l. 241/90 questo genere di eccezioni (formazione e conclusione) spetterebbero alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

(123) Non per una nuova valutazione dell'originario interesse pubblico. Cfr Casetta E., *Compendio di diritto amministrativo*, cit., 374.

(124) Ruffini G., in Aa.Vv., *Riforma del diritto arbitrale*, commentario a cura di Menchini S., in *Nuove leggi civ. comm.* 2007, sub art. 817, 1308; Luiso F.P., *Rapporti fra arbitro e giudice*, in Aa.Vv., *La riforma della disciplina dell'arbitrato*, a cura di Fazzalari E., Milano 2006, 116; Verde G., *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, cit., 21; per la dottrina precedente alla riforma v. Mattiolo L., *Trattato di diritto giudiziario civile*, I, Torino 1902, 703; Andrioli V., *Commento al codice di procedura civile*, vol. IV, cit., 834 s.; Vecchione R., *L'arbitrato nel sistema del processo civile*, cit., 326.

(125) Ruffini G., *op. loc. ult. cit.*; Polinari J., *Pluralità di parti e pluralità di convenzioni d'arbitrato*, in *Riv. arb.* 2006, 547, testo e spec. nota 31.

Questa apparente contraddizione può essere agevolmente risolta se si riconosce la natura di disposizioni speciali alle norme del codice di procedura civile. Il quinto comma dell'art. 11 l. 241/90 attribuisce infatti, in via generale, le controversie in tema di formazione e conclusione dell'accordo alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ma la scelta della via arbitrale comporta l'applicazione – come *lex specialis* – delle disposizioni che regolano quello strumento, e quindi anche dell'art. 817 c.p.c. (126).

Un'importante conseguenza del fatto che le basi sistematiche della compromettibilità in arbitrato delle situazioni giuridiche di diritto pubblico e della potestà degli arbitri di incidere sui provvedimenti amministrativi siano ricavate dai principi recati dall'art. 21 *nonies* l. 241/90, consiste nella mancanza di alcun termine di decadenza per ottenere l'annullamento del provvedimento amministrativo. Nessun termine di decadenza è infatti previsto dalla disposizione citata per l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio, essendo sufficiente che intervenga entro un «termine ragionevole» a tutela del legittimo affidamento del destinatario (127).

Questa osservazione consente anche di superare le obiezioni dell'Amorth, secondo il quale il breve termine perentorio cui è sottoposto il diritto di impugnativa dei provvedimenti davanti al giudice amministrativo, non sarebbe compatibile con i tempi di formazione del collegio arbitrale o di scelta degli arbitri (128). Quello che si svolge davanti agli arbitri non è infatti un omologo del giudizio che si svolgerebbe avanti al giudice amministrativo; la stessa struttura impugnatoria di quello non è certamente compatibile con le caratteristiche dell'arbitrato.

(126) Salvo quanto si dirà appresso a proposito della impugnazione del lodo.

(127) Casetta E., *Compendio di diritto amministrativo*, cit., 360.

(128) Amorth A., *Annotazioni sull'arbitrato*, cit., 2172.

L'oggetto dell'accertamento che si chiede agli arbitri è identico a quello che si svolgerebbe innanzi al giudice amministrativo, e così anche la pronuncia, ma diverso è il fondamento del giudizio. Il giudizio dinanzi al giudice amministrativo trae infatti fondamento nelle norme costituzionali che garantiscono il diritto di azione per la tutela degli interessi legittimi (art. 24 Cost.), ed in particolare contro gli atti amministrativi (art. 113 Cost.), viceversa il giudizio privato trae fondamento dalla determinazione delle parti, ed in particolare dalla volontà dell'amministrazione che – nell'ottica del perseguimento dell'interesse pubblico – mette autonomamente in discussione la legittimità del proprio operato, affidando la questione a giudici privati.

Né si può obiettare che il ricorso all'arbitrato rappresenti, per la parte privata, un mezzo per eludere il termine perentorio di decadenza entro cui domandare l'annullamento del provvedimento amministrativo che ritiene illegittimo. Infatti, senza la concorde volontà dell'amministrazione, il privato non avrebbe la possibilità di provocare altrimenti l'annullamento del provvedimento. È solo grazie all'amministrazione ed all'esistenza di ragioni di interesse pubblico che potrebbero giustificare l'annullamento del suo atto ove illegittimo che la vicenda torna in discussione.

In definitiva, l'arbitrato su situazioni giuridiche di diritto pubblico va inteso come un luogo di incontro delle volontà dell'amministrazione e del privato interessato dall'esercizio del potere, nel quale l'esistenza del provvedimento viene fatta dipendere dall'esito dell'accertamento degli arbitri circa la sua legittimità. Questo incontro di volontà, dal lato dell'amministrazione, rappresenta altresì lo strumento per il miglior perseguimento dell'interesse pubblico, grazie al quale – in luogo di imporre le proprie determinazioni – acconsente a rimettere ad un soggetto terzo e

imparziale l'accertamento delle situazioni di fatto in base alle quali avrebbe esercitato il suo potere. L'arbitrato finirebbe pertanto con l'inquadrarsi – in senso lato – negli schemi di amministrazione condivisa, tanto cara al legislatore dell'ultimo decennio, senza peraltro perdere le sue caratteristiche contenziose: la lite infatti esiste e, esattamente come avviene nel giudizio avanti al giudice amministrativo, è limitata all'accertamento della illegittimità del provvedimento, cui seguono le note conseguenze, anche risarcitorie.

Semplicemente in tal caso è l'amministrazione che acconsente a rimettere in discussione la questione che – ove sia spirato il termine di impugnazione – sarebbe rimasta preclusa al privato, ma continua a restare pienamente nella sua disponibilità (129).

Un'altra precisazione si impone con riferimento alla posizione di eventuali terzi controinteressati alla conservazione del provvedimento. Si pensi ad esempio all'amministrazione che comprometta in arbitri la validità del provvedimento di aggiudicazione di un contratto pubblico, o l'impugnazione della graduatoria di un concorso pubblico. In un caso

(129) Non sembra pertanto un'eresia qualificare l'arbitrato, o quantomeno il patto compromissorio, come un accordo procedimentale di secondo grado finalizzato alla rimozione di un provvedimento amministrativo solo se sé ne accerta la sua illegittimità.

In senso analogo, seppur fortemente dubitativo, opinava – prima che la l. 15/2005 introducesse l'art. 21 *nomies* – Romano Tassone A, *Giurisdizione amministrativa e arbitrato*, cit., 265, secondo il quale «solo se l'amministrazione ritenesse di pervenire ad un accordo *ex art. 11 l. n. 241/90* in sede di procedimento di secondo grado, sarebbe quindi possibile, ma in via mediata e non per virtù propria, che un ipotetico lodo arbitrale su tale ultimo accordo finisse con l'incidere sul provvedimento originario».

In senso analogo v. addirittura il risalente scritto di La Torre M., *L'arbitrato nel diritto amministrativo*, in *Riv. dir. pubbl.* 1935, I, 340, che pure sostanzialmente immagina la potestà di annullamento del provvedimento come un procedimento di secondo grado. L'Autore infatti, seppure esclude la potestà di annullamento, ritiene ipotizzabile una pronuncia di illegittimità da parte degli arbitri, alla quale l'amministrazione potrebbe prestare acquiescenza in via preventiva, impegnandosi così a, eventualmente, agire in autotutela per l'annullamento dell'atto, dopo l'emanazione del lodo che lo abbia ritenuto illegittimo.

come nell'altro all'interesse di quello che *apud iudices* sarebbe stato il ricorrente si contrappone l'interesse dell'aggiudicatario e dei vincitori del concorso, ossia di quelli che *apud iudices* sarebbero stati i controinteressati.

Nel giudizio amministrativo è controinteressato il soggetto nominativamente indicato nel provvedimento gravato o agevolmente individuabile in base allo stesso, che vanta un interesse contrario alla rimozione del provvedimento gravato dalla quale potrebbero discendere effetti negativi per la propria sfera giuridica. Ad esempio, i vincitori di concorso sono controinteressati rispetto al ricorso con il quale s'impugna la graduatoria, e devono, quindi, essere destinatari di notifica, al fine di essere messi in grado di far valere le proprie ragioni a difesa del risultato conseguito.

I controinteressati sono parti necessarie. Ad essi deve essere notificato il ricorso; nel caso in cui i controinteressati siano più di uno, il ricorso è ammissibile anche se notificato ad uno solo di essi, ma nei confronti degli altri deve essere effettuata l'integrazione del contraddittorio nei tempi e nei modi indicati dal TAR (130).

Ovviamente nel giudizio arbitrale il controinteressato – in quanto parte necessaria – deve essere messo in condizione di contraddire. Quando il contraddittorio non è integrato nei confronti di tutti i litisconsorti necessari – quali nel giudizio amministrativo devono considerarsi i controinteressati – l'arbitrato deve ritenersi improcedibile (131), anche argomentando dall'art. 816 *quater*, comma III^o, c.p.c., il quale può trovare

(130) Sulla figura del controinteressato v. Travi A., *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., 214 s.; Aa.Vv., *Giustizia amministrativa*, a cura di Scoca F.G., 2^a ed., Torino 2006, 189 ss.

(131) V. Verde G., *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, Torino 2006, 43, nonché, prima della riforma, Carnacini T., voce *Arbitrato rituale e irrituale*, in *Noviss. Dig. It.*, I, 2, Torino 1958, 896; Fazzalari E., *L'arbitrato*, cit., 58; Salvaneschi L., *L'arbitrato con pluralità di parti*, Padova 1999, 267 s.; Della Pietra G., in Aa.Vv., *Diritto dell'arbitrato*, cit., 245.

applicazione in via analogica per identità di *ratio*: infatti, se l'improcedibilità deriva dal mancato accordo dei litisconsorti necessari circa la composizione del collegio arbitrale nella fase genetica, *a fortiori* la stessa conseguenza deve prodursi nel caso in cui il terzo litisconsorte sia stato completamente escluso dalla lite arbitrale (132). Certamente la via arbitrale eletta dai paciscenti non potrà essergli imposta, a meno che non fosse a sua volta già vincolato dal patto compromissorio (133).

In ogni caso il terzo controinteressato potrà intervenire nel giudizio arbitrale ai sensi dell'art. 816 *quinquies* c.p.c., senza che sia necessario l'accordo dei paciscenti e degli arbitri (134).

7. *La disapplicazione*

La questione della disapplicazione si pone esclusivamente nelle controversie aventi ad oggetto diritti soggettivi, nelle quali – in qualunque modo – rilevi l'autorità di un provvedimento amministrativo.

Non rileva – invece – il potere di disapplicazione tutte quelle volte in cui la legittimità del provvedimento amministrativo non si ponga come una questione pregiudiziale ma rappresenti l'oggetto stesso della lite portata davanti agli arbitri. In altre parole, presupposto del potere di disapplicazione del provvedimento amministrativo è che questo non sia oggetto della questione principale, ma si ponga come una questione controversa situata nell'arco logico che va dalla domanda alla decisione.

(132) Cfr Gradi M., in Aa.Vv., *Codice di procedura civile commentato*, cit., *sub* art. 816 *quinquies*, 5902 ss.

(133) In quest'ultimo caso il collegio dovrà essere formato secondo quanto dispone l'art. 816 *quater* c.p.c., a pena di improcedibilità dell'arbitrato.

(134) V. in tal senso Gradi M., in Aa.Vv., *Codice di procedura civile commentato*, cit., *sub* art. 816 *quinquies*, 5902 ss., le cui conclusioni sono largamente da condividere.

Poiché la disapplicazione consiste nel tenere per non prodotti gli effetti di un provvedimento amministrativo, non ha alcuna rilevanza con le vicende che riguardano la cd. «pregiudizialità amministrativa», di cui si è abbondantemente detto *supra*. Le questioni legate al risarcimento del danno da attività amministrativa illegittima hanno ad oggetto esclusivamente l'accertamento del danno, e come finalità la tutela dell'interesse legittimo, a prescindere dal fatto che il provvedimento abbia o meno efficacia. Con la domanda di risarcimento del danno non si chiede al giudice la disapplicazione del provvedimento lesivo, ma semplicemente che disponga la reintegrazione delle sue conseguenze dannose (135).

Anche in tema di disapplicazione le posizioni della dottrina sono, come al solito, assolutamente disomogenee, e sovente mutevoli col mutare del tessuto normativo col quale si trovano a confrontarsi.

Secondo un primo e più risalente orientamento, qualora gli arbitri si fossero trovati di fronte ad un provvedimento amministrativo di cui sospettassero l'illegittimità non avrebbero dovuto arrestare il giudizio perché la questione venisse rimessa al giudice amministrativo – come imponeva l'allora vigente art. 819 c.p.c. – dal momento che disponevano del potere disapplicazione, parimenti del giudice ordinario, mercé l'art. 50 del d.p.r. 16 luglio 1962, n. 1063, capitolato generale per le opere di competenza del Ministero dei Lavori Pubblici allora vigente, che al comma 4 così disponeva: «è applicabile agli arbitri l'art. 4 della legge 20 marzo 1865 sull'abolizione del contenzioso amministrativo, per quanto concerne la loro competenza rispetto agli atti amministrativi» (136).

(135) Così espressamente Cass., sez. un., 21 dicembre 2008, n. 30254.

(136) Così Amorth A., *Annotazioni sull'arbitrato nelle controversie amministrative*, cit., 2165; Caia G., *Arbitrati e modelli arbitrali nel diritto amministrativo*, cit., 211 s.; Scoca F.G., *La capacità della pubblica amministrazione di compromettere in arbitri*, in Aa.Vv., *Arbitrato e pubblica amministrazione*, cit. 1991, 107 s.

Si tratta di argomentazioni del tutto destituite di fondamento, e comunque ormai superate dallo *jus superveniens*. Prima di tutto la fonte del potere di disapplicazione non è nell'art. 4 della legge abolitrice del contenzioso, ma nel successivo art. 5, cui le norme del capitolato generale non rinviavano (137). Inoltre, anche se quel provvedimento avesse previsto un'attribuzione espressa del potere di disapplicazione, ciò che non è vero, questa avrebbe potuto essere letta come un'eccezionale deroga al principio di segno opposto (138), prevista solo dentro l'ambito di applicazione del capitolato generale. Comunque stiano le cose, l'argomento letterale è definitivamente venuto meno con l'approvazione del decreto del ministro dei lavori pubblici 19 aprile 2000, n. 145 – recante il nuovo capitolato generale d'appalto dei lavori pubblici – dove non vi è traccia della attribuzione di un analogo potere.

La fonte del potere di disapplicazione è stata allora individuata vuoi nella analogia tra i poteri del giudice ordinario e quelli spettanti agli arbitri (139), vuoi nel nuovo testo dell'art. 819 c.p.c., che espressamente consente agli arbitri la cognizione incidentale su questioni non compro-

Più specificamente nella materia dei lavori pubblici v. Pini G., *Arbitrato e lavori pubblici*, Milano 1974, 137. Analogo potere era previsto anche dal capitolato generale per le opere dipendenti dal Ministero dei lavori Pubblici 28 maggio 1895 dall'art. 48: v. Pastore P., *L'arbitrato negli appalti di opere pubbliche*, II^a ed., Milano 1961, 59 ss.

(137) Cfr Villata S.A., *Controversie di pubblico impiego, arbitrato e disapplicazione degli atti amministrativi illegittimi*, cit., 800.

(138) Villata S.A., *op. loc. ult. cit.*

(139) Così Villata S.A., *op. cit.*, 801: «nel momento in cui l'arbitrato rituale si è definitivamente affermato come una forma sostitutiva della giurisdizione ordinaria, appare davvero incongruo negare all'arbitro i poteri del giudice, a meno che una norma espressa, come nel caso delle misure cautelari, o un principio generale, come nel caso dei poteri coercitivi, impedisca la suddetta estensione». In senso analogo Zucconi Galli Fonseca E., in Aa.Vv., *Arbitrato*, cit., *sub* art. 806, 92: «vale ancora una volta l'opposta riflessione, per la quale non vi è ragione per differenziare la disciplina dell'arbitrato da quella del giudizio di cognizione davanti al giudice ordinario».

mettibili (140). Anche questi argomenti non reggono alle critiche che gli si possono rivolgere sul piano sistematico: l'arbitrato è una forma di risoluzione delle controversie alternativa alla giurisdizione nel suo complesso, come si è più volte affermato nel corso della trattazione, e non alla sola giurisdizione ordinaria, e proprio per questo i poteri degli arbitri derivano direttamente ed esclusivamente dalle parti; di conseguenza non si può immaginare che gli arbitri derivino una loro potestà dall'applicazione analogica di disposizioni dettate per i giudizi ordinari, né che gli arbitri possano esercitare il loro mandato al di là del potere loro attribuito sempre dalle parti.

Ecco che, ancora una volta, una ricostruzione che abbia il pregio di inserirsi correttamente in un tessuto sistematico, necessita di precisazioni di carattere generale.

La *ratio* del riconoscimento del potere di disapplicazione al giudice ordinario risiede nella impossibilità, per questo, di emettere sentenze costitutive nei confronti di atti amministrativi espressione della potestà dell'autorità emanante (art. 4 l. 2248/1865). Conseguentemente al divieto di annullamento, revoca o sospensione dei provvedimenti amministrativi, in nome del principio di separazione dei poteri, l'art. 5 attribuisce al giudice ordinario il potere di disapplicazione (141).

(140) Antonioli M., *Arbitrato e giurisdizione esclusiva: problemi e prospettive*, cit., 704 ss., che proprio in virtù della modifica dell'art. 819 c.p.c. ad opera del d.lgs. 40/06, muta il suo precedente avviso, contrario al riconoscimento del potere di disapplicazione; Goisis F., *La giustizia sportiva*, cit., 292.

(141) V. in argomento Aa.Vv., *Giustizia amministrativa*, cit., 43 ss.; Casetta E., *Compendio di diritto amministrativo*, cit., 436 s.; Cannada Bartoli E., *L'inapplicabilità degli atti amministrativi*, Milano 1950; Id., *In tema di giurisdizione e disapplicazione*, in *Foro amm.* 1976, I, 2608; Piccardi L., *Sulla «disapplicazione» degli atti amministrativi*, in *Riv. amm.* 1968, 589; Giannini M.S., Piras A., voce *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enc. dir.* vol. XIX, Milano 1970, 270 ss.; Villata R., *«Disapplicazione» dei provvedimenti amministrativi e processo penale*, Milano 1980; Romano A., *La disapplicazione del provvedimento amministrativo da parte del giudice civile*, in *Dir. proc. amm.*

Ecco allora che, ancora una volta, la *ratio* ispiratrice di una disposizione non ne consente l'applicazione al di là delle delle specifiche fattispecie per la disciplina delle quali fu pensata e inserita in un tessuto normativo organico. Il potere di disapplicazione riguarda proprio il giudice – ordinario o amministrativo – in tutte quelle circostanze in cui non può annullare un provvedimento amministrativo, vuoi perché detto potere non gli è stato attribuito dalla legge, vuoi perché non gli è stato domandato l'annullamento, vuoi perché le parti sono decadute dalla possibilità di domandarne l'annullamento.

Il potere di disapplicazione ha natura eccezionale, per sua natura applicabile solo ed esclusivamente alla autorità giudiziaria in modo da garantire l'effettività della tutela in un sistema – quello del 1865 – nel quale mancava la giurisdizione amministrativa di legittimità e non era possibile ottenere l'annullamento giurisdizionale dei provvedimenti amministrativi. Il riferimento esplicito alle autorità giudiziarie contenuto nell'art. 5 non può pertanto essere superato in alcun modo, con la conseguenza di escludere a priori l'esistenza di un generale potere di disapplicazione in capo agli arbitri (142).

Come si dovranno comportare, allora, gli arbitri che – nel decidere controversie su diritti – si imbattono in un atto amministrativo pregiudiziale di sospetta illegittimità?

1983, 22; Verde G., *Rimozione degli atti amministrativi ed effettività della tutela*, in *Riv. dir. proc.* 1984, 42 ss.

(142) Così anche Fazzalari E., *L'arbitrato nell'attività della regione*, cit., 368 ss., secondo il quale il potere di disapplicazione «non è consentito all'arbitro: a mio avviso, infatti, deve risolversi in senso negativo la questione del riconoscimento all'arbitro del potere di “disapplicazione” dell'atto amministrativo; e ciò a causa della natura dell'arbitrato: ch'è attività privata (...) e quindi non consente di estendere all'arbitrato un potere che, riguardando – sia pure attraverso il sindacato incidentale – la funzione indisponibile, è stato conferito al giudice».

In dottrina si è affermato in proposito – da chi ritiene esclusa la potestà degli arbitri di conoscere le controversie in materia di interessi legittimi – che «vero è che la convenzione d'arbitrato non può avere ad oggetto l'accertamento – in via principale – della legittimità – o meno – dell'azione amministrativa. Vero è tuttavia che tale questione non “deve” essere decisa per legge, rimarcandosi che il primo alinea del vigente art. 819 c.p.c., consente agli arbitri di risolvere “tutte le questioni rilevanti per la decisione della controversia”, quand'anche vertano “su materia che non possono essere oggetto di convenzione d'arbitrato” purché tali “questioni” non debbano “essere decise con efficacia di giudicato per legge”». Pertanto, gli interessi legittimi «possono – attualmente – essere investiti dall'accertamento incidentale, ogni volta che la loro lesione incida sulla violazione dei diritti soggettivi, investiti dall'accordo compromissorio», con la conseguenza che gli arbitri potrebbero tutelare il diritto soggettivo oggetto principale del giudizio a loro devoluto, senza il necessario previo esperimento della tutela annullatoria (143).

Ciò peraltro, a parere di chi scrive, non è sufficiente per poter affermare che agli arbitri sia conferita una generale potestà di disapplicazione dei provvedimenti amministrativi. Se si presta attenzione l'art. 819 c.p.c. non attribuisce agli arbitri un potere diverso da quello che l'art. 4 l. 2248/1865 attribuisce al giudice ordinario, ma non assegna un analogo potere di disapplicazione, senza il quale gli arbitri non possono che sottostare – loro stessi – al provvedimento amministrativo.

Gli arbitri potranno pertanto, *ex art. 819 c.p.c.*, conoscere in via incidentale la questione della illegittimità, ma non potranno evitare l'applicazione del provvedimento alla vicenda oggetto del loro esame, a

(143) Antonioli M., *Arbitrato e giurisdizione amministrativa: problemi e prospettive*, cit., 703 s.

meno che detto potere non sia stato loro espressamente conferito da chi ne ha la disponibilità, o che l'amministrazione volontariamente si conformi alla decisione arbitrale (144).

Un surrogato della disapplicazione prevista dall'art. 5 l. 2248/1865 è pertanto 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, nei termini che si sono sopra visti. Ne consegue che il potere di disapplicare il provvedimento amministrativo pregiudiziale potrà essere previsto nel patto compromissorio, ad esempio, nelle controversie di lavoro relativamente agli atti dell'amministrazione relativi alla fase amministrativa del rapporto di pubblico impiego, ma sarà escluso se l'atto pregiudiziale rientri nella competenza di un'amministrazione diversa da quella che è parte nel giudizio, ovvero nel caso in cui la questione si ponga in una lite tra soggetti privati.

