

IL VELO DI MAYA DELLA DISPONIBILITA' DEGLI INTERESSI LEGITTIMI.

IL NUOVO CODICE DEL PROCESSO AMMINISTRATIVO NON CONTRIBUISCE A FARE CHIAREZZA SUL TEMA DELLA TRANSIGIBILITA'-COMPROMETTIBILITA' DELLE CONTROVERSIE PUBBLICISTICHE INVOLGENTI INTERESSI LEGITTIMI.

di Gianluca Ludovici

La disponibilità degli interessi legittimi, questione ancora oggi, a parere di chi scrive, non compiutamente e convincentemente risolta, e quanto mai attuale dopo l'entrata in vigore del Codice del Processo Amministrativo (D.Lgs. 2 Luglio 2010, n. 104), costituisce, in ragione del suo ampio portato di conseguenze, un argomento di grande rilevanza per l'intero ordinamento giuridico. In tempi di ricerca matta e disperatissima di strumenti deflativi del contenzioso giudiziale, infatti, ed al di là degli aspetti prettamente dogmatici e tuttavia non secondari della questione, ciò che fa dell'argomento in esame un tema assolutamente al passo con i più recenti interventi legislativi e, pertanto, degno di approfondimento, è la possibilità di declinare la disponibilità in termini di transigibilità e di arbitrabilità, ovvero, rispettivamente, in termini di idoneità delle situazioni giuridiche soggettive de quibus a ricevere una regolamentazione sostanziale tanto sul piano stragiudiziale, attraverso possibili accordi negoziali, quanto su di un piano (assimilabile a quello) giudiziale, per mezzo del deferimento ad arbitri delle questioni che le involgono.

Come universalmente noto, per interesse legittimo si intende quella particolare posizione giuridica costituzionalmente tutelata ed azionabile in giudizio (in dottrina suggestivamente qualificata, pure, come *“rifrazione di un fantasma”*¹ o *“personificazione di un ombra”*²), in cui, secondo la definizione che qui si predilige (teoria definita *“dell'interesse strumentale alla legalità dell'azione amministrativa”*, che ha visto in Virga uno dei massimi esponenti), viene a trovarsi un soggetto privato, destinatario diretto o indiretto di un pubblico potere, e consistente nell'aspettativa che tale potere venga esercitato in modo legittimo³ ovvero nel rispetto delle norme di volta in volta applicabili al caso concreto, nonché delle prescrizioni legali che reggono l'azione della P.A. (criteri

¹ F. LEDDA, *Agonia e morte ingloriosa dell'interesse legittimo*, Foro amm., 1999, II.

² F. CORDERO, *Procedura penale*, VIII ed., Milano, 2006.

³ Sussistono, tuttavia, altre teorie definite: a) *“dell'interesse occasionalmente protetto”*, per cui vi sarebbe coincidenza tra interesse pubblico ed interesse legittimo; b) *“processualista”*, secondo la quale l'interesse legittimo coinciderebbe con l'interesse a ricorrere (cfr. Guicciardi); c) *“normativa”*, la quale ricostruisce l'interesse legittimo, differenziato e qualificato rispetto a quello di fatto, come elemento costitutivo, insieme all'interesse pubblico, della norma attributiva del potere (cfr. Nigro).

della economicità, della efficacia e della pubblicità ex art. 1 Legge 241/1990, nonché criteri della imparzialità e del buon andamento ex art. 97 Cost.). Frutto delle riflessioni della dottrina e della giurisprudenza italiane a far data dal 1889 (Legge 5992/1889), anno a partire dal quale ha iniziato ad operare la Quarta Sezione del Consiglio di Stato, si è tuttora soliti distinguerla tra interesse legittimo pretensivo ed interesse legittimo oppositivo, a seconda che il privato miri, rispettivamente, a conservare (oppositivo) oppure ad ottenere (pretensivo) dalla Pubblica Amministrazione un'utilità o un bene della vita; parte della dottrina⁴ e della giurisprudenza amministrativa hanno elaborato anche la distinzione tra interessi procedurali (posizione di chi ha interesse ad intervenire nel procedimento, senza avere una pregressa situazione sostanziale da far valere) ed interessi sostanziali (posizione giuridica non meramente confinata all'intervento nel procedimento, ma riguardante immediatamente un'utilità o un bene della vita).

