

LUCA R. PERFETTI

**SULL'ARBITRATO NELLE CONTROVERSIE DI CUI
SIA PARTE L'AMMINISTRAZIONE PUBBLICA.
LA NECESSARIA RICERCA DEI PRESUPPOSTI TEORICI E DEI PROFILI PROBLEMATICI.**

*"In ogni insegnamento orale o scritto possono sorgere delle controversie e in ogni discussione la verità assodata dalla ragione è più salda di quella indicata dall'autorità".
(Petri Abelardi, Dialogus inter Philosophum, Judeum et Christianum).*

SOMMARIO: 1. Premessa: l'arbitrato di cui sia parte un soggetto pubblico come problema che si pone alla confluenza di sistemi problematici – 2. Sulla statualità ovvero il pluralismo della giurisdizione e la natura dell'arbitrato; – 3. (segue) sul problema della disponibilità delle posizioni soggettive nelle controversie relativi ai contratti e le obbligazioni di cui sia parte l'amministrazione pubblica, – 4. (segue) I problemi di distribuzione tra le giurisdizioni; cenni al problema della giurisdizione relativa alla scelta del contraente – 5. (segue) i problemi di politica del diritto. – 6. Natura controversa del sistema e difformità di soluzioni al problema.

1. L'indagine circa l'arbitrato, per le ipotesi nelle quali una pubblica amministrazione ⁽¹⁾ sia parte della lite, si presta agli svolgimenti più diversi – potendosi concentrare sui profili dell'arbitrabilità della controversia, sulla sua natura di giudizio, sulla giurisdizione, sugli arbitri, sullo svolgimento del giudizio o sul lodo, sulla natura e l'efficacia di quest'ultimo e sui rimedi che l'ordinamento assicura

¹ Serve subito avvertire che si utilizzerà il termine pubblica amministrazione in modo assai atecnico, non potendosi analizzare qui il tema del confine tra soggetti pubblici in senso stretto ed altri enti o società commerciali che sono attratti nella sfera pubblica dal legislatore o dalla giurisprudenza. Il tema è certamente rilevante e, tuttavia, richiederebbe una trattazione autonoma ed una serie di distinzioni nel corpo del testo che non sono essenziali al discorso che vi si vorrebbe condurre; si tratta di una questione, peraltro, assai indagata ed i termini del dibattito possono presumersi noti al lettore, sicché ci si permette solo di rinviare ad un testo inedito – nella speranza che presto sia disponibile agli studiosi – vale a dire alla notevole relazione di DUGATO, *Diritto privato e pubblica amministrazione: neutralità della forma o della sostanza?*, tenuta al convegno "Principi del diritto privato e procedimento amministrativo", Fano, 25 e 26 giugno 2009.

nei suoi confronti, sulla concorrenza con altri rimedi e sulla tutela cautelare – ed approfondite indagini dottrinali – risalenti ⁽²⁾ e recenti ⁽³⁾, monografiche ⁽⁴⁾ e non

² Non sembra per nulla utile fornire una lunga elencazione degli interventi sul tema, meglio essendo rinviare a quelli più recenti per i rimandi alla letteratura in argomento. Tuttavia, vanno comunque rammentati i fondamentali contributi di maestri, quali GUICCIARDI, *Arbitrato rituale, arbitrato necessario, giurisdizione speciale*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1943, I, 259 (ora in *Studi di giustizia amministrativa*, Torino, 1967, 476), con insegnamenti ancora oggi assai considerati anche dagli studiosi del processo civile, quali quelli relativi alla natura dell'arbitrato ed alla irrilevanza del criterio di scelta degli arbitri (ma si legga anche la critica autorevolissima ai capitoli di fine Ottocento in ordine alla predeterminazione del collegio arbitrale ed all'autoritatività della nomina dei singoli arbitri in [S.] ROMANO, *I giudizi sui conflitti delle opere amministrative*, in *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, a cura di V.E. Orlando, vol. III, 1243), MIELE, *Limiti all'ammissibilità dell'arbitrato nelle controversie amministrative*, in *Nuova rass.*, 1950, 1841, CAPACCIOLI, *L'arbitrato nel diritto amministrativo*, vol. I, *Le fonti*, Padova, 1957, primo diffuso lavoro monografico sul tema, AMORTH, *Annotazioni sull'arbitrato nelle controversie amministrative*, in *Studi in onore di Grassetti*, Milano, 1980, con forte presa di posizione per l'indisponibilità degli interessi legittimi, le voci enciclopediche di ACQUARONE, MIGNONE, *Arbitrato nel diritto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. I, Torino, 1987, 367, e LASCHENA, *Arbitrato nelle controversie amministrative*, in *Enc. giur.*, vol. II, Roma, 1988, 1, nonché la fondamentale monografia di CAIA, *Arbitrato e modelli arbitrali nel diritto amministrativo. I presupposti e le tendenze*, Milano, 1989. Si leggano, comunque, i contributi in *Arbitrato e pubblica amministrazione*, Atti del convegno di Milano, 20 marzo 1998, Milano, 1999.

³ Per la dottrina che precede la riforma dell'art. 6 della legge TAR, almeno, CANNADA BARTOLI, *L'arbitrato nella legge quadro sui lavori pubblici*, in *Riv. arb.*, 1994, 423, che ricavava uno spazio al compromesso a fronte del divieto di sottoscrivere clausole compromissorie, CASSESE, *L'arbitrato nel diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1996, 324, CAIA, *Materie compromettibili in arbitrato con la pubblica amministrazione*, in *Arbitrato e pubblica amministrazione*, cit., 9, DOMENICHELLI, *Giurisdizione amministrativa e arbitrato*, in *Dir. proc. amm.*, 1996, 227, ID., *Le prospettive dell'arbitrato nei rapporti amministrativi (tra marginalità, obbligatorietà e consensualità)*, *ivi*, 1998, 241, che, con il conforto della dottrina processualistica (*ex multis*, VERDE, *Arbitrato e pubblica amministrazione*, *ivi*, 1996, 215), propone l'arbitrabilità dei diritti oggetto della giurisdizione esclusiva, SCOCA, *La capacità della Pubblica Amministrazione di compromettere in arbitri*, in *Arbitrato e Pubblica Amministrazione*, cit., 95 che sostiene che anche gli interessi legittimi siano di per sé disponibili e quindi direttamente compromettibili.

⁴ Per l'indagine relativa a dottrina e giurisprudenza, l'individuazione dei problemi e la ricostruzione dei necessari rimandi in letteratura, ci si può riferire a monografie recenti quali, ANTONIOLI, *Arbitrato e giurisdizione esclusiva*, Milano, 2004 – autore per il quale la legge escluderebbe gli interessi legittimi dall'ambito delle situazioni soggettive suscettibili d'esser devolute in arbitrato prescindendo sia dalla loro natura disponibile o meno che dalla negoziabilità del potere; l'autore in questione è anche per l'ammissibilità dell'arbitrato irrituale solo nelle ipotesi di giurisdizione del giudice ordinario (tesi condivisa dalla giurisprudenza più recente, sia pure sulla base di una lettura dell'art. 6 che si limita ad escludere quanto non previsto espressamente e che suscita perplessità – condivisibili – ad esempio in ROMANO TASSONE, *L'arbitrato*, in Sassani, Villata (a cura di), *Il processo davanti al giudice amministrativo*, Torino, 2001, 397 e in GOISIS, *Compromettibilità in arbitrato delle con-*

(⁵) – sono disponibili a chi voglia intendere i diversi profili dell’istituto, i problemi

troverse in cui sia parte la pubblica amministrazione e art. 6, l. n. 205 del 2000, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 249) –, ove ampie indicazioni di dottrina e giurisprudenza; VACCARELLA [M.], *Arbitrato e giurisdizione amministrativa*, Torino, 2004, con considerazioni relative all’utilità del rimedio arbitrale, alle giurisprudenza ed all’arbitrabilità delle questioni risarcitorie; DELSIGNORE, *La compromettibilità in arbitrato nel diritto amministrativo*, Milano, 2007, che, collocato l’arbitrato nell’ambito dell’autonomia privata e non della giurisdizione, si dedica alla dimostrazione della indisponibilità sia dell’interesse legittimo che del potere, per ricondurre l’arbitrato all’area occupata da attività dell’amministrazione che prescindono dall’uso del potere, ritenere ridottissime le possibilità di arbitrato in materia risarcitoria (per l’opinione contraria, ROMANO TASSONE, *Lodo arbitrale ex art. 6, l. n. 205 del 2000 e giudice dell’impugnazione*, in *Foro amm. CDS.*, 2003, 2276) e rimettendo alla discrezionalità del legislatore la possibilità di ammettere arbitrati in materie – come gli accordi di programma – nelle quali l’amministrazione esercita potere – ovvero in materie disponibili, come nel diritto societario –.

⁵ Quanto, specificatamente, all’art. 6 della legge TAR riformata, per l’illustrazione della norma e l’individuazione dei problemi, nella prossimità della sua adozione, CAIA, *Gli arbitrati e la giurisdizione amministrativa*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, 946, ZITO, *La compromettibilità per arbitri con la pubblica amministrazione dopo la l. n. 205 del 2000: problemi e prospettive*, in *Dir. amm.*, 2001, 343 e, sul versante della scienza del processo civile, VERDE, *Ancora su arbitri e pubblica amministrazione (in occasione della l. 21 luglio 2000 n. 205, art. 6)*, in *Riv. arb.*, 2000, 387, CONSOLO, *La giurisdizione del giudice amministrativo si giustappone a quella del giudice “ordinario” e ne imita il processo*, in *Giust. civ.*, 2000, II, 537 e LUISO, *Arbitrato e giurisdizione nelle controversie devolute al giudice amministrativo*, *ivi*, 2001, 421 (del quale si debbono comunque leggere, *ivi*, la recente e dettagliata analisi *Il nuovo regolamento-tipo per l’arbitrato amministrato dalle Camere di commercio*, 2007, 15 e *È obbligatorio l’arbitrato previsto dalla legge quadro in materia di lavori pubblici?*, 1998, 322); sui limiti alla compromettibilità delle controversie, MIGNONE, *Arbitrato nelle controversie devolute al giudice amministrativo e riparto della giurisdizione*, in *Foro Amm. Tar*, 2003, 2515, CARDI, *Modelli processuali arbitrali nella giustizia amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, 314, con accento posto sul tema della indisponibilità delle posizioni soggettive (posizione sulla quale si possono leggere le critiche di MENCHINI, *Arbitrato: verso un modello unitario*, in *Guida al dir.*, 2005, 31, VERDE, *Nuove riflessioni su arbitrato e pubblica amministrazione*, in *Riv. arb.*, 2007, 1, e già prima ID., *Il giudice amministrativo interviene nel procedimento di nomina degli arbitri*, in *Riv. arb.*, 2000, 476 e *Arbitrato e pubblica amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 1996, 215, per i quali “possono scaturire, nell’ambito di rapporti regolati da norme inderogabili, situazioni di cui le parti possono disporre liberamente” – VERDE, *Nuove riflessioni ...*, *cit.*, 8), GOISIS, *Compromettibilità in arbitrato delle controversie in cui sia parte la pubblica amministrazione e art. 6, l. n. 205 del 2000*, *cit.*, STEVANATO, *Arbitrato e deroga al giudizio amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 122 e, per l’indagine relativa alla giurisprudenza, ARGENIO, *Il sistema arbitrale e le controversie amministrative (negli orientamenti del Consiglio di Stato)*, in *Dir. amm.*, 2004, 887; sul regime delle impugnazioni, ROMANO TASSONE, *Lodo arbitrale ex art. 6, l. n. 205 del 2000 e giudice dell’impugnazione*, *cit.*, PAOLANTONIO, *Arbitrato, giurisdizione amministrativa e regime di impugnazione del lodo*, *ivi*, 2003, 2281, in commento a Cons. St., V, 19 giugno 2003, 3655, ROMANO TASSONE, *Giurisdizione amministrativa e arbitrato*, in *Riv. arb.*, 2000, 249, come pure critico nei confronti di notissima giurisprudenza del Consiglio di Stato, VITALE, *L’assolutismo del Consiglio di Stato in tema di arbitrato e p.a.*, in *Riv. arb.*, 2004, 731 – con convincenti critiche

e le diverse soluzioni – ivi incluso il nuovo aspetto dell'arbitrato sportivo ⁽⁶⁾ –; peraltro, l'insieme di questi temi dovrà esser riguardato con il confronto costante ai risultati cui è giunta la scienza del processo civile ⁽⁷⁾, come in ogni indagine pro-

a Cons. St., 19 giugno 2003, n. 3655 (contra, ANTONIOLI, *Arbitrato e giurisdizione esclusiva*, cit., 140, per l'inscindibilità del giudizio rescindente da quello rescissorio e ID., *Arbitrato e giurisdizione amministrativa dopo la l. n. 205 del 2000*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, 326 – sul tema, comunque, resta fondamentale, CONSOLO, *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 *Arbitrato e pubblica amministrazione*, cit., 154 –); sul regime transitorio e la pervicace esclusione dell'arbitrabilità delle controversie precedenti la riforma, VACCARELLA [M.], *Diritti e arbitrato prima e dopo la l. n. 205 del 2000*, in *Foro amm. CDS*, 450.

⁶ Tema sul quale si può rinviare, anche per le indicazioni bibliografiche, a MANFREDI, *Pluralità degli ordinamenti e tutela giurisdizionale. I rapporti tra giustizia statale e giustizia sportiva*, Torino, 2007 ed a FERRARA, *L'ordinamento sportivo e l'ordinamento statale si imparruccano di fronte alla Camera di conciliazione e arbitrato per lo sport*, in *Foro amm. CDS*, 2005, 1233.

⁷ Il confronto con la scienza del processo civile appare sempre necessario per l'indagine relativa a questioni concernenti il nostro processo. Sull'arbitrato, naturalmente, la letteratura è estesissima ed alcune ricapitolazioni esaustive si leggono in FAZZALARI, *L'arbitrato*, Torino, 1997 (ma si veggia almeno, ID., *Arbitrato (teoria gen. e dir. proc. civ.)*, in *D. disc. priv., sez. civ.*, IV, Torino, 1987, 389 e ID., *Arbitrato*, in *Enc. dir., Agg.*, II, Milano, 1998, 71), PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, I, Padova, 2000, e, più recentemente, ID., *Il processo civile. Sistema e problematiche*. Vol. III, *I procedimenti speciali e l'arbitrato*, Torino, 2008, ove, a 309, una estesa bibliografia. Con specifico riguardo ai problemi dell'arbitrato nei confronti dell'amministrazione, VERDE, *Arbitrato e pubblica amministrazione*, cit., e la più recente riflessione ID., *Nuove riflessioni ...*, cit., ove la discussione tra natura negoziale o giurisdizionale e l'individuazione dei problemi che si pongono nel caso l'amministrazione sia una delle parti della lite – con riflessioni sulla transigibilità delle posizioni soggettive, sull'art. 6 come norma nata “contro” l'orientamento della giurisprudenza (e che infatti la giurisprudenza amministrativa, almeno ad avviso di chi scrive, ha sostanzialmente disapplicato, non dando ascolto all'autorevole osservazione di chi, appena modificato l'art. 6, avvertiva che “è necessario che la giurisprudenza non si attardi su posizioni tralaticie, ma colga e valorizzi appieno gli elementi di novità apportati dalla legge all'intero sistema”, ROMANO TASSONE, *Poteri del collegio arbitrale e provvedimenti amministrativi*, nel sito telematico *Judicium*, 2001) e sull'influenza della pregiudiziale amministrativa – ; sulle norme che avevano previsto l'arbitrato obbligatorio in materia di appalti pubblici (sul quale, comunque, FAZZALARI, *Contro l'arbitrato obbligatorio*, in *Riv. arb.*, 1993, 213 e, più recentemente DOMENICHELLI, *La risoluzione in via giudiziaria o arbitrale delle controversie in materia di opere pubbliche*, in VILLATA (a cura di), *L'appalto di opere pubbliche*, Padova, 2004, 1021) e la giurisprudenza in argomento, AULETTA, *Tra illegittimità costituzionale e non fondatezza della questione: una terza via per le leggi di arbitrato «obbligatorio»?*, in *Riv. arb.*, 2000, 277 (a commento della sentenza n. 115/2000 della Corte Cost. – per una compiuta ricostruzione della giurisprudenza costituzionale, oltre ad alcune delle monografie citate alle note che precede, BERLINGUER, *Scelta degli arbitri e autonomia delle parti tra diritto comune e disciplina delle opere pubbliche*, in *Riv. arb.*, 1998, 522 e CAVALLINI, *Profili costituzionali della tutela arbitrale*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, 797), LUISO, *È obbligatorio l'arbitrato previsto dalla legge quadro in materia di lavori pubblici?*, cit., GAGGERO, *L'arbitrato obbligatorio*, in Alpa (a cura di), *L'arbitrato. Profili sostanziali*,