(144) In questo senso v. Goisis F., *La giustizia sportiva*, cit., 294 «a seguito dell'accertamento dell'illegittimità, deve poi ipotizzarsi che l'amministrazione sia tenuta a procedere, doverosamente, all'annullamento d'ufficio dei propri atti, e, più in generale, a conformarsi al giudicato arbitrale, anche nella sua componente ripristinatoria e conformatoria»

SEZIONE TERZA – *La compromettibilità per arbitrato irrituale*

La questione della compromettibilità per arbitrato irrituale con la pubblica amministrazione parrebbe ormai oziosa, e destinata ad una prospettiva soltanto storica, dal momento che il legislatore del 2000, per altri versi reticente, non ha invece esitato – probabilmente dicendo più di quello che in realtà voleva – a chiudere la porta all’arbitrato irrituale nelle controversie su diritti soggettivi riservati alla giurisdizione del giudice amministrativo.

Prima della l. 205/00 le posizioni della dottrina circa la possibilità di compromettere per arbitrato irrituale le controversie con la pubblica amministrazione erano – *more solito* – le più diverse, ma tutta contenevano un giudizio di valore sulla natura, funzione e struttura che ogni singolo Autore riconosceva all’istituto. Giova pertanto una breve premessa.

L’arbitrato irrituale nasce storicamente come reazione alla processualizzazione dell’arbitrato sin dal codice del 1865, divenuta ancora più marcata con l’entrata in vigore del nuovo codice del 1940, nel quale l’arbitrato, ridotto a procedimento speciale, è stato imprigionato in una serie di forme e termini che giustificassero l’assunzione del lodo da parte dell’ordinamento, «nel presupposto che l’ordinamento si concreti solo in una sentenza» (1). L’autonomia privata delle parti ha favorito l’emersione di un arbitrato «metalegislativo» sottratto per espresso volere delle parti alle stringenti norme del codice di rito, che comunque imponevano, con

(1) Satta S., *Commentario al codice di procedura civile*, cit., 178.

il deposito del lodo a pena di inesistenza, un controllo – quantomeno solo formale – da parte del giudice dello Stato (2).

L'origine pienamente negoziale dell'arbitrato irrituale lo pone così – nell'elaborazione giurisprudenziale – in contrapposizione a quella asseritamente giurisdizionale dell'arbitrato rituale: l'uno veniva riconosciuto come interamente fondato sull'autonomia privata e destinato ad avere esito in un lodo avente valore solamente contrattuale, dell'altro viceversa si esaltava la natura di equivalente giurisdizionale, in ragione sia della funzione – giurisdizionale – svolta dagli arbitri rituali, sia del fatto che la legge espressamente qualificava come «sentenza» il lodo rituale depositato (3).

Anche la funzione e la struttura delle due forme di arbitramento, tradizionalmente, è stata ritenuta diversa: si sosteneva infatti che la stipulazione di patti compromissori rituali avesse l'obiettivo di deferire a terzi il potere di giudicare e decidere una controversia stabilendo la ragione e il torto delle parti, mentre con la stipulazione di patti compromissori irrituali i privati affiderebbero a terzi non il potere di compiere un giudizio, ma di compiere – o completare – un atto negoziale volto alla composizione della lite in luogo delle parti, similmente, dal punto di vista contenutistico, alla transazione (4).

(2) Satta S., *Commentario al codice di procedura civile*, cit., 178 ss.; Punzi C., *Il processo civile, sistema e problematiche*, Torino 2008, vol. III, 258 ss.; Bertoldi V., in Aa.Vv., *Codice di procedura civile commentato*, cit., sub art. 808 ter, 5712.

(3) Cass. 21 agosto 1951, n. 2552, in *Riv. giur. lav.* 1951, II, 366 ss.; Cass. 14 luglio 1961, n. 1702, in *Mass. giur. lav.* 1961, 350, con nota di A. Torrente; Cass. 8 febbraio 1985, n. 1028; Cass., sez. un., 2 giugno 1988, n. 3767; Cass. 18 novembre 1992, n. 12346; e, dopo la novella del 1994, Cass. 23 giugno 1998, n. 6248; Cass. 1° febbraio 1999, n. 833, in *Riv. arb.* 1999, 253, con nota di E. Fazzalari; Cass. 17 gennaio 2001, n. 562; Cass. 4 aprile 2002, n. 4841, in *Giust. civ.* 2002, I, 1212.

(4) Biamonti L., voce *Arbitrato (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, vol. II, Milano 1958, 940. Quanto alla funzione, gli arbitri irrituali sarebbero chiamati a determinare le concessioni transattive (*aliquid datum aliquid retentum*) in luogo delle parti (Schizzerotto G., *Dell'arbitrato*, 3^a ed., Milano 1988, 23; Vecchione R., *L'arbitrato nel si-*

In realtà, se non si cade nell'errore di riconoscere all'arbitrato rituale una natura giurisdizionale che non gli appartiene, non v'è diversità, ma identità di funzioni tra arbitri rituali e arbitri liberi, ai quali viene pur sempre conferito il potere di giudicare e decidere una controversia, stabilendo chi ha ragione e chi ha torto (5). Anche all'arbitro irrituale è dato mandato di giudicare, di stabilire la regola del caso concreto. Semplicemente le parti hanno preferito che questo giudizio sia svincolato dalle regole previste dal codice per l'arbitrato rituale.

Quali siano queste regole, e se effettivamente le disposizioni del codice di rito siano inapplicabili *tout court* all'arbitrato irrituale è questione diversa (6). Quello che interessa ai nostri fini è che venga riconosciuta l'identità di natura, funzionale e strutturale alle due forme di arbitro.

stema del processo civile, Milano 1971, 93), mentre quanto alla struttura l'arbitrato irrituale era visto come una sorta di mandato a transigere, ovvero un arbitraggio applicato alla transazione (Andrioli V., *Commento al codice di procedura civile*, cit., 746; Schizzerotto G., *op. loc. ult. cit.*).

In epoca più recente è stato anche ricostruito come negozio finalizzato alla composizione della lite mediante un *dictum* che le stesse parti si impegnano ad accettare come direttamente derivante dalla loro stessa volontà; ed è stato altresì precisato che tale *dictum* non deve necessariamente consistere in una transazione, potendo esso concretare anche un negozio di accertamento Montesano L., *La tutela giurisdizionale dei diritti*, 2ª ed., Torino 1994, 41 s.; Consolo C., *Spiegazioni di diritto processuale civile. Profili generali*, Vª ed., Padova 2006, 166.

(5) La comune funzione dell'arbitrato sia rituale sia irrituale è sostenuta da un orientamento largamente maggioritario della dottrina Punzi C., *Il processo civile, sistema e problematiche*, cit., 263; Satta S., *Commentario*, cit., 175; Fazzalari E., *Arbitrato e arbitraggio*, in *Riv. arb.* 1993, 585 s.; Id., *Fondamenti dell'arbitrato*, in *Riv. arb.* 1995, 5 ss.; Zucconi Galli Fonseca E., in *Aa.Vv.*, *Arbitrato*, cit., 75 ss.; Carpi F., *Profili del contraddittorio nell'arbitrato*, in *Riv. arb.* 2002, 22 s.; Luiso F.P., *Diritto processuale civile*, cit., vol. IVª, 312.

(6) Rispetto a questa situazione è intervenuto il decreto legislativo n. 40/2006 che ha introdotto nel codice di rito l'art. 808 *ter* c.p.c., testualmente rubricato «arbitrato irrituale», a mente del quale le parti possono derogare alla previsione *ex* art. 824 *bis* c.p.c. e possono sottrarre la pronuncia degli arbitri al regime processuale voluto dal legislatore per il lodo rituale, stabilendo che la controversia sia definita dagli arbitri mediante «determinazione contrattuale». Ad una prima lettura la disposizione sembra confermare la diversità ontologica tra l'arbitrato rituale e quello irrituale, sia con riferimento all'efficacia del lodo – definita «determinazione contrattuale» – sia con riferimento agli aspetti funzionali e strutturali. Che renderebbero l'arbitrato mediante determinazione contrattuale qualcosa di molto simile ad un arbitraggio piuttosto che un

Non sono pertanto accoglibili, oggi come allora, le posizioni di chi, fraintendendo sulla natura dell'arbitrato irrituale, lo riteneva precluso alle controversie amministrative proprio perché l'amministrazione non avrebbe potuto delegare a terzi la formazione della propria volontà ne-

giudizio. Per la perdurante contrapposizione tra le due forme di arbitrato v. Bove M., *La nuova disciplina dell'arbitrato*, in Bove M., Cecchella C., *Il nuovo processo civile*, Milano 2006, 99; Marinelli M., *Il termine per la pronuncia del lodo irrituale*, in *Corriere giur.* 2006, 877; Verde G., *Arbitrato irrituale*, in *Riv. arb.* 2005, 670 ss.

Tale ipotesi ricostruttiva non resiste però ad una lettura complessiva della disposizione, che in effetti contiene elementi testuali e suggerisce argomenti sistematici idonei a confermare un inquadramento unitario per l'istituto arbitrale. Il legislatore stesso riconosce all'arbitrato irrituale la natura e la funzione di procedimento, quando dispone che l'inosservanza del principio del contraddittorio è causa di invalidazione del lodo ai sensi dell'art. 808 *ter*, comma 2°, n. 5 c.p.c.); cfr in tal senso v. Sassani B., *L'arbitrato a modalità irrituale*, in *www.judicium.it* 2006, n. 2, che parla di «scenario popolato di situazioni tipicamente procedimentali (*definizione della controversia, pronuncia, conclusioni, eccezione, procedimento, contraddittorio*), nonché Bertoldi V., in *Aa.Vv., Codice di procedura civile commentato*, cit., 5719.

L'intenzione del legislatore sembrerebbe pertanto essere stata quella di consentire alle parti di optare per una soluzione della controversia mediante determinazione contrattuale, in deroga all'art. 824 *bis* c.p.c. (e dunque al regime processuale previsto per il lodo rituale), ponendo tale opzione come condizione per l'eventuale ulteriore deroga alle altre disposizioni contenute nel codice: Punzi C., *Il processo civile, sistema e problematiche*, cit., 267.

Per il caso in cui le parti scelgano l'arbitrato irrituale, il legislatore, oltre a svincolare il lodo dall'attribuzione degli stessi effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria in deroga appunto all'art. 824 *bis* c.p.c., si occupa di escludere espressamente la possibilità di *exequatur* di cui all'art. 825 c.p.c. e di individuare uno specifico regime impugnatorio del lodo, chiaramente incompatibile con quello dei lodi rituali. La disposizione, peraltro, non stabilisce affatto che le restanti norme del titolo VIII del libro IV del codice di rito siano inapplicabili come semplice conseguenza della scelta della via contrattuale (rilevi condivisi da Marinelli M. *op. cit.*, 879, nota 53; Bertoldi V. *op. cit.*, 5727 s.; Sassani B., *op. cit.*, n. 4; in senso contrario Verde G., *op. cit.*, 672; Bove M. *op. cit.*, 100).

L'elezione della via dell'arbitrato irrituale, pertanto, avrebbe come unica conseguenza veramente necessitata l'inapplicabilità di quanto previsto agli artt. 824 *bis*, 825 e 827 ss. c.p.c., in materia di efficacia del lodo, deposito per l'*exequatur* ed impugnazioni. Ciò significa in mancanza di espressa disposizione per iscritto delle parti tutte le restanti norme del codice di rito restano applicabili. Sembrerebbe pertanto che – paradossalmente – l'aver dettato una espressa disciplina dell'arbitrato irrituale abbia contribuito a metterne ancor più in evidenza l'identità di natura, struttura e funzione con l'arbitrato rituale.

goziale, nella specie transattiva (7). Conclusione criticabile già nel suo postulato.

L'opzione per l'arbitrato irrituale è invece tradizionalmente ritenuta ammissibile per chi, condivisibilmente, riconosce all'arbitrato irrituale natura, funzione e struttura di giudizio (8). Anzi da alcuni è addirittura ritenuto preferibile proprio per la sua versatilità e per l'essere maggiormente idoneo al contemperamento di interessi (9).

Al silenzio legislativo, che sostanzialmente non poneva ostacoli alla possibilità, per l'amministrazione, di compromettere anche per arbitra-

(7) La Torre M., *L'arbitrato nel diritto amministrativo*, in *Riv. dir. pubbl.* 1935, I, 327 ss.: «pare certo che una figura del genere non potrebbe verificarsi nel diritto pubblico, ostandovi le norme e i principi generali che le leggi impongono alle pubbliche autorità per la manifestazione della volontà dell'ente»; Acquarone L., Mignone C., voce *Arbitrato nel giudizio amministrativo*, cit., 367; Selvaggi C., *Contratti e contenzioso*, in *Rass. arb.* 1974, 139 ss., spec. 150; Caia G., *Arbitrati e modello arbitrali nel diritto amministrativo*, cit., 20 ss. In senso contrario Cassese S., *L'arbitrato nel diritto amministrativo*, cit., 313, il quale tuttavia ritiene inspiegabilmente inammissibile l'arbitrato irrituale perché «è assente lo strumento che serve a vincolare la pubblica amministrazione alla decisione arbitrale».

Ancora escludono la compromettibilità per arbitramento irrituale ritenendo ostative le ragioni nel testo Panzarini G., *Diritti disponibili, specialità di materie e tipi di arbitramento per la Pubblica Amministrazione*, in Aa.Vv., *Arbitrato e pubblica amministrazione*, cit. 1999, 119 ss.; De Lise P., *L'arbitrato nel diritto amministrativo*, cit., 1199 s.; Giacobbe D., *Brevi osservazioni in tema di arbitramento irrituale e pubblica amministrazione*, in *Riv. arb.* 1995, 528; nello stesso senso anche Ferrante W., *L'arbitrato come strumento di risoluzione delle controversie con la Pubblica Amministrazione*, in *Rass. avv. Stato* 2004, 410, il quale peraltro sembra confondere l'arbitramento irrituale con l'arbitramento di equità; Linguiti A., Pluchino C., *Arbitrato e Pubblica Amministrazione: diritti soggettivi e poteri autoritativi*, cit., 1354, che pure scrivono dopo la l. 205/00.

(8) Fazzalari E., *L'arbitrato*, in *Rass. Arb.* 1974, 155; Bassi F., *Arbitramento irrituale e pubblica amministrazione*, in Aa.Vv., *Arbitrato e pubblica amministrazione*, cit. 1999, 59 ss.; Consolo C., *L'oscillante ruolo dell'arbitramento al crescere della giurisdizione esclusiva e nelle controversie sulle opere pubbliche (fra semi-obbligatorietà ed esigenze di più salde garanzie)* in Aa.Vv., *Arbitramento e pubblica amministrazione*, cit. 1999, 133 ss.; Greco G., *Modelli arbitrali e potestà amministrative*, in Aa.Vv., *Arbitramento e pubblica amministrazione*, cit. 1999, 139 s.

(9) Pugliese F., *Poteri del collegio arbitrale e provvedimenti amministrativi*, in Aa.Vv., *Arbitramento e pubblica amministrazione*, Milano 1999, 77 ss. Romano Tassone A., *Giurisdizione amministrativa e arbitramento*, in *Riv. Arb.* 2000, 249 ss., secondo i quali l'arbitramento irrituale sarebbe lo strumento preferibile, per la sua tradizionale valenza transattiva, per la soluzione delle controversie nell'ambito degli accordi tra diverse amministrazioni ove si realizza il cd. coordinamento istituzionale.

to irrituale, è sopraggiunto l'art. 6 l. 205/00, che invece – probabilmente per sciatteria del legislatore – sembra precludere definitivamente ogni spazio alla arbitrabilità dei diritti soggettivi rientranti nella giurisdizione del giudice amministrativo.

Se infatti dalla formulazione dell'art. 6 l. 205/00 non sembra lecito – come si è visto – dedurre la volontà del legislatore di escludere l'arbitrabilità delle controversie in materia di interessi legittimi, lo stesso non si può dire per l'arbitrato irrituale né per quello di equità (10). La norma si riferisce chiaramente all'«arbitrato rituale di diritto», in ciò dovendosi vedere l'espresso, ancorché implicito, divieto di stipulare convenzioni per arbitrati irrivali o d'equità. L'art. 6 l. 205/00, pertanto, sarebbe sì una disposizione di natura interpretativa di un sistema che già non precludeva l'arbitrabilità dei diritti soggettivi rientranti nella giurisdizione del giudice amministrativo, ma avrebbe anche l'effetto di limitare l'ambito di utilizzo dello strumento arbitrale, precludendo la possibilità di compromettere per arbitrati irrivali e di equità (11).

Nondimeno tale esclusione sembra quantomeno inopportuna e irragionevole. Se per quanto riguarda gli arbitrati di equità una giustificazione potrebbe trovarsi nell'esigenza di garantire che liti in cui sia presente – anche se solo in via mediata – l'interesse pubblico siano risolte secondo le regole di diritto, non si vedono esigenze analoghe da soddisfare che giustificano l'impossibilità di ricorrere all'arbitrato irrituale. Tanto più oggi che il legislatore ha disciplinato l'arbitrato irrituale garantendo

(10) Nello stesso senso v. Antonioli M., *Arbitrato e giurisdizione esclusiva*, cit., 60 ss.

In senso contrario Goisis F., *Compromettibilità in arbitrato irrituale delle controversie di cui sia parte la pubblica amministrazione e art. 6 l. n. 205 del 2000*, cit., 259 ss.; Romano Tassone A., *Giurisdizione amministrativa ed arbitrato nella L. n. 205/2000*, cit., 565, secondo i quali l'art. 6 «non contempla ma neppure esclude l'arbitrato irrituale».

(11) Verde G., *Le azioni risarcitorie dopo la decisione n. 204/2004 della corte costituzionale e l'arbitrato*, cit., 1765.

l'applicazione a quello dei più elementari ed irrinunciabili principi del giusto processo.

Ciò peraltro è vero solo per quanto riguarda l'arbitrato su diritti soggettivi, mentre nella particolare forma di arbitrato sul potere amministrativo che si è ipotizzata, la via dell'arbitrato irrituale non solo è pienamente percorribile, ma sembra anche essere preferibile proprio per la sua maggiore versatilità.

L'arbitrato sul potere amministrativo, che si atteggia come un accordo *ex art. 11 l. 241/90*, pone – come si vedrà nel prossimo capitolo – problemi di raccordo con le competenze giurisdizionali collegate all'arbitrato e con riferimento all'impugnazione dei lodi non dissimili da quelli che si pongono per l'arbitrato su diritti, ma la particolarità della fonte del potere degli arbitri e soprattutto dell'oggetto del giudizio loro demandato lo pone certamente in una posizione *sui generis*.

Il ricorso all'arbitrato irrituale consentirebbe di eliminare alla radice ogni questione, semplicemente rimettendo alla libera determinazione delle parti la disciplina degli aspetti più problematici.

Soprattutto non si porrebbe affatto la questione della impugnazione del lodo né quello della sua eseguibilità.

La «determinazione contrattuale» emessa ai sensi dell'art. 808 *ter* c.p.c. non avrebbe infatti una consistenza molto diversa dagli accordi amministrativi conclusi tra amministrazione e privati ai sensi dell'art. 11 l. 241/90, e di quelli seguirebbe il regime, anche in fatto di giurisdizione.

CAPITOLO TERZO

La disciplina dell'«arbitrato nel diritto amministrativo» e l'impugnazione del lodo

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Le competenze giurisdizionali collegate all'arbitrato – 3. La questione della impugnazione del lodo – 4. L'impugnazione del lodo sul provvedimento amministrativo – 5. Revocazione e opposizione di terzo avverso il lodo arbitrale – 6. L'*exequatur* e il ricorso per l'ottemperanza.

1. *Premessa*

Nel corso della trattazione sin qui svolta si è sempre presupposta una classificazione dell'arbitrato nei confronti della pubblica amministrazione analoga a quella offerta già a suo tempo dal Cassese (1), che distingueva tra arbitrato «nel diritto amministrativo» e arbitrato «di diritto amministrativo».

Secondo l'Autore, l'amministrazione è un soggetto dell'ordinamento che – seppure diverso dal soggetto privato – resta comunque sottoposto alle norme del diritto comune, salvo che la legge non ponga espresse deroghe. Principio questo che vale anche per l'istituto arbitrale: salvo che la legge non ponga espresse deroghe, all'arbitrato nei confronti dell'amministrazione – qualunque sia il rapporto oggetto del giudizio – l'arbitrato sarà sempre quello disciplinato dal codice di procedura civile. In questo caso si parla di «arbitrato nel diritto amministrativo».

(1) Cassese S., *L'arbitrato nel diritto amministrativo*, cit., 312 s.

vo», perché l'istituto arbitrale viene utilizzato in un contesto di diritto amministrativo.

Diversamente si avrebbe arbitrato «di diritto amministrativo» qualora la legge espressamente prevedesse un arbitrato quale istituto diverso da quello di diritto comune, al quale le norme del codice di rito sarebbero applicabili solo in via analogica, in quanto se ne presenti la necessità. L'arbitrato «di diritto amministrativo» non esiste, almeno al momento, nel nostro ordinamento. Tutte le volte in cui la legge fa riferimento alla tipologia arbitrale non crea istituti nuovi e tipici del diritto amministrativo, ma compie sempre rinvii – alcune volte espliciti, altre no – ad istituti noti, quali l'arbitrato stesso o l'arbitraggio (2).

Questa impostazione ci ha consentito di non vedere altri ostacoli alla arbitrabilità delle situazioni giuridiche soggettive diversi dalla loro disponibilità sostanziale, non solo con riferimento a quei diritti sottratti per volontà di legge alla giurisdizione del giudice ordinario, ma anche alle situazioni giuridiche di diritto pubblico. Anche il limite alla arbitrabilità del potere amministrativo e dell'interesse legittimo risiede solamente nella loro disponibilità materiale; altri limiti non espressi non possono essere ricavati per via interpretativa dall'ordinamento, dal momento che le norme che precludono l'arbitrabilità delle situazioni giuridiche disponibili sono eccezionali.

Nel nostro ordinamento l'arbitrato ha una disciplina generale nel codice di procedura civile, e discipline particolari che il legislatore ha pensato appositamente per controversie afferenti a settori specifici, come i lavori pubblici, o determinati rapporti, come le controversie societarie. Discipline particolari dettate soprattutto da ragioni di opportunità, che

(2) Cfr. Cassese S., *L'arbitrato nel diritto amministrativo*, cit., 312 ss.

comunque integrano o derogano all'archetipo codicistico, che resta la normativa generale di riferimento.

Per quanto riguarda l'arbitrato «nel diritto amministrativo», intendendo per tale vuoi quello relativo alle controversie su diritti rientranti nella giurisdizione del giudice amministrativo, vuoi quelle controversie prettamente di diritto pubblico, mancando una disciplina specifica il modello di riferimento sarà ancora una volta quello del codice di procedura civile (3), anche se – probabilmente in questo caso come in nessun altro – una disciplina specifica sarebbe stata quantomeno opportuna (4).