Ciò detto, si ricorda come prima degli interventi del Legislatore nel 2000, nel 2006⁵ e, infine, nel 2010, la questione in argomento fosse segnata dal principio secondo cui tali posizioni non potevano formare oggetto di patto compromissorio, in quanto "indisponibili" ai sensi dell'art. 806 c.p.c. (vecchia formulazione: "*Le parti possono far decidere da arbitri le controversie tra loro insorte tranne quelle [...] che non possono formare oggetto di transazione*"); nella veste di situazioni giuridiche che affioravano solo in caso di esercizio di un pubblico potere e, quindi, non rientranti nella sfera giuridica esclusiva dei singoli soggetti privati, tradizionalmente se ne escludeva l'arbitrabilità, intesa come corollario della ritenuta intransigibilità-indisponibilità, desunta dal combinato disposto degli art. 806 c.p.c. e 1966 c.c.. Su simili presupposti, la quasi universalmente asserita incompromettibilità de qua veniva coerentemente estesa anche ai diritti soggettivi coinvolti da questioni rientranti nella giurisdizione esclusiva del Giudice Amministrativo⁶. La prevalente dottrina, in particolare, individuava dei limiti specifici alla compromettibilità delle controversie pubblicistiche che, senza voler essere eccessivamente pedanti sul punto, possono così schematicamente e genericamente riassumersi: a) disponibilità unilaterale (da parte della P.A.) degli interessi legittimi, in quanto solo la Pubblica Amministrazione avrebbe fatto sorgere le posizioni in argomento e ne avrebbe stabilito l'entità; b) "*doverosità-irrinunciabilità*" e

⁴ A.D. GIANNINI, *Il rapporto giuridico di imposta*, Milano, 1937.

⁵ Il riferimento è tanto alla Legge 205/2000, che ha, come si vedrà, sensibilmente ridimensionato le teorie più estremiste che volevano la questioni rientranti nella giurisdizione esclusiva del G.A. assolutamente impermeabili alle istanze arbitrali, quanto al D.Lgs. 40/2006, il quale, in generale, ha interamente riformato la disciplina codicistica dell'arbitrato e, in particolare, ridisegnato il novero delle materie arbitrabili ex art. 806 c.p.c., così come meglio si spiegherà tra breve.

⁶ In giurisprudenza si vedano: Cass., 3 Dicembre 1991, n. 12966, in Riv. Arb., 1992, pag. 447, con nota contraria di Selvaggi; Cass. 10 Dicembre 1993, n. 12166, in Foro it., 1994, I, pag. 2472. Ancor più risalente: Cons. Stato, Sez. IV, 2 Febbraio 1938, in Foro it., 1938, III, pag. 57, con nota di Forti, ma in senso diametralmente opposto su medesima questione di diritto, Cass., 20 Maggio 1936, in Foro it., 1936, I, pag. 997, entrambe le pronunce ricordate in F.P. LUISSO, *Arbitrato ex art. 6 l. 205/2000 e giurisdizione*, in www.judicium.it.

“funzionalizzazione al pubblico interesse” dell’esercizio del potere dell’Amministrazione, nonché intrasferibilità-indelegabilità di quest’ultimo; c) esistenza di un termine breve e perentorio per il rimedio impugnatorio dell’atto amministrativo viziato; d) mancanza di una espressa previsione normativa che attribuisse il potere di annullamento dei provvedimenti della P.A. in capo agli arbitri; e) necessaria impugnabilità, in caso di pronuncia arbitrale su posizioni di interesse legittimo, del lodo dinanzi alla Corte d’Appello, con conseguente ritenuta distrazione dal giudice naturale precostituito per legge, il giudice amministrativo.

Da segnalare anche posizioni intermedie, quali quella del Guicciardini⁷, che, pur giungendo ad ammettere la transigibilità delle particolari situazioni giuridiche de quibus, tuttavia conduceva la propria tesi al medesimo risultato della inarbitrabilità degli interessi legittimi⁸, sulla scorta del convincimento che, mentre la transazione consentiva e consente per sua stessa natura una sorta di dominio dell’Amministrazione sull’interesse pubblico (vera e propria signoria esercitata in ragione di una insopprimibile garanzia in favore della collettività), l’arbitrato, essendone rimessa la decisione a “terzi”, avrebbe sempre ed incondizionatamente esposto la Pubblica Autorità a rischi concreti di compressione, svilimento o riduzione dell’interesse pubblico, contro i quali nulla avrebbe potuto, per averne perso l’originario controllo al momento dell’inizio della procedura arbitrale⁹ (ciò, ovviamente, in relazione al solo arbitrato rituale).