I, Torino, 1999, 81 (ove una puntuale ricostruzione della normativa all'epoca), RECCHIA, *L'arbitrato in materia di opere pubbliche e norme costituzionali*, in *Riv. arb.*, 1996, 501, dedicato al commento alla sentenza della Corte Cost., 2 maggio 1996, n. 152 di declaratoria di illegittimità costituzionale – tema sul quale, comunque, CASSESE, *Il commento* (a Corte Cost., 9 maggio 1996 n. 152), in *Giorn. dir. amm.*, 1996, 524, per il quale, la Consulta avrebbe proseguito un'opera, "iniziata nel 1977 (sentenza n. 127) diretta a ricondurre nell'alveo del diritto comune un istituto di cui le amministrazioni si erano impadronite, trasformandolo in un privilegio"; la stessa decisione è commentata da RECCHIA, *L'arbitrato in materia di opere pubbliche e norme costituzionali*, in *Riv. arb.*, 1996, 3, 504 e FERRARIS, *La Corte costituzionale si pronuncia in tema di arbitrato obbligatorio*, in *Nuova giur. civ. commentata*, 1988, I, 3 – ; sulla giurisprudenza costituzionale, aggiornato alla fine degli anni Novanta, FADDA-IASIELLO, *L'arbitrato nella disciplina costituzionale*, in *L'arbitrato. Profili sostanziali*, cit., 49, GRISOSTOMI TRAVAGLINI, *Rilievi sulla parziale illegittimità costituzionale del sistema declinatorio della competenza arbitrale in materia di opere pubbliche*, in *Giust. civ.*, 1996, I, 2497 (sulla distinzione tra arbitrato "obbligatorio" e "da legge", sulla quale comunque, CAPACCIOLI, *op. ult. cit.*), FAZZALARI, *L'arbitrato nei lavori pubblici: il giudice togato come arbitro ed altri problemi*, in *Riv. arb.*, 1996, II, 315, a commento – critico – di T.A.R. Lazio, 5 giugno 1996, n. 1487, OCCHIPINTI, *La volontarietà dell'arbitrato nelle opere pubbliche: questioni ancora aperte e recente intervento del Consiglio di Stato*, in *Riv. arb.*, 2004, 98, che propone una ricapitolazione delle oscillazioni del legislatore e della giurisprudenza e delle norme del d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554 e del capitolato delle opere pubbliche; sulla natura (processuale) dell'art. 6, CONSOLO, *Sul «campo» dissodato della compromettibilità in arbitri*, in *Dir. arb.*, 2004, 231; sull'evoluzione della disciplina, le sue continue oscillazioni e frequenti contraddizioni, la scienza del processo civile si è spesso concentrata, sicché possono leggersi almeno, BERLINGUER, *A proposito della compromettibilità delle controversie in materia di lavori pubblici, della nomina di arbitri per relationem, dei requisiti di forma ex art. 1341 c.c., ed altro ancora*, in *Riv. arb.*, 1997, 4, 76, (scritto in un clima culturale caratterizzato dal "graduale superamento, nella definizione dell'assetto giurisdizionale dello Stato, della tradizionale distinzione tra diritti soggettivi ed interessi legittimi"), le doglianze di FAZZALARI, *L'arbitrato nei lavori pubblici: il giudice togato come arbitro ed altri problemi*, in *Riv. arb.*, 1996, 313 (per il quale "il campo dei contraenti dei lavori pubblici - p.a. e privati - è, a dir poco, disorientato dalla situazione normativa venutasi a creare in ordine alla soluzione delle controversie, dal febbraio 1994 in poi"), l'indicazione delle confusioni in FUSILLO, *Art. 31-bis della legge Merloni come «norma-sopravvenuta» e deroga alla perpetuatio jurisdictionis*, *ivi*, 1998, 36; sull'arbitrabilità delle controversie che ricadono nella giurisdizione esclusiva ed il riparto di giurisdizione FAZZALARI, *Una svolta attesa in ordine alla «natura» dell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 2000, 704, ove la compiuta discussione sulla natura negoziale dell'istituto – qui non condivisa – (e gli effetti sul riparto) e quella sull'incompetenza, carenza di giurisdizione o invalidità della clausola relativa alle controversie non compromettibili, SELVAGGI, *Giurisdizione esclusiva e arbitrato*, *ivi*, 1999, 611 e, in ordine alle concessioni di sola costruzione in particolare, BERLINGUER, *Per l'arbitrabilità delle controversie in materia di lavori pubblici*, *ivi*, 1995, 849 – tema sul quale anche, FUSILLO, *Arbitrato e concessione amministrativa*, *ibidem*, 359 e, più specificatamente, ID., *Clausola arbitrale e concessione di pubblico servizio*, *ivi*, 1994, III, 571, con ampie osservazioni sulla l. 142/1990 –, VITALE, *L'assolutismo del Consiglio di Stato...*, *cit.*, con valorizzazione del "progressivo diffondersi di modelli consensualistici nell'ambito del procedimento amministrativo" ai quali si relaziona l'ampliamento della "gamma delle forme di tutela amministrativa, irragionevolmente compressa, ante legem n. 205/2000, dall'inammissibilità in tale ambito di sistemi di giustizia di matrice negoziale".

cessualistica (e, forse, più ancora) che voglia intendere profili problematici del giudizio innanzi ad i Tribunali amministrativi ed al Consiglio di Stato. Poiché la nostra dottrina ha già prodotto simili sforzi – soprattutto in tempi recenti – non sembra particolarmente utile ripercorrere sentieri già tracciati e ricapitolare conclusioni da poco raggiunte, per quanto non si prescinderebbe nel prosieguo dal confronto con gli argomenti che si leggono nella letteratura ⁽⁸⁾ e nella giurisprudenza.

Nemmeno il tema prescelto per il Convegno consente di ridurre il percorso e concentrarlo, giacché la soluzione arbitrale delle controversie di cui l'amministrazione pubblica sia parte trova tipicamente la sua applicazione nelle liti relative alle obbligazioni ed ai contratti.

Anche la sola ricostruzione della disciplina, ed in particolare dei limiti entro i quali le parti possano ricorrere alla soluzione arbitrale della lite, non pare la via da seguire: per un verso, infatti, ci si potrebbe limitare a brevissime notazioni riassuntive – la legge consente il ricorso all'arbitrato in tutte le ipotesi, anche laddove vi sia giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, nelle quali si controverta di diritti e le norme che lo impedivano sono state dapprima rinviate, poi recentissimamente abrogate ⁽⁹⁾ – mentre, per l'altro, la definizione del reale contenuto pre-cettivo di queste regole non può esser disgiunta dalla previa soluzione di temi generali – la natura delle posizioni soggettive e quella dei poteri pubblici, quella dell'istituto arbitrale, la pretesa monopolistica dello Stato ad amministrare la giu-

⁸ Difetta lo spazio per la comparazione, sicché basterà ricordare che nell'ordinamento tedesco è possibile deferire in arbitrato controversie appartenenti alla giurisdizione (al *Rechtsweg*) amministrativa (maggiori informazioni in SCHWAB - WALTER, *Schiedsgerichtsbarkeit*, Monaco 2000, 3, EYERMANN, *Verwaltungsgerichtsordnung*, Monaco 1998, 215) ed in Francia per l'ipotesi di controversie relative a diritti disponibili, ancorché affidate alla giurisdizione amministrativa (PATRIKIOS, *L'arbitrage en matière administrative*, Parigi 1997, *passim*, PACTEAU, *Arbitrage en droit administratif*, in *Juris Classeur de Procédure civile*, 1999, 3) con forte opposizione della giurisprudenza; è noto che il principio nel diritto amministrativo francese è il divieto dell'arbitrato nelle controversie che riguardano l'amministrazione, salva diversa espressa previsione legislativa (per un compiuto inquadramento del tema e l'individuazione delle eccezioni al divieto dettate dal legislatore in materia di contratti e dei contratti esclusi, RICHER, *Droit des contrats administratifs* VI ED, Paris, 2008, da 326, ove anche i necessari riferimenti alla dottrina; ma anche DEBBASCH, COLIN, *Droit administratif* VIII ED, PARIS, 2007, 561). Per indicazioni sul sistema anglosassone – sia pure non direttamente riferite alle controversie in materia amministrativa ma, comunque, rilevanti difettando un giudice speciale dell'amministrazione – RICCI, *La never ending story della natura negoziale del lodo: ora la cassazione risponde alle critiche*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, 557, ove anche riflessioni (che si condividono) sulla natura dell'arbitrato.

⁹ Si veda in tal senso la l. n. 88 del 7 luglio 2009 (pubblicata nel Supplemento ordinario alla G.U. n. 161 del 14 luglio 2009).

stizia, il riparto di giurisdizione, la stessa definizione di amministrazione pubblica, solo per limitarsi ad alcuni aspetti, tutti di straordinario rilievo –.

Non resta, allora, che rassegnarsi al fatto che una definizione coerente del problema in sede dommatica non sembra possibile senza dar conto di quanto siano controversi i suoi presupposti, sicché è di questi che occorrerà occuparsi. Sembra a chi scrive che l'arbitrato si collochi all'intersezione di (almeno) quattro sistemi dinamici di problemi, vale a dire: *a*) la supposta necessaria statualità della giurisdizione e, conseguentemente, se l'arbitrato sia – come sembra avvertito – un'eccezione alla giurisdizione statale che spetta al legislatore riconoscere espressamente – ovvero esercizio naturale dell'inviolabile diritto di agire in giudizio per la tutela delle posizioni soggettive, sicché colui che veda la propria dolente o incerta potrà procurarsi tutela attraverso il giudizio che ritiene più consono, salvo il dovere dello Stato di apprestare rimedi giurisdizionali efficaci – come si proverà a sostenere, volendosi osservare da qui il tema (centrale per la scienza del processo) della natura giurisdizionale o negoziale dell'arbitrato –; *b*) il profilo delle posizioni soggettive sostanziali ed in particolare la loro natura disponibile, giacché si ritiene – talora anche implicitamente – che nel rapporto con soggetti pubblici ne siano per definizione coinvolte di indisponibili, a principiare dal potere pubblico – per quanto il tema della necessaria disponibilità della posizione soggettiva rimessa in arbitrato sia di mero diritto positivo ed il legislatore abbia previsto arbitrati in materie indisponibili ovvero nelle quali oggetto della controversia è, per certo, il potere pubblico –; *c*) da questo versante potrà osservarsi anche il tema, concorrente, della distribuzione della giurisdizione statale per posizioni soggettive; *d*) la politica del diritto e la continua oscillazione del legislatore nella nostra materia tra prevedere l'arbitrato come obbligatorio o il vietarlo, con la varia composizione delle soluzioni intermedie. Delle questioni sottostanti l'istituto val dunque forse la pena di interessarsi, per cercare di rendere intelleggibili le soluzioni concrete e di intravedere un (eventuale) disegno sistematico.

La ricerca delle coordinate del disegno teorico di fondo, peraltro, appare sempre necessaria. Se, infatti, le stesse scienze cosiddette esatte sono perfettamente consapevoli del fatto che le loro spiegazioni della realtà si reggono sul chiarimento dei presupposti filosofici dell'indagine ⁽¹⁰⁾, sarebbe curioso che quest'esigenza non fosse avvertita dai giuristi.

¹⁰ Per l'inquadramento del tema basti il rinvio al fondamentale lavoro di HEISENBERG, *Physics and Philosophy*, Harper & Row, New York, 1958, trad. it., Milano, 1994.

In questo caso, poi, il chiarimento sui presupposti teorici sembra ancor più necessario per via dell'essersi sedimentati una serie di pregiudizi – sulla statualità della giurisdizione, sulla natura dell'arbitrato, sulla natura delle posizioni soggettive e della spettanza a soggetti pubblici della cura dell'interesse pubblico – che condizionano ogni discorso sull'arbitrato e che, invece, meriterebbero d'esser discussi ⁽¹¹⁾.

2. Se si guarda all'arbitrato dal crinale del (supposto) monopolio statale – o anche solo pubblico (coinvolgendo, così, le autorità soprastanti o sottostanti lo Stato) – della giurisdizione, non sarà disagevole osservare che il tema si presenta collegato alla relazione tra libertà ed autorità ⁽¹²⁾.

2.1. Si è certi di non dire nulla di nuovo quando si osserva che lo Stato contemporaneo sorge, in polemica evidente con il pluralismo dell'ordinamento dell'evo intermedio ⁽¹³⁾, assorbendo tutte le autonomie ed i poteri da esso indi-

¹¹ Che la dialettica ed il confronto problematico più che la difesa del dogma sia il compito del giurista è difficile negare; anzi, *“non la proposizione superba di una opinione solitaria, individuale, ma il perenne confronto, unico procedimento da cui può scaturire una verità probabile, la più probabile”* è il procedere del giurista, secondo *“lo schema della quaestio cioè della problematizzazione del tema, che si fa opponendo soluzioni contrarie, analizzandole e dibattendole, prima di arrivare alla soluzione proposta”* – testualmente, GROSSI, *L'ordine giuridico medievale* ^{IV ED.}, Roma – Bari, 2008, 150 –.

¹² Non pare casuale che proprio da questo punto di vista lo affronti BENVENUTI [F.], *L'arbitrato tra Stato e Società*, ora in *Scritti giuridici*, Milano, 2006, 4227, ove anche la considerazione per la quale, *“anche questo è frutto della Rivoluzione francese, nella interpretazione napoleonica, il principio della giurisdizione unica corrisponde al principio di organizzazione centralistica dello Stato. Ma tutto questo oggi è entrato in profonda crisi. La centralità dello Stato, in un ordinamento come il nostro, viene ad essere equilibrata dal principio di autonomia, la quale non è soltanto quella degli enti autonomi, che può esser considerata come un'autonomia istituzionale, ma è anche quella di tutti i soggetti che vivono nell'ambito dello Stato”*; ed *“il principio di autonomia assume la sua massima estensione proprio attraverso l'arbitrato il quale è un modo privato di risoluzione delle controversie: esso si contrappone, quindi, alla giurisdizione come giurisdizione statale”* (4235); ecco allora la conclusione *“nel rapporto tra Stato e Società si sta prospettando il momento, non avveniristico ed in molti casi già presente, in cui la Società con la propria autonoma organizzazione prevale sull'organizzazione dello Stato. Ciò non significa che lo Stato debba venir meno, ma significa che esso deve essere ricondotto a compiti più ristretti e l'arbitrato indica che ormai la Società sta uscendo di tutela per diventare il vero elemento motore del progresso stesso dello Stato”* (4237). Nel testo si condividerà quest'impostazione, diretta al *“superamento del principio di unicità dell'ordinamento statale con l'ammissibilità di più ordinamenti autonomistici”* (4236).

¹³ Per il concetto di ordine giuridico medievale, la sua caratteristica essenziale di pluralità di autonomie ed ordinamenti giuridici concorrenti, l'autonomia del diritto dallo Stato (con le precisazioni su quest'ultima nozione che *ivi* si leggono) ed il valore costitutivo dell'ordine giuridico medievale di quest'ultimo carattere, ovviamente, GROSSI, *op. ult. cit., passim*.

pendenti. La *iurisdictio* ⁽¹⁴⁾, da sempre funzione dell'autorità pubblica, viveva in passato senza sentire alcun bisogno di negare spazio a sistemi di soluzione delle controversie privati o propri degli ordinamenti particolari dei quali l'ordine giuridico complessivo si componeva. Neppure v'è bisogno di affaticare il ragionamento dando puntualmente conto di come lo Stato contemporaneo abbia sentito il bisogno di assicurarsi il monopolio del diritto e dell'amministrazione (compresa quella della giustizia), di affermare la signoria della sua legge fino a negare il diritto d'interpretarla ai giudici e (talora) a limitare di controvertervi agli avvocati ⁽¹⁵⁾ e, soprattutto, di affermare la sua sovranità. Una volta conquistata la sovranità, basta ai notevoli architetti teorici di questa forma di Stato negare che vi siano posizioni giuridiche soggettive di diritto pubblico in capo ad altri soggetti, se non quelle che la legge dello Stato espressamente riconosce o concede ⁽¹⁶⁾. Anche il diritto di dolersi innanzi al giudice (dello Stato) nasce come domanda diretta allo Stato ⁽¹⁷⁾ avente ad oggetto l'accertamento del diritto alla tutela giuridica ⁽¹⁸⁾ e l'affermazione della signoria della legge (dello Stato) sul singolo rapporto giuridi-

¹⁴ *Iurisdictio* è nozione che non può tradursi semplicemente con giurisdizione e per la nozione, per tutti, COSTA, *Iurisdictio. Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale*, Milano, 1969, *passim*.

¹⁵ Si leggano le pagine di CAVALLONE, *Il giudice e la prova nel processo civile*, Milano, 1991.

¹⁶ Non è necessario qui fornire i necessari riferimenti alla dottrina dei diritti pubblici subiettivi (JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Freiburg, II ed., 1905, trad. it. *Sistema dei diritti pubblici subiettivi*, Milano, 1912 e ROMANO [S.], *La teoria dei diritti pubblici subiettivi*, in Orlando (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, I, Milano, 1905, 177), chiarire le nozioni di *rechtlliche Dürfen* (riferite alle pretese che si svolgono nell'alveo del lecito) e *rechtlliche Können* (che sostanziano le ipotesi nelle quali l'ordinamento consente espressamente di dar luogo, con i propri atti, ad effetti giuridici); per un'efficace ricapitolazione dei problemi, BALDASSARRE, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997. Per la riflessione sulla sovranità, però, almeno, BERTI, *Sovranità*, *Encicl. dir.-Annali*, Milano, 2007, vol. I, 1067 e, per le visioni del diritto amministrativo, la profondissima riflessione di PASTORI, *Feliciano Benvenuti e il diritto amministrativo del nuovo secolo*, in *Jus*, 2008, 323.

¹⁷ Che nasce quale diritto pubblico subiettivo alla costituzione del rapporto processuale, con il conseguente obbligo in capo agli organi giurisdizionali dello Stato, e solo a quelli, di provvedere sulla domanda (pretesa alla pronuncia) e di assicurare alle parti il diritto di contraddire con parità delle armi (pretesa all'uguaglianza); sull'evoluzione della nozione del diritto di azione giurisdizionale v'è autorevolissima dottrina e, se si vuole, la si può vedere richiamata (e discussa) nel lavoro di chi scrive, *Diritto di azione ed interesse ad agire nel processo amministrativo*, Padova, 2004, da 256.

¹⁸ Sicché prima dell'effettivo svolgimento del processo non si avrebbe un diritto ad agire in giudizio, essendo l'instaurazione del processo frutto dell'attivazione di un potere generico ed indeterminato riconducibile alla più generale capacità di agire.

co (19). L'idea che il processo sia celebrato per riaffermare la sovranità della legge dettata dallo Stato (e l'accertamento della verità) assai più che nell'interesse delle parti ad ottenere ragione della loro prospettazione, domina per lungo tratto ed ancor oggi riaffiora in misura meno infrequente di quanto si supponga e, per certo, è pregiudizio che – accompagnato con la sostanza che ordinariamente si afferma esser propria dell'interesse legittimo – pesa ancora sulla sistematica del processo amministrativo.

La giurisdizione, quindi, spetta solo allo Stato e solo l'assicurazione della generale libertà contrattuale caratteristica dei regimi degli ultimi tre secoli vale a derogarvi: le parti possono transigere la lite, sottoscrivere negozi intesi ad eliminarla, ma non arrogarsi il titolo di risolvere da sé le controversie ponendo in essere accertamenti del fatto e affermazioni del diritto che somiglino alla giurisdizione – essendo questa parte del potere dello Stato sovrano –. L'arbitrato, quindi, potrà sì trovar spazio nello strumentario dell'officina giuridica per rimediare alla lite, ma sarà solo negozio, contratto, soluzione riservata all'area della libertà negoziale; attratto, quindi, all'area dei *rechtliche Dürfen*, al perimetro del lecito. L'arbitrato non è giurisdizione ma negozio, il lodo non ha efficacia nell'ordinamento finché un giudice dello Stato non provveda a conferirgliela, né potrà eseguirsi come si fa con le sentenze (20).

¹⁹ Per la rilettura della relazione tra cittadino ed amministrazione, oggi, non può rinunziarsi alla lettura di PROTTO, *Il rapporto amministrativo*, Milano, 2008.