Come si è già detto, l'art. 6, l. 205/00 venne introdotto allo specifico fine di porre fine all'orientamento giurisprudenziale che negava l'arbitrabilità dei diritti soggettivi rimessi alla giurisdizione esclusiva. Ma una volta ammessa espressamente la possibilità dell'arbitrato, il legislatore non ha pensato affatto che la disciplina contenuta nel codice di procedura civile non tiene nella minima considerazione la vicenda del riparto di giurisdizione, né l'esistenza del giudizio amministrativo. È vero che l'arbitrato, per sua natura, è strumento alternativo alla giurisdizione *tout court* e non alla sola giurisdizione civile ordinaria, ma comunque il legislatore del 1940 ha costruito l'istituto inserendolo nel contesto sistematico del codice di procedura civile. Ed allora le competenze giurisdizionali in qualunque modo collegate all'arbitrato – vuoi che si tratti della ricusazione degli arbitri, vuoi che si tratti dell'impugnazione del lodo – sono state disciplinate tenendo presente il solo giudice ordinario.

(3) Cass., sez. un., 3 luglio 2006, n. 1582, in *Riv. dir. proc.* 2006, 751; Antonioli M., *Arbitrato e giurisdizione esclusiva*, cit., 134; Amadei D., *L'arbitrato nel diritto amministrativo*, in Aa.Vv., *L'arbitrato*, cit., 431.

(4) Cfr Verde G., *Arbitrato e pubblica amministrazione*, in *Riv. Arb.* 2001, 419 s.; Luiso F.P., *Arbitrato e giurisdizione nelle controversie devolute al giudizio amministrativo*, in *Riv. arb.* 2001, 421 ss.; Romano Tassone A., *L'arbitrato*, in Aa.Vv., *Il processo davanti al giudice amministrativo*, a cura di Sassani B. e Villata R., Torino 2001, 397 ss.

Se l'arbitrato ha ad oggetto situazioni giuridiche soggettive rientranti nella giurisdizione del giudice amministrativo era opportuno che il legislatore facesse i conti con questo, e dicesse espressamente quale fosse il giudice cui rivolgersi per ottenere, ad esempio, la nomina suppletiva dell'arbitro, ma soprattutto quale fosse il giudice competente per l'*exequatur* o davanti al quale portare l'impugnazione del lodo.

Una disciplina *ad hoc* non era certo necessaria, e tutte le questioni che si pongono possono essere risolte in via interpretativa – alcune agevolmente, altre meno – prendendo come base le norme del codice di rito, ma una volta che il legislatore processuale amministrativo era intervenuto sull'arbitrato, avrebbe potuto preoccuparsi di sciogliere almeno i nodi più rilevanti (5).

2. *Le competenze giurisdizionali collegate all'arbitrato*

Tralasciando per il momento le questioni riguardanti l'impugnazione del lodo e l'*exequatur*, il codice di procedura civile prevede l'intervento del giudice nell'arbitrato – dietro istanza di parte – nei seguenti casi: a) nel procedimento di nomina degli arbitri (artt. 809, 810 e 811 c.p.c.), b) per provvedere alla sostituzione dell'arbitro inadempiente (art. 813 *bis* c.p.c.); c) per la determinazione del compenso in caso mancata accettazione della liquidazione delle spese e degli onorari fatta dagli arbitri (art. 814 c.p.c.), d) per la ricusazione degli arbitri (art. 815 c.p.c.),

(5) E invece il legislatore si è limitato a rinviare alla disciplina dell'arbitrato rituale, quale regolato dal codice di procedura civile «salve le deroghe derivanti dal collegamento con la giurisdizione amministrativa»; cfr. Mignone C., *Arbitrato nelle controversie devolute al giudice amministrativo e riparto di giurisdizione*, in *Foro amm. T.A.R.* 2003, 2517, che paragona la vicenda dell'arbitrato a quella della opposizione di terzo, introdotta nel processo amministrativo da una pronuncia additiva della Consulta (Corte Cost. 17 maggio 1995, n. 177), la cui disciplina è mutuata in parte da quella del processo civile.

e) nella fase istruttoria, qualora i testimoni rifiutino di comparire davanti agli arbitri (art. 816 *ter* c.p.c.); f) gli arbitri sono privi di poteri cautelari (art. 818 c.p.c.), nondimeno l'art. 669 *quinquies* c.p.c. dispone che, in caso di clausola compromissoria la domanda cautelare si propone al giudice che sarebbe stato competente a conoscere il merito; g) nel procedimento di correzione del lodo in caso di deposito (art. 826 c.p.c.).

La competenza spetta – secondo le disposizioni citate – quasi sempre al Presidente del tribunale del luogo dove è la sede dell'arbitrato, ad eccezione della competenza cautelare che spetta al giudice che sarebbe stato competente in assenza del patto compromissorio, e di quella per la correzione del lodo, che spetta al tribunale.

Ad eccezione di questi ultimi casi, le altre norme attribuiscono al giudice ordinario competenze per rendere possibile il funzionamento dell'arbitrato, e non hanno nulla a che vedere con l'oggetto della controversia, né col riparto di giurisdizione. Ecco allora che la loro applicazione all'arbitrato vertente su liti rientranti nella giurisdizione del giudice amministrativo non desta particolari problemi (6).

La funzione di nomina degli arbitri in supplenza alla manchevole attività di una delle parti è esercitata dal presidente del tribunale in esercizio di giurisdizione volontaria (7): è priva di contenuto decisorio (8) e risponde allo scopo di assicurare la effettività alla elezione della via arbitrale, consentendo la formazione dell'organo giudicante nonostante l'inerzia

(6) Amadei D., *op. cit.*, 432.

(7) Verde G., *Gli arbitri*, in Aa.Vv., *Diritto dell'arbitrato*, cit., 129; Id., *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, cit., 77; Andrioli V., *Commento al codice di procedura civile*, cit., 806; Satta S., *Commentario al codice di procedura civile*, cit., 253; Schizzerotto G., *Dell'arbitrato*, Milano 1988, 337; Vecchione R., *L'arbitrato nel sistema del processo civile*, cit., 423; Ruffini G., in Aa.Vv., *Codice di procedura civile commentato*, cit., sub 810, 5791; Mignone C., *Arbitrato nelle controversie devolute al giudice amministrativo e riparto di giurisdizione*, cit., 2518.

(8) Punzi C., *Disegno sistematico dell'arbitrato*, vol. I, cit., 393; Mignone C., *Arbitrato nelle controversie devolute al giudice amministrativo e riparto di giurisdizione*, cit., 2518.

di controparte. È un intervento che riguarda esclusivamente la funzionalità del mezzo arbitrale, e non interferisce in nulla con l'oggetto del giudizio devoluto agli arbitri: «viene in rilievo non la situazione giuridica finale, quale è quella che ha per oggetto la sostanza della controversia, ma la situazione strumentale, quale è il diritto a portarla in modo utile dinanzi a un giudice, sicuramente siamo fuori dalle ipotesi di giurisdizione esclusiva e altrettanto sicuramente siamo fuori dalle ipotesi di esercizio di un c.d. interesse legittimo» (9).

Identiche conseguenza dovrebbero trarsi con riguardo al procedimento di sostituzione dell'arbitro inadempiente, attribuito sempre al presidente del tribunale dall'art. 813 c.p.c., per il caso in cui le parti non abbiano disposto diversamente. Dopo la riforma del 2006, che ha reso obbligatoria l'audizione degli arbitri e delle parti, in dottrina si è affermato (10) che il procedimento avrebbe natura contenziosa tra le parti e gli arbitri, e si concluderebbe con un provvedimento di risoluzione del contratto d'arbitrato atto al giudicato sostanziale, e ricorribile per cassazione *ex art. 111 Cost.* (11). In verità l'audizione degli arbitri ha il solo scopo di permettere al presidente del tribunale una migliore e più completa valutazione della reale situazione oggetto del suo intervento, e non muta la natura di giurisdizione volontaria del procedimento, che ha il solo scopo di garantire la prosecuzione dell'arbitrato di fronte alla impasse provocata

(9) Così Verde G., *Il giudice amministrativo interviene nel procedimento di nomina degli arbitri*, in *Riv. arb.* 2000, 478.

(10) Riprendendo una posizione risalente già all'alba della riforma del 1994, che aveva introdotto per la prima volta la norma in commento, collocandole nel terzo comma dell'allora art. 813 c.p.c.: cfr Dittrich L., in Aa.Vv., *Legge 5 gennaio 1994, n. 25*, commentario a cura di Tarzia G., Luzzatto R., Ricci E.F., Padova 1995, *sub art. 6*, 71 s.

(11) Rampazzi G., in Aa.Vv., *Commentario breve al codice di procedura civile*, a cura di Carpi F. e Taruffo M., Padova 2006, *sub art. 813 ter*, 2187; Marullo di Condojanni S., *Il contratto d'arbitrato*, Milano 2008, 222.

dall'arbitro negligente (12) e non ha alcun effetto sul «contratto d'arbitrato» (13).

Analoghe conclusioni vanno tratte per il procedimento di liquidazione dei compensi di cui all'art. 814 e per la ricusazione degli arbitri disciplinata dall'art. 815 c.p.c. e.

L'art. 814 c.p.c. attribuisce al presidente del tribunale il potere di decidere il ricorso col quale gli arbitri chiedono la determinazione degli onorari e delle spese non accettata dalle parti. Quello di ricusazione è invece un procedimento incidentale al giudizio arbitrale che ha sempre lo scopo di garantire la funzionalità del giudizio – ed in particolare il rispetto del principio di imparzialità del giudicante – ma ha anche l'effetto di incidere sul contratto d'arbitrato, provocandone l'inefficacia *ex tunc* (14).

In ambedue i casi quello che è portata avanti al giudice è una questione del tutto estranea a quella dedotta in arbitrato e che spetterebbe al giudice amministrativo se non vi fosse stato il patto compromissorio;

(12) Ruffini G., in Aa.Vv., *Codice di procedura civile commentato*, cit., sub art. 813 bis, 5805; Giovannucci Orlandi C., in Aa.Vv., *Arbitrato*, cit., sub art. 813 bis, 260.

(13) Per questo nulla impedirà all'arbitro sostituito di far valere nell'ambito di un ordinario giudizio di cognizione l'illegittimità dell'avvenuta dichiarazione di decadenza, con eventuale richiesta di risarcimento dei danni a ciò conseguenti Ruffini G., *op. loc. ult. cit.*; Giovannucci Orlandi C., *op. loc. ult. cit.*; La China S., *L'arbitrato, il sistema e l'esperienza*, II^a ed., Milano 2004, 69; Bove M., *La nuova disciplina dell'arbitrato*, in Bove M., Cecchella C., *Il nuovo processo civile*, Milano 2006, 68.

(14) Il contratto d'arbitrato, infatti, resta valido e non viene inciso dal provvedimento del giudice. Nondimeno l'accoglimento dell'istanza di ricusazione ha l'effetto di rendere inefficace tutta l'attività compiuta dall'arbitro ricusato o col suo concorso, sia prima sia dopo la proposizione dell'istanza; cfr., Ruffini G., Polinari J., in Aa.Vv. *Codice di procedura civile commentato*, a cura di Consolo C., Milano 2008 (ed. elettronica), sub art. 815, n. 54. In senso contrario v. Marullo di Condojanni S., *Il contratto d'arbitrato*, cit., 223 ss., secondo il quale il procedimento di ricusazione andrebbe a qualificarsi alla stregua di un giudizio di annullamento del contratto d'arbitrato per vizi della volontà. A sommosso avviso di chi scrive osterebbe ad ogni efficacia costitutiva sul contratto d'arbitrato proprio la sommarietà del giudizio di ricusazione; cfr in senso analogo Dittrich L., in Aa.Vv., *La legge 5 gennaio 1994*, n. 25, cit., sub art. 815, 82 s..

Per la dottrina precedente alla riforma del 2006 v. Consolo C., *La ricusazione dell'arbitro*, in *Riv. arb.* 1998, 28 ss.; Dittrich L., in Aa.Vv., *La legge 5 gennaio 1994*, n. 25, cit., sub art. 815, 82 s.; *contra* La China S., *L'arbitrato, il sistema e l'esperienza*, cit., 78.

quindi che sia affidata al giudice ordinario non crea soverchie questioni (15).

Gli artt. 816 *ter*, comma 3°, e 669 *quinquies* c.p.c., hanno invece lo scopo di supplire al difetto di poteri coercitivi e cautelari negli arbitri.

La prima disposizione legittima gli arbitri a domandare al presidente del tribunale di ordinare la comparizione coattiva del testimone che rifiuti di presentarsi. Anche in questo caso l'oggetto della controversia devoluta agli arbitri è solo sullo sfondo, e l'intervento del giudice civile non va certo ad alterare i rapporti di giurisdizione tra le parti.

L'art. 669 *quinquies* c.p.c. dispone invece che, ove la controversia sia rimessa in arbitri, ovvero sia pendente il giudizio arbitrale, la domanda cautelare si propone al giudice che sarebbe stato competente per il merito in assenza di convenzione d'arbitrato. È vero che la norma si riferisce alla sola «competenza» cautelare, ma non pare possa seriamente porsi in dubbio che il richiamo al merito valga anche per individuare il giudice fornito di giurisdizione (16). Ed allora, dal momento che in mancanza del patto compromissorio la lite sarebbe stata conosciuta dal giudice amministrativo, a quello andranno indirizzate le istanze cautelari (17).

(15) Mignone C., *Arbitrato nelle controversie devolute al giudice amministrativo e riparto della giurisdizione*, cit., 2519; Luiso F.P., *Arbitrato e giurisdizione nelle controversie devolute al giudizio amministrativo*, cit., 423.

(16) Luiso F.P., *op. loc. ult. cit.*

(17) Giova una precisazione. Per quanto riguarda la tutela cautelare nelle materia rientranti nella giurisdizione esclusiva *nulla quaestio*. Una questione si potrebbe porre qualora l'arbitrato avesse ad oggetto il potere amministrativo, ed il provvedimento. Si è visto che l'arbitrato in tal caso si attergerebbe come una sorta di procedimento di secondo grado con il quale l'amministrazione – d'accordo con il privato – rimette agli arbitri l'accertamento della legittimità del proprio atto, conferendogli il potere di annullarlo ove lo ritengano illegittimo. Si è visto anche che un giudizio sull'atto di questo tipo non sarebbe sottoposto al termine di decadenza previsto per i giudizi amministrativi, ma ne sarebbe svincolato rientrando nell'esercizio condiviso del potere amministrativo. Ora, se si assume che il provvedimento portato davanti agli arbitri non sia più impugnabile, ci si potrebbe domandare se sia possibile ottenere dal giudice amministrativo una pronuncia sospensiva.

Resta da considerare la funzione che il tribunale esercita ai sensi dell'art. 826, ult. co., c.p.c. quando corregge il lodo depurandolo da errori od omissioni materiali o di calcolo. La disposizione rimette la competenza per la correzione del lodo in primo luogo agli arbitri, quindi – se questi non provvedono – al tribunale del luogo dove è la sede dell'arbitrato; se il lodo è stato depositato, è competente il tribunale davanti al quale è stato depositato, mentre se il lodo è stato impugnato o messo in esecuzione, sarà competente il giudice dell'impugnazione o davanti al quale il lodo è fatto valere.

Seppure disposta dall'autorità giudiziaria, la correzione è considerata comunque attività che integra la formazione del lodo, ancorché di natura sostanzialmente amministrativa o ordinatoria (18). Né la necessaria previa audizione delle parti ai sensi dell'art. 288 c.p.c. – richiamato dall'art. 828 c.p.c. – può essere considerato argomento per affermare la sua natura decisoria, dal momento che ha il solo scopo di agevolare l'accertamento dell'errore o dell'omissione (19).

Da quanto precede dovrebbe discendere che – anche con riguardo alla correzione – l'intervento della magistratura ordinaria non ha alcun rapporto con l'oggetto del giudizio arbitrale, e quindi con la materia che sarebbe rimessa alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Il

Dal punto di vista pratico si potrebbe dire che, se l'amministrazione ha accettato di rimettere in discussione il proprio provvedimento con il compromesso andando così incontro alle istanze del privato, *a fortiori* potrebbe essa stessa provvedere a sospendere l'efficacia fino all'esito del giudizio arbitrale. Ove così non fosse, sembra comunque difficile che, nei confronti di un provvedimento non più impugnabile, il privato possa allegare «un pregiudizio grave ed irreparabile» dovuto all'esecuzione dell'atto.

(18) Come tale sottratta a qualsiasi mezzo di impugnazione, che invece riguarderà il lodo (art. 828, ult. co., c.p.c.): Punzi C., *Disegno sistematico dell'arbitrato*, vol. II., cit., 143 ss.; Carpi F., in Aa.Vv., *Arbitrato*, cit., sub art. 826, 625 ss.; *contra* Saletti A., in Aa.Vv., *Legge 5 gennaio 1994*, n. 25, cit., 147. Cass. 29 settembre 2003, n. 14432.

(19) Punzi C., *op. loc. ult. cit.*

giudice civile opera come semplice correttore materiale di un'attività rimessa all'arbitro, ma non esercita assolutamente alcuna attività giurisdicente, e dunque non invade la sfera di giurisdizione devoluta al giudice amministrativo (20).

3. *La questione della impugnazione del lodo nelle materia di giurisdizione esclusiva*

«Sono arbitrabili oggi le questioni relative a posizioni di *diritto soggettivo di natura patrimoniale* (corsivo dell'Autore) e devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (v. art. 6 della legge 21 luglio 2000, n. 205). Per tali ipotesi, previste tutte da leggi e normative particolari, *extra codicem*, il legislatore o comunque il ... disciplinatore arriva sì a prevedere l'arbitrato, ma, stranamente, si ferma al lodo, e nulla dice sulla sua impugnazione, e l'interprete, novello asino di Buridano, fermo al bivio tra giurisdizione civile e giurisdizione amministrativa, viene a trovarsi in una situazione di bell'imbarazzo: da un lato è chiaro che l'impugnazione non può non esservi; dall'altro non è meno chiaro che non si possono con interpretazione "creativa" fondare giurisdizioni e inventare procedimenti» (21).

Queste poche efficacissime righe che si sono riportate descrivono, forse nella maniera migliore, la posizione di imbarazzo nella quale un improvvido legislatore ha lasciato l'interprete; da una parte non esistono più dubbi circa la possibilità di poter compromettere in arbitrato le controversie su diritti rientranti nella giurisdizione esclusiva, ma dall'altro lato ci si trova – come l'asino di Buridano (22) – nell'imbarazzo di dover

(20) Mignone C., *Arbitrato nelle controversie devolute al giudice amministrativo e riparto della giurisdizione*, cit., 2521.

(21) La China S., *L'arbitrato, il sistema e l'esperienza*, cit., 198.

(22) Figura di cui si è già parlato: v. *supra* cap. I, nota 12.

scegliere quale giudice avrà giurisdizione per conoscere della impugnazione del lodo, senza avere altri argomenti validi per poter orientare la scelta se non che l'impugnazione del lodo non può non esservi, e che l'interpretazione creativa non può fondare giurisdizioni né inventare procedimenti, sostituendosi ad un silenzioso legislatore. Ovvero, se si preferisce, esistono argomenti plausibili per indirizzare la scelta verso l'uno o l'altro plesso giurisdizionale, ma nessuno sarebbe così forte da potersi considerare incontrovertibile.

Il richiamato apologo dell'asino di Buridano si attaglia poi ancor più specificamente alla questione, se è vero che la scelta del giudice dell'impugnazione non pone problemi di effettività della tutela: «è perfettamente indifferente, da questo punto di vista, che la decisione sull'impugnazione del lodo sia affidata al giudice ordinario o a quello amministrativo» (23). Non può più porsi in dubbio, se non per riserve tutto sommato trascurabili (24), che la tutela offerta dal giudice amministrativo non può considerarsi meno piena di quella offerta dal giudice civile, anche quando la materia controversa riguarda diritti soggettivi. Il problema si risolve, pertanto, in una semplice questione di diritto positivo, diretta a stabilire se, nel silenzio – assoluto e inopportuno – del legislatore, le disposizioni in tema di impugnazione del lodo siano applicabili a qualunque genere di fattispecie, ovvero se il fatto che la controversia riguardi una materia rientrante tra quelle rimesse alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo valga ad attrarre l'impugnazione del lodo in quella sede. Ciò significa anche che non esistono soverchianti ragioni – se non di mera opportunità o di coerenza normativa – che potrebbero

(23) Luiso F.P., *Arbitrato e giurisdizione nelle controversie devolute al giudizio amministrativo*, cit., 427.

(24) Cui si è fatto cenno dietro, nel capitolo I, spec. nota 10.

vincolare il legislatore qualora decida di colmare la lacuna lasciata nel 2000 (25).

Le posizioni emerse dall'elaborazione giurisprudenziale e dottrina-ria sono essenzialmente tre.

Secondo l'orientamento di gran lunga oggi prevalente in dottrina e giurisprudenza, l'impugnazione del lodo andrebbe proposta davanti alla corte d'appello, conformemente a quanto dispone l'art. 827 c.p.c. (26). Si sostiene che l'espreso riferimento all'arbitrato rituale compiuto dall'art. 6 l. 205/00 autorizzerebbe a ricercare nel codice di procedura civile le disposizioni applicabili all'arbitrato, e quindi anche quelle che riservano l'impugnazione del lodo alla corte d'appello. L'unico dato testuale che è dato rinvenire nella laconicissima disposizione andrebbe valorizzato, mentre sarebbero da evitare interpretazioni creative troppo ardite.

(25) Cfr nello stesso senso Luiso F.P., *op. loc. ult. cit.*; Verde G., *Arbitrato e pubblica amministrazione*, in *Riv. arb.* 2001, 419; Romano Tassone A., *L'arbitrato*, in Aa.Vv., *Il processo davanti al giudice amministrativo*, cit., 402, il quale richiama il disegno di legge 4014/S, riguardante la riforma del servizio pubblico locale, nel venne inserita una disposizione che prevedeva – in quella sola materia e prima della l. 205/2000 – la possibilità di ricorrere all'arbitrato rituale di diritto, con l'ulteriore previsione che l'impugnazione del lodo sarebbe stata di competenza del Consiglio di Stato.

(26) In questo senso si vedano, in dottrina, Rossi F., *Arbitrato ex art. 6 comma 2 l. 205/2000, limiti oggettivi ed impugnazione del lodo*, in *Foro amm. CDS* 2004, 881 ss.; Goisis F., *La giurisdizione sull'impugnazione del lodo arbitrale reso in controversie altrimenti spettanti al giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.* 2006, 789 ss.; Vitale M., *L'assolutismo del consiglio di stato in tema di arbitrato e pubblica amministrazione*, cit., 734; Luiso F.P., *Arbitrato e giurisdizione nelle controversie devolute al giudizio amministrativo*, cit., 421; Verde G., *Nuove riflessioni su arbitrato e pubblica amministrazione*, 701; Villata R., *Conclusioni*, in Aa.Vv., *Arbitrato e pubblica amministrazione*, cit. 1999, 169; Romano Tassone A., *Lodo arbitrale ex art. 6, l. n. 205 del 2000 e giudice dell'impugnazione*, in *Foro amm. CDS* 2003, 2276; Paolantonio N., *Arbitrato, giurisdizione amministrativa e regime di impugnazione del lodo*, ivi, 2281 ss.; Bocca-gna S., *L'impugnazione per nullità del lodo arbitrale*, vol. I., Napoli 2005, 320 ss.; Zucconi Galli Fonseca E., in Aa.Vv., *Arbitrato*, cit., sub art. 829, 707 s.; Marinucci E., *L'impugnazione per nullità di lodo arbitrale reso in materia devoluta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*, in *Riv. dir. proc.* 2007, 753 ss.