Ancor prima della modifica del quadro normativo di riferimento, sul quale, come si avrà modo di constatare, si basano in buona parte le interessanti considerazioni della più recente dottrina e quelle infinitamente più modeste di chi scrive, non mancavano, tuttavia, autorevoli voci contrarie¹⁰, secondo le quali la situazione di supremazia riconosciuta all’ente pubblico all’interno dei rapporti tra Pubblica Amministrazione e cittadini, non era in alcun modo idonea a giustificare una generalizzata ed apodittica impossibilità di comporre le controversie mediante il ricorso ad una procedura arbitrale. Al contrario, la prevalente giurisprudenza amministrativa (ma non solo) preferiva seguire in gran parte l’orientamento negativo, credendo fondati i sopra riportati limiti e, in alcuni casi, persino mostrando di adagiarsi acriticamente sulle argomentazioni della maggioranza

⁷ F. GUICCIARDINI, *Le transazioni degli enti pubblici*, Padova, 1936, pagg. 88 e ss., nonché pag. 103, nota 2).

⁸ Per i motivi che meglio si esporranno nel seguito della trattazione, pur rispettosamente, non sembra potersi attribuire fondamento, anche dopo la riforma del testo dell’art. 806 c.p.c., ad una scissione tra il concetto di compromettibilità e quello di transigibilità. Pertanto, l’autore ritiene di concludere nel senso che se una questione (rectius: una situazione giuridica soggettiva) è suscettibile di transazione, allora questa è necessariamente deferibile ad arbitri; così, pure: G. VERDE, *Lineamenti di diritto dell’arbitrato*, Torino, 2006, pagg. 59 e ss.; F. GOISIS, *La giustizia sportiva tra funzione amministrativa ed arbitrato*, Giuffrè, Milano, 2007, pagg. 252 e ss..

⁹ La conclusione cui giunge l’illustre studioso sembra poggiare su ragioni più pragmatiche, che dogmatiche; prescindendo per il momento dalla fondatezza o meno del rilievo fatto dal Guicciardini, si può sin d’ora affermare che in simili termini appare difficile individuare uno stringente argomento di logica giuridica che consenta di dividere il binomio “transigibilità-disponibilità”, binomio tuttora esistente e rafforzato dalla nuova formulazione dell’art. 806 c.p.c. (letto in chiave non estremistica).

¹⁰ Per un accurato riepilogo delle voci dottrinarie, si veda: F. GOISIS, *La giustizia sportiva tra funzione amministrativa ed arbitrato*, Giuffrè, Milano, 2007, pag. 233, nota 2).

dottrina. Ma vi era di più: una posizione oltre modo estrema veniva assunta anche da certa giurisprudenza della Suprema Corte, la quale giungeva sino a ritenere di dover escludere l'ammissibilità dell'arbitrato (e, in generale, la disponibilità) in tali circostanze, non solo per la natura della posizione giuridica fatta valere, ma anche a causa della natura del giudice cui la controversia era attribuita¹¹: si immaginava un'incondizionata coincidenza tra la competenza cognitiva (rectius: la giurisdizione) del giudice amministrativo e l'incompromettibilità (melius: indisponibilità) delle situazioni azionabili in quella sede. E' intuitiva la conseguenza che se ne traeva nei casi di giurisdizione esclusiva amministrativa, ovvero quando il giudice della P.A. era chiamato a conoscere tutte le posizioni giuridiche dinanzi ad esso prospettabili: esclusione persino dei diritti soggettivi (anche quelli astrattamente disponibili) dal novero delle situazioni arbitrabili. Il sistema che, complessivamente, ne usciva fuori poteva analiticamente riassumersi in tre punti:

- a) piena possibilità di devolvere ad arbitri le controversie relative a rapporti di "diritto civile" (in relazione alle quali la P.A. avesse agito *iure privatorum*), in quanto rientranti nella giurisdizione dell'Autorità Giudiziaria Ordinaria, nella misura in cui avessero avuto ad oggetto diritti soggettivi di natura patrimoniale, come tali disponibili;
- b) assoluta impossibilità di devolvere ad arbitri le controversie relative a rapporti di "diritto amministrativo", involgenti posizioni giuridiche soggettive di interesse legittimo e connesse pubbliche potestà, in considerazione della loro (presunta) "ontologica" indisponibilità;
- c) medesima impossibilità (quasi universalmente affermata dalla giurisprudenza, ma contestata da parte della dottrina) di devolvere ad arbitri le controversie relative a rapporti di "diritto amministrativo", concernenti posizioni giuridiche di diritto soggettivo devolute alla esclusiva giurisdizione amministrativa, prescindendo dalla loro natura di diritto disponibile o meno.