²⁰ Ed è questa, ancora oggi, la posizione di parte della giurisprudenza amministrativa; per l'ampia argomentazione e la riaffermazione della spettanza solo al giudice dello Stato della giurisdizione, è emblematica la sentenza TAR Puglia, Lecce, n. 2800/2008, che conduce una serrata – e qui per nulla condivisa – critica alla giurisprudenza della Corte di Cassazione. In particolare, il Tribunale pugliese si sforza (con un cortocircuito logico) (1) di negare che l'arbitrato sia esercizio di giurisdizione (“*ciò che connota la giurisdizione e che la rende una funzione squisitamente caratterizzante la sovranità dello Stato non è l'attività di giudizio in quanto tale (rispetto alla quale non esiste una situazione di monopolio, dal momento che l'ordinamento ammette pacificamente il ricorso a giudici privati), quanto piuttosto il fatto che ad essa soltanto compete quella forza, ossia la forza del giudicato*”) poiché il lodo difetterebbe delle forze di giudicato, per (2) qualificarlo come atto di autonomia privata e, quindi (3) giustificare la conclusione ch'esso – in quanto negozio – non possa passare in giudicato, sicché, infine, (4) di negare ch'esso possa eseguirsi nelle forme del giudizio di ottemperanza. Se non è difficile scorgere la debolezza dell'argomento (il lodo non è atto di giurisdizione perché non passa in giudicato, quindi è atto negoziale, quindi non passa in giudicato) la lettura della decisione è illuminante sul permanere dell'idea che possa qualificarsi giurisdizione solo l'atto del giudice dello Stato sovrano e qualunque altra forma oggettivamente equivalente o identica non è soggettivamente qualificabile come giurisdizione (ad esempio si legge: “*È anche vero che il lodo produce un effetto autoritario per le parti. Ma l'arbitro o gli arbitri producono tali effetti autoritari solo perché le parti lo*”).

La giurisdizione sarebbe, allora, solo funzione dello Stato ed essendo l'arbitrato un fatto privato non sarà mai giurisdizione, con quel che ne consegue. E' chiaro, poi, che proprio perché l'arbitrato viene collocato nell'area del lecito, entro quelle ascisse e coordinate si iscrive il limite in cui è tollerato: le parti potranno negoziare una soluzione come fanno dei loro contratti o accordi, vale a dire solo per la parte in cui le posizioni soggettive che vengano in questione siano a loro disponibili.

Sul versante nostro, poi, un simile quadro si tinge dei colori che sono propri del rapporto tra soggetto pubblico e privato: l'amministrazione esercita (sempre) potere e, comunque, persegue l'interesse pubblico con modalità che non le sono disponibili; il privato vanterà nei confronti dell'amministrazione la gracile (e da sempre controversa) posizione soggettiva dell'interesse legittimo, effetto riflesso dell'esercizio del potere e, quindi, pur essa non disponibile al suo portatore; le controversie con l'amministrazione dello Stato sovrano coinvolgono sempre il pubblico interesse e sono indisponibili alle parti, meglio quindi riservarle al giudice speciale dell'amministrazione, che giudica nell'interesse della legalità dell'azione di quest'ultima (più che in quello delle parti) ⁽²¹⁾.

L'arbitrato nelle controversie che coinvolgono l'amministrazione, quindi, si sviluppa nel perimetro delle obbligazioni di puro diritto privato degli enti pubblici: del denaro e dell'esecuzione delle obbligazioni si potrà contrattare, transigere e, quindi, anche rimettere in arbitri la lite.

Qui, fin da subito, il tema dell'arbitrato si incontra con quelli della natura delle posizioni soggettive, del riparto di giurisdizione – giacché è agevole la sostanziale equazione tra liti devolute alla cognizione del giudice ordinario e rimettabili in arbitri – e subito si incontrano i problemi di opportunità, di politica del diritto, sicché anche oggi – ed autorevolmente – in sede istituzionale si propone di

hanno voluto, sulla base di un comando che le stesse parti hanno posto quando hanno sottoscritto la clausola compromissoria. Il lodo è atto privato, benché autoritario, perché la sua fonte è un atto negoziale; la sentenza all'opposto è atto pubblico perché la sua fonte è la legge. Il processo si impone al convenuto indipendentemente dalla sua volontà", come se fosse ignoto al nostro ordinamento il potere delle parti di rinunciare al giudizio o ai suoi effetti).

²¹ Né l'ossequio formale all'insegnamento benvenutiano (a partire dal sempre fondamentale BENVENUTI [F.], *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, 1953), progressivamente affermato, per il quale il processo amministrativo è giudizio di parti, può nascondere il fatto che la giurisprudenza (e talora parte della dottrina) ricostruisca più di un istituto di diritto processuale sulla base dell'idea della giurisdizione di tipo oggettivo.

vietare l'arbitrato all'amministrazione non appena sembri che questo rimedio le sia meno favorevole della decisione del giudice dello Stato (22).

2.2. E' da questa storia e dalla sua sistematica che sembra doversi osservare il disegno costituzionale per la parte in cui ci sia utile a rintracciare una fisionomia del giudizio arbitrale nel quale l'amministrazione pubblica sia parte. Non v'è traccia in Costituzione di norme relative all'arbitrato o a strumenti di risoluzione delle controversie alternativi alla giurisdizione (23), se non in relazione al contenuto di

²² E' interessante da questo punti di vista la dichiarazione resa il 26 marzo 2009 dal Presidente dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, cons. Luigi Giampaolino, secondo la quale "l'arbitrato danneggia le pubbliche amministrazioni" sicché vi sarebbe una sorta di "soccumbenza incorporata per l'amministrazione con prevalenza per l'arbitrato libero, meno veloce e più oneroso di quello presso la Camera arbitrale" che siede presso la stessa Autorità, che, invece, "dovrebbe essere favorito", sicché si vorrebbe fosse diramata una "circolare della Presidenza del Consiglio per invitare le strutture di governo ad utilizzare la Camera arbitrale anziché gli arbitrati liberi". Un'indagine risalente, (CRIVELLARO, *Note critiche sulle modalità di svolgimento degli arbitrati in materia di opere pubbliche*, in *Riv. comm. int.*, 1998, 87) mostra al contrario, con attento esame della giurisprudenza arbitrale (spec. 91) a che "l'arbitro italiano, nel condurre un arbitrato tra il privato (imprenditore) e la Pubblica Amministrazione (appaltante) è restio - per tradizione, prassi, cultura - a condurre un vero e proprio «processo», con il rigore del procedimento" e a condannare l'amministrazione; del resto, che il ricorso all'arbitrato (obbligatorio) si tramutasse nella conservazione di una specialità e, quindi, di un privilegio per l'amministrazione era già stato notato autorevolmente da CASSESE, *op. ult. cit.* Per importanti considerazioni sulla Camera arbitrale, ZITO, *op. ult. cit.*, 582.

²³ Non è inutile rammentare il dibattito - anche solo per rinviarvi senza entrare nel merito in questa sede - inteso a definire le differenze tra arbitrato ed istituti consimili. Poiché il codice di procedura del 1865 trattava in un titolo preliminare *conciliazione* e compromesso, è soprattutto il crinale che distingue questi due strumenti di soluzione della lite ad interessare da tempo la dottrina del processo - troppo estesa la produzione dottrinale per poterne riferire qui; si potranno trarre le necessarie indicazioni di letteratura da RUBINO SAMMARTANO, *Il diritto dell'arbitrato* ^v ED, Padova, 2006, 4 ovvero da PUNZI, *Il processo civile. Sistema e problematiche*. Vol. III, *I procedimenti speciali e l'arbitrato*, cit., 157, -. Tuttavia, la scienza del processo civile è prodiga di insegnamenti (utili anche alle poche considerazioni nel testo e, tuttavia, sui quali non si può intervenire diffusamente in questa sede) in ordine alla relazione tra arbitrato e *perizia contrattuale*, *arbitraggio*, formule alternative di soluzione delle controversie (ADR), *transazione* (anche in questo caso, i riferimenti dottrinali necessari per la ricostruzione del dibattito possono essere rilevati dalla compiuta trattazione degli autorevoli scrittori appena richiamati; tuttavia, sulla transazione ed il negozio di accertamento non sembra possibile esimersi dal richiamare anche le riflessioni, non richiamate dai due chiari autori, di FALZEA, *Teoria dell'efficacia giuridica*, in ordine alla transazione, all'accertamento giudiziale ed ai negozi di accertamento che oggi si leggono in *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica. I. Teoria generale del diritto*, Milano, 1999, particolarmente da 57. Un profilo, fornito dalla prassi nordamericana, giunge ora a creare un collegamento tra i due istituti, vale a dire quello dei procedimenti di *mediation*, nei quali le parti cercano, con il concorso di un terzo, di raggiungere un'intesa su parte o tutti i profili controversi per rimettere semmai ad un giudizio arbitrale ciò che

trattati internazionali che le Camere debbano ratificare (art. 80). Tuttavia, il tema è stato posto alla giurisprudenza costituzionale che, come noto, l'ha risolto nel senso della incostituzionalità dell'arbitrato obbligatorio ovvero con letture costituzionalmente orientate delle disposizioni allo scopo di raggiungere il risultato di negare che la norma prevedesse l'obbligatorietà dell'arbitrato ⁽²⁴⁾; nasce da queste pronunzie, sulla scorta anche dell'elaborazione di dottrina assai autorevole, l'idea che l'arbitrato sia garantito dalla disponibilità dell'azione giurisdizionale in senso negativo ⁽²⁵⁾; il portatore della posizione sostanziale lesa (ed è forse bene rammentare che l'art. 24 non distingue, anzi parifica, diritti ed interessi legittimi) dovrà quindi poter scegliere se rinunciare all'azione avanti il giudice dello Stato e rimettere la questione ad arbitri ⁽²⁶⁾.

Dal punto di osservazione del dettato costituzionale – anche, dappprincipio, volendosi confinare nella previsione di cui all'art. 24 Cost. – tuttavia, l'inquadramento dell'arbitrato come esercizio del diritto d'azione in senso negativo appare ambigua. E', infatti, piuttosto avvertibile l'idea che l'art. 24 Cost. protegga, in positivo, solo il diritto di agire in giudizio innanzi al giudice dello Stato ma, poiché non l'impone, qualunque soluzione differente sarà rinuncia all'azione e, quindi, esercizio di quel diritto "in senso negativo" ovvero rinuncia all'azione; il che val quanto dire, esercizio dell'azione fuori dal perimetro della sua protezione costituzionale. Si tratta di un ordine di idee accettabile solo a patto di non ritenere giurisdizionale l'attività posta in essere dagli arbitri; si potrà parlare di rinuncia all'azione e di esercizio del diritto di "azione in senso negativo" solo a patto di af-

non sono riusciti a concordare nel corso del procedimento – in argomento ci si può riferire alla Convenzione per il regolamento delle controversie relative ad investimenti tra Stati e cittadini di altri Stati, Washington, 18 marzo 1965, artt. 34 e 35, ovvero alle Mediation Rules, European Court of Arbitration, art. 11.

²⁴ Per la ricostruzione di questi orientamenti, ch'egli definisce illegittimità della legge per commissione (previsione dell'arbitrato come obbligatorio) o omissione (formulazione che non consente la derogabilità dell'arbitrato a favore della giurisdizione statale) AULETTA, *Tra illegittimità costituzionale e non fondatezza...*, cit., *passim*.

²⁵ Sul tema BARILE, *L'arbitrato e la Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1963, I, 22, a commento di C. Cost. 12 febbraio 1963, n. 2, ID., *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 290, ID., *L'arbitrato rituale e la Corte costituzionale*, in *Riv. arb.*, 1992, 21, FAZZALARI, *Contro l'arbitrato obbligatorio*, cit., RECHIA, «Disponibilità dell'azione in senso negativo» ed incostituzionalità dell'arbitrato obbligatorio, *ivi*, 1992, 247.

²⁶ Va rammentato che, sulla base della giurisprudenza costituzionale, l'esercizio del diritto d'azione in senso negativo che impone la facoltatività dell'arbitrato si estende alla nomina degli arbitri, salva la determinazione unilaterale rimessa ad un terzo nel caso di mancato accordo.

fermare che ciò che si esercita innanzi al collegio arbitrale sia altro dall'esercitare un'azione processuale.

Non appena ci si convinca, invece, che anche il giudizio che si svolge innanzi agli arbitri sia giurisdizione (non statale, privata) non sembra vi sia alcuna difficoltà a ritenere che l'arbitrato non è se non uno dei modi in cui il diritto d'azione (in positivo) viene esercitato e, quindi, anch'esso coperto dalla protezione costituzionale del diritto di agire in giudizio. Il portatore della posizione soggettiva sofferente, in questa prospettiva, non fa che esercitare il diritto (fondamentale ed inviolabile⁽²⁷⁾ –) di agire a tutela dei propri diritti ed interessi legittimi quale che sia la giurisdizione (statale o non) alla quale rivolge la sua domanda.

Mantenendosi nel perimetro delle considerazioni di natura costituzionale, però, sembra riduttivo osservare l'istituto solo dal versante delle disposizioni dettate in materia di giurisdizione. Se il monopolio statale del potere giurisdizionale viene osservato nella sua prospettiva storica, non è infatti disagevole avvedersi del fatto che una simile idea si accompagni alle concezioni della relazione tra autorità e libertà, tra Stato e società, che sono tipiche della forma di Stato caratteristica dei secoli a noi più vicini nell'Europa continentale; è, quindi, sul versante della sovranità dello Stato che si radica l'esclusione in capo alla società di autonoma soggettività di diritto pubblico. Da questa prospettiva sembra allora utile osservare l'impianto costituzionale nella prospettiva della ricerca di un disegno relativo all'arbitrato. Del resto, che il profilo costituzionale dell'amministrazione (anche quando sia parte della lite) vada ricercato nel complessivo disegno costituzionale senza limitarsi alla ricognizione delle norme relative al potere esecutivo è affermato da tempo da dottrina autorevole⁽²⁸⁾; non si coglie ragione che induca a far diversamente in relazione alla giurisdizione.

Non può, allora, non apparire rilevante la circostanza che la nostra Costituzione – per quanto letta a lungo in senso tradizionale e conservativo del passato dagli interpreti soprattutto sul versante del diritto amministrativo sostanziale e

²⁷ Per le ragioni della qualificazione in questo senso ci si permette, solo per ragioni di brevità, di rinviare a *Diritto di azione...*, *ibidem*.

²⁸ Bastino i riferimenti a PASTORI, *La funzione amministrativa nell'odierno quadro costituzionale*, in *Dir. econ.*, 2002, 475, ID., *Le trasformazioni dell'amministrazione e il principio di sussidiarietà*, in *Quad. reg.*, I, 2002, ID., *Statuto dell'amministrazione e disciplina legislativa*, in AIPDA, *Annuario 2004, 2005*, 11, BERTI, *Amministrazione e Costituzione*, in *La pubblica amministrazione nella Costituzione: riflessioni e indicazioni di riforma*, Milano, 1995, 11 (ma, già, in *Dir. amm.*, 1993, 455), BERTI, *Diritto e Stato. Riflessioni sul cambiamento*, Padova, 1986, ALLEGRETTI, *Pubblica amministrazione e Costituzione*, Padova, 1996, ID., *Pubblica amministrazione e ordinamento democratico*, in *Foro it.*, 1984, V, 205.

processuale ⁽²⁹⁾ – assegni la titolarità della sovranità, la fondamentale posizione giuridica di diritto pubblico, al popolo, disegni un quadro dei poteri in senso pluralista – sicché, accompagnandosi al principio di sussidiarietà ⁽³⁰⁾, ne risulterà la funzione pubblica dei compiti che la società autoamministra ⁽³¹⁾ senza il bisogno dell'intervento dei poteri pubblici. In questo senso, non si comprende perché la società non possa amministrare da sé la giurisdizione senza che cessi d'esser tale per il sol fatto che il giudicante non è un soggetto nominato dallo Stato, che esercita un potere dello Stato.

La sottrazione alla società di autonome posizioni soggettive di diritto pubblico ed il monopolio statale della giurisdizione sono perfettamente pensabili – ed anzi hanno caratterizzato il nostro ordinamento per lungo tempo, almeno in relazione alla breve storia della scienza del diritto amministrativo – e, tuttavia, non sembrano compatibili con i caratteri dello Stato disegnato dalla Costituzione vigente, dal disegno della relazione tra libertà ed autorità, dai caratteri dei poteri dello Stato – che possono (e forse debbono) essere disegnati come meramente strumentali al pieno, uguale ed effettivo godimento dei diritti dei singoli e delle organizzazioni sociali, in funzione sussidiaria a questi stessi ⁽³²⁾ –, ivi inclusa la giurisdizione.

Del resto, la scienza del processo civile ha già proposto di radicare l'arbitrato nella partecipazione popolare all'esercizio della funzione giurisdizionale ⁽³³⁾ e dimostrato largo consenso al superamento del dogma del monopolio pubblico della

²⁹ Una compiuta dimostrazione del perdurare dei dogmi pre-costituzionali nell'indagine sul processo amministrativo è in ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia non "amministrativa"*, Milano, 2005.

³⁰ Per la ricostruzione del principio di sussidiarietà orizzontale nel diritto amministrativo, DURET, *Sussidiarietà e autoamministrazione dei privati*, Padova, 2004, *passim*.

³¹ Per la nozione, BENVENUTI [F.], *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Venezia, 1994 (ma già, ID., *Per un diritto amministrativo paritario*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, 1975, 807).

³² Una ricapitolazione delle ragioni di questa affermazione ed il tentativo di un disegno, per nulla originale ma solo frutto dell'elaborazione della scuola avviata da Feliciano Benvenuti, può leggersi nelle pagine di chi scrive nel capitolo I del *Manuale di diritto amministrativo*, Padova, 2007, al quale si rinvia al circoscritto scopo di non protrarre la formulazione dell'argomento proposto nel testo, consapevoli che ben più autorevoli discorsi in tal senso siano stati condotti – e che in quelle pagine sono richiamati –.

³³ In tal senso CONSOLO, *Sul «campo» dissodato....*, *cit.*, 241

giurisdizione ⁽³⁴⁾ – che, comunque, permane come presupposto logico (spesso inesplicito) di vasta parte della letteratura e della giurisprudenza ⁽³⁵⁾ –.

Vista in questa prospettiva, quindi, la giurisdizione arbitrale non necessita di alcun riconoscimento legale e non è che un modo per il tramite del quale le parti risolvono, nel loro esclusivo interesse, un conflitto. L'esercizio dei diritti fondamentali riconosciuti dalla Costituzione – tra i quali quello di agire in giudizio –, nell'ambito di un ordine giuridico che si fonda sulla sovranità popolare e, quindi, sulla natura originaria dei diritti (che la Costituzione riconosce e non istituisce) e sulla titolarità in capo alla società a svolgere funzioni (oggettivamente) pubbliche, l'arbitrato non richiede alcuna previsione legale per l'essere lecito ed efficace esercizio di giurisdizione (privata) e soluzione del conflitto che impegna le parti.