In giurisprudenza v. Cons. Stato 31 dicembre 2007, n. 6812, in *Arch. giur. oo. pp.* 2007, 1365; Cass., sez. un., 3 luglio 2006, n. 15204, cit.; Cass., sez. un., 12 luglio 2005, n. 14545, in *Foro amm. CDS* 2006, 403, con nota di Antonoli M.; Cass., sez. un., 14 novembre 2005, n. 22903; Cass., sez. un., 27 luglio 2004, n. 14090; nonché, sia pur *obiter*, Cass., sez. un., 12 dicembre 2001, n. 15608, in *Foro it.* 2002, I, 1738.

La stessa soluzione era condivisa – in maniera pressoché unanime – anche dalla dottrina precedente alla l. 205/00, sia che ritenesse ammissibile l'arbitrato nelle controversie affidate alla giurisdizione amministrativa (27), sia che lo ritenesse inammissibile, alle volte portando come argomento proprio il fatto che l'impugnazione del lodo avrebbe dovuto proporsi al giudice ordinario (28).

Secondo un altro orientamento, l'art. 6, l. 205/00, ancorché consenta l'arbitrato su materia riservata al giudice amministrativo, non per questo ha anche l'effetto di devolvere al giudice ordinario la controversia in sede di impugnazione del lodo. Alle parti è consentito devolvere ad arbitri una controversia altrimenti spettante al giudice amministrativo, ma non possono col patto compromissorio arrivare a «scegliersi la giurisdizione», convogliando così davanti al giudice ordinario una controversia rimessa al giudice amministrativo, in spregio ai principî che sovrintendono il riparto di giurisdizione (29). Di conseguenza l'impugnazione del lodo arbitrale dovrà proporsi davanti al suo «giudice naturale», ossia il giudice amministrativo (30).

(27) Andrioli V., *Procedura arbitrale e regolamento di giurisdizione*, in *Foro it.* 1956, I, 849 ss., anche se solo per la fase rescissoria; Verde G., *Arbitrato e pubblica amministrazione*, in *Dir. proc. amm.* 1996, 221 ss.; Borrella A., *Incompatibilità tra giurisdizione esclusiva ed arbitrato?*, in *Riv. arb.* 2000, 203 s.; Domenichelli V., *Giurisdizione amministrativa e arbitrato: riflessioni e interrogativi*, in *Dir. proc. amm.* 1996, 239.

(28) De Lise P., *L'arbitrato nel diritto amministrativo*, cit., 1196 ss.; Acquarone L., Mignone C., voce *Arbitrato nel giudizio amministrativo*, cit., 371 ss.; Caia G., *Arbitrati e modelli arbitrali nel diritto amministrativo*, cit., 205.

(29) Caracciolo La Grotteria A., *Profili dell'arbitrato nel diritto amministrativo*, in *Dir. proc. amm.* 2007, 733.

(30) Ritengono di individuare nel giudice amministrativo il giudice della impugnazione del lodo, oltre al già citato Caracciolo La Grotteria A., Lubrano F., *Arbitrato e pubblica amministrazione (la pubblica amministrazione come parte)*, in *Studi Punzi*, Torino 2008, vol. II, 492 s.; Sterbizzi E., *La giurisdizione sull'impugnazione del lodo arbitrale reso ai sensi dell'art. 6 l. n. 205 del 2000: corte d'appello o giudice amministrativo?*, in *Corriere giur.* 2007, 982 ss.; Mignone C., *Arbitrato nelle controversie devolute al giudice amministrativo e riparto della giurisdizione*, in *Foro amm. T.A.R.* 2003, 2509 ss.; De Lise P., *Arbitrato e pubblica amministrazione*, in *Aa.Vv.*, *Verso un nuovo processo amministrativo*, a cura di Cerulli Irelli, Torino

In una prospettiva *de jure condendo*, sicuramente, sarebbe assai più coerente col sistema voluto dal legislatore per i processi *apud iudicem*, che l'impugnazione dei lodi resi nelle materia di giurisdizione esclusiva fosse rimessa allo stesso plesso giurisdizionale che avrebbe conosciuto della controversia in mancanza del patto compromissorio (31). Nondimeno il silenzio del legislatore sul punto sembra impossibile da superare in via interpretativa, senza che la cosa significhi la creazione *praeter legem* di norme sul riparto di giurisdizione, che, come è noto, la Costituzione riserva al legislatore ordinario (32).

Ed allora l'unico riferimento normativo a cui è consentito aggrapparsi è – di nuovo – proprio l'art. 6 l. 205/00, che rinvia interamente alla

2001, 181 ss.; Antonioli M., *Arbitrato e giurisdizione esclusiva*, cit., 146 ss.; Stevanato L., *Arbitrato e deroga al giudizio amministrativo*, in *Dir. proc. amm.* 2004, 122; Vaccarella M., *Arbitrato e giurisdizione amministrativa*, Milano 2004, 233; Crisci G., *Arbitrato e giurisdizione ordinaria e amministrativa*, in *Riv. trim. appalti* 2000, 231; Linguiti A., Pluchino C., *Arbitrato e Pubblica Amministrazione: diritti soggettivi e poteri autoritativi*, cit., 1362.

In giurisprudenza in questo senso la risalente Cons. Stato, 2 febbraio 1938, in *Foro it.* 1938, III, 57, con nota adesiva di Forti U., che giunge a questa conclusione argomentando dal testo dell'allora vigente art. 33 c.p.c., a tenore del quale il giudice competente all'impugnazione del lodo era quello che sarebbe stato competente a conoscere della controversia se non vi fosse stata la decisione arbitrale; e quindi, dal momento che il giudice ordinario mai sarebbe stato competente, l'impugnazione del lodo non poteva che spettare al giudice speciale; nello stesso senso, ma con affermazioni del tutto apodittiche e assolutamente non condivisibili, Cons. Stato 19 giugno 2003, n. 3655, in *Riv. arb.* 2003, 731, con nota di Vitale M., in *Foro amm. CDS* 2003, 2281, con note di Paolantonio N. e Romano Tassone A.; Cons. Stato 8 aprile 2002, n. 1902, in *Giorn. dir. amm.* 2002, 746, con nota di Caia G.

(31) Così anche Domenichelli V., *op. loc. ult. cit.*, nonché Boccagna S., *op. loc. ult. cit.*

(32) Verde G., *Arbitrato e pubblica amministrazione*, cit. 2001, 419 s.; Id., *Ancora su arbitri e pubblica amministrazione*, cit., 390; Id., *Nuove riflessioni su arbitrato e pubblica amministrazione*, cit., 701; Luiso F.P., *Arbitrato e giurisdizione nelle controversie devolute al giudice amministrativo*, cit., 428.

Una creazione, del tutto arbitraria e apodittica, di un sistema di riparto di giurisdizione *praeter legem* venne ipotizzata da Cons. Stato 19 giugno 2003, n. 3655, che si attribui la competenza a conoscere «dell'appello» avverso il lodo arbitrale: poiché il lodo arbitrale sostituisce la decisione del giudice amministrativo di primo grado, sostiene la V Sezione, allora l'«appello» avverso detta pronuncia non può che essere rivolto al giudice dell'appello nel processo amministrativo.

disciplina dell'arbitrato rituale, e quindi anche alle disposizioni in materia di impugnazione del lodo (33).

Ed è a questa norma che occorre guardare anche quando ci si preoccupa del fatto che la via arbitrale, per il tramite della impugnazione del lodo, riporterebbe al giudice civile una controversia che il legislatore aveva voluto devolvere al giudice amministrativo (34). In realtà non si vede come possa lamentarsi la violazione dei criteri di ripartizione della giurisdizione su diritti soggettivi: poiché infatti tali criteri fondano il proprio vigore esclusivamente su una norma di legge ordinaria, essi semplicemente sono stati derogati da un'altra norma di legge ordinaria – ossia l'art. 6 l. 205/00 – che fonda di nuovo la competenza del giudice ordinario (35).

Da una prospettiva diversa, inoltre, si è anche sostenuto che – se veramente l'arbitrato è alternativo alla giurisdizione nel suo complesso – l'affidamento della impugnazione del lodo alla corte d'appello non implicherebbe alcun convogliamento della lite nella giurisdizione ordinaria: questa infatti – quando è chiamata conoscere dell'impugnazione del lodo arbitrale – non andrebbe vista come un'articolazione dell'autorità giudiziaria ordinaria – o peggio ancora come giudice di secondo grado rispetto agli arbitri (36) – ma piuttosto come un organo previsto dalla legge quale «giudice naturale» dell'impugnazione lodo arbitrale (37).

(33) Verde G., *Arbitrato e pubblica amministrazione*, cit. 2001, 419 s.; Id., *Ancora su arbitri e pubblica amministrazione*, cit., 390; Id., *Nuove riflessioni su arbitrato e pubblica amministrazione*, cit., 701; Luiso F.P., *Arbitrato e giurisdizione nelle controversie devolute al giudice amministrativo*, cit., 428; Vitale M., *L'assolutismo del Consiglio di Stato*, cit., 731.

(34) Così Antonioli M., *Arbitrato e giurisdizione esclusiva*, cit., 146 ss.

(35) Romano Tassone A., Natoli L., voce *Arbitrato (dir. amm)*, in *Il diritto-Enc. giur. Il sole 24 ore*, Milano 2007, vol. I, 573. In senso analogo v. anche Verde G., *Ancora su arbitri e pubblica amministrazione*, cit., 390, secondo il quale l'art. 6 l. 205/00 realizzerebbe proprio quella deroga alla giurisdizione da lui stesso teorizzata anni addietro.

(36) Così invece Sterbizzi E., *La giurisdizione sull'impugnazione del lodo arbitrale reso ai sensi dell'art. 6 l. n. 205 del 2000: corte d'appello o giudice amministrativo?*, cit., 982 ss.,

Del resto – anche se i dubbi circa la attendibilità degli argomenti letterali che si potrebbero trarre dall’art. 6 l. 205/00 si sono già espressi sopra – deve nondimeno osservarsi che, più di recente, quando il legislatore ha voluto convogliare davanti al giudice amministrativo l’impugnazione di lodi arbitrali lo ha fatto espressamente, ad esempio con l’art. 3, d.l. 19 agosto 2003, n. 220, in materia di giustizia sportiva (38).

Se peraltro un’interpretazione spassionata e disinteressata del diritto positivo porta ad individuare nella corte d’appello il giudice davanti

spec. 985 ss., la quale – ritenuta la natura giurisdizionale dell’ufficio degli arbitri – ritiene che il giudizio davanti la corte d’appello sia un vero e proprio giudizio di secondo grado: «Se, all’interno della giurisdizione ordinaria, l’arbitrato rituale è alternativo alla competenza del giudice ordinario e l’impugnativa per nullità è un’impugnazione, risulta allora evidente che, nell’art. 828 c.p.c., si è inteso investire la Corte d’Appello dell’impugnazione del lodo in quanto giudice di seconda istanza rispetto alle sentenza del tribunale – organo giurisdizionale di primo grado più “normale” – sarebbe stato competente ad emettere in assenza del compromesso o della clausola compromissoria». Ora, a prescindere dalla “normalità” del tribunale quale giudice di primo grado, l’Autrice non tiene conto del fatto che talune controversie oggetto di arbitrato avrebbero potuto rientrare nella competenza del giudice di pace, cosicché il giudice dell’impugnazione sarebbe stato proprio il tribunale. Inoltre, il nuovo testo dell’art. 828 c.p.c. come risultante dalla riforma del 1994, attribuendo in ogni caso la competenza sull’impugnazione alla sola corte d’appello, sembrerebbe effettivamente avere ricostruito il giudizio di impugnazione del lodo arbitrale come un giudizio in primo ed unico grado di impugnazione di un atto negoziale; così Punzi C., *Disegno sistematico dell’arbitrato*, vol. II, cit., 175; Cass. 6 agosto 2003, n. 11842; Cass. 1 luglio 2004, n. 12031; in senso contrario Boccagna S., in *Aa.Vv. Codice di procedura civile commentato*, cit., sub art. 828, 6025 s.; Cass. 7 febbraio 2001, n. 1731, in *Foro it.* 2001, I, 1881.

(37) Così Romano Tassone A., Natoli L., *op. loc. ult. cit.*

(38) Così Verde G., *Nuove riflessioni su arbitrato e pubblica amministrazione*, cit., 701.

La disposizione citata nel testo legge: «esauriti i gradi della giustizia sportiva e ferma restando la giurisdizione del giudice ordinario sui rapporti patrimoniali tra società, associazioni e atleti, ogni altra controversia avente ad oggetto atti del Comitato olimpico nazionale italiano o delle Federazioni sportive non riservata agli organi di giustizia dell’ordinamento sportivo ai sensi dell’articolo 2, è devoluta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. In ogni caso è fatto salvo quanto eventualmente stabilito dalle clausole compromissorie previste dagli statuti e dai regolamenti del Comitato olimpico nazionale italiano e delle Federazioni sportive di cui all’articolo 2, comma 2, nonché quelle inserite nei contratti di cui all’articolo 4 della legge 23 marzo 1981, n. 91».

al quale impugnare il lodo, ci si è chiesti se questa sia competente non solo per il rescindente, ma anche per il rescissorio. Secondo un terzo orientamento dottrinario, infatti, coerenza vorrebbe che la corte d'appello conoscesse solo la fase rescindente della impugnazione del lodo, mentre l'eventuale fase rescissoria non potrebbe che essere riservata al giudice amministrativo (39), salvo che le parti non l'abbiano riservata agli arbitri (40).

La soluzione senza dubbio non manca di coerenza, perché consente di salvare vuoi il ruolo della corte d'appello nell'arbitrato rituale, vuoi le prerogative giurisdizionali del giudice amministrativo, che in questo modo non si sentirebbe spogliato – per mezzo del patto compromissorio – di una porzione della sua giurisdizione. In altre parole, il richiamo che l'art. 6 l. 205/00 compie all'arbitrato rituale andrebbe inteso come un rinvio alle disposizioni che lo disciplinano «in quanto compatibili». Ebbene, se certamente non sarebbe incompatibile con la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo una pronuncia meramente rescindente della corte d'appello, lo sarebbe una eventuale pronuncia nel merito. Ecco allora che – ove la nuova decisione non sia stata riservata agli arbitri – la fase rescissoria del giudizio dovrebbe essere portata innanzi al giudice amministrativo.

(39) Andrioli V., *op. loc. ult. cit.*; Consolo C., *L'oscillante ruolo dell'arbitrato*, in Aa.Vv., *Arbitrato e pubblica amministrazione*, cit. 1999, 133; Id., *La giurisdizione del giudice amministrativo si giustappone a quella del giudice «ordinario» e ne imita il processo*, in *Giust. civ.* 2000, II, 533 ss., spec. 536 s. Selvaggi C., *Giurisdizione esclusiva e arbitrato*, in *Riv. arb.* 1999, 616 ss.; Amadei D., *L'arbitrato nel diritto amministrativo*, in Aa.Vv., *L'arbitrato*, cit., 438 ss.; Punzi C., *Disegno sistematico dell'arbitrato*, vol. II, cit., 249.

In giurisprudenza v. Cass. 20 maggio 1936, in *Foro it.* 1936, I, 977, che decise in tema di impugnazione di un lodo arbitrale obbligatorio, secondo la quale la fase rescindente avrebbe dovuto essere rimessa agli arbitri.

(40) In questo caso, naturalmente, la corte d'appello si limiterà ad annullare il lodo, mentre la nuova decisione del merito sarà decisa da un nuovo collegio arbitrale all'uopo costituito; in senso analogo Marinucci E., *L'impugnazione per nullità di lodo arbitrale reso in materia devoluta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*, cit., 759 ss.

Questa tesi è senza dubbio quella più apprezzabile sul piano sistematico, soprattutto perché ha il pregio di essere in sintonia perfetta sia con le disposizioni codicistiche in materia di arbitrato rituale, sia con il sistema del riparto di giurisdizione.

Sicuramente ragioni di economia processuale dovrebbero scoraggiare dall'appoggiarla: se infatti prima di ottenere una nuova decisione nel merito della controversia occorre attendere l'intero svolgimento del giudizio innanzi alla corte d'appello, e poi anche quello eventuale innanzi alla corte di Cassazione, l'inizio della causa di merito davanti al giudice amministrativo potrebbe aversi solo dopo trascorsi diversi anni dall'emissione del lodo. Ma si tratta di meri inconvenienti – che come tali non costituiscono argomenti validi – ai quali avrebbe dovuto pensare il legislatore. Del resto, poi, la situazione di attesa del giudizio rescindente non è diversa da quella che si ha quando le parti concordemente decidono di rimettere la fase rescissoria ad un nuovo giudizio arbitrale (41).

In conclusione, delle tre ricostruzioni, la seconda – quella che vuole competente per l'impugnazione il giudice amministrativo (salvo poi verificare se si tratterà del TAR o del Consiglio di Stato) – sembrerebbe da preferire in una prospettiva *de jure condendo*, ma certamente il dato positivo attuale, nella sua scarsità, la rende inaccettabile.

La prima e la terza ricostruzione sono ambedue parimenti ipotizzabili sulla base del diritto positivo. La prima – secondo cui competente

(41) In senso contrario a questa ricostruzione si pone Boccagna S., *L'impugnazione per nullità del lodo*, cit. 324 s., nota 139, secondo il quale il giudizio di nullità innanzi la corte d'appello avrebbe natura processuale, unitariamente diretto alla sostituzione della decisione impugnata con una nuova decisione di merito resa dal giudice del gravame, ricostruzione che configura la fase rescindente e quella rescissoria come due fasi non distinte di un unico giudizio.

In senso contrario v. anche Antonioli M., *Arbitrato e giurisdizione esclusiva*, cit., 143, il quale tuttavia reca argomenti di carattere sistematico tutto sommato opinabili, quale ad esempio la difficoltà di individuare il giudice del rescissorio tra TAR e Consiglio di Stato.

per l'impugnazione sarebbe la sola corte d'appello, sia per il rescindente che per il rescissorio – è sorretta dal dato testuale contenuto nell'art. 6 l. 205/00, che rinvia *tout court* all'arbitrato rituale di diritto: ed allora la competenza della corte d'appello, per il rescindente e per il rescissorio, discenderebbe direttamente dall'applicazione delle norme in tema di arbitrato rituale. Chi scrive, nondimeno, ritiene preferibile sul piano sistematico la terza tesi, quella definita «dualista», ritenendo preferibile una lettura dell'art. 6 l. 205/00 come un rinvio alle norme sull'arbitrato rituale «in quanto compatibili», dando così rilevanza ed applicazione sia alle disposizioni in materia di arbitrato rituale, sia a quelle che regolano il riparto di giurisdizione.

L'accoglimento della tesi «dualista» comporta, come si è detto, degli inconvenienti di carattere pratico innegabili, ma si tratta di vicende delle quali avrebbe dovuto occuparsi il legislatore – avendone tra l'altro avuto occasione diverse volte da quando è intervenuto sul processo amministrativo dopo il 2000 – e che non possono risolversi in via interpretativa, creando norme sulla giurisdizione che non esistono, né non tenendo nel giusto conto le disposizioni che invece esistono e debbono vincolare l'interprete.

4. *L'impugnazione del lodo sul provvedimento amministrativo*

Alcune considerazioni *ad hoc* merita l'arbitrato su situazioni giuridiche di diritto pubblico. Si è visto sopra che si è ipotizzato un arbitrato sul potere amministrativo fondato sull'art. 11 l. 241/90. In buona sostanza l'arbitrato altro non sarebbe che un procedimento di secondo grado, volto ad accertare se l'esercizio o il non esercizio del potere amministrativo sia stato o meno legittimo, e pertanto se abbia o meno leso

l'interesse legittimo del privato. Non si tratta di niente di diverso da un procedimento di amministrazione condivisa, ed il patto compromissorio diventa il luogo ove confluiscono e trovano incontro le istanze dell'amministrazione e della sua controparte. L'amministrazione, valutato a monte che l'interesse pubblico al mantenimento del proprio atto dipende dall'accertamento della sua legittimità, rimette agli arbitri il potere di accertarla e, se del caso, di rimuovere il provvedimento amministrativo.

Se si considera questo genere di arbitrato, appare ancora più evidente che la miglior ricostruzione sistematica circa l'impugnazione del lodo sia proprio quella che per cui si è appena espressa la preferenza, secondo la quale l'impugnazione del lodo spetta alla corte d'appello, ma solo per la sua fase rescindente, mentre la nuova decisione nel merito – salvo che le parti non l'abbiano riservata di nuovo agli arbitri – spetterà al giudice dotato di giurisdizione. È vera questa affermazione in caso di diritti rientranti nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, lo è ancora di più se oggetto del giudizio arbitrale è il binomio potere amministrativo-interesse legittimo.

Si è ritenuto che, se si riconosce agli arbitri il potere di annullare provvedimenti amministrativi, conseguentemente si dovrebbe riconoscere un analogo potere anche al giudice della impugnazione del lodo (42). Ciò significherebbe, in sostanza, che nel caso in cui gli arbitri riconoscano la legittimità del provvedimento oggetto del loro giudizio, la corte d'appello adita in sede di impugnazione potrebbe – in ipotesi – riformare annullare il lodo e, decidendo nuovamente il merito, dichiarare lei l'illegittimità e, conseguentemente, annullare il provvedimento. Una situazione simile sembrerebbe comportare il trasferimento al giudice ordi-

(42) Verde G., *Arbitrato e pubblica amministrazione*, cit. 2001, 419;

nario di una potestà tipicamente riservata al giudice amministrativo nella sua sede più naturale, ossia di legittimità. Senza contare che sarebbe in contrasto con l'art. 113 Cost. che – come si è visto – riserva al legislatore il compito determinare in maniera espressa quali organi di «giurisdizione» possono annullare gli atti amministrativi, riserva che – se non ha effetto nei confronti degli arbitri – preclude sicuramente il potere annullatorio della corte d'appello, anche se si tratta di un procedimento *sui generis*, e non di un vero e proprio processo impugnatorio analogo a quello che si svolge innanzi al giudice amministrativo.

Proprio per questo, almeno per quanto riguarda i lodi su situazioni giuridiche soggettive di diritto pubblico, non pare sostenibile la tesi secondo cui il patto compromissorio si atteggierebbe come un patto di deroga della giurisdizione che comporterebbe il «passaggio» della controversia dal giudice amministrativo a quello ordinario mediante l'impugnazione del lodo. Si è prestata piena adesione alla tesi della derogabilità convenzionale della giurisdizione per quanto riguarda l'arbitrato su diritti soggettivi rientranti nella giurisdizione del giudice amministrativo. Se ne resta convinti anche da un punto di vista più generale, ma con riferimento all'annullamento dei provvedimenti amministrativi la riserva fissata dall'art. 113 Cost. resta un argomento insuperabile.