In senso diametralmente opposto alle conclusioni raggiunte dalle riportate pronunce, altra giurisprudenza di legittimità, questa volta a Sezioni Unite, aveva già da tempo ripetutamente ravvisato la piena transigibilità dell'interesse legittimo, sul presupposto che "*nessuna disposizione vieta che si possa disporre di detto interesse personale, e che quindi lo stesso possa essere oggetto di transazione, qualificandosi o come aliquid datum o aliquid retentum*"¹², leggendo così in chiave essenzialmente liberale il preesistente deficit legislativo al riguardo.

Solo successivamente, con l'entrata in vigore della Legge 205/2000, il Legislatore ha provato a chiarire la portata del tradizionale principio dell'indisponibilità e superato l'orientamento

¹¹ In tali termini si è espressa la giurisprudenza di legittimità con Cass., sent. n. 7643/1995, in www.cortedicassazione.it.

¹² Così, Cass., S.U., 22 gennaio 1982, n. 427, in Riv. Giur. Ed., 1982, I, pagg. 611 e ss..

eccessivamente restrittivo seguito dalla più estremista giurisprudenza, prevedendo all'art. 6, comma II che *“le controversie concernenti diritti soggettivi devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo possono essere risolte mediante arbitrato rituale di diritto”*, per poi ribadire, come anticipato, la propria scelta nel recentissimo art. 12 D.Lgs. 2 Luglio 2010, n. 104 (cosiddetto “Codice del processo Amministrativo”). Quindi, il Legislatore, da un lato, ha ammesso in modo innovativo la possibilità di deferire ad arbitri la risoluzione di questioni riguardanti diritti soggettivi (da individuarsi, sempre e comunque, alla luce del disposto di cui all'art. 806 c.p.c.) e, dall'altro, si è ritenuto, in prevalenza, che abbia definitivamente reso norma il “dogma” della incompromettibilità degli interessi legittimi: ammettere, infatti, nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo il ricorso all'arbitrato (*rectius*: arbitrato rituale di diritto) per i soli diritti soggettivi, sarebbe equivalso ad escluderlo per le altre situazioni giuridiche soggettive azionabili in tale ambito, ovvero proprio per gli interessi legittimi. E' da segnalare, tuttavia, come persino in giurisprudenza amministrativa, seppur con particolare riferimento alle controversie proprie dell'ordinamento sportivo (art. 3 Legge 280/2003), ma con efficacia argomentativa diffusa, si sia levata, al riguardo, anche qualche voce di dissenso; ad esempio, **Tar Lazio – Sezione Terza Ter, sentenza n. 4362/2005** ha contestato in radice l'esposta convinzione¹³, traendo argomenti dall'art. 11 Legge 241/1990 e ss. modificazioni, nonché dal ruolo che la P.A. deve (*rectius*: dovrebbe) assumere e svolgere in un ordinamento moderno come il nostro. Il G.A. di primo grado, in questa non isolata pronuncia, ha negato l'assunto secondo cui non sarebbe compromettibile per arbitri la tutela degli interessi legittimi, e ciò poiché *“è assodato in base ai dati testuali che, pure fuori dalla materia sportiva, l'ordinamento generale non solo non esclude, ma anzi incoraggia accordi che coinvolgono siffatte situazioni soggettive [n.d.r.: interessi legittimi], sostituendo la volizione unilaterale della P.A. con assetti negoziati che, pur se rivolti a soddisfare interessi privati, mirano comunque alla massimizzazione di quello pubblico con risultati di pari dignità ed efficacia dell'azione amministrativa di livello pari a quanto si potrebbe ottenere con un provvedimento. Anzi, tali procedure negoziate, già assai comuni in materia concessoria o urbanistica, trovano la loro massima utilizzabilità proprio in vicende contenziose, ove la qualità degli interessi coinvolti, la vasta diffusione delle questioni e la necessità di componimenti ante causam o di risoluzione anche in via equitativa delle stesse impongono formule deflative e/o alternative alla giurisdizione, indipendentemente dal tipo di posizioni soggettive fatte valere in via di tutela. Inoltre, dal canto suo l'art. 3, c. 1, II per. del DL 220/ 2003, nella misura in cui fa salve tutte le clausole compromissorie, ha irrevocabilmente sancito la compromettibilità per arbitri di tutte le questioni [...] ancorché coinvolgenti interessi legittimi”*.