2.3. V'è da chiedersi, quindi, se in Costituzione vi siano ragioni per limitare l'arbitrato alle sole posizioni soggettive disponibili alle parti. L'interrogativo rileva da due distinti punti di vista. Per un verso, infatti, una simile perplessità consente di richiamare – sia pure fuggevolmente – gli argomenti a sostegno della supposta incostituzionalità dell'arbitrato su posizioni indisponibili alle parti; chi l'ha affermata ha sostanzialmente operato un'equazione per la quale indisponibile alle parti equivale a presenza di interessi collettivi o pubblici nella fattispecie e, conseguentemente, a necessaria attrazione alla giurisdizione statale della controversia. Non è disagevole cogliere le molte difficoltà cui va incontro un simile ragionamento: non è difficile avvertire il rilievo pubblico o collettivo a fronte di fattispecie (prima tra tutti quella del contratto, giacché è evidente l'interesse sociale alla crescita economica ed allo sviluppo dei commerci e della ricchezza, al conseguimento di beni – alimenti, abitazioni, etc. – che corrispondono a bisogni insopprimibili) per le quali nessuno ha mai sospettato che venissero negoziate posizioni indisponibili; quanto al secondo addendo dell'equazione, non è affatto detto che a fronte di interessi pubblici ricorrenti nella fattispecie vi sia attrazione alla giurisdizione

³⁴ Si vedano VERDE, *Sul monopolio dello Stato in tema di giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, 371, che ritiene esservi un vasto consenso in ordine alla fungibilità delle giurisdizioni (statale, estera, privata) essendo bastevole a qualificare il giudizio come giurisdizione il fatto che a decidere sia un soggetto terzo ed imparziale ad esito di un procedimento predeterminato (su queste idee, comunque, BENVENUTI [F.], *Disegno dell'amministrazione italiana. Linee positive e prospettive*, Padova, 1996); si veda, comunque, CAVALLINI, *Profili costituzionale...*, cit., *passim*.

³⁵ Basti, in tal senso, rimandare alle pagine di un costituzionalista autorevolissimo, BARILE, *L'arbitrato rituale e la Corte costituzionale*, cit., relative all'art. 102 Cost., tutte condotte sul presupposto di una riserva di statualità della giurisdizione (e l'idea che il lodo acquisti natura giurisdizionale nell'ordinamento solo con l'intervento del giudice dello Stato è tutt'ora diffusa).

statale – altrimenti (almeno) la norma di cui all'art. 6 legge TAR, per la parte in cui consente l'arbitrato in ordine a diritti soggettivi rientranti nella giurisdizione esclusiva, dovrebbe esser tenuta per incostituzionale, non essendo dubitabile che anche a fronte di rapporti pienamente paritari l'amministrazione debba perseguire l'interesse pubblico –. Quel che interessa, però, è mettere in luce l'atteggiamento di fondo della nostra dottrina (soprattutto dei privatisti, non sempre avvertiti del dibattito in corso nella nostra riflessione), per la quale pubblico interesse e cura riservata allo Stato sono fattori che necessariamente debbono coesistere.

Il secondo profilo per il quale l'obiezione (relativa alla costituzionalità dell'arbitrato a fronte di posizioni indisponibili alla parte) interessa è ch'essa si regge necessariamente – e la lettura della dottrina in tal senso porta ad avvertire questo sapore senza perplessità – sulla natura negoziale e non giurisdizionale dell'arbitrato; che quest'impostazione, a sua volta, alimenti le sue radici nell'idea della riserva al monopolio statale della giurisdizione in ragione della negazione di posizioni soggettive originarie di diritto pubblico in capo alla società, s'è già detto.

L'arbitrato (ove ritenuto giurisdizione – privata –), insomma, troverebbe difficoltà ad esser compatibile con gli artt. 25 e 102 Cost. solo a patto di voler credere che la giurisdizione sia riservata allo Stato, che l'arbitrato debba restare confinato nell'area del lecito che coincide con la capacità negoziale, che la ricorrenza di interessi pubblici o collettivi importi la necessaria assegnazione allo Stato della corrispondente funzione di cura – tutte cose che, per le ragioni appena accennate, qui si negano –.

Comunque sia, la maggioritaria e più autorevole dottrina ⁽³⁶⁾ negano che vi siano ragioni di rango costituzionale che impediscono al legislatore di consentire l'arbitrato in queste ipotesi; chi, poi, ha studiato il tema con specifica attenzione al processo amministrativo, o condivide quest'impostazione ⁽³⁷⁾ ovvero si spinge più oltre, ritenendo che la limitazione posta dal legislatore nel consentire la sola arbitrabilità dei diritti soggettivi prescinda completamente dal tema della disponibilità della posizione soggettiva.

2.4. Cercando di trarre qualche suggestione dai pensieri fin qui svolti, sembra potersi dire che – alla luce del quadro costituzionale – non sia irragionevole ritenere che la devoluzione delle liti in arbitrato corrisponde all'esercizio del diritto di azione (giurisdizionale) protetto dall'art. 24 Cost. (in termini positivi e non negati-

³⁶ Su tutti questi problemi, CAVALLINI, *Profili costituzionale...., cit., passim.*

³⁷ DELSIGNORE, *op. ult. cit.*, 34

vi), giacché la giurisdizione non è funzione che solo lo Stato può svolgere – fermo restando ch'esso debba assicurarla in modo pieno ed efficace –. Poiché, poi, nulla in Costituzione sembra vietare che l'arbitrato si svolga su posizioni indisponibili e l'art. 24 Cost. protegge il diritto di azione in modo eguale per diritti ed interessi legittimi, (da un punto di vista costituzionale) sembra si possa dire che tutti hanno diritto di comporre in sede arbitrali le proprie liti con l'amministrazione, anche ove abbiano ad oggetto interessi legittimi; il ché, forse non è inutile ripetere, indipendentemente da qualunque "concessione" legislativa in tal senso (giacché se così fosse, si dovrebbe postulare il monopolio statale – per Costituzione – della funzione giurisdizionale e, quindi, la necessità di una espressa concessione legislativa che renda lecito ciò che sarebbe altrimenti vietato). Semmai, si ravvede un limite nell'art. 113, c. III, Cost. e, tuttavia, si tratta di una semplice riserva di legge, essendo disponibile al legislatore disporre diversamente in ordine all'assegnazione della competenza per l'annullamento del provvedimento.

2.5. Naturalmente il quadro offerto dalla ricognizione della realtà effettuale è assai differente. L'arbitrato è inteso per lo più come una deroga alla giurisdizione statale, eccezione ad una regola altrimenti indefettibile. La giurisprudenza amministrativa ha spesso escluso la rimettibilità ad arbitri della soluzione delle controversie relative a diritti – vuoi il contenuto della clausola compromissoria, che veniva ricondotto ad ipotesi di arbitrato irrituale, vuoi per perché sottoscritta anteriormente all'entrata in vigore della l. 205/2000 – mostrando inequivocabilmente non solo di mal sopportare la concorrenza della giurisdizione privata con la propria⁽³⁸⁾, ma di ritenere vietato che tutto ciò che non è espressamente previsto dalla lettera dell'art. 6 (sicché non è ammesso l'arbitrato per clausole precedenti alla "concessione" del legislatore e per forme di arbitrato differenti da quello rituale di diritto); scontato dire che in giurisprudenza il ricorso ad arbitrato in materia di interessi legittimi non è neppure preso in considerazione; si tratta, come evidente, di un'impostazione opposta a quanto ci è parso di poter ritenere appena sopra.

³⁸ Non sono mancate letture della giurisprudenza del giudice amministrativo che l'hanno spiegata – stante la presenza talora di affermazioni indimostrate – alla luce di un supposto "progetto di restaurazione di un potere, considerato assoluto, del giudice amministrativo nelle materie devolute alla sua giurisdizione, al fine soprattutto di porre un freno alla diaspora verificatasi già con il D.Lgs. n. 80/1998 a favore della giurisdizione ordinaria verso cui è trasmigrato l'intero settore del pubblico impiego" – cfr. VITALE, *L'assolutismo del Consiglio di Stato in tema di arbitrato e P.A.*, in *Riv. arb.*, 2003, 734.

In parte diverso è il panorama della letteratura, che invece talora ammette il ricorso all'arbitrato irrituale ⁽³⁹⁾, che discute dell'ammissibilità dell'arbitrato in presenza di interessi legittimi e che, in generale, presenta autorevoli voci nel senso dell'ammissibilità dell'arbitrato in materie devolute al giudice amministrativo anche oltre l'interpretazione che viene correntemente fornita dell'art. 6.

Poiché a qualche risultato si può forse sperare di giungere solo nel confronto dialettico delle opinioni, vale la pena di chiedersi se le ragioni della distanza tra quel che pare ragionevole supporre a chi scrive e le tesi della tradizione non risiedano nella permanenza di schemi concettuali che possono discutersi alla luce dell'impianto della nostra Costituzione e nell'affermazione della natura negoziale e non giurisdizionale dell'arbitrato.

2.6. Anche questo tema potrà esser tratteggiato per linee essenziali. Infatti, non sembrano esservi che due vie per trovare gli elementi che servono a formarsi un convincimento: l'individuazione della nozione di giurisdizione e l'esame della disciplina legislativa dell'arbitrato.

La prima via – che pure pare più fruttuosa – mostra qualche pericolo per il nostro discorso, perché ritorna sulla dialettica sui presupposti. E' chiaro, infatti, che la definizione non è affatto neutra rispetto ad altri temi, cui s'è già fatto un cenno: una volta che si sia superato il dogma della statualità della giurisdizione e della riserva all'autorità pubblica della cura dell'interesse pubblico e dell'amministrazione della giustizia, non sembra difficile convincersi che vi sia giurisdizione ogni qual volta un soggetto terzo, imparziale ed indipendente, sia chiamato ad accertare il fatto e a dirimere il conflitto in ordine alla sua qualificazione giuridica con effetto vincolante per le parti che chiedono soluzione alla loro lite; è chiaro, invece, che laddove ci si attesti sul versante solido della tradizione dello Stato moderno e contemporaneo, sarà solo il potere dello Stato a dirimere la controversia esercitando la giurisdizione.

Convienne, quindi, provare ad affrontare la questione sul secondo versante che, dopo le recenti riforme del codice di rito, offre elementi sufficientemente solidi sui quali fondare la soluzione che qui si predilige ed, anzi, il perpetuarsi di (anche autorevolissime) opinioni contrarie pare frutto proprio della applicazione dei dogmi della tradizione dello statalismo.

³⁹ In tema BASSI [F.], *Arbitrato irrituale e pubblica amministrazione*, in *Arbitrato e pubblica amministrazione*, cit., 60

Si legge oggi all'art. 824 *bis* del codice di rito che "il lodo ha dalla data della sua ultima sottoscrizione gli effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria" ed all'art. 819 *ter* che "la competenza degli arbitri non è esclusa dalla pendenza della stessa causa davanti al giudice, né dalla connessione tra la controversia ad essi deferita e una causa pendente davanti al giudice". Non pare più tanto facile sostenere che il lodo sia il frutto di un negozio privato, che assume efficacia nell'ordinamento solo con l'omologa del giudice dello Stato.

Per quanto la discussione tra sostenitori della teoria "privatistica" – per la quale l'arbitrato è negozio, tesi tradizionalmente sostenuta ⁽⁴⁰⁾ e confermata in epoca costituzionale ⁽⁴¹⁾ ed anche a seguito delle riforme dell'istituto ⁽⁴²⁾ – ed i loro

⁴⁰ La discussione è risalente e la tesi della natura negoziale trae origine da autorevolissima dottrina, riferendosi direttamente a CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1935, I, 70, per il quale gli arbitri non eserciterebbero alcuna attività giurisdizionale, limitandosi – piuttosto – a formare il contenuto logico della sentenza, che si formerebbe solo con il provvedimento del giudice dello Stato – il decreto di esecutorietà – sicché la decisione giurisdizionale è del potere dello Stato ed il suo contenuto è *ob relationem* al lodo; è piuttosto evidente nell'argomento tradizionale il pregiudizio per il quale solo il provvedimento del giudice statale possa definirsi giurisdizione, sicché non è la sostanza del conoscere ed accertare il fatto e risolvere la lite che rileva, quanto il solo profilo soggettivo della qualificazione del decidente in quanto funzionario dello Stato che esercita la funzione giurisdizionale di quest'ultimo; opinione, beninteso, difficilmente smentibile nel quadro dello Stato autoritario che il maestro della scienza processualistica trovava innanzi a sé e che, almeno per chi scrive, difficilmente si regge a fronte del quadro costituzionale attuale. L'opinione fu anticipata – com'è per ROCCO [A.], *La sentenza civile*, Torino, 1906, 167, CALAMANDREI, *La sentenza soggettivamente complessa*, in *Riv. dir. proc.*, 1924, I, 247, LIPARI, *Considerazioni sul tema degli arbitri e degli arbitraggi*, in *Annali Messina*, 1931/1932, VI, 13, – o seguita – e basti il rinvio a BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, Roma, 1936, 37 e SATTÀ [S.], *Contributo alla teoria dell'arbitrato*, Milano, 1931, *passim* – da dottrina straordinariamente autorevole, per la quale la decisione della lite sarebbe il risultato di un'operazione logica (contenuta nel lodo) e di un comando (il decreto del giudice), risultando processualmente irrilevante il contributo degli arbitri. Si tratta di un modo di vedere le cose che, sia per l'ossequio a visioni (estremamente) pubblicistiche del processo, sia in ragione della grandissima autorevolezza dei suoi sostenitori che, forse soprattutto, per la coerenza con la visione dello Stato e della sua relazione con la società che ha a lungo dominato, non solo è stata seguita dai più, ma ha forgiato di sé la giurisprudenza – cosa anch'essa non difficile da prevedere, giacché si tratta (nella sostanza) di riservarle il monopolio della giurisdizione – e molta della letteratura successiva (del resto è lo stesso FAZZALARI, *Una svolta attesa in ordine alla «natura» dell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 2000, 704 a collegare espressamente la qualificazione della natura dell'arbitrato alla nascita dello Stato moderno con la rivoluzione francese – ove si afferma che la lettura in senso negoziale dell'arbitrato, pur dopo alcune riforme delle norme del codice ed a Costituzione in vigore da più di mezzo secolo, sarebbe seguita "da quasi tutti gli studiosi dell'argomento").

⁴¹ Si tratta di un'opinione sostenuta con vigore (si veda ad esempio, FAZZALARI, *Fondamenti dell'arbitrato*, *ivi*, 1995, 1), sia pure ammettendosi che l'arbitrato sia processo, pur non essendo giuri-

sdizione (ID., *L'arbitrato*, cit., e, prima, ID., *I processi arbitrari nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. proc.*, 1968, 459; si può forse segnalare che, tuttavia, nella sua vasta produzione in argomento il chiaro autore, accompagnandola a precisazioni e distinguo, qualifica la *exceptio compromissi* svolta innanzi al giudice ordinario come questione di difetto di giurisdizione, non senza qualche contraddizione e, pur sostenendo le sue opinioni con riferimenti alla Corte Costituzionale, afferma con nettezza che il collegio arbitrale non potrà mai essere giudice remittente al giudice delle leggi, il ché, per il vero, configge con giurisprudenza consolidata proprio della Corte).

Queste impostazioni, coerentemente, negano vi sia distinzione di sostanza tra arbitrato rituale ed irriuale, giacché comunque si permarrebbe nel perimetro dell'attività negoziale (e la distinzione è rilevante in tanto in quanto si ritenga il primo attività di natura giurisdizionale).

⁴² A chi coltiva una simile impostazione non è stata d'ostacolo la riforma del 1983 dell'art. 823 c.p.c. (sicché a termini della norma in questione "il lodo ha efficacia vincolante tra le parti dalla data della sua ultima sottoscrizione") giacché – ferme le premesse della "ontologica" statualità della giurisdizione – la norma veniva letta nel senso che la vincolatività altro non fosse che quella del negozio – come quella del contratto per l'arbitrato libero – (si veggia, ad esempio, FAZZALARI, *Primo incontro con una .. lieta Novella*, in *Rass. arb.*, 1983, 2); la definizione della lite attraverso il lodo sarebbe allora "effetto naturale" del compromesso – che come ogni contratto si atteggia come vincolante per le parti che lo stipulano – ed "effetti ulteriori", quali quello esecutivo e l'efficacia di sentenza, che non valgono però a trasformarne la natura contrattuale (PUNZI, *La riforma dell'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 1893, 78). Anzi, secondo alcuni orientamenti (MONTESANO, *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, Bari, 1981, 37 – ma si veda, poi, ID., *Sugli effetti del nuovo lodo arbitrale e sulle funzioni della sua omologazione*, in *Riv. tri. dir. proc. civ.*, 1994, 821 –), la decisione arbitrale non avrebbe una efficacia piena nemmeno all'atto della sottoscrizione del lodo, avvertendo peraltro che anche la transazione all'art. 1872 del vecchio codice, invece, avrebbe avuto efficacia di sentenza (sugli aspetti del dibattito all'indomani della riforma del 1983, comunque, GIARDINA, *La nuova disciplina dell'arbitrato in Italia*, in *Rass. Arb.*, 1983, 5). Il legislatore tornava a modificare le norme del codice nel 1994 e – per quanto i lavori preparatori fossero apertamente nel senso dell'equiparazione del lodo alla sentenza – il nuovo testo dell'art. 825 disponeva che "il decreto del Pretore conferisce al lodo efficacia di sentenza", lasciando sostanzialmente aperto il dibattito (FAZZALARI, *Arbitrato*, cit., 71) ed, anzi, dottrina autorevole poteva concludere che l'efficacia di sentenza – così come quella dell'atto transattivo – altro non era se non la sottrazione al potere di impugnativa negoziale, fermo, invece, quello di gravarlo in sede processuale (PUNZI, *Arbitrato (arbitrato rituale e irriuale). Aggiornamento*, in *Enc. giur. Treccani*, 1995, *ad vocem*); la stessa dottrina (ID., *Disegno sistematico dell'arbitrato*, cit., 76) si sforzava di mostrare come il lodo non avrebbe avuto – nonostante fosse venuta meno la regola per la quale l'efficacia gli veniva conferita dall'ordine del giudice statale – effetti identici a quelli della sentenza (ed, effettivamente, differenze permangono sui versanti del passaggio in giudicato, della possibilità di iscrivere ipoteca e trascrivere la decisione, nonché in punto di revocazione) né assimilabili (afferma, questa, in ordine al quale si veggano almeno le critiche di RUBINO SAMMARTANO, *Il diritto dell'arbitrato*, cit., 48 e di RICCI, *Sull'efficacia del lodo arbitrale dopo la legge 9 febbraio 1983, n. 28*, in *Riv. dir. proc.*, 1983, 635, TARZIA, *Efficacia del lodo e impugnazioni nell'arbitrato rituale e irriuale*, in *Riv. dir. proc.*, 1987, 14, ID., *Nullità e annullamento del lodo arbitrale irriuale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1991, 459, CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, 3^a ed., Bologna, 1998, 121). La posizione della dottrina in esame (che si riporta all'insegnamento di SATTA [S.], *Commentario al codice di procedura civile*, IV, 2, Milano, 1971, 162, per il quale l'istituto in questione si sostanzia addirittura in

oppositori, che propugnano quella “processualistica” ⁽⁴³⁾ – dell’arbitrato come esercizio di giurisdizione – non paia affatto sopita, il dato letterale delle norme sembra non consentire altra conclusione che quella per la quale il lodo è il frutto di attività giurisdizionale privata.

un “nobile e consapevole sacrificio della sovranità, detentrica della giurisdizione e della libertà”) conduce una strenua difesa della natura privatistica dell’arbitrato sulla base dell’assunto che l’affermazione della natura processuale sarebbe invece (come nella luce di quest’insegnamento sarebbe stata nel disegno originario del codice di rito ispirato “ad un autoritarismo tetragono ed insensibile alle manifestazioni di autonomia privata” (PUNZI, *Il processo civile. Sistema e problematiche*. Vol. III, *I procedimenti speciali e l’arbitrato*, cit., 223) ricostruzione di stampo autoritario: nella sostanza, l’affermazione della natura giurisdizionale dell’arbitrato equivarrebbe ad un’attrazione di attività che rientrano nell’autonomia dei privati nella sfera del potere dello Stato. Sembra a chi scrive che sia lecito fornire una lettura opposta del problema ed, infatti, la tesi in questione (in conformità con l’insegnamento di Satta, appena rammentato) si regge sull’idea che la giurisdizione spetti in via esclusiva allo Stato: ecco allora che l’attrazione dell’arbitrato nella sfera della giurisdizione equivale ad assorbimento dell’autonomia privata entro il perimetro dell’autorità. All’opposto, sembra possibile dissentire sul presupposto, vale a dire ritenere che in un ordinamento retto dalla sovranità popolare (art. 1 Cost.) l’autonomia privata possa esercitare la giurisdizione – in ossequio al pluralismo sociale ed istituzionale che struttura di sé l’architettura costituzionale (PASTORI, *Il pluralismo sociale dalla Costituzione repubblicana ad oggi: l’attuazione del pluralismo nel trentennio repubblicano*, in *Il pluralismo sociale nello Stato democratico*, Milano, 1980, 104) e del principio di sussidiarietà orizzontale – in senso oggettivo e che dall’affermazione della natura (oggettivamente e formalmente) giurisdizionale dell’arbitrato non derivi l’attrazione dell’autonomia privata nel potere dello Stato ma la sottrazione a quest’ultimo dell’esercizio in concreto di un potere in ragione dell’esercizio della libertà di autoamministrarsi. Piuttosto, il (giusto) bersaglio delle critiche della dottrina in questione paiono essere quelle (risalenti) raffigurazioni dell’istituto per le quali (ad esempio, VECCHIONE, *L’arbitrato nel sistema del processo civile*, Milano, 1971, 45) l’*exequator* contenuto nel decreto pretoriale valeva ad assorbire il lodo nella giurisdizione dello Stato, trasmutando la sostanza della decisione privata, facendola divenire statale.