Ecco allora che, anche in questa particolare forma di arbitrato che si è ipotizzata, la corte d'appello resterebbe ancora una volta il giudice della impugnazione del lodo, ma la sua competenza si arresterebbe alla fase meramente rescindente, mentre una nuova decisione di merito – salvo che le parti non l'abbiano riservata agli arbitri – dovrà essere rimessa al giudice dotato di giurisdizione, ossia il giudice amministrativo.

In tal modo sarebbe anche rispettata la riserva che l'art. 11, ult. co., l. 241/90 fa al giudice amministrativo. Si è visto nel precedente capi-

tolo che l'applicazione delle disposizioni sull'arbitrato rituale avrebbero neutralizzato la riserva al giudice amministrativo alle questioni riguardanti la validità e l'ampiezza del patto compromissorio, dal momento che la legge speciale sull'arbitrato avrebbe necessariamente prevalso sulla normativa generale. Ma, al di là del limite costituzionale, non esistono disposizioni – quale, come si è visto, potrebbe essere l'art. 6 l. 205/00 – che espressamente autorizzino la devoluzione al giudice ordinario di una controversia rientrante tra quelle riservate alla giurisdizione del giudice amministrativo.

Va comunque ricordato quanto si è detto *supra* (cap. II, sez. III) a proposito dell'arbitrato irrituale. Qualora infatti le parti optassero tale via, ogni questione relativa al regime di impugnazione del lodo verrebbe meno. Il lodo si atterrebbe infatti a determinazione contrattuale in tutto paragonabile agli accordi *ex* art. 11 l. 241/90, e di questi seguirebbe il regime: competente tanto per l'impugnazione che per l'esecuzione sarebbe il giudice amministrativo, senza che si possano creare soverchie questioni.

5. *Revocazione e opposizione di terzo avverso il lodo arbitrale*

Il nuovo testo dell'art. 831 c.p.c., come modificato dalla riforma del 1994, consente l'impugnazione del lodo arbitrale per revocazione straordinaria e per opposizione di terzo, tanto ordinaria, quanto revocatoria. La competenza è rimessa per ambedue i rimedi alla corte d'appello nel cui distretto è la sede dell'arbitrato.

Quanto alla revocazione, il procedimento è regolato – ai sensi del comma 1 dell'art. 831 c.p.c. – dalle norme del libro secondo in tema di revocazione delle sentenze. In virtù di tale rinvio l'accoglimento della

domanda di revocazione comporta il passaggio alla fase rescissoria, salvo che le parti non si siano accordate per rimettere la nuova decisione di merito agli arbitri (43).

Nel caso di arbitrato in materia rientrante nella giurisdizione del giudice amministrativo – vuoi che si tratti di diritto soggettivi, vuoi che si tratti di controversia su situazioni di diritto pubblico – la decisione sulla fase rescindente spetterà alla corte d'appello individuata ai sensi dell'art. 831 c.p.c., mentre la nuova decisione di merito spetterà al giudice amministrativo.

Analogamente per quanto riguarda l'opposizione di terzo. Secondo parte della dottrina, all'accoglimento della opposizione di terzo segue necessariamente, dinanzi alla stessa corte d'appello, la fase rescissoria alla stregua di quanto previsto dall'art. 830, comma 2°, c.p.c. per il giudizio di nullità (44). Altri invece ritiene, più condivisibilmente, che occorra distin-

(43) In questo senso, in applicazione analogica dell'art. 830 c.p.c., v. Luiso F.P., *Diritto processuale civile*, 4ª ed., vol. IV, Milano 2007, 447; Boccagna S., in Aa.Vv., *Codice di procedura civile commentato*, cit., *sub* art. 831, 6080; in senso contrario La China S., *L'arbitrato, il sistema e l'esperienza*, cit., 176; Punzi C., *Disegno sistematico dell'arbitrato*, cit., vol. II, 269;

(44) Si è sostenuto che la corte d'appello deve decidere anche il merito della controversia perché il terzo non potrebbe costringere le parti che scelsero l'arbitrato a ricominciare la lite in primo grado (così La China S., *L'arbitrato, il sistema e l'esperienza*, cit., 197), o perché non potrebbe essere vincolato alla volontà che le parti abbiano espresso in senso contrario: pertanto il giudizio si dovrebbe svolgere totalmente dinanzi alla corte d'appello, senza possibilità che la nuova decisione del merito si svolga in altra sede (Luiso F.P., *Diritto processuale civile*, cit., vol. IV, 447). Altri invece, sul presupposto che la struttura tipica della impugnazione del terzo sia sostitutiva, ossia mirante a sostituire la sentenza impugnata con una emessa anche nei confronti del terzo, senza che sia possibile scindere la fase di annullamento dalla fase rescissoria, ritiene inammissibile un'eventuale richiesta di devoluzione della decisione agli arbitri (Cavallini C. *Lodo rituale ed impugnazione del terzo*, in *Riv. dir. proc.* 2000, 404 ss., spec. 419 ss.). Altri ancora ritiene che, se l'opposizione è accolta ed il terzo vittorioso era parte dell'accordo compromissorio, le parti potranno scegliere tra un nuovo giudizio innanzi agli arbitri e la decisione da parte della corte d'appello; se invece l'opponente era terzo anche rispetto al patto compromissorio dovrà provvedere necessariamente la corte d'appello (Consolo C., *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, Padova 2006, 293).

guere tra le diverse posizioni del terzo rispetto al patto compromissorio e alla lite compromessa in arbitri (45).

In ogni caso, quale che sia l'impostazione che si ritiene di accogliere, per l'arbitrato «nel diritto amministrativo» si seguiranno le regole

(45) Nel giudizio *apud iudicem*, se l'opposizione è proposta dal litisconsorte necessario pretermesso avverso una sentenza di primo grado, si ritiene che il giudice dell'opposizione, verificata la fondatezza del motivo di opposizione, debba decidere anche il merito della controversia; se invece oggetto dell'opposizione è una sentenza d'appello, il giudice rimetterà la causa al giudice di primo grado in applicazione analogica dell'art. 354 c.p.c. (Proto Pisani A., *Lezioni di diritto processuale civile*, V^a ed., Napoli 2006, 541; Verde G., *Profili del processo civile*, III^a ed., Napoli 2006, vol. II, 334; Cass. 10 ottobre 1997, n. 9878; Cass. 10 maggio 1985, 2918). Se opposto è il lodo arbitrale, poiché competente per materia sarà sempre e comunque la corte d'appello (art. 831, comma 3^o, c.p.c.), non sembra che questa, annullato il lodo, possa anche decidere nel merito in applicazione analogica dell'art. 830, comma 2^o, c.p.c., giacché in tal modo il litisconsorte pretermesso sarebbe privato di un grado di giudizio. Il merito dovrà allora essere deciso nuovamente in prime cure. E pertanto, se il litisconsorte pretermesso era vincolato dal patto compromissorio, analogamente a quanto disposto dall'art. 830, comma 3^o, c.p.c., la convenzione d'arbitrato manterrà la sua efficacia, e l'eventuale rinnovazione del giudizio si farà, a contraddittorio integro, davanti agli arbitri. In caso contrario sarà competente in primo grado il giudice ordinario.

Le medesime conclusioni sembrano doversi trarre anche in caso di falsa rappresentanza: se l'opposizione è accolta, la pronunzia si limiterà a porre nel nulla il lodo reso *inter alios* in quanto accerta l'invalido esercizio dell'azione a causa vuoi della non imputabilità della domanda o della difesa al falso rappresentato, vuoi della mancata attivazione del contraddittorio (Proto Pisani A., *op. cit.*, 541). Quanto all'eventuale nuovo giudizio sul merito, si dovrà distinguere a seconda che il terzo fosse o meno vincolato dal patto compromissorio.

Se, infine, l'opposizione è proposta dal titolare di un diritto autonomo ed incompatibile, la giurisprudenza ritiene che non esistano una fase rescindente e una fase rescissoria: è ben possibile, pertanto, che si verifichi contrasto tra il lodo e la sentenza che definisce il giudizio d'impugnazione, nel senso che il lodo manterrà la sua efficacia tra le parti originarie nella misura in cui non intacca la posizione del terzo opponente (Cass. 28 maggio 2003, n. 8545, *cit.*; Cass. 7 febbraio 2002, n. 1737). Se invece si ritiene, con parte della dottrina (Cecchella C., in Aa.Vv., *L'arbitrato*, *cit.*, 269; G. Verde *op. cit.*, 335), che per il caso di incompatibilità la pronunzia del giudice della opposizione, per essere rispondente all'interesse del terzo, debba travolgere il lodo anche *inter partes*, pure in questo caso, se il patto compromissorio coinvolgeva anche il terzo, questo manterrà la sua efficacia (art. 830, comma 3^o, c.p.c.), e l'eventuale nuovo giudizio si svolgerà davanti agli arbitri. Se invece l'opponente vittorioso era terzo anche nei confronti della convenzione d'arbitrato, il nuovo giudizio si svolgerà davanti al giudice ordinario (così anche Cecchella C., *op. cit.*, 269, il quale ritiene peraltro che, ove le parti siano tutte d'accordo, la nuova decisione di merito possa essere pure affidata alla corte d'appello).

che si sono sopra descritte, e l'eventuale giudizio rescissorio che non sia riservato agli arbitri spetterà al giudice amministrativo.

6. *L'exequatur e il ricorso per l'ottemperanza*

Resta da verificare quale sia il giudice cui richiedere la concessione della esecutività al lodo arbitrale *ex art.* 825 c.p.c., e se, ed entro quali limiti, il lodo arbitrale potrà essere posto a base del cd. giudizio di ottemperanza.

Con riguardo alla natura del procedimento disciplinato dall'art. 825 c.p.c., la dottrina appare divisa: secondo alcuni esso dà luogo ad un accertamento con prevalente funzione esecutiva dei diritti nascenti dal *dictum* arbitrale (46). Altra parte della dottrina invece preferisce inquadrare il procedimento di *exequatur* nell'ambito della volontaria giurisdizione (47).

Quale che sia l'opinione in materia, non sembra vi siano argomenti in base ai quali ritenere che la competenza per la dichiarazione di *exequatur* spetti al giudice amministrativo, e non invece al giudice ordinario

(46) Punzi C., *Disegno sistematico dell'arbitrato*, cit., vol. I, 111 ss. e II, 124; Id., *Il processo civile, sistema e problematiche*, Torino 2008, vol. III, 237; Ghirga M.F., Aa.Vv., *Legge 5 gennaio 1994, n. 25*, cit., 139; Laudisa L., *Arbitrato rituale e libero: ragioni del distinguere*, in *Riv. arb.* 1998, 228; in senso analogo v. Montesano L., «Privato» e «pubblico» nell'efficacia e nell'esecutorietà del lodo arbitrale, in *Riv. arb.* 1998, 10 s., che parla di condanna conclusiva di una cognizione sommaria su documenti, e Ricci E.F., *L'«efficacia» vincolante del lodo arbitrale dopo la legge n. 25 del 1994*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1994, 809 ss., spec. 813, che parla di «istituto volto alla pura e semplice creazione di un titolo esecutivo».

(47) Carnacini T., voce *Arbitrato rituale e irrituale*, in *Noviss. dig. it.*, I, 2, Torino 1958, 908; Cecchella C., *L'arbitrato*, Torino 1991, 198; Fazzalari E., *L'arbitrato*, Torino 1997, 90 ss.; Longo M., *L'omologazione del lodo*, in *Riv. arb.* 1996, 831 ss., spec. 840; Bocagna S., *L'impugnazione del lodo per nullità*, cit., 469 ss.; in giurisprudenza nello stesso senso v. Cass. 11 febbraio 1995 n. 1553, in *Riv. arb.* 1995, 679.

indicato dall'art. 825 c.p.c. (48). Così i lodi pronunciati nei confronti della pubblica amministrazione, aventi contenuto di condanna, per essere messi in esecuzione necessiteranno dell'*exequatur* del tribunale del luogo dove è la sede dell'arbitrato. Analogamente, dovranno passare per il decreto del tribunale del luogo dove è la sede dell'arbitrato anche i lodi aventi contenuto costitutivo quando sia mancato lo spontaneo adeguamento delle parti alla pronuncia costitutiva degli arbitri. Si pensi al caso in cui la società non provveda a reintegrare il socio la cui esclusione è stata annullata dagli arbitri. L'art. 825 c.p.c. pretende il deposito del lodo quando la parte intende farlo «eseguire» nel territorio della Repubblica, adottando una formula molto ampia, comprendente anche le situazioni descritte. Ciò significa che, se l'effetto costitutivo contenuto in un lodo arbitrale è *self executing*, qualora a questo effetto non dovesse conseguire lo spontaneo adeguamento delle parti alla mutata situazione sostanziale, l'eventuale messa in esecuzione della pronuncia non potrebbe prescindere dal deposito e dal decreto del tribunale (49).

Passando alla questione del giudizio di ottemperanza, ed alla sua esperibilità ponendovi a base il lodo arbitrale, occorre una sia pur breve premessa, dal momento che la vicenda si intreccia con quella della sua natura sostanziale.

Il dibattito sulla natura negoziale o giurisdizionale del lodo è uno di quelli che, con maggior protervia, vede confrontarsi giurisprudenza e dottrina, ed è sempre ravvivato dalle frequenti riforme che hanno colpito la disciplina dell'arbitrato.

(48) Luiso F.P., *Arbitrato e giurisdizione nelle controversie devolute al giudizio amministrativo*, cit., 432; Lubrano F., *Arbitrato e pubblica amministrazione*, cit., 497.

(49) Cavallini G., *Alcune considerazioni in tema di efficacia del lodo*, in *Riv. arb.* 1997, 711, spec. 725 ss.

Nell'originaria stesura del codice di rito, il legislatore fascista assoggettò l'arbitrato ad una marcata processualizzazione (50), e lo relegò in coda al libro quarto del codice, quale segno della sua forzata riduzione a «procedimento speciale» (51). In quest'ottica dichiaratamente e marcatamente pubblicistica il lodo arbitrale doveva, a pena di inesistenza, essere depositato nella cancelleria del giudice statale, ove avrebbe conseguito l'«efficacia di sentenza» (52).

(50) Mediante l'imposizione di forme e termini sia per il procedimento che per la pronuncia del lodo.

(51) V. Satta S., *Commentario al codice di procedura civile*, cit., 162: «il nuovo codice si chiude con l'arbitrato, col quale il vecchio si apriva. Lo spostamento non era un mero fatto topografico. Esso rifletteva il mutato atteggiamento spirituale del legislatore di fronte al travagliato istituto»; e ancora «l'essere stato assunto (l'arbitrato) dal legislatore del 1865 a paradossale prefazione al suo codice implicasse un omaggio alla volontà e alla buona volontà dei litiganti, un nobile e consapevole sacrificio della sovranità, detentrica della giurisdizione e della libertà», ciò che non poteva essere accettato dai codificatori del 1940. Cfr infatti il discorso del Ministro Dino Grandi alla Commissione delle Assemblee legislative nella riunione n. 57 del 18 gennaio 1940: «è infatti sempre più frequente e generale la diffusione delle cosiddette "clausole arbitrali" con cui le parti, allo scopo di evitare la lunga, dispendiosa procedura ordinaria, affidano la decisione delle loro controversie ad arbitri privati. Non starò a dimostrare le conseguenze deleterie di tali tendenze che si risolvono in una menomazione e in una corrosione non solo del prestigio dello Stato, ma di quella "unità della Giustizia", che è alla base fondamentale della struttura stessa dello Stato Sovrano e particolarmente dello Stato Fascista».

(52) Una simile configurazione positiva dell'istituto aveva condotto la dottrina maggioritaria ad affermare la natura pienamente e schiettamente giurisdizionale dell'intero fenomeno arbitrale; cfr Furno C., *Appunti in tema di arbitrato e di arbitrato*, in *Riv. dir. proc.* 1951, II, 157; Id., *Alcune questioni in materia di arbitrato*, *Giur. it.* 1951, I, 1, 617; Redenti E., *Diritto processuale civile*, III, Milano 1957, 459 s.; Capaccioli E., *L'arbitrato nel diritto amministrativo*, cit., 30 ss.; Carnacini T., voce *Arbitrato rituale*, in *Noviss. dig. It.* I, 1, Torino 1957, 879; Biamonti L., voce *Arbitrato (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, vol. II, Milano 1958, 900 ss.; Vecchione R., *L'arbitrato nel sistema del processo civile*, cit., 44 ss.

Tale impostazione è stata nondimeno sottoposta al vaglio critico da autorevole dottrina, che ha messo in luce l'incongruenza di ogni tentativo di giurisdizionalizzazione del fenomeno arbitrale: questo infatti si svolge «senza il contrassegno essenziale della giurisdizione dello Stato, cioè senza l'insegna della sovranità», come reso evidente dal fatto che sia il procedimento arbitrale sia lo stesso lodo rituale trovano il loro presupposto nel patto compromissorio che «è e rimane (anche dopo l'omologazione del lodo (...)) un atto di autonomia privata»: cfr Fazzalari E., *I processi arbitrali nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. proc.* 1968, 466. Tuttavia, fermo il riconoscimento del fondamento privatistico e della natura privata dell'intero fenomeno arbitrale, *dictum*

Con la novella del 1983 il legislatore ha, da un lato, riconosciuto al lodo «efficacia vincolante» tra le parti fin dal momento della ultima sottoscrizione, dall'altro ha trasformato il deposito presso il tribunale in una mera facoltà (da esercitarsi entro un anno) per la parte che intendesse far eseguire il lodo. La modifica dell'art. 823 c.p.c. aveva consentito di chiarire che la decisione degli arbitri possiede *naturaliter* una forza imperativa che deriva dalla stipulazione della convenzione arbitrale, e che ha, dunque, carattere e natura privati (53).

La novella del 1983 aveva insomma distinto tra la efficacia vincolante del lodo, naturale conseguenza della sua natura negoziale e privatistica, e l'«efficacia di sentenza» che gli sarebbe derivata dopo il deposito, mercé il vecchio testo dell'art. 825 c.p.c. «Efficacia di sentenza», peraltro, consistente esclusivamente nell'efficacia esecutiva e nell'iscrivibilità dell'ipoteca giudiziale, nonché nella esclusiva assoggettabilità della «sentenza arbitrale» alle impugnazioni di cui agli artt. 827 ss., ossia, in buona sostanza, nel regime processuale del lodo. Effetti questi che si andavano

compreso, lo stesso Autore ha sostenuto che, in considerazione dell'art. 825 c.p.c., l'atto di disposizione dell'arbitro contenuto nel lodo «senza cambiar natura, vede – *ope legis* – arricchita la sua efficacia di attributi pari a quelli della sentenza del giudice togato: la esecutività, l'autorità del giudicato, e, previamente, la soggezione ad apposito regime d'invalidazione».

Peraltro, in una prospettiva rigorosamente negoziale si era acutamente osservato che il deposito e l'omologazione in vista del conseguimento dell'efficacia di sentenza presentavano rilevanza solo «a determinati fini, di carattere pratico» e non erano idonei a centrare l'essenza dell'istituto: alla luce del sistema normativo e dei principi dell'istituto, da essi discendeva precipuamente, ma esclusivamente, oltre all'esecutività del lodo di condanna, la sottrazione alle impugnative negoziali e l'assoggettamento ai mezzi di impugnazione processuali per nullità e revocazione straordinaria Satta S., *Commentario*, cit., 314 ss.; tale considerazione è stata ripresa da Punzi C., «Efficacia di sentenza» del lodo, in *Riv. arb.* 2005, 840. In quest'ottica, anche quell'«efficacia di sentenza» di cui parlava l'originaria versione dell'art. 825 c.p.c. non era altro che un'immagine di sintesi, volta a contrassegnare il solo regime processuale del lodo (il quale resta atto avente natura ed efficacia negoziale), e inidonea a tramutare in sentenza ciò che sentenza non è.

(53) Raggiungibile a quella «forza di legge» che compete, ai sensi dell'art. 1372 c.c., ai contratti; cfr Punzi C., *La riforma dell'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.* 1983, 83.

semplicemente ad aggiungere all'efficacia vincolante naturalmente spettante al lodo, e che non valevano né a privare il *dictum* arbitrale della sua natura privatistica, né a farne un atto «giurisdizionalizzato a posteriori» (54).

Con la riforma del 1994, è infine scomparso dal codice ogni riferimento alla «efficacia di sentenza» del lodo arbitrale, mentre tale locuzione è stata sostituita con la parola «lodo» *tout court*, e contemporaneamente è stato eliminato il termine annuale per il deposito. Alla luce di interventi del legislatore la giurisprudenza della Corte di Cassazione ha mutato il proprio precedente avviso, ed ha riconosciuto la natura prettamente privata dell'istituto arbitrale, intendendolo quale procedimento privato, di natura negoziale, ontologicamente alternativo alla giurisdizione (55) e naturalmente inidoneo al giudicato (56).

È intervenuto, da ultimo, il d.lgs. 40/2006, che ha introdotto nel tessuto del codice di rito l'art. 824 *bis*, a mente del quale «il lodo ha dalla data della sua ultima sottoscrizione gli effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria», ed ha espunto ogni riferimento all'«efficacia vincolante», prima riconosciuta nell'art. 823 c.p.c. al lodo dopo l'ultima sot-

(54) Montesano L., *La tutela giurisdizionale dei diritti*, 2ª ed., Torino 1994, 52; Punzi C., *op. cit.*, 83; Ruffini G., «Efficacia di sentenza» del lodo arbitrale ed impugnazione incidentale per nullità, *Riv. arb.* 2000, 469 ss. In senso contrario, sosteneva ancora la natura giurisdizionale dell'arbitrato dopo la riforma del 1983 Ricci E.F., *Sull'efficacia del lodo arbitrale dopo la legge 9 febbraio 1983*, n. 28, in *Riv. dir. proc.* 1983, 635 ss.

(55) Cass. 3 agosto 2000, n. 527, in *Riv. arb.* 2000, 699, con nota di Fazzalari E.; *Foro It.* 2001, I, 839; *Giur. it.* 2001, 1107, con nota di Canale G.; *Giust. civ.* 2001, I, 761, con nota di Monteleone G.; *Corr. Giur.* 2001, 51, con note di Consolo C., Ruffini G. e Marinelli M.; *Riv. dir. proc.* 2001, 259, con nota di Ricci E.F.; Cass., sez. un., 11 giugno 2001, n. 7858, in *Foro it.* 2001, I, 2381 ss.; Cass. 30 agosto 2002, n. 12714, in *Corriere giur.* 2002, 678 ss.; Cass., sez. un., 18 aprile 2003, n. 6349.

(56) Punzi C., *Disegno sistematico dell'arbitrato*, cit., vol. II, 199, secondo il quale il riconoscimento della natura negoziale dell'arbitrato consentirebbe alle parti di far valere, anche fuori delle forme e dei termini previsti per le impugnazioni del lodo, la nullità assoluta di un lodo con cui fosse stato raggiunto un risultato che alle parti sarebbe stato precluso raggiungere in via negoziale.

toscrizione. Ciò sembrerebbe poter esaurire in modo *tranchante* il problema dell'efficacia del lodo: il dato letterale non consentirebbe altra interpretazione che non riconosca la natura pienamente giurisdizionale dell'arbitrato e del lodo, che anzi acquisterebbe natura di sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria già al momento della sua ultima sottoscrizione (57).