¹³ In realtà, Tar Lazio – Sezione Terza Ter, sentenza n. 4362/2005 ha contestato in genere il convincimento dell'inarbitrabilità degli interessi legittimi.

Anche in dottrina non è mancato chi ha sostenuto le argomentazioni della tesi appena riportata, le quali, coerentemente con il parametro normativo citato nella sopra ricordata pronuncia e, sembra necessario ritenere, con l'intero sistema di diritto del nostro ordinamento giuridico, hanno sostanzialmente poggiato sul rilievo che la norma in argomento presupponga la normale negoziabilità del potere amministrativo, rimuovendo in tal modo tutti i limiti che traevano origine dalle presunte “*doverosità-irrinunciabilità*”, “*funzionalizzazione al pubblico interesse*” dell'esercizio del potere ed “*intrasferibilità-indelegabilità*” di quest'ultimo.

Lungi dal costituire un mero esercizio retorico, la questione della compromettibilità degli interessi legittimi e, più in generale, delle situazioni giuridiche rientranti nella giurisdizione del giudice amministrativo non è, come in parte detto in incipit, affatto priva di relevantissimi risvolti, tanto dogmatici, quanto pratici.

In primis, ci si dovrebbe interrogare se la norma di cui all'art. 6, comma II Legge 205/2000 e di cui, ora, al nuovo art. 12 Codice del Processo Amministrativo, sia o meno l'unico punto di riferimento normativo in materia (sebbene gli articoli di legge siano due, può parlarsi di unica norma, stante l'assoluta identità di contenuti); in altri termini, se le ragioni della disponibilità o della indisponibilità debbano essere colte solo in relazione a tale disposizione o vadano cercate anche aliunde. Sul punto la giurisprudenza amministrativa si è marcatamente divisa. Nel primo senso si è espressa, seppur indirettamente **Tar Lazio – Sezione Terza Ter, sentenza n. 4284/2005**, mentre in senso diametralmente opposto, si è posta **Consiglio di Stato, sentenza n. 527/2006**, che, ricordando “*la nota incompromettibilità in arbitri di tali posizioni giuridiche soggettive [n.d.r.: interessi legittimi] (su cui cfr art. 6 della legge n. 205/2000)*”, giustifica la stessa in considerazione del fatto che le situazioni giuridiche in argomento “*a causa del loro collegamento con un interesse pubblico, e in forza dei principi sanciti dall'art. 113 Cost. sono insuscettibili di formare oggetto di una rinuncia – preventiva, generale e temporalmente illimitata – alla tutela giurisdizionale*”, con la conseguenza di non essere disponibili ai sensi degli artt. 806 c.p.c. e 1966 c.c., quindi, tali da non essere né deferibili ad arbitri, né idonei a costituire oggetto di negoziazione sostanziale (transazione). Evidentemente i due contrapposti orientamenti sopra ricordati intendono e ricostruiscono il divieto di arbitrabilità-transigibilità degli interessi legittimi in maniera dissimile: il primo fa riferimento alla sola disposizione di cui all'art. 6 Legge 205/2000 (leggi, ora: art. 12 D. Lgs. 104/2010), di cui si da', come appare doveroso a chi scrive (per i motivi che meglio si chiariranno in seguito), una lettura liberale, mentre la seconda considera quest'ultima disposizione come mera “conferma” normativa di un pre-esistente principio giuridico di cui è traccia nell'art. 113 Cost..

Ora, pervenendo ad *consequentias* e limitando per un attimo il campo al solo aspetto dell'arbitrabilità, qualora si volesse seguire il consolidato insegnamento delle Sezioni Unite della