⁴³ Per quest’impostazione, sulla quale, tra i primi, MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, vol. III, Milano, 1909, 94, tra gli altri, TARZIA-LUZZATTO-RICCI (a cura di), *Legge 5 gennaio 1994, n. 25, Commentario*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1995, 46, TARZIA, *Nullità e annullamento del lodo arbitrale irrituale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, 451, ID., *Efficacia del lodo e impugnazioni nell’arbitrato rituale e irrituale*, in *Riv. dir. proc.*, 1987, 31, RICCI, *L’arbitro di fronte alla litispendenza giudiziaria*, *ivi*, 2000, 506, ID., *L’arbitro di fronte alla litispendenza giudiziaria*, *ivi*, 2000, 506, ID., *La «natura» dell’arbitrato rituale e del relativo lodo: parlano le sezioni unite*, *ivi*, 2001, 259, ID., *La «funzione giudicante» degli arbitri e l’efficacia del lodo (Un grand arrêt della Corte costituzionale)*, *ivi*, 2002, 351, ID., *La never ending story della natura negoziale del lodo: ora la cassazione risponde alle critiche*, *ivi*, 2003, 557, ID., *Il nuovo arbitrato societario*, *ivi*, 2003, 517, CONSOLO, *Sul «campo» dissodato della compromettibilità in arbitri*, in *Dir. arb.*, 2004, 250, ID., *Spiegazioni di diritto processuale civile*, cit., RUBINO SAMMARTANO, *Il diritto dell’arbitrato*, 49, CAVALLINI, *Profili costituzionale....*, cit.

Ed, infatti, gli argomenti di chi oppone una simile conclusione sembrano essenzialmente di due specie, gli uni che si fondano sulla perdurante idea che solo allo Stato spetti la giurisdizione e che quindi solo l'atto formato dal funzionario pubblico "istituzionalmente" ⁽⁴⁴⁾ preposto possa dirsi sentenza – sicché il legislatore del 2006 non avrebbe equiparato ad ogni effetto lodo e sentenza – gli altri, che si curano di mostrare per quali ragioni il lodo, pur quando divenga inopponibile, non assumerebbe l'efficacia di cosa giudicata propria sola della sentenza del giudice statale ⁽⁴⁵⁾. Nella sostanza, pur dovendosi ammettere che la riforma del 2006 fin dalla prima lettura appare nel senso che la decisione della giurisdizione privata

⁴⁴ A fronte della riforma del 2006 (d. lgs. 40/2006), dottrina molto autorevole riconosce che l'intervento del legislatore assume "una rilevanza sistematica" (PUNZI, *op. ult. cit.*, 2290) giacché la riforma "sembri", con "ispirazioni politico culturali antitetiche a quelle che permeavano la stesura originale del codice", approdare alla "equiparazione ad ogni effetto fra lodo rituale e sentenza" e ciò a "prescindere dal decreto giudiziario ex art. 825 c.p.c." (*op.ult.cit.*, 230); nella sostanza, la lettura immediata delle disposizioni porta (i) ad escludere letture autoritarie per le quali anche l'atto di autonomia privata viene attratto alla sfera del potere statale, (ii) giacché il legislatore riconosce natura di giurisdizione al giudizio privato senza il bisogno di assorbirlo nella sovranità dello Stato, (iii) equiparando la sentenza del giudice privato a quella del funzionario statale. Tuttavia, l'insegnamento in esame ripropone la lettura negoziale del lodo sulla base di argomenti che aiutano a comprendere la radice teorica dell'orientamento di cui si va dicendo: per Punzi il lodo rientra nell'autonomia privata e non è giurisdizione per ragioni che si direbbero ontologiche dell'arbitrato, essendo a suo avviso consustanziale con esso il fatto che la fonte del potere degli arbitri di giudicare è un atto di autonomia privata, sicché mai potrà essere giurisdizione; gli arbitri, per quest'altissimo insegnamento, "svolgono funzioni decisorie non per esserne stati investiti direttamente ed istituzionalmente dall'ordinamento, ma dalla volontà delle parti" (*op.ult.cit.*, 231), sicché in una "prospettiva costituzionalmente necessitata" (ivi) essi debbono esser ricondotti alla autonomia privata.

Si potrebbe forse fin d'ora osservare che l'ordinamento (dello Stato, con il codice di rito) riconosce e regola l'esercizio della funzione da parte degli arbitri; ecco allora che anche se si volesse, nell'ordine di idee appena rammentato, utilizzare il termine "ordinamento" limitandolo alle sole leggi dello Stato, potrebbe riuscire difficile convincersi che gli arbitri non siano investiti della loro funzione anche dall'ordinamento, oltre che dalla volontà delle parti (com'è, per il vero, anche del giudice, che non potrà conoscere della controversia se le parti non decidano, liberamente, di sottoporla alla sua decisione). Quel che rileva, allora (non potendosi pensare che altissima dottrina intenda cadere in contraddizione), è che l'arbitro non svolge la sua funzione "istituzionalmente"; lo schema "costituzionalmente necessitato" sarebbe essere quello per il quale solo il funzionario dello Stato cui è affidata istituzionalmente la funzione esercita potere giurisdizionale, il che val quanto dire che allo Stato e solo ad esso spetta il monopolio della giurisdizione. Ne viene allora confermata l'impressione – di cui s'è dato succintamente conto nel testo – per la quale l'intero istituto arbitrale è stato letto per decenni nella prospettiva dello Stato titolare esclusivo della sovranità e monopolista delle funzioni di pubblico interesse, idea che nella mente di chi scrive contrasta, invece, con l'ordinamento costituzionale vigente.

⁴⁵ La puntuale (e pregevolissima) argomentazione si legge di nuovo in PUNZI, *op. ult. cit.*, 231.

e di quella statale sono equiparate, le teorie tradizionali postulano il monopolio statale della giurisdizione e, non potendovi essere altro giudice che il funzionario dello Stato da quest'ultimo preposto all'esercizio della funzione, restano convinte che il lodo sia esercizio di autonomia privata ⁽⁴⁶⁾.

Non è disagevole spiegare le ragioni per le quali una simile lettura, pur autorevolmente sostenuta, non convinca: i pensieri che si sono già accennati giustificano per quale motivo non si crede vero che spetti allo Stato il monopolio della giurisdizione – pur dovendosi assicurare da questi un servizio efficace ed effettivo a protezione delle posizioni soggettive resesi litigiose, laddove il loro titolare intenda rivolgersi al giudice statale –; né convincente sembra l'idea che gli arbitri non traggano, oltre che dalla volontà delle parti, la propria legittimazione anche dall'ordinamento – giacché è la sostanza della nostra Costituzione ad essere pluralista (art. 2), a costruirsi secondo il modello della sussidiarietà (art. 118) ed a riconoscere, quindi, ordinamenti (anche privati) che si fondano sulle autonomie (sociali ed istituzionali) –, sicché sono le norme della Costituzione che legittimano la giurisdizione privata, norme alle quali, comunque, si aggiungono quelle del codice di rito ⁽⁴⁷⁾; neppure sembra persuasivo l'argomento per il quale il lodo non sarebbe giurisdizione perché incapace di acquistare efficacia di cosa giudicata: si potrebbe forse discutere nel merito l'argomento – giacché la sua costruzione pare anch'essa fortemente influenzata dalla premessa sul monopolio statale della giurisdizione – ma, in questa sede, non serve: basterà osservare, infatti, che non è necessario per affermare che un atto sia giurisdizionale ch'esso assuma efficacia di cosa giudicata. Il giudicato è una speciale e particolare efficacia che la legge assegna alla sentenza inoppugnabile del giudice dello Stato (come l'esecutorietà è propria del provvedimento di amministrazione adottato dall'amministrazione), non escludendosi affatto che vi possano essere (e vi siano) decisioni (giurisdizionali) del giudice dello Stato che non hanno forza di giudicato ⁽⁴⁸⁾, né che vi possano essere (e vi siano) decisioni di giurisdizioni non statali che non smettono di es-

⁴⁶ Il che non è quanto dire che non si tratti di giurisdizione, giacché “il dire che fino al momento della sottoscrizione del lodo l'arbitrato è fenomeno privato non significa affatto escludere che esso possa essere fenomeno rilevante a taluni effetti nell'ordinamento statale e financo giurisdizionale”, PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*^{VED}, Napoli, 2006, 772.

⁴⁷ Per l'idea che sia la legge a fondamento della *potestas decidendi* e non esclusivamente il consenso, CONSOLO, *Sul «campo» dissodato della compromettibilità in arbitri*, cit., 252.

⁴⁸ Tema per l'illustrazione del quale può certo rinviarsi a MENCHINI, *Nuove forme di tutela e nuovi modi di risoluzione delle controversie: verso il superamento della necessità dell'accertamento con autorità di giudicato*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 869

ser sentenze per il solo fatto di non esser dotate di quella particolare efficacia (così come vi sono atti di amministrazione che non sono assistiti dall'esecutorietà, siano essi formati dal privato o dall'ente – (49) –). L'impossibilità di conseguire l'efficacia propria del giudicato non priva della loro natura giurisdizionale molte decisioni formate dal giudice dello Stato (50), sicché non può essere argomento convincente per escludere che quella natura possa esser propria anche degli atti della giurisdizione privata.

2.7. Sembra, allora, che dal punto di vista di questo primo insieme problematico che incide sulla fisionomia del tema che ci s'è posti, si possa – riassumendo – osservare che sull'istituto grava la pesante ipoteca della sistematica tradizionale del rapporto tra Stato e società, tra potere e libertà. Il modello dello Stato che assorbe nella sua sovranità tutti gli ordinamenti e poteri diversi da sé postula l'idea che solo allo Stato spetti la giurisdizione, sicché l'arbitrato rientrerebbe nella sfera del lecito, tale perché la legge dello Stato lo consente, consegnandolo all'autonomia dei privati, al negozio, comunque estraneo alla natura della giurisdizione.

Sembra a chi scrive che quest'idea di fondo non sia invece coerente con il modello consacrato dalla Costituzione vigente, che consegna la sovranità al popolo, consegna alla libertà e nel suo diretto esercizio la cura di relevantissimi interessi pubblici, modella i poteri pubblici in una prospettiva pluralista (ripartendoli tra società ed istituzioni, oltre che tra diversi livelli delle seconde) e retta dal principio di sussidiarietà. Non si vedono ragioni, in quest'ordine di idee, per negare che i privati possano darsi ordinamenti e giurisdizioni autonome ed affidare la soluzione delle loro liti a queste o ai giudici dello Stato.

A guardare così le cose, con riguardo specifico al nostro tema, l'art. 6 della legge TAR sembra una norma inutile: l'arbitrato sarà sempre possibile, salvo che norme di legge coerenti con il canone di ragionevolezza e razionalità) dispongano

⁴⁹ Tanto che l'esecutorietà è il *proprium* del provvedimento, che è una specifica categoria di decisione dell'amministrazione pubblica – non la sola (basti pensare ai meri atti o ad alcuni atti impliciti) – e che vi sono categorie di atti di amministrazione che non sono affatto posti in essere dall'amministrazione – basti pensare alle dichiarazioni di inizio attività – (su tutti questi temi, le note ricostruzioni di MATTARELLA, *L'imperatività del provvedimento amministrativo. Saggio critico*, Padova, 2000 e VILLATA, RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2006).

⁵⁰ Allo studioso del processo amministrativo sovviene alla mente l'ipotesi dell'ordinanza cautelare del giudice amministrativo, decisione che non passa in giudicato e che, però, nella più parte dei casi risolve il giudizio, non di rado rende inutile la decisione di merito e, comunque, quand'anche tutto ciò non fosse, ha per certo natura giurisdizionale ed è autonomamente impugnabile.

diversamente. Semmai, il problema che emerge subito è un altro: nel rapporto tra amministrazione e privato, le posizioni soggettive in gioco sono disponibili alle parti, che possono scegliere di rimettere la decisione della controversia come credono? Ci si deve confrontare allora con l'altra, ancor più complessa, nebulosa di problemi che circonda il nostro tema.

3. La giurisprudenza amministrativa ha letto la disposizione di cui all'art. 6 della l. 1034/1971, riformata nell'anno 2000, come l'introduzione di alcunché in precedenza vietato; in precedenza sarebbero state arbitrabili solo le controversie devolute alla cognizione del giudice ordinario e relative a rapporti obbligatori per i quali nessun rilievo assumesse il potere unilaterale dell'amministrazione; la dottrina, invece, aveva convintamente sostenuta l'opinione contraria⁵¹. Una volta modificato il testo dell'art. 6, la giurisprudenza amministrativa s'è impegnata in un'elaborazione sostanzialmente abrogatrice, complice il sopravvenire della sentenza n. 204/2004 della Corte Costituzionale: l'arbitrato come strumento di soluzione di liti altrimenti di competenza del giudice amministrativo sarebbe ammesso solo dall'entrata in vigore della riforma dell'art. 6, con il che le clausole sottoscritte precedentemente sono invalide perché negoziate in epoca nella quale simili accordi sarebbero stati vietati; poiché la disposizione di legge si riferisce esplicitamente all'arbitrato rituale, qualunque clausola compromissoria che non appaia inequivocamente rimettere la decisione a questo tipo d'arbitrato viene considerata invalida; se, per avventura, la clausola fosse successiva ed espressamente si riferisse all'arbitrato rituale, resterà il fatto che la controversia deve riguardare i soli diritti soggettivi, senza alcun coinvolgimento del potere pubblico, giacché diversamente formerebbe oggetto della controversia alcunché di indisponibile (il potere, appunto); poiché come ognuno sa la Corte Costituzionale – con la sentenza 204/2004 – ha ritenuto che la giurisdizione amministrativa esclusiva potesse contenere controversie relative a diritti, ma a patto che questi ultimi fossero relativi a rapporti nei quali l'amministrazione agisca come autorità, esercitando potere pubblico.

Non si fatica a comprendere come, in una simile prospettiva, l'art. 6 finisce per imboccare la triste strada delle norme inutili, per ragioni diametralmente opposte a quelle che sembrava più sopra di scorgere nella nostra prospettiva; la norma, infatti, non prevederebbe come lecito ciò che tale dovrebbe già esser ritenuto sulla base del sistema, ma diverrebbe sostanzialmente inapplicabile perché se

⁵¹ Per tutti, DOMENICHELLI, *Giurisdizione amministrativa e arbitrato*, cit. ID., *Le prospettive dell'arbitrato nei rapporti amministrativi (tra marginalità, obbligatorietà e consensualità)*, cit., *passim*.

non potranno devolversi alla cognizione arbitrale le controversie che vedano coinvolto il potere dell'amministrazione perch'esso sarebbe di natura indisponibile, i diritti soggettivi rimessi alla giurisdizione esclusiva – sulla base della sentenza 204/2004 – sono proprio solo quelli che con il potere entrano in relazione diretta.

Merita allora di chiedersi se sia proprio vero che il potere dell'amministrazione è “*indisponibile*” nel senso del codice di rito – e se tale sia anche l'interesse legittimo ⁽⁵²⁾ –.

Il tema della natura disponibile o meno dell'interesse legittimo e del potere dell'amministrazione può esser esaminato alla luce dell'elaborazione della letteratura che specificatamente s'è posta il tema nell'esaminare l'istituto arbitrale, ovvero più in generale. Che si voglia seguire l'uno o l'altro percorso, si finirà per trovarsi di fronte a due soluzioni opposte, essendo ben rappresentate sia l'opinione per la quale potere ed interesse legittimo sarebbero indisponibili, sia il suo opposto – e non mancando in letteratura anche interpretazioni dell'art. 6 per le quali il legislatore avrebbe reso irrilevante il tema della disponibilità dei diritti laddove la lite riguardi controversie altrimenti devolute al giudice amministrativo – . Tuttavia, non è senza rilievo per il nostro discorso individuare i termini essenziali del problema.

3.1. Anzitutto, si tratta di capire se la soluzione della controversia avente ad oggetto diritti indisponibili non possa esser mai rimessa ad arbitri per ragioni necessitate dal sistema, ovvero se ciò derivi (semmai) solo dalla previsione dell'art. 806 c.p.c. Anche in questo caso, si sostengono entrambe le opinioni – come tipico di un sistema di problemi –.

Per chi propugna l'idea della ontologica appartenenza dell'arbitrato all'ambito dell'autonomia privata, l'ammettere l'arbitrabilità delle controversie che vertano su diritti indisponibili (all'autonomia privata, appunto), significherebbe trasformarlo in rimedio giurisdizionale e contrastare con l'art. 102 Cost. per il fatto di dar vita ad un giudice speciale “*o, addirittura, ad un giudice straordinario*” ⁽⁵³⁾. Al contrario, sia chi riconduce l'arbitrato all'autonomia privata ⁽⁵⁴⁾, sia chi ra-

⁵² Giacché dottrina autorevolissima - SCOCA, *La capacità della Pubblica Amministrazione di compromettere in arbitri*, cit., 95 – ha da tempo avanzata la possibilità di riflettere in ordine alla compromettibilità degli stessi interessi legittimi in quanto posizioni disponibili (e non serve rammentare che l'opinione viene da uno dei maggiori studiosi della posizione soggettiva in questione).