Nondimeno un'interpretazione sistematica di tutte le disposizioni che disciplinano l'arbitrato, e una corretta considerazione di tutto il fenomeno – basata su una spassionata ricerca della sua intrinseca natura – portano fermamente quando indubbiamente ad escludere che la «efficacia di sentenza» nuovamente riconosciuta al lodo arbitrale, stavolta addirittura sin dalla ultima sottoscrizione degli arbitri (58), possa realmente valere ad equiparare ad ogni effetto – anche sostanziale – l'efficacia del lodo a quella della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria (59).

In primo luogo, come si è rilevato più volte nel corso della trattazione, gli arbitri sono soggetti privati – potenzialmente anche *quivis de populo* – che ricevono dalle parti e non dall'ordinamento il potere di giudicare una controversia (60). Se, dunque, si riconosce la natura privata e

(57) Ricci E.F., *La delega sull'arbitrato*, *Riv. dir. proc.* 2005, 953; Corsini F., *Prime riflessioni sulla nuova riforma dell'arbitrato*, in *Contratti* 2006, 515 ss.; Consolo C., *Spiegazioni di diritto processuale civile*, cit., 185.

(58) Cui peraltro nemmeno compete la qualifica di pubblici ufficiali o incaricati di pubblico servizio.

(59) Strenuo sostenitore della natura negoziale dell'arbitrato, anche dopo la riforma del 2006, è Punzi C., *Ancora sulla legge delega in materia di arbitrato*, in *Riv. dir. proc.* 2005, 963 ss., ove non manca di ricordare l'ammonimento di Satta, secondo cui non compete al legislatore determinare la natura di un istituto (Satta S., *Commentario, sub art. 806*); Punzi C., *Il processo civile, sistema e problematiche*, Torino 2008, vol. III., 223 ss.

(60) Ritengono che la volontà delle parti sia la sola fonte attributiva del potere degli arbitri Andrioli V., *Commento al codice di procedura civile*, cit., 749 s.; Fazzalari E., *L'arbitrato*, cit., 20, 74 s.; Id., *Lodo e sentenza (ancora sulla «natura» negoziale del lodo)*, in *Riv. dir. proc.* 1990, 377 ss.; Id., *I processi arbitrali nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. proc.* 1968, 459 ss., spec. p. 467; La China S., *L'arbitrato*, cit., 23; Monteleone G., *Ancora sull'efficacia del lodo rituale*, in *Riv. arb.* 1991, 727 ss., spec. 735 ss.; Montesano L., «Privato» e «pubbli-

negoziale della fonte dei loro poteri, diviene contraddittorio arrivare a riconoscere la coincidenza fra gli effetti del lodo e quelli della sentenza, sul piano contenutistico e sostanziale nonché sul piano della «forza» del comando degli arbitri rispetto a quello del giudice.

In primo luogo, se gli arbitri derivano i loro poteri da quelli delle parti, non potranno certo compiere atti che sarebbero preclusi all'autonomia negoziale delle stesse parti. Ebbene, se si riconoscesse al lodo arbitrale la stessa efficacia della sentenza e l'idoneità al giudicato sostanziale, anche laddove il *dictum* arbitrale contenesse disposizioni ovvero producesse effetti abdicativi di diritti indisponibili, ovvero ancora contrari all'ordine pubblico, questi effetti – cui non si può pervenire con nessun altro atto privato e che il nostro ordinamento non è disposto a riconoscere neppure alla sentenza pronunciata dall'autorità straniera – si consoliderebbero (61).

Del resto, si deve distinguere fra l'*efficacia* di sentenza, che coincide con il requisito della *imperatività* che rende vincolante il concreto provvedimento di tutela giuridica, e l'*autorità della cosa giudicata*, la quale invece non è un effetto della sentenza, ma una particolare qualità di tali effetti,

co» nell'efficacia e nell'esecutorietà del lodo arbitrale, in *Riv. arb.* 1998, 7 ss.; Punzi C., *Conciliazione e arbitrato*, in *Riv. dir. proc.* 1992, 1028 ss., spec. 1030, 1033; Rescigno P., *Manuale del diritto privato italiano*, XI^a ed., Napoli 1997, 782; Id., *Arbitrato e autonomia contrattuale*, in *Riv. arb.* 1991, 13 ss.; Ruffini G., *Il nuovo arbitrato per le controversie societarie*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2004, 495 ss., spec. 508; Satta S., *Commentario*, cit., 176

(61) In senso critico rispetto ad ogni tentativo di attribuire al lodo il crisma del giudicato materiale, è stato giustamente osservato che ove si affermasse l'irremovibilità ed incontrovertibilità del *dictum* arbitrale quand'anche produttivo di effetti *contra legem*, ne deriverebbe anche la paradossale conseguenza che, attraverso un lodo non più impugnabile, i privati potrebbero raggiungere un assetto di interessi in frode alla legge, non solo più resistente di quello degli altri negozi, ma anche della stessa sentenza, giacché mentre per quest'ultima è prevista l'impugnazione di cui all'art. 397 c.p.c., un siffatto rimedio straordinario non è invece esteso all'arbitrato; cfr Ruffini G., «*Efficacia di sentenza*» del lodo arbitrale ed *impugnazione incidentale per nullità*, cit., 470; Punzi C., *Ancora sulla legge delega in materia di arbitrato*, cit., 980.

consistente nella immutabilità e incontrovertibilità dell'accertamento in essa contenuto (62).

Se, quindi, anche può convenirsi che il lodo ha una sua valenza imperativa, nel senso che con esso gli arbitri decidono la lite e che lo stesso finisce per dettare la *lex specialis* del rapporto giuridico controverso, appare però contrario al fondamento negoziale dell'istituto e alla fonte privata dei poteri esercitati dagli arbitri postulare una assoluta irretrattabilità e incontrovertibilità del comando contenuto nel lodo una volta che questo non sia più soggetto alle impugnazioni (63).

La locuzione «efficacia di sentenza», forse inopportuna reintrodotta dal legislatore del 2006, non significa, pertanto, che alla pronunzia dei giudici privati possano estendersi *tout court* gli effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria, né vale a mutare la natura privatistica dell'istituto arbitrale e del lodo, e soprattutto non consente al lodo ormai inoppugnabile di ottenere una forza paragonabile al giudicato delle sentenze.

Venendo ora al giudizio di ottemperanza previsto dagli artt. 27, n. 4, R.d. 26 maggio 1924, n. 1054 e 37 l. 6 dicembre 1971, n. 1034, secondo un primo orientamento, più risalente, era considerato insuperabile ostacolo il fatto che l'art. 37 l. TAR si riferisse alle sole sentenze di un'autorità giurisdizionale: la chiara lettera della legge escludeva alla radice la possibilità di fare ricorso al rimedio per ottenere l'esecuzione delle «sentenze arbitrali». Nemmeno sostenendo la natura giurisdizionale dell'arbitrato sarebbe stata giustificata un'interpretazione estensiva

(62) Liebman E.T., *Manuale di diritto processuale civile, i principi*, VII^a ed., Milano 2006, 253 ss.

(63) Punzi C., *Il processo civile, sistema e problematiche*, cit., 232, dove anche per ulteriori e difficilmente contestabili argomenti a favore della natura negoziale dell'intero fenomeno arbitrale e del lodo in particolare.

dell'art. 37: «infatti non par dubbio che all'arbitro, pur essendo stato prescelto ai fini di decidere una controversia, non possa attribuirsi alcun potere di natura giudiziaria, che è riservato alla magistratura togata, organo diretto dello Stato, di talché il medesimo non può farsi rientrare tra gli organi della giurisdizione ordinaria (né a più forte ragione tra quelli della giurisdizione amministrativa), costituiti rigorosamente da giudici togati. D'altro canto, l'attività arbitrale è posta in una posizione del tutto gradata rispetto a quella dell'autorità giudiziaria ordinaria, risorgendo la piena competenza di quest'ultima nei riguardi della controversia sorta, ove l'arbitrato perda ogni sua validità ed efficacia e non esista al riguardo un altro compromesso o clausola compromissoria» (64).

A questo orientamento, sulle orme di autorevole dottrina (65), se ne è contrapposto un altro, formatosi prima che la l. 5 gennaio 1994, n. 25 espungesse ogni riferimento alla locuzione «sentenza arbitrale» dalle disposizioni del codice. Detto orientamento, infatti, basava l'esperibilità del ricorso per l'ottemperanza anche nei confronti dei lodi arbitrali, proprio perché il codice stesso compiva una sostanziale equiparazione tra la sentenza arbitrale depositata e la sentenza del giudice dello Stato: «può ben ritenersi che all'omologazione consegua l'equivalenza e non l'uguaglianza, del lodo arbitrale ad una sentenza di primo grado, stante il carattere processuale della procedura arbitrale», ma «l'equivalenza si trae non solo dal presupposto del processo, che termina con il lodo arbitrale, ma dalla disciplina dell'omologazione e delle altre vicende» che renderebbero il lodo arbitrale in tutto simile alla sentenza di primo grado del giudice del giudice (66). Una volta riconosciuta l'equivalenza del lodo ri-

(64) TAR Puglia, sez. Bari, 24 ottobre 1985, n. 424, in *TAR* 1985, I, 4372 ss.

(65) Cannada Bartoli E., *Lodo arbitrale da capitolato generale d'appalto per le OO. PP. e giudizio di ottemperanza*, in *Riv. arb.* 1992, 209 ss., spec. 225.

(66) Cannada Bartoli E., *op. loc. ult. cit.*

tuale omologato alla sentenza di primo grado dell'autorità giudiziaria, non sussisteva più alcuna ragione per escludere l'applicabilità del giudizio di ottemperanza (67).

La riforma del 1994, che – come si è visto – aveva arricchito con argomenti testuali insuperabili i già forti argomenti a favore della tesi negozialista, non ha tuttavia avuto l'effetto di mutare l'orientamento della giurisprudenza amministrativa in tema di giudizio di ottemperanza.

L'esperibilità del giudizio di ottemperanza è stata dedotta da un'interpretazione estensiva dell'art. 37, l. TAR: «la circostanza che la disposizione in esame letteralmente richiami il giudicato della autorità giudiziaria ordinaria oltre che quello degli organi della giustizia amministrativa, non è di per sé di ostacolo, a parere di questo collegio, alla esperibilità della procedura in questione per un lodo esecutivo rimasto inoppugnato, posto che l'estensione dell'ambito di applicabilità del ricorso per ottemperanza risponde ad imprescindibili esigenze, costituzionalmente garantite, di effettività della tutela giurisdizionale e di completamento della stessa nella delicata fase dell'adempimento del giudicato e nella constatazione non certo ultronea che la p.a. ha come ogni altro soggetto giuridico, l'obbligo di dare esecuzione alla pronunce giurisdizionali e di uniformare al giudicato la sua azione amministrativa» (68). Seppure la legge

(67) V. significativamente TAR Campania, 19 ottobre 1991, n. 6, in *TAR* 1991, I, 4430: «rileva il collegio che pur escludendo un'identificazione del lodo, ancorché abbia ricevuto l'esecutorietà del giudice, con la sentenza, in quanto gli effetti di cui all'art. 825, 4° e 5°, comma c.p.c. non sono idonei a trasformare un atto di autonomia provata in un atto giurisdizionalizzato a posteriori, ciò nonostante ci si trova di fronte ad una pluralità di contenuti da attribuire alla locuzione "efficacia di sentenza" di cui all'art. 825, comma 5, c.p.c. L'espressione significa che, pur non essendo l'arbitro un organo di giurisdizione speciale – il che configgerebbe inequivocabilmente con l'art. 1021 Cost. – e, quindi, pur non essendo il lodo emanato nell'esercizio di un potere giurisdizionale, il legislatore ricollega ad esso, appunto, dopo il controllo del Pretore, tutti gli effetti della sentenza di primo grado immediatamente esecutiva (dichiarativo, costitutivo, esecutivo)»

(68) TAR Puglia, 11 luglio 1995, n. 704, in *TAR* 1995, I, 3915.

non accostava più il termine «sentenza» al lodo arbitrale, l'esperibilità del giudizio di ottemperanza veniva insomma fatta discendere dalla natura giurisdizionale del provvedimento che conclude il giudizio arbitrale, mentre il fatto che l'art. 37 l. TAR si riferisca espressamente alle sole pronunzie giurisdizionali del giudice ordinario e di quello amministrativo, non precluderebbe l'ammissibilità del ricorso per l'ottemperanza di altri provvedimenti di natura certamente giurisdizionale, quale il lodo arbitrale (69).

Da quanto si è detto in premessa circa la natura negoziale del lodo, appare evidente che questo orientamento non può essere condiviso. L'arbitrato è giudizio e processo, il lodo arbitrale è un provvedimento che, come la sentenza, stabilisce in una controversia chi ha ragione e chi ha torto, ma questo non basta per trasformare, almeno secondo l'impostazione di chi scrive, un atto che nasce dall'autonomia dei privati in un provvedimento espressione di un potere dello Stato. E ciò nonostante la legge espressamente affermi che il lodo, dal momento della sua ultima sottoscrizione, ha gli effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria. Come una disposizione di legge non può trasformare un contratto in un atto amministrativo senza modificarne alla base i caratteri fondamentali, ma semplicemente modificandone il *nomen juris*, così una disposizione di legge non basta a trasformare un atto negoziale – espressione dell'autonomia dei privati – in un provvedimento e-

(69) In giurisprudenza v. *ex multis* TAR Puglia, 10 febbraio 2005, n. 517, in *Foro amm.* TAR 2005, 501; TAR Sicilia, 18 gennaio 2005, n. 56, *ivi* 2005, 246; TAR Abruzzo 5 marzo 2002, n. 71, *ivi* 2002, 991; TAR Campania 11 febbraio 2002, n. 106, in *Nuovo dir.* 2002, 983; Cons. Stato 12 novembre 2001, n. 5788, in *Foro amm.* 2001, 2833; Cons. Stato 1 marzo 2000, n. 1089, in *Cons. Stato* 2000, I, 493; segue ancora l'orientamento secondo cui il decreto pretorile renderebbe il lodo equivalente alla sentenza Cons. Giust. Amm. Reg. Sic. 14 marzo 2000, n. 91, in *Cons. Stato* 2000, I, 742; in dottrina Dapas A., Viola L., *L'arbitrato nel nuovo codice dei contratti pubblici*, Milano 2007, 209.

spressione del potere giurisdizionale, se prima non ne muta alla radice gli elementi che lo contraddistinguono (70).

In alcune più recenti pronunzie del TAR Salerno, l'esperibilità del giudizio di ottemperanza viene fondato diversamente: «a giudizio del Tribunale, indipendentemente dalla natura giuridica che si attribuisca al lodo rituale, questo, in base alle leggi che lo disciplinano, per gli effetti, è suscettibile di essere portato ad esecuzione innanzi al Giudice civile e, conseguentemente, è suscettibile di giudizio di ottemperanza innanzi al Giudice amministrativo, dovendosi, (...), ritenere che è suscettibile di passare in cosa giudicata» (71). Secondo questa interpretazione sistematica, nettamente più condivisibile, non è tanto rilevante la natura – giurisdizionale o meno – del lodo, quanto il fatto che l'arbitrato dia comunque esito ad un provvedimento che è suscettivo di esecuzione forzata. Che contenga in sostanza delle disposizioni che possono essere eseguite coattivamente. È l'esistenza del comando che rende possibile il giudizio di ottemperanza, non la natura del provvedimento che questo comando contiene.

La corte salernitana si spinge oltre, giungendo a ritenere che, a prescindere dalla natura del lodo, questo comunque sarebbe idoneo a passare in cosa giudicata come le sentenze. Si sono già esposti i motivi di perplessità per i quali non si ritiene di poter accogliere questa impostazione.

Nondimeno resta convincente il postulato secondo cui il giudizio di ottemperanza si fonderebbe sull'inadempimento da parte

(70) Ancora una volta torna in tutta la sua efficacia l'espressione di Satta «ma purtroppo, o fortunatamente, non spetta al legislatore determinare la natura di un istituto».

(71) TAR Campania, sez. Salerno, 6 luglio 2006, n. 1631, in *Corti salernitane* 2006, 311; in senso analogo Id., 8 settembre 2006, n. 1323, in *Foro amm.* 2006, 3034.

dell'amministrazione ad un «comando» – impropriamente «giudicato» – suscettibile di esecuzione o che necessita di adeguamento, a prescindere da chi provenga tale comando, purché vincoli legittimamente l'amministrazione e non sia più suscettibile di essere impugnato (72), revocato o modificato. In sostanza, ciò che ci vuole per fondare il giudizio di ottemperanza è un provvedimento che contenga la regola definitiva del caso concreto che sia vincolante per le parti: caratteri questi tipici vuoi della sentenza del giudice (ordinario o amministrativo), vuoi del lodo arbitrale.

La forzatura del diritto positivo è evidente: non esistono dubbi infatti che il legislatore, nel dettare l'art. 37 l. TAR e 27 n. 4 R.d. 1054/24, si riferisse proprio alle pronunzie dell'autorità giudiziaria, ordinaria o amministrativa. Nondimeno un'interpretazione evolutiva del dato normativo non sembra impossibile, e soprattutto è volta a soddisfare innegabili esigenze di effettività della tutela.

Esigenze di effettività della tutela che – se sono tutto sommato modeste quando il lodo ha contenuto di condanna, perché l'interessato potrebbe avvalersi della tutela esecutiva ordinaria – sono al contrario estremamente rilevanti nel caso in cui gli arbitri non abbiano pronunciato su diritti soggettivi, ma nell'ambito di quel procedimento di arbitrato *ex* art. 11 l. 241/90 che si è ipotizzato.

Se il lodo ha un contenuto meramente demolitorio, senza che sia necessario un adeguamento dell'amministrazione, si è nel caso delle pronunzie cd. «autosatisfattive» o «autoesecutive», per le quali il giudizio di ottemperanza è sempre stato ritenuto inammissibile (o meglio del tutto inutile) dal momento che è l'efficacia costitutiva pura e semplice della

(72) Anche se questo non significa – per il lodo – che acquisti l'efficacia di giudicato di cui all'art. 2909 c.c.

sentenza a soddisfare compiutamente l'interesse del ricorrente (73). Ma quando, perché l'interesse del privati sia effettivamente soddisfatto, alla pronuncia degli arbitri deve accompagnarsi anche un comportamento conforme dell'amministrazione, allora il giudizio di ottemperanza diviene imprescindibile strumento a salvaguardia della effettività della tutela.

Il giudizio di ottemperanza sarebbe imprescindibile – ad esempio – quando oltre all'annullamento dell'atto che fu oggetto del giudizio, occorra anche l'annullamento di atti eventualmente posti in essere sulla base dell'atto impugnato, o ancora occorra determinare in positivo «il nuovo sviluppo dell'azione amministrativa che si basa sulla mancanza dell'atto impugnato» (74).

Ancora l'amministrazione potrebbe rimettere ad arbitri la valutazione del suo diniego ad un'istanza del privato: in tal caso la pronuncia arbitrale non potrebbe che limitarsi ad accertare l'illegittimità del diniego ed a condannare l'amministrazione a provvedere. Il giudizio di ottemperanza sarebbe necessario – in caso di perseverante inerzia dell'amministrazione – perché la pronuncia arbitrale non resti un mero comando privo di sanzione, ma costituisca effettivamente la tutela richiesta dalle parti.

Nessuna questione si porrebbe, invece, nel caso in cui le parti decidessero di rimettere la controversia ad arbitrato irrituale. In quel caso, come si è detto più volte nel corso della trattazione, il lodo – o meglio la

(73) Si pensi ad esempio ad un lodo che annulli un provvedimento negativo di controllo, restituendo così piena efficacia al provvedimento annullato senza che occorra una specifica attività di adeguamento Cons. Stato, ad. plen., 4 dicembre 1998, n. 8, in *Foro it.* 2000, III, 315; oppure ad un lodo che annulli un provvedimento sanzionatorio che non abbia prodotto conseguenza ulteriori, o un provvedimento di autotutela demolitoria, che restituisce pieno vigore all'originario provvedimento.

(74) Scoca F.G., *Giustizia amministrativa*, cit., 468; Id., *Aspetti processuali del giudizio di ottemperanza*, Atti del XXVII Convegno di Scienza dell'Amministrazione di Varenna, Milano, 1983, 199 ss., spec. 213.

«determinazione contrattuale» resa dagli arbitri – si atterrebbe come un accordo *ex art. 11 l. 241/90*. Pertanto, qualora l'amministrazione non eseguisse spontaneamente quanto ivi prescritto, la controversia sull'esecuzione andrebbe portata davanti al competente giudice amministrativo esattamente come vi sarebbe una qualunque altra in esecuzione di un accordo *ex art. 11 l. 241/90*.

Letteratura

- Aa.Vv., *Dizionario dell'arbitrato*, a cura di Irti N., Torino 1997.
- Aa.Vv., *Arbitrati Speciali*, commentario diretto da Carpi F., Bologna 2008.
- Aa.Vv., *Codice di procedura civile commentato*, a cura di Consolo C., Milano 2008 (ed. elettronica).
- Aa.Vv., *Arbitrato e pubblica amministrazione*, Milano 1991, con il coordinamento scientifico di Draetta U.
- Aa.Vv., *Arbitrato e pubblica amministrazione*, Milano 1999.
- Aa.Vv., *Arbitrato*, commentario diretto da Carpi F., Bologna 2007, 2^a ed.
- Aa.Vv., *Codice degli appalti pubblici*, a cura di Garofoli R. e Ferrari G., Roma 2007.
- Aa.Vv., *Codice di procedura civile commentato*, 3^a ed. a cura di Consolo C. e Luiso F.P., Milano 2007.
- Aa.Vv., *Commentario alla Costituzione*, a cura di Bifulco F., Celotto A., Olivetti M., vol. III, Torino 2007.
- Aa.Vv., *Commentario breve al codice di procedura civile*, a cura di Carpi F. e Taruffo M., Padova 2006.
- Aa.Vv., *Commentario della Costituzione, vol. IV, la magistratura*, a cura di Branca G., Bologna 1987.
- Aa.Vv., *Commento alla legge quadro sui lavori pubblici sino alla «Merloni ter»*, a cura di Giampaolino L., Sandulli A.M., Stancanelli G., con prefazione di Merloni F., Milano 1999.
- Aa.Vv., *Diritto dell'arbitrato*, a cura di Verde G., 3^a ed., Torino 2005.
- Aa.Vv., *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da Cassese S., Milano 2006.
- Aa.Vv., *Giustizia amministrativa*, a cura di Scoa F.G., 2^a ed., Torino 2006.
- Aa.Vv., *Il processo avanti al giudice amministrativo, commento sistematico alla l. 205/2000*, a cura di Sassani B. e Villata R., 2^a ed., Torino 2004.