Suprema Corte¹⁴, secondo cui l'autonomia negoziale che si estrinseca nella remissione ad arbitri di una lite è espressione della *"legittimazione a derogare alla giurisdizione"*, affermare l'una o l'altra delle esposte teorie consentirebbe, rispettivamente, il riconoscimento o meno della possibilità, in capo alle parti, di esprimere, attraverso la stipula di un patto compromissorio, una deroga alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo per la risoluzione di questioni involgenti anche posizioni di interesse legittimo. In altri termini, se le parti potessero deferire ad arbitri una questione riguardante interessi legittimi, le stesse, in forza di un accordo compromissorio, potrebbero scegliere di ricorrere ad un sistema di risoluzione delle controversie derogatorio della tutela giurisdizionale statale (*in specie*: il giudice amministrativo), nello stesso identico modo in cui, in ipotesi di questioni involgenti diritti soggettivi, non necessariamente rientranti nella giurisdizione esclusiva amministrativa, le stesse potrebbero derogare alla competenza cognitiva del giudice ordinario in favore di un giudizio arbitrale. In presenza di tale deroga ed una volta conclusosi l'arbitrato, le parti avrebbero scelto di sottrarre la successiva eventuale impugnazione alla competenza esclusiva del giudice amministrativo, per rimetterla a quella generale del giudice ordinario, nei modi e nei termini descritti dagli artt. 828 e ss. c.p.c.. A ben guardare, però, ad analoga conclusione pratica si deve giungere, anche nel caso in cui, concependo il giudizio arbitrale come *"potenzialmente fungibile rispetto agli organi della giurisdizione statale"*¹⁵, si ritenesse l'arbitrato come alternativo (e non derogatorio) alla giurisdizione della Repubblica: in tale ipotesi, infatti, le parti sceglierebbero comunque di seguire una via diversa da quella che passa per gli organi giurisdizionali statali (rinunciandovi e non derogandoli) ed assoggettandosi ancora una volta alla disciplina del Codice di Procedura Civile dettata in tema di impugnazione dei lodi.

Quanto al tema dei profili prettamente pragmatici, la prima cosa che viene in mente è, soprattutto, la possibilità di realizzare, attraverso il raggiungimento dell'obiettivo della disponibilità degli interessi legittimi, un sistema di risoluzione delle controversie involgenti tali posizioni giuridiche che non debba necessariamente approdare alle aule giudiziarie amministrative. Tanto la transazione, quanto l'arbitrato (rituale di diritto) sono in sé e per sé strumenti idonei ad evitare l'approdo della disputa al giudice istituzionale e consentire l'estendibilità di simili mezzi anche alle posizioni in argomento, consentirebbe, da un lato, di ridurre il carico processuale di T.A.R. e Consiglio di Stato e, dall'altro, di giungere a soluzioni sostanziali delle querelles in tempi più rapidi e con esiti soddisfacenti per tutte le parti (non vi sarebbero, infatti, parti vincitrici e parti soccombenti). Ovviamente, non si è così ingenui da credere che la semplice possibilità di disporre degli interessi legittimi induca automaticamente i cittadini destinatari dell'esercizio di un pubblico potere e Pubblica Amministrazione a rifuggire dal G.A. verso ipotesi di negoziazione delle controversie e delle

¹⁴ Cass., S.U., sent. n. 527/2000; ma anche: Cass., Sez. I, sent. n. 1403/2001, entrambe in www.cortedicassazione.it.

¹⁵ Come ricordato più sopra: Corte Costit., sent. n. 376/2001, in www.cortecostituzionale.it.

posizioni che queste ultime involgono. Sarà necessario a tal fine, un intervento legislativo sulla falsa riga di quello avvenuto con il D. Lgs. 28/2010, che faciliti l'accesso alle forme stragiudiziali o alternative-derogatorie alla giurisdizione statale, attraverso la concessione di incentivi, di qualsiasi natura, tra cui, non ultimi, quelli economici e fiscali; ciò fermo restando che i motivi di ricorso a forme altre rispetto al giudice amministrativo, implicano già una serie di benefici acquisibili in termini di risparmio di tempo e risorse.

Tornando al tema principale, un significativo primo passo nella direzione opposta a quella seguita prevalentemente da dottrina e giurisprudenza e che di fatto lascia inalterato il presunto principio della indisponibilità degli interessi legittimi, potrebbe muoversi contestando la natura necessariamente pubblicistica di tutte le attività svolte dalla P.A., così da escludere che le posizioni giuridiche rinvenibili nell'esercizio di esse debbano sempre dar vita ad interessi legittimi. Traendo argomenti indirettamente da **Tar Lazio – Sezione Terza Ter, sentenza n. 4362/2005** e richiamando, in un certo senso, sforzi ed osservazioni fatti dalla dottrina degli anni '90¹⁶, una possibile soluzione nel senso poco sopra chiarito, potrebbe essere stata offerta dal Legislatore con la Legge 15/2005, la quale ha operato una rilevante modificazione di alcune norme della legge sul procedimento amministrativo; il riferimento è all'introduzione del comma I bis, art. 1 Legge 241/1990, per mezzo del quale è stato sovvertito il tradizionale dogma della natura generalmente e tendenzialmente pubblica dell'attività della P.A. e, quindi, dell'azione amministrativa come attività retta, salve deroghe espresse ex lege, dal diritto pubblico. *“Questo principio, peraltro, da ritenere superato sia nella prassi applicativa delle pubbliche Amministrazioni, sia nelle impostazioni dottrinali e giurisprudenziali, viene ribaltato dalla norma in esame. Secondo essa infatti l'agire secondo il diritto pubblico deve essere oggetto di espressa previsione normativa; chè altrimenti le pubbliche Amministrazioni agiscono secondo il diritto privato, sulla base cioè delle capacità giuridica ad esse senz'altro riconosciuta. Restano fuori, secondo la norma, dalla possibilità di applicazione del diritto privato i casi di esercizio di poteri autoritativi”*¹⁷. Quanto appena riportato, volendo ammettere, senza concessione alcuna, che sia fondata la tesi dell'impossibilità di ritenere compromettibili per arbitri gli interessi legittimi, consente comunque di operare una sensibile restrizione delle posizioni giuridiche qualificabili come tali nei casi di intervento della Pubblica Amministrazione. Limitare l'ambito degli interessi legittimi alle sole ipotesi di esercizio di poteri autoritativi degli enti pubblici, vuol significare un maggiore impegno dell'interprete (sì in dottrina,