⁵³ PUNZI, *op. ult.cit.*, 272. Sulla questione del riferimento all'art. 102 Cost., comunque, per tutti, CAVALLINI, *Profili costituzionale...*, cit., *passim*

⁵⁴ Per una recente dimostrazione in tal senso, DELSIGNORE, *La compromettibilità...*, cit., 20

giona diversamente ⁽⁵⁵⁾, sostiene l'idea che la limitazione ai diritti disponibili sia una scelta politica del legislatore, niente affatto necessitata, sicché laddove il legislatore lo preveda l'arbitrato sarà ammesso anche in relazione a posizioni che disponibili non sono.

Sembra imporsi un'osservazione. La questione che s'è appena richiamata si collega strettamente con l'orizzonte dommatico nel quale si iscrive il tradizionale inquadramento dell'arbitrato – eccezione al monopolio della giurisdizione statale, sicché, laddove venga qualificato anch'esso come esercizio della giurisdizione, ricondotto a quella statale e, quindi, giurisdizione speciale e, pertanto, vietata-. Proprio in quest'orizzonte si iscrive la sua stretta parentela con la transazione e la richiesta che entrambi abbiano ad oggetto diritti disponibili.

Tuttavia, non è difficile scorgere la profonda differenza tra arbitrato e transazione, giacché altro è chiedere che venga risolta la lite da un terzo che assume il ruolo di giudicare ed altro è risolverla da sé stessi, facendo concessioni e ricevendone, disponendo, quindi, della posizione soggettiva controversa per superare le ragioni della lite. Nel secondo caso, quello della transazione, è necessario che le posizioni sostanziali divenute litigiose siano disponibili, perché la lite viene composta proprio disponendo direttamente in ordine ad esse. Nell'arbitrato, invece, non v'è alcun atto di disposizione.

La posizione soggettiva che viene esercitata deferendo la lite agli arbitri è il diritto di azione. Di questa si dispone, decidendo di chiamare a risolvere la controversia arbitri invece che giudici statali. La posizione soggettiva sostanziale, invece, non viene fatta oggetto di alcun atto di disposizione. La parte – ed è ovvio che ci si sta riferendo all'arbitrato rituale – deferendo la lite all'arbitro esercita una scelta: quella tra il giudice statale e quello privato; una scelta che riguarda l'esercizio dell'azione giurisdizionale. In questa scelta, non v'è alcun atto di disposizione della posizione sostanziale, non si fanno o ricevono concessioni; ed, anzi, si litiga. Nella sostanza, ci pare di vedere un atto di disposizione del diritto di azione avanti il giudice dello Stato, ma nessuno relativo alla posizione sostanziale.

La radice dell'idea tradizionale, per la quale l'arbitrato deve confinarsi negli stessi limiti della transazione, risiede certo, da un punto di vista storico, nel codice di rito post unitario, nel quale i due istituti erano trattati insieme, in apertura; questa radice dell'istituto oggi trova una conferma letterale nel coordinamento tra l'art. 806 c.p.c. – per il quale sono sottratte alla cognizione degli arbitri le questioni

⁵⁵ Si veggia la dottrina alla nota 41.

che non possono formare oggetto di transazione – e l'art. 1966 c.c. – a mente del quale, per transigere, le parti devono avere la capacità di disporre dei diritti che formano oggetto della lite –. Da un punto di vista sistematico, però, quest'idea è certamente figlia anche dell'opinione per la quale allo Stato spetta il monopolio della giurisdizione, sicché l'arbitrato avrà la sostanza del negozio privato ed il giudice della lite privata, anch'esso, deve esser inteso operare nei confini del negozio; dunque, necessariamente su beni giuridici disponibili alla volontà delle parti. Una volta, invece, accettata l'idea della sovranità del popolo e non dello Stato, della poeriorità dei diritti sull'autorità, non si avvertono difficoltà ad inquadrare l'arbitrato nel perimetro delle attività giurisdizionali, né si sente l'esigenza di attrarla nella giurisdizione autoritaria dello Stato, facendone una giurisdizione speciale – vietata dall'art. 102 Costituzione –.

La limitazione ai diritti disponibili sarà allora una scelta legislativa che, sottratto l'istituto all'ancoraggio dell'ontologica appartenenza al negozio, potrà essere smentita – come avviene, solo per fare un esempio, nel diritto societario – ed, anzi, più facilmente superata.

Resta il fatto che la nostra legge processuale ammette che *“le controversie concernenti diritti soggettivi devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo possono essere risolte mediante arbitrato rituale di diritto”*. Certo potrebbe trascurarsi il tema della natura disponibile delle posizioni soggettive laddove ci si convincesse dell'argomento per il quale il legislatore, non avendo fatto esplicito rinvio all'art. 806 c.p.c. ⁽⁵⁶⁾ (che nega la possibilità di devolvere ad arbitri le *“questioni (...) che non possono formare oggetto di transazione”*, insieme a quelle di stato, di separazione personale tra coniugi, alle controversie individuali di lavoro, di previdenza e di assistenza obbligatorie ⁽⁵⁷⁾ –) abbia introdotto un'ipotesi di arbitrato rituale in modo del tutto indipendente dalla limitazione contenuta nella norma del codice di rito.

⁵⁶ Per la discussione del tema, ANTONIOLI, *Arbitrato e giurisdizione esclusiva, passim* e ID., *Arbitrato e giurisdizione esclusiva: luci e ombre in tema di ius superveniens*, in *Foro amm. CDS*, 2006, 2, 405, ove si nota che *“la norma, in primo luogo, codifica la tesi giurisprudenziale della c.d. non arbitrabilità degli interessi legittimi. Si tratta di una opzione - attualmente recepita nel diritto positivo - la quale prescinde tanto dalla disponibilità - o meno - dei rapporti incisi dalla potestà amministrativa; quanto dal ricorso (ovvero dall'ammissibilità) - o meno - a strumenti convenzionali, in quanto contrapposti a quelli di tipo unilaterale ed autoritativo”* – sempre di Antonioli è utilissima la lettura di ID., *Arbitrato e giurisdizione esclusiva: problemi e prospettive*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, 685 e del più breve ID., *I giudici della consulta riaffermano l'illegittimità costituzionale degli arbitrati “da legge”*, in *Riv. giur. edilizia*, 2005, 4, 1045

⁵⁷ Tema sul quale, *ex multis*, ci si può riferire a CORSINI, *L'arbitrato rituale nelle controversie individuali di lavoro*, in *Riv. arb.*, 2003, 613

L'argomento è per molti versi persuasivo, sicché non occorrerebbe affatto porsi il problema della transigibilità delle posizioni soggettive coinvolte nel rapporto, giacché la norma di legge ha superato la questione ammettendo la devoluzione in arbitri indipendentemente dallo scrutinio relativo alla qualificazione della posizione soggettiva come transigibile o meno ⁽⁵⁸⁾. Si tratta di una soluzione sensata per molte ragioni. Anzitutto, la dottrina ha ampiamente criticata la soluzione legislativa – per la quale arbitrabili sono solo le controversie relative a diritti soggettivi nella giurisdizione esclusiva – poiché si obbliga l'interprete a discriminare l'una dall'altra posizione soggettiva, essendo la giurisdizione esclusiva istituita per lo scopo opposto, vale a dire per rendere l'esercizio di distinzione inutile in ipotesi nelle quale questo vaglio appare non agevole ⁽⁵⁹⁾. Ecco, allora, che una simile lettura dell'art. 6 consente di evitare l'interpretazione della natura della posizione soggettiva – stante la necessaria compromissione di diritto soggettivo e potere pubblico nel rapporto riservato alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo –. In secondo luogo – e per ragioni analoghe – essendo controverso quanto della posizione soggettiva sia suscettibile di transazione nel rapporto con l'amministrazione, una lettura della norma che prescindendo dal tema della disponibilità assicura certezza in sede applicativa – e l'affermarsi della tesi opposta ha, invece, contribuito a letture sostanzialmente abrogative della norma –. Infine, l'amministrazione non ha alcun "diritto" da transigere, né il potere pubblico è assimilabile al diritto ⁽⁶⁰⁾.

La questione, tuttavia, deve essere affrontata, giacché la giurisprudenza ha – invece – eletto il partito opposto, leggendo la previsione "*arbitrato rituale di diritto*" come rinvio all'art. 806 c.p.c. e, quindi, limitandolo ai diritti disponibili.

⁵⁸ Per considerazioni analoghe rispetto alla disciplina in tema di lavori pubblici, BERLINGUER, *A proposito della compromettibilità delle controversie in materia di lavori pubblici, della nomina di arbitri per relationem, dei requisiti di forma ex art. 1341 c.c., ed altro ancora*, cit., 81, per il quale "La norma di cui all'art. 806 c.p.c., considerata di ordine pubblico dall'orientamento prevalente, e le indicazioni in essa contenute, che individuano il terreno di operatività dell'arbitrato mediante l'utilizzo di più criteri di individuazione, generali e particolari, non vengono neppure menzionate dal legislatore nei provvedimenti citati. questo istituto viene così consentito o vietato, nella materia dei lavori pubblici, senza alcun riferimento alla natura disponibile o meno delle posizioni soggettive interessate".

⁵⁹ Per tutti, DOMENICHELLI, *Giurisdizione amministrativa e arbitrato*, cit., 237, ROMANO TASSONE, *Giurisdizione amministrativa e arbitrato*, cit., 257.

⁶⁰ Per l'indagine circa la natura del potere pubblico come posizione soggettiva o non, nella prospettiva dell'arbitrato, DELSIGNORE, *op.ult.cit.*, 138

3.2. Naturalmente, un simile atteggiamento della giurisprudenza amministrativa – che ha mal sopportato l'introduzione della norma e ne ha fornito letture molto limitative, quando non abrogative – pone un problema ulteriore.

Infatti, come tutti sanno, il giudice delle leggi è intervenuto sulla giurisdizione esclusiva ritenendo – a torto, ad opinione di chi scrive (ma la questione è priva di importanza) – che questa non possa essere giurisdizione per materia, ma limitata ad alcune specifiche questioni nelle quali l'amministrazione sorge nel rapporto nella sua veste di autorità, essendo *“escluso che sia sufficiente il generico coinvolgimento di un pubblico interesse nella controversia perché questa possa essere devoluta al giudice amministrativo”*⁽⁶¹⁾, sicché *“può essere oggetto di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo se in essa la pubblica amministrazione agisce esercitando il suo potere autoritativo ovvero, attesa la facoltà, riconosciuta dalla legge, di adottare strumenti negoziali in sostituzione del potere autoritativo”* ⁽⁶²⁾. Sull'intera giurisdizione esclusiva, quindi, campeggia il pubblico potere e caratterizza di sé anche il diritto soggettivo.

Leggendo la giurisprudenza si trae un quadro assai semplice della applicazione dell'art. 6: il legislatore ha ammesso ciò che prima era vietato, sicché la lite sarà suscettibile d'esser rimessa in arbitrato solo a fronte di una clausola compromissoria successiva all'entrata in vigore della legge e che preveda espressamente il solo arbitrato rituale di diritto; quest'ultimo è quello descritto dall'art. 806 c.p.c., sicché dovrà vertere su posizioni soggettive disponibili; mai potrà dirsi disponibile l'interesse legittimo o il diritto soggettivo quando coinvolto in un rapporto nel quale l'autorità agisce utilizzando il potere pubblico, come chiarito dalla giurisprudenza in materia di transazione ⁽⁶³⁾. La conclusione è fatale: poiché si avrà

⁶¹ Corte Costituzionale, sentenza 6 luglio 2004, n. 204, in *Foro it.*, 2004, I, 2594, paragrafo 3.2.

⁶² Corte Costituzionale, sentenza 6 luglio 2004, n. 204, *cit.*, paragrafo 3.4.2.

⁶³ In tal senso, si può leggere, di recente, Cass., sez. un., 10 ottobre 2008, n. 24885 (in *Repertorio foro it.*, 2008, Espropriazione per p.i., n. 294), in materia di occupazione appropriativa nell'ambito di un'espropriazione finalizzata alla realizzazione di alloggi popolari, per la quale rientra nella giurisdizione ordinaria la controversia relativa all'azione di regresso che un Comune, dopo la definizione transattiva con i proprietari interessati, eserciti nei confronti dell'IACP, delegato solo alla realizzazione dell'opera, *“non venendo direttamente in considerazione il rapporto tra l'amministrazione danneggiante e il proprietario del fondo e, quindi, l'esercizio di un pubblico potere, bensì il diverso rapporto interno tra l'ente e l'istituto, nei cui confronti il primo accampa un preteso diritto di credito, adducendone a fondamento non l'esistenza di un atto illecito, ma l'effettuato pagamento integrale di un debito altrui, o comunque riconducibile ad un'ipotesi di responsabilità solidale”*. Per l'indagine sulla (scarna) giurisprudenza precedente, DELSIGNORE, *op. ult. cit.*, 174. In generale, si troveranno insegnamenti che am-

giurisdizione esclusiva, in ragione della sentenza 204/2004, solo ove l'amministrazione agisce come autorità ed esercita potere, ben difficilmente si potrà concretamente devolvere ad arbitri la controversia altrimenti attratta dalla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Ecco allora evidente la distanza tra le due letture possibili. Laddove si condivida l'idea che il legislatore abbia, con l'art. 6, codificando alcunché comunque già lecito ⁽⁶⁴⁾, prevista la possibilità di devolvere ad arbitri la lite concernente diritti soggettivi senza dar rilievo alla natura disponibile o meno degli stessi – e senza fare rinvio all'art. 806 c.p.c. – la presenza del potere dell'amministrazione sarà senza rilievo e l'arbitrato possibile; nell'opposta – e maggioritaria in giurisprudenza e ben sostenuta in dottrina – si perverrà all'impossibilità pratica dell'arbitrato in controversie altrimenti devolute alla giurisdizione esclusiva ed alla sostanziale abrogazione dell'art. 6 legge TAR ⁽⁶⁵⁾.

3.3. Naturalmente, sono possibili letture intermedie, per le quali l'art. 6 legge TAR consente la devoluzione ad arbitri della lite concernente posizioni disponibili e, tuttavia, questo carattere non difetta ai diritti – e per molti ed autorevoli interpreti, agli interessi legittimi ⁽⁶⁶⁾ – che fronteggiano l'azione dell'amministrazione.

mettono la transazione come negozio disponibile agli enti pubblici solo laddove esercitino la loro capacità di diritto privato mentre l'ammettono in casi molto limitati nei rapporti di diritto pubblico

⁶⁴ Ed, in tal senso, CAIA, *Arbitrati e modelli arbitrali*, cit., 199, SCOCA, *op. ult. cit.*, 106 e DOMENICHELLI, *op. ult. cit.*, 242.

⁶⁵ In questo senso, DELSIGNORE, *op. ult. cit.*, *passim*.

⁶⁶ Si veggano DOMENICHELLI, *Giurisdizione amministrativa e arbitrato*, cit., 237, che valorizza il tema della tassatività delle materie non compromettibili, SCOCA, *op. loc. ult. cit.*, DOMENICHELLI, *ult. op. cit.*, 242, che mostrano le ragioni per le quali l'interesse legittimo sarebbe posizione transigibile, ROMANO TASSONE, *Giurisdizione amministrativa e arbitrato*, cit., 257, che sottolinea l'affermazione di modelli consensuali nello stesso esercizio del potere amministrativo, essendo, peraltro, il legislatore dell'art. 34 del d. lgs. 18 agosto 2000, n. 267 ad avere introdotto ipotesi di arbitrato relativamente ad attività certamente provvedimentoale – testualmente “*l'accordo può prevedere altresì procedimenti di arbitrato, nonché interventi surrogatori di eventuali inadempienze dei soggetti partecipanti*”, norma sulla quale è necessario riferirsi a CAIA, *L'arbitrato nella materia degli accordi amministrativi*, in *Rass. giur. en. el.*, 1991, 869 ed a A. ROMANO TASSONE, *L'arbitrato*, cit., 408, per il quale, essendo innanzi a forme di “coordinamento infrastrutturale” fra autorità amministrative, ritiene ammissibile il ricorso all'arbitrato “libero”, per quanto neghi ogni automatismo tra negoziabilità del potere ed arbitrabilità della controversia.

Né a questa conclusione si oppone il dogma dell'inesauribilità del potere pubblico e della possibilità dell'ente di esercitare lo *ius poenitendi*, giacché anche nel giudizio civile si hanno liti che hanno ad oggetto posizioni non paritarie e sono ben noti i poteri unilaterali privati, i diritti potestativi e l'ipotesi di posizioni di interesse legittimo nel rapporto tra privati, temi tutti sui quali si può rin-

E' evidente che un simile approccio non può limitarsi – dopo la sentenza 204/2004 – a raggiungere la conclusione della natura transigibile del diritto soggettivo, dovendosi porre la questione della natura del potere – necessariamente coinvolto nella lite –.

E' chiaro che in questa prospettiva il discorso sale di livello. Infatti, una volta risolto il problema della disponibilità del potere pubblico in senso affermativo, sarà (assai più) difficile negare una simile caratteristica anche all'interesse legittimo.

3.3.1. Naturalmente sono possibili approcci meno impegnativi, che confinano la questione sul versante processuale. La transigibilità della posizione soggettiva, infatti, attiene al rapporto processuale – costituito o eventuale – sicché il fatto che il rapporto sia retto da una norma inderogabile non significa “*che sia intransigibile la lite che sorge*” sul diritto che la disposizione costituisce ⁽⁶⁷⁾. L'arbitro, così come il giudice dello Stato, dovrà applicare la norma non derogabile al rapporto processuale che si svolge presso il collegio senza che ciò equivalga a disporre della posizione soggettiva.

Si tratta di un'impostazione che ci pare perfettamente condivisibile e che si regge sulla stessa idea prima echeggiata, vale a dire che oggetto di eventuale disposizione nello scegliere di rimettere la questione in arbitri è il diritto di azione e non già la posizione sostanziale, che viene decisa da terzi senza che la parte possa negoziarla, proprio come avviene nel giudizio avanti il giudice professionale.

Tuttavia, non ci si può negare che la giurisprudenza e la dottrina maggioritarie abbiano sviluppato un'equazione – non condivisibile – tra inderogabilità della norma, intransigibilità della posizione soggettiva ed impossibilità di rimettere in arbitrato.

3.3.2. Si può trascurare in questa sede la discussione intorno alla natura del potere pubblico come posizione soggettiva – giacché lo svolgimento del tema eccedrebbe la stessa trattazione di quello che si viene esaminando ⁽⁶⁸⁾ – ben potendosi limitare a richiamare l'autorevole insegnamento per il quale l'enunciato “*diritti*” di cui all'art. 1966 c.c. potrà dirsi riassuntivo delle posizioni soggettive ⁽⁶⁹⁾ e

viare a SASSANI, *Impugnativa dell'atto e disciplina del rapporto. Contributo allo studio della tutela dichiarativa nel processo civile e amministrativo*, Padova, 1989, 95.