- Aa.Vv., *Il processo davanti al giudice amministrativo. Commento sistematico alla l. 205/2000*, a cura di Sassani B. e Villata R., Torino 2001.
- Aa.Vv., *L'appalto di opere pubbliche*, a cura di R. Villata, 2^a ed., Padova 2004.
- Aa.Vv., *L'appalto di opere pubbliche*, a cura di R. Villata, Padova 2001.
- Aa.Vv., *L'appalto fra pubblico e privato*, Milano 2001.
- Aa.Vv., *L'arbitrato negli appalti pubblici, privati, internazionali*, a cura di C. Vaccà, Milano 2007.
- Aa.Vv., *L'arbitrato*, a cura di C. Cecchella, Torino 2005.
- Aa.Vv., *L'arbitrato. Profili sostanziali*, a cura di Alpa G., Torino 1999.
- Aa.Vv., *La disciplina dei contratti pubblici. Commentario al Codice appalti*, a cura di Baldi M., Tomei R., Milano 2007.
- Aa.Vv., *La giurisdizione nell'esperienza giurisprudenziale contemporanea*, a cura di Martino R., Milano 2008.
- Aa.Vv., *La giustizia amministrativa. Commento alla legge 21 luglio 2000 n. 205*, Milano 2000.
- Aa.Vv., *La riforma della disciplina dell'arbitrato*, a cura di Fazzalari E., Milano 2006.
- Aa.Vv., *Le nuove frontiere del Giudice amministrativo*, a cura di Pellegrino G., Milano 2008.
- Aa.Vv., *Legge 5 gennaio 1994, n. 25*, commentario a cura di Tarzia G., Luzzatto R., Ricci E.F., Padova 1995.
- Aa.Vv., *Legge quadro sui lavori pubblici (Merloni-quater). Commento alla L. 11 febbraio 1994, n. 109 con le modifiche sino alla L. 1 agosto 2002, n. 166*, Milano 2003.
- Aa.Vv., *Manuale di diritto privato*, a cura di Bessone M., Torino 2003.
- Aa.Vv., *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, a cura di Orlando V.E., Milano 1907.
- Aa.Vv., *Riforma del diritto arbitrale*, commentario a cura di Menchini S., in *Nuove leggi civ. comm.* 2007, 1149 ss.
- Aa.Vv., *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di Cassese S., Milano 2003.

- Aa.Vv., *Trattato di diritto civile e commerciale*, a cura di Cicu A. e Messineo F., Milano 1982.
- Aa.Vv., *Verso un nuovo processo amministrativo. Commento alla legge 21 luglio 2000 n. 205*, a cura di Cerulli Irelli V., Torino 2001.
- Abbamonte G., *Risarcimento del danno e giudizio amministrativo – Spunti introduttivi*, in *Riv. amm.* 2001, 389 ss.
- Acquarone L., Mignone C., voce *Arbitrato nel giudizio amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino 1987, vol. I, 367 ss.
- Agnino F., *Risarcimento del danno e processo amministrativo*, Milano 2005.
- Allorio E., *Diritto processuale tributario*, 4^a ed., Torino 1962.
- Amadei D., *Arbitrato e giurisdizione esclusiva tra ius superveniens, impugnazione del lodo e perpetuatio iurisdictionis*, in *Riv. arb.* 2001, 461 ss.
- Amiconi C., *Per un nuovo rapporto tra arbitrato e giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*, in *Riv. amm.* 1996, 853 ss.
- Amorth A., *Annotazioni sull'arbitrato nelle controversie amministrative*, in *Studi in onore di Cesare Grassetti*, Milano 1980, e in *Scritti giuridici*, Milano 1999, vol. IV, 2157 ss.
- Amorth G., Tomasicchio T., *Il giudizio civile con lo Stato*, Padova 1963.
- Andrioli V., *Commento al codice di procedura civile*, 3^a ed., Napoli 1954-1964.
- Andrioli V., *Procedura arbitrale e regolamento di giurisdizione*, in *Foro it.* 1956, I, 847 ss.
- Antonioli M., *Arbitrato e giurisdizione amministrativa dopo la l. n. 205 del 2000*, in *Dir. proc. Amm.* 2002, 326 ss.
- Antonioli M., *Arbitrato e giurisdizione esclusiva*, Milano 2004.
- Antonioli M., *Arbitrato e giurisdizione esclusiva: luci e ombre in tema di ius superveniens*, in *Foro amm. CDS* 2006, 405 ss.
- Antonioli M., *Arbitrato e giurisdizione esclusiva: problemi e prospettive*, in *Dir. proc. amm.* 2007, 685 ss.

- Antonoli M., *Profili di specialità dell'arbitrato in materia di opere pubbliche*, in *Riv. trim. appalti* 2003, 797 ss.
- Argenio D., *Il sistema arbitrale e le controversie amministrative (negli orientamenti del consiglio di stato)*, in *Dir. amm.* 2004, 887 ss.
- Ascarelli T., *Arbitri e arbitratori*, in *Riv. dir. proc.* 1929, I, 308 ss.
- Ascarelli T., *I c.d. collegi arbitrali per l'accertamento del danno nell'assicurazione infortuni*, in *Assicurazioni* 1936, II, 2 ss.
- Ascheri M., *I diritti del medioevo italiano*, Roma 2000.
- Ascheri M., *Tribunali, giuristi e istituzioni*, Bologna 1999.
- Auletta F., *Lo stato presente delle «questioni incidentali» nell'arbitrato: ipotesi ricostruttive*, in *Riv. arb.* 2005, 261 ss.
- Barbieri G., Bella E., *Il nuovo diritto dell'arbitrato*, Padova 2007.
- Bartolomucci P., *Conciliazione extragiudiziale*, in *Dig. civ. (agg.)*, vol. I, Torino 2007, 211 ss.;
- Bassi N., *Giurisdizione esclusiva e giudice amministrativo e arbitrato irrituale*, in *Studi in onore di Alberto Predieri*, Milano 1996, vol. I, 165 ss.
- Benvenuti F., *L'arbitrato tra Stato e società*, in *Foro amm.* 1996, II, 2775 ss.
- Berlinguer A., *Per l'arbitrabilità delle controversie in materia di lavori pubblici*, in *Giust. civ.* 1996, 849 ss.
- Biamonti L., voce *Arbitrato (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, vol. II, Milano 1958, 899 ss.
- Bianca C.M., *Diritto civile*, Milano 1993/2002.
- Boccagna S., *In tema di giurisdizione e competenza sopravvenute (anche con riferimento all'arbitrato)*, in *Foro it.* 1997, I, 2879 ss.
- Boccagna S., *L'impugnazione per nullità del lodo arbitrale*, vol. I, Napoli 2005.
- Borghesi D., *Il regolamento di procedura per la Camera arbitrale per il lavori pubblici*, in *Corriere giur.* 2001, 944 ss.

- Borrella A., *Incompatibilità tra giurisdizione esclusiva ed arbitrato?*, in *Riv. arb.* 2000, 199 ss.
- Bove M., Cecchella C., *Il nuovo processo civile*, Milano 2006.
- Bove M., *La perizia arbitrale*, Torino 2001.
- Briguglio A., Fazzalari E., Marengo R., *La nuova disciplina dell'arbitrato*, Milano 1994.
- Briguglio A., *Gli arbitrati obbligatori e gli arbitrati da legge*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2003, 81.
- Bruti Liberati E., *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico (tra amministrazione e privati)*, Milano 1996.
- Buonfrate A., *Il nuovo arbitrato dei contratti pubblici*, in www.judicium.it 2007.
- Butera A., voce *Transazione*, in *Dig. it.*, vol. XXIII, Torino 1921, 1730 s.
- Caia G., *Arbitrati e modelli arbitrali nel diritto amministrativo. I presupposti e le tendenze*, Milano 1989.
- Caia G., *Gli arbitrati e la giurisdizione del giudice amministrativo*, in *Giornale dir. amm.* 2002, 946 ss.
- Caia G., *L'arbitrato nella materia degli accordi amministrativi. Gli interessi pubblici a ponderazione procedimentale rafforzata*, in *Rass. giur. ENEL* 1991, 870 ss.
- Calamandrei P., *Contributo alla dottrina dell'arbitraggio necessario nel diritto pubblico*, in *Giur. it.* 1924, I, 759 ss.
- Cannada Bartoli E., *In tema di giurisdizione e disapplicazione*, in *Foro amm.* 1976, I, 2608 ss.
- Cannada Bartoli E., *L'arbitrato nella legge 2 giugno 1995, n. 216 sui lavori pubblici*, in *Riv. arb.* 1996, 463 ss.
- Cannada Bartoli E., *L'arbitrato nella legge quadro sui lavori pubblici*, in *Riv. arb.* 1994, 423 ss.
- Cannada Bartoli E., *L'inapplicabilità degli atti amministrativi*, Milano 1950.
- Cannada Bartoli E., *Lodo arbitrale da capitolato generale d'appalto per le OO. PP. e giudizio di ottemperanza*, in *Riv. arb.* 1992, 209 ss.

- Capaccioli E., *L'arbitrato nel diritto amministrativo, Le fonti*, vol. I, Padova 1957.
- Capaccioli E., *Manuale di diritto amministrativo*, Padova 1980.
- Caponi R., *La conciliazione stragiudiziale come metodo di Adr («Alternative Dispute Resolution»)*, in *Foro it.* 2003, V, 165 ss.;
- Capponi B., *Arbitrato e perpetuatio iurisdictionis*, in *Riv. dir. proc.* 2005, 260 ss.
- Capponi B., *L'arbitrato della l. n. 205/2000: applicabilità al project financing*, in *Corriere giur.* 2007, 1469 ss.
- Capponi B., *La giurisdizione sul risarcimento del danno da attività provvedimento della P.A. (con una riflessione sul principio di perpetuatio iurisdictionis in rapporto ai mutamenti giurisprudenziali)*, in *Riv. dir. proc.* 2007, 1120 ss.
- Capponi B., *La legge finanziaria per il 2008 e il divieto di arbitrato*, relazione tenuta al convegno IGI in Roma, 17 gennaio 2008, in <http://www.igitalia.it/doc/12.pdf>.
- Caracciolo La Grotteria A., *Profili dell'arbitrato nel diritto amministrativo*, in *Dir. proc. amm.* 2007, 722 ss.
- Caranta R., *La pubblica amministrazione nell'età della responsabilità*, in *Foro it.* 1999, I, 3201 ss.
- Carbone V., Consolo C., Di Majo A., *Il «waltzer delle giurisdizioni» rigira e ritorna a fine ottocento*, in *Corriere giur.* 2004, 1125 ss.
- Carbone V., Di Majo A., *È costituzionale il nuovo riparto di giurisdizione?*, in *Corriere Giur.* 2001, 85 ss.
- Carbone V., *Provvedimento illegittimo e dannoso: il nuovo orientamento della giustizia amministrativa*, in *Danno e resp.*, 2001, 302 ss.
- Cardi E., *Modelli processuali arbitrali nella giustizia amministrativa*, in *Dir. proc. amm.* 2002, 314 ss.
- Caringella F., *Corsi di diritto amministrativo*, 4ª ed., Milano 2005.
- Carnacini T., voce *Arbitrato rituale e irrituale*, in *Noviss. dig. it.*, I, 2, Torino 1957, 874.
- Carnelutti F., *La transazione è un contratto?*, in *Riv. dir. proc.* 1953, 185 ss.

- Carnelutti F., *Lezioni di diritto processuale civile, processo di esecuzione*, vol. II, Padova 1936.
- Carpi F., *Profili del contraddittorio nell'arbitrato*, in *Riv. arb.* 2002, 1 ss.
- Casetta E., *Compendio di diritto amministrativo*, 8^a ed., Milano 2008.
- Cassese S., *Arbitrato e diritto comune della pubblica amministrazione*, in *Giornale dir. amm.* 1996, 523 ss.
- Cassese S., *L'arbitrato nel diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 1996, 311 ss.
- Catricalà A., voce *Arbitraggio*, in *Enc. giur.*, vol. II, Roma 1988.
- Cavallini C., *Lodo rituale ed impugnazione del terzo*, in *Riv. dir. proc.* 2000, 404 ss.
- Cavallini G., *Alcune considerazioni in tema di efficacia del lodo*, in *Riv. arb.* 1997, 711 ss.
- Cecchella C., *L'arbitrato*, Torino 1991.
- Chiarloni S., *Nuovi modelli processuali*, in *Riv. dir. civ.* 1993, I, 269 ss.
- Chiarloni S., *Stato attuale e prospettive della conciliazione stragiudiziale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2000, 447 ss.;
- Chiovenda G., *Istituzioni di diritto processuale civile*, vol. II, 1, Napoli 1934.
- Chiovenda G., *La condanna nelle spese giudiziali*, Torino 1901.
- Chiovenda G., *Principi di diritto processuale civile*, Napoli 1965 (rist.).
- Chirulli P., Stella Richter P., voce *Transazione (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.* 1992, vol. XLIV, 867 ss.
- Chiti M.P., *Le forme di risoluzione delle controversie con la pubblica amministrazione alternative alla giurisdizione*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario* 2000, 1 ss.
- Cicu A., *Il concetto di «status»*, in *Studi in onore di Simoncelli*, Napoli 1917, 61 ss.
- Cirillo G.P., *La tutela in via arbitrale delle conseguenze patrimoniali derivanti dalla lesione dell'interesse legittimo*, in www.giustizia-amministrativa.it 2001.
- Civitarese M., *Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa*, Torino 1997.
- Clarich M., *La «tribunalizzazione» del giudice amministrativo evitata*, in *Giornale dir. amm.* 2004, 969 ss.

- Comoglio L.P., *La durata ragionevole del processo e le forme alternative di tutela*, in *Riv. dir. proc.* 2007, 591 ss.
- Consolo C., *Il riparto fra le giurisdizioni, l'anacronismo della «severità» ispiratrice dell'art. 37 c.p.c. sul rilievo officioso «in ogni grado» e il gatto del Cheshire*, in *Corriere giur.* 2005, 1578 ss.
- Consolo C., *La giurisdizione del giudice amministrativo si giustappone a quella del giudice «ordinario» e ne imita il processo*, in *Giust. civ.* 2000, II, 533 ss.
- Consolo C., *La ricusazione dell'arbitro*, in *Riv. arb.* 1998, 17 ss.
- Consolo C., *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, Padova 2006.
- Consolo C., *Spiegazioni di diritto processuale civile. Profili generali*, 5^a ed., Padova 2006.
- Consolo C., *Sul «campo» dissodato della compromettibilità per arbitri*, in *Riv. arb.* 2003, 241 ss.
- Corsini F., *Prime riflessioni sulla nuova riforma dell'arbitrato*, in *Contratti* 2006, 515 ss.
- Corso G., *L'attività amministrativa*, Torino 1999.
- Corso G., *Manuale di diritto amministrativo*, Torino 2003.
- Costantino G., *Il processo civile tra riforme ordinamentali, organizzazione e prassi degli uffici (una questione di metodo)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1999, 77 ss.
- Costantino G., voce *Giurisdizione*, in *Dizionario di diritto privato*, diretto da N. Irti, Milano, in corso di pubblicazione; e in www.judicium.it 2008.
- Crisci G., *Arbitrato e giurisdizione ordinaria e amministrativa*, in *Riv. trim. appalti* 2000, 231 ss.
- Criscuolo F., *Arbitraggio e determinazione dell'oggetto del contratto*, Napoli 1996.
- Criscuolo F., *La nullità del contratto: tra ordine pubblico e disponibilità del diritto*, in *Scritti in onore di Elio Fazzalari*, vol. I, Milano 1993, 359 ss.
- Criscuolo F., voce *Arbitraggio e perizia contrattuale*, in *Enc. dir., aggiornamento*, vol. IV, Milano 2000, 60 ss.
- D'Onofrio P., *Commento al codice di procedura civile*, vol. I, Torino 1957.

- Daleffe G., Spaccapelo C., *Le disposizioni processuali del nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Riv. dir. proc.* 2007, 949 ss.
- Danovi R., *Le ADR (alternative dispute resolutions) e le iniziative dell'Unione europea*, in *Giur. it.* 1997, IV, 326 ss.
- Dapas A., Viola L., *L'arbitrato nel nuovo codice dei contratti pubblici*, Milano 2007.
- De Felice S., *Le A.D.R. (alternative disputes resolution) nei confronti della pubblica amministrazione*, in www.giustizia-amministrativa.it 2004.
- De Lise P., Delfino B., *Arbitrato e pubblica amministrazione*, in *Arch. giur. oo. pp.* 2000, 2035 ss.
- De Lise P., *L'arbitrato nel diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1990, 1195 ss.
- Del Prato E., voce *Transazione (diritto privato)*, in *Enc. Dir.* 1992, vol. XLIV, 813 ss.
- Delsignore M., *La compromettibilità in arbitrato nel diritto amministrativo*, Milano 2007.
- Denti V., *I procedimenti non giudiziali di conciliazione come istituzione alternativa*, in *Riv. dir. proc.* 1980, 410 ss.;
- Di Majò A., *Tutela di annullamento e risarcitoria contro gli atti della p.a.: l'acquis civilistico*, in *Corriere giur.* 2008, 261 ss.
- Di Martino S., *Arbitrato e pubblica amministrazione: brevi cenni sulla problematica inerente la compromettibilità delle controversie in cui è parte una pubblica amministrazione*, in *Riv. trim. appalti* 2001, 99 ss.
- Domenichelli V., *Giurisdizione amministrativa e arbitrato: riflessioni e interrogativi*, in *Dir. proc. amm.* 1996, 227 ss.
- Domenichelli V., *Le azioni nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.* 2006, 1 ss.
- Domenichelli V., *Le prospettive dell'arbitrato nei rapporti amministrativi (tra marginalità, obbligatorietà e consensualità)*, in *Dir. proc. amm.* 1998, 241 ss.
- Durante N., *La domanda di arbitrato*, in www.giustizia-amministrativa.it 2007.
- Elia L., *In tema di arbitrato irrituale*, in *Giur. compl. cass. civ.* 1948, II, 280 ss.
- Esposito M., *L'arbitrato tra autonomia privata e giurisdizione*, in *Giur. cost.* 1998, 251 ss.
- Fazzalari E., *Arbitrato e arbitraggio*, in *Riv. arb.* 1993, 583.

- Fazzalari E., *Fondamenti dell'arbitrato*, in *Riv. arb.* 1995, 1.
- Fazzalari E., *I processi arbitrali nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. proc.* 1968, 459 ss.
- Fazzalari E., *L'arbitrato nell'attività della regione*, in *Riv. dir. proc.* 1974, 368 ss.
- Fazzalari E., *L'arbitrato*, in *Rass. Arb.* 1974, 155.
- Fazzalari E., *L'arbitrato*, Torino 1997.
- Fazzalari E., *Lodo e sentenza (ancora sulla «natura» negoziale del lodo)*, in *Riv. dir. proc.* 1990, 377.
- Fazzalari E., *Responsabilità aquiliana e compiti dei giudici, civile ed amministrativo*, in *Riv. dir. proc.* 2000, 289 ss.
- Fazzalari E., *Una svolta attesa in ordine alla natura dell'arbitrato*, in *Riv. arb.* 2000, 704 ss.
- Fazzalari E., voce *Arbitrato (teoria generale e diritto processuale civile)*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, vol. I, Torino 1987, 389 ss.
- Fazzalari E., voce *Arbitrato nel diritto processuale civile*, in *Dig. disc. priv. sez. civ., aggiornamento*, Torino 2002, 88 ss.
- Ferrante W., *L'arbitrato come strumento di risoluzione delle controversie con la Pubblica Amministrazione*, in *Rass. avv. Stato* 2004, 405 ss.
- Fiandaca G., Musco E., *Diritto penale, parte generale*, 5^a ed., Bologna 2006.
- Forti U., nota redazionale a Cons Stato 2 febbraio 1938, in *Foro it.* 1938, III, 57.
- Fracchia F., *L'accordo sostitutivo*, Padova 1998.
- Fracchia F., *La parabola del potere di disporre il risarcimento: dalla giurisdizione «esclusiva» alla giurisdizione del giudice amministrativo*, in *Foro it.* 2004, I, 2605 ss.
- Furno C., *Alcune questioni in materia di arbitrato*, *Giur. it.* 1951, I, 1, 617 ss.
- Furno C., *Appunti in tema di arbitrato e di arbitrato*, in *Riv. dir. proc.* 1951, II, 157 ss.
- Gabrielli G., *Arbitrato rituale, arbitrato irrituale ed arbitrato nell'accertamento o nella transazione*, in *Vita not.* 1993, 663 ss.
- Gasparini Casari V., *L'arbitrato nella l. 21 luglio 2000 n. 205*, in *Dir. economia* 2001, 361 ss.
- Giacchetti S., *Disapplicazione? No grazie*, in *Dir. proc. amm.* 1997, 716 ss.

- Giacchetti S., *La responsabilità patrimoniale dell'amministrazione nel quadro del superamento della dialettica diritti soggettivi-interessi legittimi*, in *Riv. amm.*, 2001, 1 ss.
- Giacobbe D., *Brevi osservazioni in tema di arbitrato irrituale e pubblica amministrazione*, in *Riv. arb.* 1995, 528 ss.
- Giallongo N., voce *Arbitrato nelle controversie dei lavori pubblici*, in *Il diritto-Enc. giur. Il sole 24 ore*, Milano 2007, vol. I, 586 ss.
- Giannini M.S., *Istituzioni di diritto amministrativo*, 2^a ed., Milano 2000.
- Gitti G., *L'oggetto della transazione*, Milano 1999.
- Giuliani A., Picardi N., *La responsabilità del giudice*, rist. aggiornata, Milano 1995.
- Goisis F., *Compromettibilità in arbitrato irrituale delle controversie di cui sia parte la pubblica amministrazione e art. 6 l. n. 205 del 2000*, in *Dir. proc. amm.* 2005, 249 ss.
- Goisis F., *Compromettibilità in arbitri e transigibilità delle controversie relative all'esercizio del potere amministrativo*, in *Dir. proc. amm.* 2006, 243 ss.
- Goisis F., *La giurisdizione sull'impugnazione del lodo arbitrale reso in controversie altrimenti spettanti al giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.* 2006, 789 ss.
- Goisis F., *La giustizia sportiva tra funzione amministrativa ed arbitrato*, Milano 2007.
- Greco G., *Contratti e accordi della Pubblica Amministrazione con funzione transattiva (appunti per un nuovo studio)*, in *Dir. amm.* 2005, 236 ss.
- Greco G., *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Milano 1980.
- Guarino G., *Potere giuridico e diritto soggettivo*, in *Rass. dir. pubbl.* 1949, 278 ss.
- Guicciardi E., *Arbitrato rituale, arbitrato necessario, giurisdizione speciale*, in *Riv. dir. pubbl.* 1943, I, 259 ss., e in *Studi di giustizia amministrativa*, Torino 1967, 488 ss.
- Guicciardi E., *Concetti tradizionali e principi ricostruttivi nella giurisprudenza amministrativa*, in *Arch. dir. pub.* 1937, 15 ss.
- Guicciardi E., *Le transazioni degli enti pubblici*, Padova 1936, e in *Arch. dir. pubbl.* 1936, 64/1.
- Guidarelli G., *La pregiudiziale di annullamento nell'azione di risarcimento del danno per esercizio illegittimo della funzione pubblica*, in *Dir. proc. amm.* 2002, 178 ss.