¹⁶ S. VENEZIANO, intervento al Convegno Studi *I servizi pubblici nella legge 21 luglio 2000 n. 205* del 25-27/05/2001.

¹⁷ V. CERULLI IRELLI, *Osservazioni generali sulla legge di modifica della l.n. 241/90*, pubblicato in data 21/02/2005 su http://www.giustamm.it/index0/newsletter/2005/2005_2_21.htm

ma soprattutto in giurisprudenza) nell'individuare, caso per caso, senza pregiudizi e generalizzazioni, quale tipo di attività i detti enti svolgano, quale tipo di poteri essi realizzino e su quali situazioni giuridiche soggettive vengano ad incidere.

In questi termini, la problematica in esame subirebbe a sua volta un ulteriore e più consistente ridimensionamento: nei casi in cui fossero coinvolti interessi legittimi, avendo la P.A. agito *iure publicorum* ed adottato, pertanto, atti espressione di un pubblico potere in senso autoritativo, il giudice amministrativo avrebbe competenza a conoscerli, in ragione del ritenuto criterio fondamentale e "sopranormativo" della indisponibilità delle posizioni de quibus. Nel caso, invece, di controversie aventi ad oggetto diritti soggettivi, comunque solo quelli disponibili *ex art. 806 c.p.c.*, e seppur rientranti nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, i soggetti dell'ordinamento ben potrebbero ricorrere a soluzioni transattive oppure ad arbitrati rituali e di diritto, svincolandosi dalla cognizione del G.A. (in quest'ultimo caso, derogando o rinunciando a seconda della tesi seguita) ed assoggettandosi alla disciplina codicistica prevista in tema di arbitrato.

Il ragionamento sin qui condotto è avvenuto considerando quale dato definitivamente acquisito l'asserita indisponibilità degli interessi legittimi, cosicché i risultati cui si è giunti e che sono stati appena chiariti, conservano la loro bontà (*rectius*: validità) logico-giuridica laddove si voglia continuare a ritenere, per le ragioni sopra esposte, la peculiare situazione giuridica soggettiva de qua insuscettibile di rientrare nel potere dispositivo del relativo "titolare". Tuttavia, il tema della arbitrabilità dell'interesse legittimo, o meglio delle questioni che involgano un interesse legittimo, potrebbe essere risolto ab origine qualora si rivelasse fondato l'insegnamento di quella parte della dottrina (minoritaria) e della giurisprudenza delle Sezioni Unite che non vede ostacoli insuperabili alla attribuzione del requisito della disponibilità e, dunque, della transigibilità-compromettibilità per arbitri.

A sostegno di una simile tesi devono rinvenirsi importanti argomentazioni, la cui origine è prettamente normativa. Atteso che la formulazione dell'art. 806 c.p.c., post riforma 2006, si presta ad una lettura ambivalente, nel senso, ovvero, di consentire una lettura tanto favorevole alla arbitrabilità dei soli "diritti", quanto orientata a favore della compromettibilità di tutte le situazioni giuridiche in sé e per sé "disponibili", assolutamente dirimente appare l'individuazione della ratio della norma in questione. Quest'ultima non può che essere colta in relazione al dettato della legge delega, alla cui luce deve essere interpretato il precetto del Legislatore delegato; si legge, infatti, nel testo della delega (art. 1, comma III, lett. d) Legge 80/2005): "*reformare in senso razionalizzatore la disciplina dell'arbitrato, prevedendo la disponibilità dell'oggetto, come unico e sufficiente*