⁶⁷ GUICCIARDI, *Le transazioni degli enti pubblici*, in *Arch. Dir Pubbl.*, 1956, 64.

⁶⁸ Lo si può vedere affrontato in senso condivisibile da PAOLANTONIO, *Contributo sul tema della rinuncia in diritto amministrativo*, Napoli, 2003, *passim*.

⁶⁹ SCOCA, *La capacità della Pubblica Amministrazione di compromettere in arbitri*, *cit.*, 106.

considerare il potere pubblico appartenere a quest'ultima categoria, con il conforto della più autorevole e maggioritaria dottrina ⁽⁷⁰⁾.

Semmai, resta assai controverso se il potere possa essere o meno negoziato. E' noto come su questo problema – essendo sterminati i riferimenti in letteratura non appena si allarghi lo sguardo sul versante dell'esercizio di attività amministrativa con strumenti consensuali – la dottrina italiana sia stata impegnata da un profondo dibattito negli ultimi vent'anni. Semplificando oltre il lecito, sarà possibile ritenere che per una parte degli interpreti – soprattutto laddove si intenda la funzione in senso obiettivo e si costruisca come paritaria la relazione tra amministrazione e privati in ordine all'attuazione del programma contenuto nella norma – l'interesse pubblico è individuato dalla norma e, come tale, può essere oggetto di accordi e negoziati. All'opposto, chi conservi l'idea che l'interesse pubblico è frutto della determinazione unilaterale della volontà dell'amministrazione in esecuzione della norma, negherà che l'ente possa negoziare la sua determinazione come fanno i privati, conservando sempre il potere di modificare l'accordo per via unilaterale. Da questa profonda divaricazione di impostazioni, poi, discende il rilievo dell'argomento per il quale anche laddove l'amministrazione ponga in essere negozi puramente privatistici, ciò farà sempre agendo in modo funzionalizzato all'interesse pubblico – derivandone una conferma della sua negoziabilità per i primi e la specialità dell'attività di diritto privato per i secondi –.

Alla luce di queste così divergenti impostazioni, le norme – prime tra tutte gli artt. 1, 11 e 15 della l. 7 agosto 1990, n. 241 – che prevedono che l'amministrazione ponga in essere attività amministrativa secondo norme di diritto privato, che consentono di sostituire il provvedimento o il suo contenuto discrezionale con un accordo ovvero che prevedono che le amministrazioni possano sempre concludere tra loro accordi per lo svolgimento delle loro attività, sono lette in senso opposto dagli uni e dagli altri, sicché ne risultano conclusioni divergenti in ordine alla natura disponibile del potere pubblico. A nulla importa che chi scrive si senta convintamente di aderire al primo orientamento ⁽⁷¹⁾.

⁷⁰ La si può vedere passata in rassegna da DELSIGNORE, *op. ult. cit.*, 131.

⁷¹ Chi s'è dedicato di recente allo studio del tema nella prospettiva dell'arbitrato – DELSIGNORE, *op. ult. cit.*, *passim* – raggiunge la conclusione opposta; tuttavia, conservando l'impegno a non entrare nel merito della questione, non pare convincente l'idea che si possa dire disponibile la situazione soggettiva solo laddove l'amministrazione, rinunci in parte al suo potere e questo venga "in qualche modo ceduto al privato", poiché l'accordo sul contenuto della decisione amministrativa – anche discrezionale – si raggiunge anche solo con la condivisione di una scelta concreta difforme da quella originariamente ipotizzata dall'amministrazione in sede di avvio del procedimento, grazie

Quel che, invece, si deve osservare è che – come si anticipava in esordio – il tema dell'arbitrato di cui l'amministrazione sia parte appare radicalmente condizionato da sistemi di problemi che influiscono in modo decisivo sull'interpretazione delle norme e degli istituti, tra i quali certo non ultimo per importanza è quello della natura del potere dell'amministrazione. Si avranno letture differenti dell'istituto in questione proprio in relazione alle difformi interpretazioni dello statuto costituzionale dell'amministrare per fini pubblici, del ripartirsi o meno di questo compito tra società e Stato, della natura del potere degli enti pubblici. La divisione, anche in questo tema, appartiene al campo delle premesse teoriche, assai più che a quello della sostanza delle norme di settore.

3.3.3. La situazione non muta di molto se si osserva la qualificazione della posizione soggettiva di cui è portatore il privato ⁽⁷²⁾.

Nessuno dubita che il diritto soggettivo sia in astratto una posizione soggettiva disponibile e suscettibile d'esser negoziata con l'amministrazione pubblica; né il fatto che l'amministrazione debba perseguire l'interesse pubblico anche laddove agisca come privato ha mai spinto a negare che le obbligazioni che insorgono nel rapporto contrattuale possano formare oggetto di transazione e le controversie di arbitrato. E' chiaro come questo aspetto ponga una difficoltà agli insegnamenti che si inseriscono nella lettura fornita dalla tradizione, giacché il profilo differenziale tra diritto ed interesse viene colto spesso proprio nella funzionalizzazione

all'apporto procedimentale del privato, senza alcun bisogno che l'ente rinunci ad una parte del suo potere per "cederlo" al privato. La disponibilità della posizione soggettiva, infatti, non sembra richiedere il "*trasferimento o abdicazione della situazione soggettiva di cui si è titolari*" ben potendosi concordare la determinazione concreta senza trasferire il potere al privato o rinunziarvi. Tuttavia, è ben chiaro che i diversi approcci al tema discendono dalla differente interpretazione delle norme che vengono in rilievo, primo tra tutti l'art. 11 della l. 241/1990 in materia di accordi tra amministrazione e privati in sostituzione del provvedimento, e quest'interpretazione, a sua volta, è radicalmente condizionata dall'idea del potere e dell'interesse pubblico, della sostanza delle posizioni soggettive ed, ultimativamente, del rapporto tra libertà ed autorità che si ritiene la Costituzione disegni, sicché è vano in questa sede cercare di dire alcunché di nuovo su una diatriba così intensamente ed autorevolmente dibattuta.

⁷² La questione è molto discussa anche nel diritto privato, indipendentemente dal coinvolgimento del potere pubblico; per la discussione della dottrina e della giurisprudenza in argomento, riassuntivamente, PUNZI, *op. ult. cit.*, 172 – che comprende tra la controversie non suscettibili d'esser devolute in arbitri quelle concernenti gli interessi legittimi, in ragione della loro "*natura ontologicamente differente (...) rispetto al diritto soggettivo*" (176), affermazione che non considera del dibattito relativo a questa posizione soggettiva ed alla sua protezione giurisdizionale che in questi anni s'è sviluppato nella scienza del diritto amministrativo – .

del potere all'interesse pubblico e, invece, anche l'attività consensuale dell'amministrazione mostra la stessa caratteristica; ne viene che il tratto distintivo si fa più evanescente – residuando, certo, la notevole differenza dell'esercizio unilaterale del potere rispetto a quello consensuale del diritto –.

Tuttavia, se la disponibilità dei diritti in capo ai privati, pur in presenza di una controparte negoziale che vede la sua attività costretta a perseguire un fine sottratto alla sua volontà, viene costantemente affermata nel rapporto paritario con l'ente pubblico – sicché non si dubita che le relative controversie possano essere decise da arbitri – la questione si fa meno pacifica a fronte di diritti la cui cognizione sia devoluta al giudice amministrativo. Proprio quella necessaria presenza del potere e dell'amministrazione nella sua veste di autorità, rende meno sicuro l'approdo per il quale il diritto del privato ha natura disponibile.

La questione sembra, a chi scrive, mal posta. Infatti, è indubbio che vi sia un dibattito – anche vivace – in ordine alla possibilità di negoziare il potere dell'amministrazione. Laddove si raggiungesse la conclusione che il potere esecutivo non sia negoziabile, il rapporto nel quale sia coinvolto sarebbe certo caratterizzato da una posizione indisponibile; il che, però, non vale a tramutare le qualità del diritto soggettivo del privato, che resta disponibile anche laddove sia fortemente compromesso con la potestà dell'ente. Semmai – laddove si affermi la necessaria pregiudizialità dell'azione di annullamento del provvedimento – la sua azionabilità in arbitrato ne risulterà ridotta.

3.4. Semmai, il problema appare quello della natura dell'interesse legittimo. Come noto, la norma di legge prevede l'arbitrabilità delle posizioni di diritto soggettivo ed altrettanto conosciuto è l'orientamento della giurisprudenza maggioritaria nel senso che la disposizione in parola avrebbe innovato l'ordinamento giuridico rendendo possibile, limitatamente ai diritti soggettivi, ciò che in passato doveva escludersi; in questa prospettiva, quindi, si esclude possa sottoporsi ad arbitrato la domanda che vegga il privato nella posizione di azionare la lesione dell'interesse legittimo, secondo l'insegnamento tradizionale e più diffuso ⁽⁷³⁾.

La dottrina, però, ha autorevolmente ⁽⁷⁴⁾ proposto soluzioni opposte.

⁷³ Riassuntivamente, ACQUARONE, MIGNONE, *Arbitrato nel diritto amministrativo*, cit., *passim*, che ritengono non essere “*assoggettabili ad arbitrato le controversie in materie di interessi legittimi, poiché esse non sarebbero passibili di transazione*” e, più recentemente, DELSIGNORE, *op. ult. cit.*, 183.

⁷⁴ In tema si veda il già ricordato lavoro di SCOCA, *La capacità della Pubblica Amministrazione di compromettere in arbitri*, cit., *passim*.

Preliminarmente, si deve richiamare anche per l'interesse legittimo quanto già osservato in ordine al diritto soggettivo: la posizione di cui viene fatto atto di disposizione in relazione alla scelta di uno "*strumento alternativo alla giurisdizione in generale, perché si pone all'esterno del sistema giurisdizionale complessivo, e non all'interno di esso*" (75) è quella del diritto di azione, disponibile sia che si intenda fare valere la lesione dell'interesse legittimo che del diritto soggettivo. Peraltro, poiché agire innanzi al collegio arbitrale non significa transigere, ma agire innanzi ad una giurisdizione diversa da quella statale, è opportuno rammentare l'insegnamento per il quale dedurre dalla disparità delle posizioni nel rapporto tra libertà ed autorità l'impossibilità di devolvere la controversia innanzi ad un collegio di arbitri "*costituisce un assioma non dimostrato*" (76). In ogni caso, la possibilità di devolvere in arbitri la questione controversa relativa ad interessi legittimi è stata sostenuta in dottrina con una pluralità di argomenti.

Anzitutto, s'è ritenuto che l'interesse legittimo, in quanto posizione rinunziabile (77), sia da intendersi anche come disponibile (78).

In secondo luogo, recuperando – anche inconsapevolmente – l'insegnamento sempre prezioso di Guicciardi, s'è da più parti osservato che anche se l'interesse legittimo sorge in un rapporto regolato da norme inderogabili, da gran tempo si leggono autorevoli dimostrazioni del fatto che, pur nell'ambito di questi rapporti, le parti possono vantare situazioni soggettive di cui possono disporre liberamente (79).

⁷⁵ LUISSO, *L'arbitrato sulle sanzioni disciplinari nel rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, in *Riv. arb.*, 2000, 293.

⁷⁶ VERDE, *Nuove riflessioni su arbitrato e pubblica amministrazione*, cit., 4, per il quale "*quando si parla del rapporto fra cittadino e pubblica amministrazione sicuramente vi è un nucleo che sfugge al potere dispositivo non solo del cittadino, ma anche della amministrazione, e questo nucleo è dato dall'insopprimibile esigenza di garantire alla pubblica amministrazione di svolgere la sua funzione o, se si vuole, di esercitare il suo originario potere*" ed è proprio rispetto a questo che si osserva che "*derivare da ciò l'impossibilità del ricorso all'arbitrato costituisce un assioma non dimostrato*", perché, anzi, "*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*"; contra, CAIA, *L'arbitrato nella materia degli accordi amministrativi*, cit., *passim*.

⁷⁷ Sul tema della rinuncia all'interesse, resta da consultare MARRAMA, *Rinuncia all'impugnazione ed acquiescenza al provvedimento amministrativo, Vicende dell'interesse legittimo. I*, Padova, 1987, *passim*.

⁷⁸ DOMENICHELLI, *Giurisdizione amministrativa e arbitrato*, cit., 236.

⁷⁹ L'opinione in tal senso è ribadita recentemente da VERDE, *op. ult. cit.*, 4

In terzo luogo, s'è rammentato – in ordine alla natura innovativa o interpretativa dell'art. 6 legge TAR – che anche prima della sua entrata in vigore, la nullità della clausola compromissoria veniva derivata dalla giurisprudenza non dall'indisponibilità delle posizioni soggettive controverse, ma dall'asserita inderogabilità della giurisdizione ⁽⁸⁰⁾.

Ed, ancora, il dato positivo offre un quarto ordine di argomenti: infatti, da un lato le disposizioni in tema di arbitrato nell'accordo di programma prevedono che la devoluzione della lite al collegio avvenga in materia nella quale non è lecito dubitare si controverta (anche, soprattutto) di interessi legittimi ⁽⁸¹⁾ e, dall'altro, le disposizioni del Codice dei contratti in materia di risoluzione delle controversie per la via dell'accordo bonario si spingono più oltre, giacché non solo vi verranno in rilievo pretese dai più ⁽⁸²⁾ qualificate come interesse legittimo ⁽⁸³⁾, ma la commis-

⁸⁰ CONSOLO, *Sul «campo» dissodato della compromettibilità in arbitri*, cit., 255

⁸¹ Sul tema, CAIA, *op. ult. cit.*, che, peraltro, negando che si possa ammettere l'arbitrato in rapporti nei quali le parti si trovano in situazione di disparità (ID., *Arbitrato e modelli arbitrali nel diritto amministrativo...*, cit., 207) lo ritiene ammissibile in materia di accordi perché le amministrazioni che lo sottoscrivono si trovano – essendo enti pubblici – tra loro in questa condizione di uguaglianza. L'idea che la disposizione di cui all'art. 27 della legge 8 giugno 1990, n. 142, trasposto nell'art. 34 del d. lgs. 18 agosto 2000, n. 267 abbia “l'effetto che, pur in presenza di interessi legittimi, il sindacato sull'esercizio del potere sarebbe in grado di essere rimesso alla cognizione dei giudici privati” è proposta anche da ANTONIOLI, *Arbitrato e giurisdizione amministrativa ..*, cit., 330 – l'autore peraltro fa i conti anche con l'inesauribilità del potere dell'amministrazione, negando che questa sua caratteristica, certamente rilevante in ordine alla stabilità (e revocabilità) degli accordi, impedisca di rimettere in arbitrato la decisione delle controversie (“una simile conclusione potrebbe incontrare un limite nella continuità e nell'inesauribilità dell'azione amministrativa inidonea, come tale, ad essere cristallizzata in un accertamento, difficilmente compatibile, per la stabilità che lo contraddistingue, con il soddisfacimento dell'interesse pubblico, quale entità dinamica e cangiante, che permane immanente nel rapporto. La questione riguarda, in realtà, la portata vincolante dei lodi arbitrali, in presenza di una clausola (ancorché implicita) *rebus sic stantibus*: non riguarda, invece, la disponibilità dei rapporti, qualora la regolamentazione dei medesimi possa avvenire su base consensuale”) rammentando come questo accada anche nei rapporti tra privati, come nel caso dell'azione disciplinare promossa dal datore di lavoro ovvero in tema di delibere assembleari adottate dalle società commerciali; per DELSIGNORE, *op. ult. cit.*, 298, sarebbe ipotesi di deroga legislativa al divieto di arbitrato su posizioni non disponibili – giacché l'autrice, nella linea della dottrina tradizionale, nega la negoziabilità dell'interesse legittimo e del potere – .

⁸² E' assai noto che nel corso dell'esecuzione dell'appalto, pur ritenendosi questa appartenere al dominio del diritto privato e della giurisdizione ordinaria, la dottrina – per una puntuale ricapitolazione degli argomenti si veda, per tutti, la chiarissima ricostruzione di VAIANO, *Appalto (diritto pubblico e diritto privato)*, in Perfetti (a cura di), *Repertorio degli appalti pubblici*, t. I, Padova, 2005, 25 (alla quale chi scrive ha mosso critiche, pur nel rispetto che si deve al contributo notevole, in *Manuale di diritto amministrativo*, cit., cap. XII) – ha ritenuto che la posizione dell'appaltatore sia di interesse legittimo tutte le volte che l'amministrazione contraente possa definire unilateralmente aspet-

sione prevista dall'art. 240 del Codice dei contratti non è certo giurisdizione e la sua azione è diretta alla ricerca di un accordo di natura transattiva ⁽⁸⁴⁾.

Semmai, più che l'ammissibilità dell'arbitrato per l'ipotesi in cui si faccia materia di interessi legittimi (e di potere dell'amministrazione), anche una volta che si condivide l'idea cui qui si aderisce, resterà il problema che solo il giudice amministrativo ha competenza per l'annullamento del provvedimento, sicché, per un verso ne viene depotenziata l'utilità pratica dell'arbitrato in materia di interessi legittimi – salvo che si superi (come la giurisprudenza ordinaria sembra ormai convinta a fare) l'idea della pregiudizialità dell'azione di annullamento dell'atto rispetto a quelle di accertamento e condanna –, per altro non ci si può non porre – anche solo per farvi cenno – la questione dell'esistenza di un ulteriore insieme di problemi che incide sull'arbitrato in cui sia parte un ente pubblico: quello del riparto di giurisdizione.

4. Non sembra necessario, in questa sede, affrontare partitamene il problema del riparto di giurisdizione – nemmeno confinandolo nel perimetro dell'individuazione del giudice della controversia in materia di contratti di cui sia parte l'amministrazione – giacché l'indagine sul tema dell'arbitrato ne è interessata solo in parte. Tuttavia, anche da questo punto di osservazione sarà agevole concludere nel senso che l'arbitrato su liti che vedono parte l'ente pubblico si trovi alla confluenza di più sistemi dinamici di problemi, uno dei quali è – appunto – quello del riparto.

4.1. Non sembra affatto necessario dimostrare che questo profilo del nostro processo sia oggetto di un dibattito teorico non sopito e, soprattutto, di una

ti del rapporto (revisione prezzi, varianti, etc.). Poiché non si dubita che anche la controversia rispetto a questi aspetti possa esser decisa in sede arbitrale, ecco un'ipotesi di arbitrato che ha avrebbe ad oggetto posizioni di interesse legittimo.