- Interlandi M., *Azione di annullamento ed azione risarcitoria: la regola della pregiudizialità esiste ancora? Alcune riflessioni su una sentenza «a passo di gambero»*, in *Dir. proc. amm.* 2002, 128 ss.
- La China S., *L'arbitrato, il sistema e l'esperienza*, Milano 2004.
- La Torre M., *L'arbitrato nel diritto amministrativo*, in *Riv. dir. pubbl.* 1935, I, 327 ss.
- Lamberti C., *L'accordo bonario nel codice degli appalti*, in *Urb. e app.* 2008, 417 ss.
- Laschena R., voce *Arbitrato*. II) *Arbitrato nelle controversie amministrative*, in *Enc. giur.*, vol. II, Roma 1988.
- Laudisa L., *Arbitrato rituale e libero: ragioni del distinguere*, in *Riv. arb.* 1998, 211 ss.
- Liebman E.T., *Manuale di diritto processuale civile, i principi*, 7^a ed., Milano 2006.
- Linguiti A., Pluchino C., *Arbitrato e Pubblica Amministrazione: diritti soggettivi e poteri autoritativi*, in *Rass. avv. Stato* 2004, 1348 ss.
- Lombardini I., *Il nuovo assetto dell'arbitrato negli appalti di opere pubbliche*, Milano 2007.
- Longo M., *L'omologazione del lodo*, in *Riv. arb.* 1996, 831 ss.
- Lubrano B., *Risarcimento del danno e violazione dei doveri di buona fede*, in *Dir. proc. amm.* 2003, 1247.
- Lubrano F., *Arbitrato e pubblica amministrazione (la pubblica amministrazione come parte)*, in *Scritti punzi*, Torino 2008, vol. II, 489 ss.
- Luiso F.P., *Arbitrato e giurisdizione nelle controversie devolute al giudizio amministrativo*, in *Riv. arb.* 2001, 421 ss.
- Luiso F.P., *Diritto processuale civile*, 4^a ed., Milano 2007.
- Luiso F.P., *Giustizia sportiva*, Milano 1975.
- Luiso F.P., *Il regolamento del processo arbitrale per i lavori pubblici*, in *Riv. arb.* 2001, 1 ss.
- Luiso F.P., *L'oggetto del processo arbitrale*, in *Riv. arb.* 1996, 669 ss.
- Luiso F.P., *La camera arbitrale per i lavori pubblici*, in *Riv. arb.* 2000, 411 ss.
- Luiso F.P., *La conciliazione nel quadro della tutela dei diritti*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 2004, 1201 ss;

- Luiso F.P., *Pretese risarcitorie verso la pubblica amministrazione fra giudice ordinario e amministrativo*, in *Riv. dir. proc.* 2002, 43 ss.
- Luiso F.P., voce *Conciliazione*, in *Il diritto-Encicl. giur. Il Sole 24 ore* Milano, 2007, vol. III, 498 ss.;
- Manfredi G., *Le stagioni dell'arbitrato: dall'obbligo al divieto?*, in *Urb. e app.* 2008, 275 ss.
- Mantovani F., *Diritto penale*, 4^a ed., Padova 2001.
- Marani G., *Aspetti negoziali e aspetti processuali dell'arbitrato*, Torino 1966.
- Marani G., *In tema di arbitrato, arbitraggio, perizia contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1983, 610 ss.
- Marinelli M., *Il termine per la pronuncia del lodo irrituale*, in *Corriere giur.* 2006, 799 ss.
- Marinucci E., *L'impugnazione per nullità di lodo arbitrale reso in materia devoluta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*, in *Riv. dir. proc.* 2007, 753 ss.
- Martone L., *Arbiter-Arbitrator. Forme di giustizia privata nell'età del diritto comune*, Napoli 1984.
- Marullo di Condojanni S., *Il contratto d'arbitrato*, Milano 2008.
- Mattirolo L., *Trattato di diritto giudiziario civile*, I, Torino 1902.
- Menchini S., *Il nuovo assetto delle tutele giurisdizionali avverso gli atti amministrativi illegittimi*, in *Dir. pubbl.* 2000, 81 ss.
- Menchini S., *La tutela dei diritti soggettivi e degli interessi nel pubblico impiego privatizzato*, in *Riv. dir. proc.* 2002, 430 ss.
- Menchini S., voce *Accertamenti incidentali*, in *Enc. giur.*, vol. I, Roma 1995.
- Menchini S., voce *Accertamenti incidentali*, in *Il diritto-Enc. giur. Il sole 24 ore*, Milano 2007, vol. I, 11.
- Miele G., *Limiti alla ammissibilità dell'arbitrato nelle controversie amministrative*, in *Nuova rass.* 1950, 1841 ss.
- Mignone C., *Arbitrato nelle controversie devolute al giudice amministrativo e riparto della giurisdizione*, in *Foro amm. T.A.R.* 2003, 2509 ss.
- Monteleone G., *Ancora sull'efficacia del lodo rituale*, in *Riv. arb.* 1991, 727 ss.

- Montesano L., «Privato» e «pubblico» nell'efficacia e nell'esecutorietà del lodo arbitrale, in *Riv. arb.* 1998, 7 ss.
- Montesano L., *La tutela giurisdizionale dei diritti*, 2ª ed., Torino 1994.
- Montesano L., *Magistrature – ordinarie e speciali – e arbitri nella giustizia civile secondo la costituzione*, in *Riv. dir. proc.* 1996, 645 ss.
- Montesano L., *Questioni incidentali nel giudizio arbitrale e sospensioni di processi*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, 1 ss.
- Montesano L., *Sugli effetti del nuovo lodo arbitrale e sulle funzioni della sua omologazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1994, 821 ss.
- Moscarini L. V., Corbo N., voce *Transazione (diritto privato)*, in *Enc. Giur.* 1994, vol. XXI.
- Nazzini R., *Modelli conciliativi interni al processo (analisi comparativa e tests strutturali)*, in *Riv. dir. proc.* 2002, 844 ss.
- Negro F., *I diritti indisponibili nel sistema dell'ordinamento giuridico*, in *Foro it.* 1956, IV, 209 ss.
- Nicoletti C.A., *La conciliazione nel processo civile*, Milano 1963.
- Nigro M., *Giustizia amministrativa*, 6ª ed., Bologna 2002.
- Nigro M., *L'appello nel processo amministrativo*, II voll., Milano 1960.
- Nori G., *Giurisdizione pubblica e «giurisdizioni private»*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 2000, 2, 415 ss.
- Odorisio E., *L'arbitrato nelle controversie in materia di lavori pubblici, I. Profili sistematici*, Roma 2004.
- Orsi Battaglini A., *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Studi in ricordo di E. Capaccioli*, Milano 1988, 276.
- Pajardi P., *La responsabilità per le spese ed i danni nel processo civile*, Milano, 1959.
- Pajno A., voce *Arbitrato (arbitrato nelle controversie amministrative)*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma 2005, vol. II.
- Palmieri A.M., *Transazione e rapporti eterodeterminati*, Milano 2000.

- Paolantonio N., *Arbitrato, giurisdizione amministrativa e regime di impugnazione del lodo*, in *Foro amm. CDS* 2003, 2281 ss.
- Paolantonio N., *Contributo sul tema della rinuncia nel diritto amministrativo*, Napoli 2003.
- Pastore P., *L'arbitrato negli appalti di opere pubbliche*, 2^a ed., Milano 1961.
- Pellegrino G., *Giurisdizione e pregiudiziale: luci e ombre di una sentenza che fa discutere*, in *Corriere giur.* 2008, 267 ss.
- Perlinger P., *Arbitrato e Costituzione*, Napoli 2002.
- Perret F., *I limiti dell'arbitrabilità*, in *Riv. arb* 1994, 677 ss.
- Picardi N., *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, Milano 2007.
- Picardi N., *La vocazione del nostro tempo per la giurisdizione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2004, 41 ss.
- Picardi N., *Manuale del processo civile*, Milano 2006.
- Piccardi L., *Sulla «disapplicazione» degli atti amministrativi*, in *Riv. amm.* 1968, 589 ss.
- Pini G., *Arbitrato e lavori pubblici*, Milano 1964.
- Polinari J., *Ancora sulla nomina degli arbitri nell'arbitrato in materia di contratti pubblici: principi applicabili e problemi di diritto transitorio*, in *Riv. arb.* 2007, 282 ss.
- Polinari J., *L'abolizione dell'arbitrato in materia di contratti pubblici – Riflessioni a margine di un rapporto controverso*, in *Appalti e contratti* 2008, fasc. 8-9, 45 ss.
- Polinari J., *Le fasi della formazione del contratto pubblico: brevi note a prima lettura sugli artt. 11 e 12 del codice dei contratti pubblici*, in *Rass. avv. Stato* 2006, 185 ss.
- Polinari J., *Pluralità di parti e pluralità di convenzioni d'arbitrato*, in *Riv. arb.* 2006, 531 ss.
- Proto Pisani A., *Lezioni di diritto processuale civile*, 5^a ed., Napoli 2006.
- Pugliese F., *Arbitrato e p.a. dopo la legge sull'ordinamento delle autonomie locali e dopo la legge sul procedimento*, in *Riv. trim. appalti*, 1995, 707 ss.
- Pugliese F., *Arbitrato e p.a.*, in *Contratti* 1993, 647 ss.
- Punzi C., *«Efficacia di sentenza» del lodo*, in *Riv. arb.* 2005, 819.
- Punzi C., *Ancora sulla legge delega in materia di arbitrato*, in *Riv. dir. proc.* 2005, 963 ss.
- Punzi C., *Arbitrato e conciliazione*, in *Riv. dir. proc.* 1995, 1028 ss.

- Punzi C., *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Padova 2000.
- Punzi C., *Il processo civile, sistema e problematiche*, Torino 2008.
- Punzi C., *La riforma dell'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.* 1983, 78 ss.
- Punzi C., *Relazioni fra l'arbitrato e le altre forme non giurisdizionali di soluzione delle liti*, in *Riv. arb.* 2003, 385 ss.
- Recchia G., *Arbitrato di diritto comune e amministrazioni pubbliche*, in *Riv. trim. appalti* 1998, 7 ss.
- Recchia G., *L'arbitrato in materia di opere pubbliche e norme costituzionali*, in *Riv. arb.* 1996, 504 ss.
- Recchia G., voce *Arbitrato irrituale*, in *Noviss. dig. it. Appendice*, vol. I, Torino 1980, 362 ss.
- Redenti E., *Diritto processuale civile*, vol. III, Milano 1957.
- Rescigno P., *Arbitrato e autonomia contrattuale*, in *Rass. arb.* 1991, 13 ss.
- Rescigno P., *Manuale del diritto privato italiano*, 11^a ed., Napoli 1997.
- Ricci E.F., commento alla l. 9 febbraio 1983, n. 28, *modificazioni alla disciplina dell'arbitrato*, in *Nuove leggi civ. com.* 1983, 733 ss.
- Ricci E.F., *L'«efficacia» vincolante del lodo arbitrale dopo la legge n. 25 del 1994*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1994, 809 ss.
- Ricci E.F., *La delega sull'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.* 2005, 951.
- Ricci E.F., *Sull'efficacia del lodo arbitrale dopo la legge 9 febbraio 1983, n. 28*, in *Riv. dir. proc.* 1983, 635 ss.
- Riccio A., *L'eccezione di clausola compromissoria e la relativa decisione: questione di competenza o di merito?*, in *Contratto e impresa* 2006, 881 ss.
- Romano A., *Giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa dopo la l. n. 205 del 2000*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 602 ss.
- Romano A., *La disapplicazione del provvedimento amministrativo da parte del giudice civile*, in *Dir. proc. amm.* 1983, 22.
- Romano Tassone A., *Giurisdizione amministrativa e arbitrato*, in *Riv. Arb.* 2000, 249 ss.

- Romano Tassone A., *Giurisdizione amministrativa ed arbitrato nella L. n. 205/2000*, in *Riv. Arb.* 2000, 627 ss.
- Romano Tassone A., *Lodo arbitrale ex art. 6, l. n. 205 del 2000 e giudice dell'impugnazione*, in *Foro amm. CDS* 2003, 2276 ss.
- Romano Tassone A., Natoli L., voce *Arbitrato (dir. amm)*, in *Il diritto-Enc. giur. Il sole 24 ore*, Milano 2007, vol. I, 571 ss.
- Romano Tassone A., *Poteri del collegio arbitrale e provvedimenti amministrativi*, in www.judicium.it 2001.
- Rossi F., *Arbitrato ex art. 6 comma 2 l. 205/2000, limiti oggettivi ed impugnazione del lodo*, in *Foro amm CDS* 2004, 881 ss.
- Rovelli L., *Arbitrato e figure affini (sulla natura dell'arbitrato irrituale)*, in *Riv. dir. proc.* 1994, 220 ss.
- Rubino Sammartano M., *Diritto dell'arbitrato*, 5^a ed., Padova 2006.
- Ruffini G., «Efficacia di sentenza» del lodo arbitrale ed impugnazione incidentale per nullità, *Riv. arb.* 2000, 465 ss.
- Ruffini G., *Il nuovo arbitrato per le controversie societarie*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2004, 495 ss.
- Ruffini G., *Patto compromissorio*, in *Riv. arb.* 2005, 711 ss.
- Ruffini G., voce *Arbitrato (dir. proc. civ.)*, in *Il diritto-Enc. giur. Il sole 24 ore*, Milano 2007, vol. I, 554 ss.
- Salandra V., *Arbitrato irrituale, arbitraggio o perizia contrattuale?*, in *Assicurazioni* 1940, 2, 185 ss.
- Salvaneschi L., *L'arbitrato con pluralità di parti*, Padova 1999.
- Sandulli A.M., *Dopo la sentenza n. 500 del 1999 delle Sezioni Unite: appunti sulla tutela risarcitoria nei confronti della P.A. e sui suoi riflessi rispetto all'arbitrato*, in *Riv. arb.* 2000, 65 ss.
- Santoro Passarelli F., *La transazione*, Napoli 1975.
- Santoro Passarelli F., *Negoziato e giudizio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1956, 185 ss.

- Sanviti G., *Limiti e alternative della giurisdizione amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 1984, 49 ss.
- Sassani B., *Costituzione e giurisdizione esclusiva: impressioni a caldo su una sentenza storica*, in www.judicium.it 2004.
- Sassani B., *L'arbitrato a modalità irrituale*, in www.judicium.it 2006
- Satta F., *Giustizia amministrativa*, Padova 1997.
- Satta S., *Commentario al codice di procedura civile*, Milano 1959-1971.
- Satta S., *Dalla conciliazione alla giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.* 1939, I, 200 ss.
- Satta S., *Diritto processuale civile*, Padova 1947.
- Satta S., Punzi C., *Diritto processuale civile*, 13^a ed., Padova 2000.
- Satta S., *Soliloqui e colloqui di un giurista*, Nuoro 2004, 329 ss.
- Satta S., voce *Giurisdizione (nozioni generali)*, in *Enc. Dir.*, vol. XIX, Milano 1970, 218 ss.
- Schizzerotto G., *Arbitrato improprio e arbitraggio*, Milano 1967.
- Schizzerotto G., *Dell'arbitrato*, 3^a ed., Milano 1988.
- Scoca F.G., *Aspetti processuali del giudizio di ottemperanza*, Atti del XXVII^o Convegno di Scienza dell'Amministrazione di Varenna, Milano 1983, 199 ss.
- Scoca F.G., *Risarcibilità e interesse legittimo*, in *Dir. pubbl.* 2000, 13 ss.
- Scognamiglio A., *Giurisdizione esclusiva e risarcimento del danno*, in *Dir. proc. amm.* 2001, 1065 ss.
- Selvaggi C., *Giurisdizione esclusiva e arbitrato*, in *Riv. arb.* 1999, 151 ss.
- Selvaggi C., *Contratti e contenzioso*, in *Rass. arb.* 1974, 139 ss.
- Selvaggi C., *L'arbitrato nelle controversie devolute alla giurisdizione amministrativa*, in *Riv. arb.* 1992, 455 ss.
- Silvestri E., *Osservazioni in tema di strumenti alternativi per la risoluzione delle controversie*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1999, 321 ss.
- Soldati N., *La conciliazione*, Milano, 2007;

- Spagnuolo Vigorita R., *Situazioni soggettive provate e processo amministrativo: per l'attuale difesa dell'interesse pubblico*, in *Dir. proc. amm.* 1988, 319 ss.
- Sterbizzi E., *La giurisdizione sull'impugnazione del lodo arbitrale reso ai sensi dell'art. 6 l. n. 205 del 2000: corte d'appello o giudice amministrativo?*, in *Corriere giur.* 2007, 982 ss.
- Stevanato L., *Arbitrato e deroga al giudizio amministrativo*, in *Dir. proc. amm.* 2004, 122 ss.
- Sticchi Damiani E., *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, Milano 1992.
- Taruffo M., *Adeguamenti delle tecniche di composizione dei conflitti di interesse*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1999, 779 ss.
- Tiscini R., *La giurisdizione esclusiva tra (vecchi e nuovi) sospetti di illegittimità costituzionale*, in *Riv. dir. proc.* 2001, 801 ss.
- Tosato E., *Interesse materiale e interesse processuale nella giurisdizione amministrativa di legittimità*, Padova 1937.
- Trabucchi A., *Istituzioni di diritto civile*, Padova 2000, 811 ss.
- Tramontano L., *La tutela risarcitoria dell'interesse legittimo*, Padova 2008.
- Travi A., *Arbitrati negli appalti pubblici: nuovi divieti e incertezze persistenti*, in *Corriere giur.* 2008, 499 ss.
- Travi A., *Inefficacia del decreto di occupazione e giurisdizione esclusiva: la soluzione dell'adunanza plenaria non convince*, in *Corriere giur.* 2005, 1573 ss.
- Travi A., *La giurisdizione esclusiva prevista dagli art. 33 e 34 d.leg. 31 marzo 1998 n. 80, dopo la sentenza della corte costituzionale 6 luglio 2004, n. 204*, in *Foro it.* 2004, I, 2598 ss.
- Travi A., *Lezioni di giustizia amministrativa*, 5^a ed., Torino 2002.
- Travi A., *Principi costituzionali sulla giurisdizione esclusiva ed occupazioni senza titolo dell'amministrazione*, in *Foro it.* 2006, I, 1625 ss.
- Vaccarella M., *Arbitrato e giurisdizione amministrativa*, Milano 2004.

- Vaccarella M., *Diritti e arbitrato prima e dopo la l. n. 205 del 2000*, in *Foro amm. CDS* 2005, 450 ss.
- Varlaro Sinisi A., *Fioccano i pareri consultivi dell'Autorità in tema di cauzione provvisoria, subappalto, avalimento*, in *Urb. e app.* 2007.
- Vecchione R., *L'arbitrato nel sistema del processo civile*, Milano 1971.
- Vecchione R., *Perizia contrattuale, arbitrato irrituale e arbitraggio*, in *Foro pad.* 1953, I, 405 ss.
- Vecchione R., voce *Spese giudiziali (diritto processuale civile)*, in *Nov. Dig. It.*, 1970, 1128 ss.
- Veneziano S., *Arbitrato e giurisdizione amministrativa*, in www.giustizia-amministrativa.it 2004.
- Verde G., *Ancora su arbitri e Pubblica Amministrazione (in occasione della L. 21 luglio 2000, n. 205, art. 6)*, in *Riv. arb.* 2000, 387 ss.
- Verde G., *Arbitrato e pubblica amministrazione*, in *Dir. proc. amm.* 1996, 215 ss.
- Verde G., *Arbitrato e pubblica amministrazione*, in *Riv. arb.* 2001, 407 ss.
- Verde G., *Arbitrato irrituale*, in *Riv. arb.* 2005, 665 ss.
- Verde G., *È ancora in vita l'art. 103, comma 1°, cost.?*, in *Foro it.* 2008, I, 463 ss.
- Verde G., *Il giudice amministrativo interviene nel procedimento di nomina degli arbitri*, in *Riv. arb.* 2000, 475 ss.
- Verde G., *L'adunanza plenaria n. 12/2007 dal punto di vista del processualista*, in *Corriere giur.* 2008, 879 ss.
- Verde G., *L'unità della giurisdizione e la diversa scelta del costituente*, in *Dir. proc. amm.* 2003, 343 ss.
- Verde G., *La pregiudizialità dell'annullamento nel processo amministrativo per risarcimento del danno*, in *Dir. proc. amm.* 2003, 963 ss.
- Verde G., *Le azioni risarcitorie dopo la decisione n. 204/2004 della corte costituzionale e l'arbitrato*, in *Corriere giur.* 2004, 1671 ss.

- Verde G., *Le funzioni «paragiurisdizionali» della camera arbitrale per i lavori pubblici*, in *Riv. arb.* 2001, 155 ss.
- Verde G., *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, Torino 2006.
- Verde G., *Ma che cos'è questa giustizia amministrativa?*, in *Dir. proc. amm.* 1993, 587 ss.
- Verde G., *Nuove riflessioni su arbitrato e pubblica amministrazione*, in *Scritti Punzi*, vol. II, Torino 2008, 695 ss. e in *Riv. arb.* 2007, 1 ss.
- Verde G., *Profili del processo civile*, 3^a ed., Napoli 2006.
- Verde G., *Pubblico e privato nel processo arbitrale*, in *Riv. arb.* 2002, 633 ss.
- Verde G., *Rimozione degli atti amministrativi ed effettività della tutela*, in *Riv. dir. proc.* 1984, 42 ss.
- Verde G., *Sul monopolio dello Stato in tema di giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.* 2003, 371 ss.
- Verde G., *Sulla «minima unità strutturale» azionabile nel processo (a proposito di giudicato e di emergenti dottrine)*, in *Riv. dir. proc.* 1989, 573 ss.
- Verde G., *Sullo «stile» delle sentenze della suprema corte in materia di arbitrato*, in *Riv. arb.* 2004, 1 ss.
- Vigoriti V., *L'arbitrato internazionale in Italia*, in *Scritti Barile*, Padova 1990, 727 ss.
- Villa A., *Note sul rapporto tra arbitrato e giurisdizione amministrativa e sulla distinzione tra arbitrato rituale e irrituale*, in *Riv. arb.* 2001, 705 ss.
- Villata R., *«Disapplicazione» dei provvedimenti amministrativi e processo penale*, Milano 1980.
- Villata S.A., *Controversie di pubblico impiego, arbitrato e disapplicazione degli atti amministrativi illegittimi*, in *Riv. dir. proc.* 2000, 785.
- Vitale M., *L'assolutismo del consiglio di stato in tema di arbitrato e pubblica amministrazione*, in *Riv. arb.* 2003, 731 ss.
- Zito A., *La compromettibilità per arbitri con la pubblica amministrazione dopo la l. n. 205 del 2000: problemi e prospettive*, in *Dir. amm.* 2001, 343 ss.
- Zuddas G., *L'arbitraggio*, Napoli 1992.

Zumpano M. A., *Sospensione facoltativa del processo civile per pendente impugnazione di un atto amministrativo*, in *Giust. civ.* 2002, I, 217 ss.