⁸³ E', infatti, noto a tutti che mentre l'art. 239 in tema di transazione prevede che *"possono sempre essere risolte mediante transazione nel rispetto del codice civile"* le *"controversie relative a diritti soggettivi derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici di lavori, servizi, forniture"*, una simile limitazione in ordine alle posizioni soggettive non è ripetuta nel successivo art. 240 in tema di accordo bonario. In difetto di una simile limitazione, giacché le riserve formulate dall'appaltatore possono avere ad oggetto comportamenti della committente pubblica che sono talora qualificati dalla giurisprudenza e da parte della dottrina come interesse legittimo (si faccia l'esempio della ritardata approvazione di una variante per superare un evento impreveduto che abbia reso difficoltosa o in parte impossibile l'opera), si avrebbe un accordo – contrattualmente impegnativo – avente ad oggetto pretese che sorgono sulla base di interessi legittimi. Su questo aspetto, un accenno in VERDE, *op. loc. ult. cit.*

⁸⁴ E' esplicito il comma XVIII dell'art. 240 nell'affermare che *"l'accordo bonario di cui al comma 11 e quello di cui al comma 17 hanno natura di transazione."*

querelle giurisprudenziale vivacissima negli anni più recenti; è nota a tutti, infatti, l'evoluzione delle affermazioni – soprattutto del giudice regolatore della giurisdizione – in ordine alla spettanza al giudice amministrativo o all'ordinario di diversi fasi ed aspetti della vicenda contrattuale di cui l'amministrazione sia parte. Anche da questo movimentato fronte si avvertono ripercussioni sul profilo dell'arbitrato.

Il più immediato da osservare è conseguenza dell'espansione progressiva dell'area riservata alla cognizione del giudice ordinario in materia di contratti stipulati dagli enti pubblici: poiché la tradizione insegna che proprio le controversie altrimenti spettanti al giudice ordinario in materia di contratti ed obbligazioni possono esser devolute agli arbitri, l'ampliarsi di quest'area porta con sé l'espansione del novero delle liti che possono esser rimesse alla decisione da parte di collegi arbitrali. Si tratta – come ovvio – di un'affermazione di ridottissimo valore sistematico e di pura osservazione della realtà; tuttavia, proprio l'essere continuamente interessato da novità, da avanzate e ritirate, il fronte che separa la competenza del giudice ordinario da quello amministrativo in questa materia, la frequente registrazione di grandi decisioni dei giudici di vertice delle due giurisdizioni, non di rado di segno diverso, porta il confine ad essere mutevole ed oggetto di continue riflessioni, ricapitolazioni e rimediazioni da parte della dottrina; movimenti tutti, questi, che l'arbitrato avverte e dai quali viene influenzato.

4.2. Di non minore rilievo, sia pure per ragioni diverse, è il tema – connesso con quello del riparto della giurisdizione – delle domande proponibili agli arbitri. Anzi, anch'esso è reso complesso dal confrontarsi di opposte idee: secondo alcuni, infatti, la devoluzione della lite in arbitrato rituale conferirebbe al collegio sempre i poteri che spettano al giudice ordinario, mentre per altri, avanti gli arbitri sarebbero proponibili le stesse domande che avrebbero potuto esser formulate al giudice dello Stato che viene sostituito da quello privato⁽⁸⁵⁾; tuttavia, in forza della previsione di cui all'art. 113 III comma Cost., si ritiene che solo il giudice amministrativo possa provvedere all'annullamento dell'atto, sicché, in ogni caso un simile potere sarebbe sottratto al collegio arbitrale.

La questione, però, diviene cruciale ove posta in relazione con le limitazioni alla giurisdizione esclusiva che derivano dalla sentenza 204/2004 della Corte Costituzionale ed alla cosiddetta pregiudiziale amministrativa – vale a dire, come

⁸⁵ Per l'inquadramento del tema prima della riforma dell'art. 6 legge TAR, CAIA, *Arbitrato e modelli arbitrali nel diritto amministrativo....*, cit., 212 e per la discussione dei problemi posti in seguito a questa riforma ed a quella di cui al d. lgs. n. 40/2006, ANTONIOLI, *op. ult. cit.*, 695 – ad essi si rinvia anche per i necessari confronti con dottrina e giurisprudenza – .

ognun sa, il preliminare accertamento costitutivo dell'illegittimità dell'atto alla pronuncia di accertamento o condanna –. Infatti, in ragione della decisione della Corte Costituzionale il necessario coinvolgimento del potere amministrativo nelle vicende che riguardano il diritto soggettivo del privato – oltre a far sorgere i dubbi cui sopra s'è accennato circa l'effettiva compromettibilità di quest'ultimo – pone il problema della sorte del provvedimento in relazione al rapporto controverso e l'idea della natura pregiudiziale della pronuncia di annullamento imporrebbe di negare il procedere del giudizio arbitrale fintanto che non sia stata proposta e decisa l'azione intesa a far pronunciare l'illegittimità dell'atto avanti il giudice amministrativo. La questione era particolarmente significativa prima dell'ultima riforma delle norme del codice di rito in tema di arbitrato⁽⁸⁶⁾ e pare (solo) attenuata⁽⁸⁷⁾ dal nuovo testo dell'art. 819 c.p.c., alla stregua del quale gli arbitri possono decidere *“tutte le questioni rilevanti per la decisione della controversia”*, anche ove vertano *“su materie che non possono essere oggetto di convenzione di arbitrato”* purché queste non debbano *“essere decise con efficacia di giudicato per legge”*; il tema della disparità dei poteri a seconda della giurisdizione sostituita si attenua ma non si risolve, giacché restano diverse le idee in ordine ai poteri del collegio di disapplicare l'atto amministrativo che non può annullare⁽⁸⁸⁾.

⁸⁶ E' noto, invece, che anteriormente al d. lgs. n. 40/2006, ove fossero proposte al collegio questioni non compromettibili, i giudici non togati non avrebbero potuto, nemmeno in via incidentale, conoscere della questione, imponendosi la sospensione del giudizio pregiudicato dalla causa presupposta; la norma era stata criticata dalla dottrina processualistica e determinava una profonda limitazione alla giustizia privata a fronte di questioni ritenute rientrare in area sottratta alla disponibilità delle parti.

⁸⁷ Attenuata ma non risolta, giacché laddove la posizione soggettiva (anche di diritto) nasca affievolita o condizionata dal provvedimento amministrativo ovvero – come nel caso del diritto al risarcimento – sorga in ragione dell'illegittimità di questo, v'è chi ritiene che – laddove si condivida la regola della pregiudizialità amministrativa, recentemente smentita da notissima giurisprudenza delle Sezioni Unite (Cass. Sez. Un., 23 dicembre 2008, n. 30254), subito contrastata dal giudice amministrativo (si veda, ad esempio, Cons. St., Sez. VI, del 21 aprile 2009, n. 2436) – rimanga necessaria la pronuncia di annullamento in via principale, sicché il giudizio arbitrale dovrà sospendersi trattandosi di questione che deve esser decisa con efficacia di giudicato (in tal senso, sia pure problematicamente, DELSIGNORE, *op. ult. cit.*, 292; ANTONIOLI, *op. loc. ult. cit.*, si dice, invece, insoddisfatto di una simile soluzione perché *“sul piano applicativo, la giustizia privata, finendo per «doppiare» quella amministrativa, renderebbe più gravosa la tutela dei diritti, senza deflazionare il contenzioso; mentre, sul piano teorico, verrebbe compromessa quella concentrazione tra rimedi annullatori e risarcitori, da intendersi non già sul piano (meramente) strutturale, bensì su quello funzionale, con l'obiettivo di garantire l'effettività della tutela giurisdizionale”*.

⁸⁸ Con il risultato, quindi, di dare applicazione all'art. 4, comma II, l. 20 marzo 1865, n. 2248, all. E, parificando *“gli arbitri ai giudici ordinari relativamente ai poteri di cognizione e di pronuncia sugli atti*

E' chiaro che, anche in questo caso, la soluzione del problema dipende da una molteplicità di questioni su ciascuna delle quali si discute, prime tra tutte quelle della necessaria pregiudizialità dell'azione di annullamento, della compromettibilità delle posizioni soggettive ed in particolare dei diritti collegati all'uso di poteri – primo tra tutti quello al risarcimento del danno –.

4.3. Infine, il tema del riparto agisce in modo diretto ed indiretto sulla stessa compromettibilità della lite. Anzitutto, per chi si iscriva tra i partigiani della pregiudizialità amministrativa e, quindi, della necessaria preventiva pronuncia di annullamento, quante volte il rapporto sia interessato da un provvedimento che vi influisce – si pensi al caso delle concessioni, anche di pubblico servizio ed ai loro provvedimenti di revoca o decadenza ⁽⁸⁹⁾ – ovvero il diritto sorga dall'illegittimità dell'atto dell'ente – com'è per il diritto al risarcimento –, altrettante se ne dovrà concludere che la decisione arbitrale non potrà intervenire senza la previa rimozione dell'atto da parte di chi abbia il potere di annullarlo.

Tuttavia, il riparto di giurisdizione ha agito sulla fisionomia dell'arbitrato anche per altra via. Non merita d'esser dimostrata l'affermazione per la quale la natura della posizione soggettiva non muta in ragione del giudice che deve decidere la lite che la riguarda. Da altro punto di vista, però, per oltre un secolo s'è ritenuto che l'amministrazione potesse esser parte di una lite che si celebrava avanti un collegio arbitrale in quelle sole ipotesi nelle quali la giurisdizione sarebbe spettata al giudice ordinario; ne è venuta facile l'idea della coincidenza tra questioni compromettibili e spettanza della giurisdizione al giudice ordinario. Il diritto soggettivo del privato nel rapporto con l'amministrazione, non muta sostanza a seconda ch'esso sia conoscibile dal giudice ordinario o dall'amministrativo e, tuttavia, nella prospettiva della possibilità di compromettere in arbitri la relativa lite

amministrativi, che possano interferire nel giudizio arbitrale" – come ritenuto da AMORTH, *Annotazioni sull'arbitrato nelle controversie amministrative, cit.*, 52-53, tema sul quale, comunque, CAIA, *op. loc. ult. cit.* ed ANTONIOLI, *op. loc. ult. cit.*

⁸⁹ In ordine alle quali è larghissima la maggioranza degli interpreti che ne affermano la sottoponibilità ad arbitrato; tuttavia, poiché una parte notevole della dottrina configura quel rapporto come concessione contratto o contratto di diritto pubblico – in tal senso, di recente ed in modo autorevole GRECO, *Le concessioni di pubblici servizi tra provvedimento e contratto*, in *Dir. amm.*, 1999, 401 e ID., *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003, 158 – non è sempre agevole a chi muova da questa premessa affermare la possibilità della devoluzione alla giurisdizione privata delle liti (come pure ANTONIOLI, *op. ult. cit.*) – per un opposto inquadramento, che attrae interamente al contratto la concessione di pubblico servizio, la ricostruzione di GILIBERTI, *La concessione di pubblico servizio tra sistematiche nazionali e diritto comunitario*, in corso di pubblicazione – .

questa transustanziazione avveniva. Né le critiche della dottrina ⁽⁹⁰⁾ e la riforma legislativa per la quale anche le controversie concernenti diritti devolute alla giurisdizione esclusiva sono compromettibili pare avere superato del tutto quest'effetto.

5. Sembra ingenuo omettere una considerazione relativa all'influenza della politica del diritto nella materia che si va trattando. L'arbitrato di cui sia parte l'amministrazione è stato interessato da continui interventi del legislatore, volta a volta intenzionato ad ammetterlo e valorizzarlo – alla ricerca di giudici tecnicamente o giuridicamente più esperti o più rapidi ⁽⁹¹⁾ – ovvero a vietarlo – sulla scorta di considerazioni relative ai suoi costi o alla scarsa fiducia nell'imparzialità (quando non nell'onestà) degli arbitri –. La Corte costituzionale, a fronte di norme che hanno introdotto divieti, ha ritenuto che il legislatore potesse limitare o escludere il diritto ad agire innanzi ad arbitri, purché razionalmente ⁽⁹²⁾.

Non è da queste considerazioni che si possa ricostruire un quadro dell'istituto, è evidente; tuttavia, non va negato che le politiche legislative favorevoli o avversative abbiano portato all'introduzione di norme di legge non sempre ben fatte e coordinate a sistema, così com'è facile intendere che abbiano indirizzato giurisprudenza ed interpreti e neppure si può negare che le propensioni – professionali o ideologiche – della dottrina abbiano in qualche caso condizionato i presupposti del discorso, che pure veniva sviluppandosi sul piano della pura tecnica giuridica.

6. E' giunto il momento di riepilogare le considerazioni svolte fin qui e vedere quali scenari ricostruttivi ne emergano; si tratta, è chiaro, di schemi interpretativi (anche molto) distanti tra loro, stante che l'elaborazione della teoria dell'arbitrato poggia – come si confida di aver mostrato – su fondamenta estremamente problematiche, costituite da presupposti teorici molto controversi (e non

⁹⁰ Per tutti DOMENICHELLI, *Giurisdizione amministrativa e arbitrato*, cit., ID., *Le prospettive dell'arbitrato nei rapporti amministrativi (tra marginalità, obbligatorietà e consensualità)*, cit., ID., *Per un processo amministrativo paritario*, in *Riv. proc. amm.*, 1996, 415

⁹¹ Tanto che autorevole dottrina (ACQUARONE, MIGNONE, *op. ult. cit.*, 369) ha ritenuto sussistere un "il principio di preferenza della giurisdizione arbitrale" per alcune tipologie di controversie, in ragione della maggiore celerità ed efficienza della giustizia privata.

⁹² Si legga la ricognizione della giurisprudenza costituzionale in argomento in AULETTA, *Tra illegittimità costituzionale e non fondatezza della questione: una terza via per le leggi di arbitrato «obbligatorio»?*, cit., 277, BERLINGUER, *A proposito della compromettibilità delle controversie in materia di lavori pubblici.....*, cit., 76, FAZZALARI, *L'arbitrato nei lavori pubblici: il giudice togato come arbitro ed altri problemi*, cit., 315.

certo solo nella vista delle conclusioni che se ne possano trarre in ordine alla natura, al regime ed ai caratteri dell'istituto che si va esaminando).

Su un primo versante, che pare illuminare di sé tutta la ricostruzione dell'istituto, s'è avvertita la contrapposizione tra qualificazioni dell'arbitrato come negozio ovvero giurisdizione.

Il tema (assai discusso tra i processualisti) sembra, tuttavia, derivare da radici più profonde, che affondano nella visione del rapporto tra libertà ed autorità, tra diritti e potestà pubbliche, tra monopolio statale (o del soggetto pubblico) delle funzioni di pubblico interesse ovvero loro riparto tra società ed autorità.

L'arbitrato, allora, cessa di essere solo un istituto che per il diritto amministrativo rileva principalmente sul versante delle liti relative alle obbligazioni ed ai contratti, e diviene terreno sul quale si misurano diverse teorie dello Stato e concezioni dello statuto costituzionale dell'amministrazione. Infatti, chi intenda l'arbitrato nella prospettiva del negozio, esplicitamente o (più spesso) implicitamente, mostra di credere al monopolio statale delle funzioni pubbliche e, tra queste, della giurisdizione. Al contrario, chi – come chi scrive – coltiva il convincimento opposto, avvertirà la giurisdizione privata come una delle molte possibili esplicazioni dell'autoamministrazione dell'interesse pubblico da parte della società.

La questione è solo apparentemente (esclusivamente) teorica; infatti: per un verso, una volta assunta una prospettiva o l'altra, l'interpretazione che si fornirà della legge dello Stato e delle sue (talora anche minute) regole ne verrà forgiata in modo decisivo; per l'altro, l'ammissibilità dell'arbitrato apparirà, in una visione, eccezione alla regola della giurisdizione statale e, quindi, facoltà che deve esser consentita dalla legge mentre, a chi considera le cose nella prospettiva opposta, sembrerà che la giurisdizione privata sia sempre ammessa, salvo che la legge disponga (in modo ragionevole) diversamente. Si tratta di un approccio che si ripercuote non soltanto sull'idea della possibilità di arbitrare gli interessi legittimi (che, infatti, chi muove dalla concezione tradizionale considera impossibile ovvero eccezione che deve esser disposta dal legislatore) ma anche sui limiti della giurisdizione arbitrale in ordine a diritti che nascono da obbligazioni e contratti per i quali la cognizione del giudice statale sarebbe toccata in sorte ai TAR ed al Consiglio di Stato in sede di giurisdizione esclusiva.

E' proprio sul versante delle posizioni soggettive che le idee tornano a divergere, anche in conseguenza dell'approccio che si sia assunto sul primo terreno, quello della natura della giurisdizione privata. Infatti, a chi consideri l'arbitrato

eccezione che deve esser ammessa dallo Stato al suo monopolio giurisdizionale, sembrerà naturale costruire una struttura simmetrica nel rapporto tra libertà ed autorità nell'esercizio dell'azione amministrativa: così come la giurisdizione spetta solo allo Stato, sempre e solo l'amministrazione curerà l'interesse pubblico, ponendosi in una posizione di supremazia che impedisce la deferibilità ad arbitri della soluzione della controversia. Da questo postulato non è difficile far discendere le conseguenze della necessaria disponibilità della posizione sostanziale interessata dalla lite, per poi negare che sia il potere dell'amministrazione che la posizione soggettiva del privato con esso implicata siano disponibili. Al contrario coloro che – e chi scrive tra questi – siano convinti che la sovranità (fondamentale capacità di diritto pubblico) spetti al popolo, che la esercita nelle forme sancite dalla Costituzione, tra le quali l'amministrazione pubblica, non faticherà a sentire adeguata al proprio pensiero l'idea che non si richieda dall'art. 806 c.p.c. che sia negoziabile la posizione soggettiva sostanziale – giacché le parti disporranno del loro diritto d'azione (in senso, sempre, positivo) e, facendo decidere la lite da arbitri, chiederanno l'accoglimento delle loro prospettazioni come farebbero innanzi al giudice statale – ; comunque, anche a voler trascurare questo punto di vista, poteri, diritti ed interessi legittimi non saranno indisponibili perché l'interesse pubblico è obiettivato dalla norma e non spetta all'amministrazione definirlo con un atto di volontà (discrezionale) ma, ove sia intestata di potere unilaterale, applicarlo alla fattispecie concreta con un'operazione eminentemente interpretativa del precetto. Da questi diversi approcci si ricaveranno anche le (differenti) visioni del potere nell'amministrazione per accordi.

E' sempre sulla sistematica dell'istituto e la sua relazione con i temi di teoria generale che si sono accennati che riposano i contrasti nella lettura dei poteri degli arbitri in relazione al riparto di giurisdizione, essendo assai evidente che le (eventuali) limitazioni discendono dalla scelta che si compia in ordine alla pregiudizialità amministrativa e che, quest'ultima, tende a derivare dalla concezione del potere dell'amministrazione di cui s'è convinti.

Gli atteggiamenti della giurisprudenza, a loro volta, possono esser meglio intesi alla luce della controversia su questi temi fondamentali. Forse solo i temi di politica del diritto appaiono più influenzati da scelte – appunto – politiche che dalle questioni di fondo che ci s'è permessi di segnalare e con le quali ci si deve misurare laddove si voglia davvero intendere la natura ed il regime dell'arbitrato in ordine alle obbligazioni ed ai contratti di cui l'amministrazione sia parte.