presupposto dell'arbitrato, salva diversa disposizione di legge". Come opportunamente rilevato da illuminata dottrina, una simile disposizione, in combinato disposto con il testo della riformata norma, fa comprendere come, l'intenzione del delegante fosse quella di individuare quale unico elemento di discriminazione tra controversie arbitrabili e non arbitrabili, la loro disponibilità sostanziale, o meglio ancora, *"la predicabilità di un oggetto della controversia che"* fosse *"passibile di atti di disposizione, attraverso l'esercizio di facoltà ricollegabili alla titolarità, in capo a chi sottoscrive la clausola arbitrale o il compromesso, di determinate posizioni giuridiche soggettive di diritto sostanziale"*¹⁸. Se ciò è vero (ed appare difficile dubitarlo), all'esclusivo richiamo dell'art. 806 c.p.c. ai diritti soggettivi indisponibili, deve assegnarsi un valore meramente esemplificativo di classi di controversie certamente non arbitrabili. L'individuazione delle altre controversie astrattamente deferibili ad arbitri appare, invece, lasciata all'interprete, secondo il criterio della disponibilità dell'oggetto della controversia, come enunciato in legge delega.

La genericità del termine "diritti" di cui al nuovo art. 806 c.p.c. potrebbe lecitamente indurre, pertanto, ad un'interpretazione del dato testuale dell'art. 6, comma II Legge 205/2000 (si legga sempre: art. 12 D. Lgs. 104/2010), come manifestazione della volontà sovrana del Legislatore di ritenere necessario un arbitrato che sia rituale di diritto, quando abbia ad oggetto i soli diritti soggettivi, e tale da escludere conseguenze di tipo proibizionistico per quanto riguarda le posizioni de quibus, le quali sarebbero (rectius: resterebbero), in assenza di divieti espressi, ugualmente disponibili; anche qui, dunque, l'arbitrabilità dei diritti rientranti nella giurisdizione esclusiva del G.A. potrebbe estendersi agli interessi legittimi, purché, però, l'arbitrato sia sempre rituale e di diritto e ciò, ritiene l'autore, sebbene non richiesto *expressis verbis* dalla legge, per ragioni di coerenza essenzialmente sistematica. Contrariamente, non sembra ravvisarsi una vera ragione logica dell'esclusione di queste ultime situazioni.

Nel tentativo di rinvenire, pertanto, dei requisiti intrinseci dell'interesse legittimo che possano confessarne un'ontologica inidoneità ad essere oggetto di transazione e, conseguentemente, ad essere disponibile ai sensi dell'art. 806 c.p.c., non può certo attribuirsi rilievo ai dati della *"rinunciabilità"* e della *"inderogabilità della disciplina legale applicabile"* (per l'interesse legittimo, il complesso delle norme del cosiddetto diritto pubblico). Quanto al primo elemento, infatti, non può dirsi che i cittadini destinatari dell'esercizio del pubblico potere e la stessa P.A. rinuncino a qualcosa, avvalendosi dello strumento giuridico di cui all'art. 1966 c.c.; qualora tali soggetti addivenissero ad una transazione, infatti, si limiterebbero ciascuno a riconoscere semplicemente una preesistente posizione di vantaggio in capo alla controparte¹⁹. Inoltre, ed una

¹⁸ F. GOISIS, *La giustizia sportiva tra funzione amministrativa ed arbitrato*, Giuffrè, Milano, 2007, pagg. 253 e ss.

¹⁹ In termini a dir poco analoghi, F. GOISIS, *La giustizia sportiva tra funzione amministrativa ed arbitrato*, Giuffrè, Milano, 2007, pagg. 240 e ss., il quale, alla nota 13), riporta anche conforme dottrina spagnola (GONZALEZ-PAREZ,

simile considerazione appare dirimente, afferendo alla natura della transazione, non appare assolutamente corrispondente alla realtà che con il negozio ex art. 1966 c.c., per quanto inteso in senso lato, si rinunci ad alcuna situazione giuridica soggettiva; al contrario, se di rinuncia si deve parlare, questa avrà meramente ad oggetto una pretesa materiale, di cui è essenzialmente dubbia la fondatezza, proprio perché è incerta la sussistenza della posizione giuridica stessa. Quanto al secondo elemento, va ugualmente detto che il ricorso alla transazione (e, dunque, in ottica lunga, ad un potenziale arbitrato) non implica, in sé e per sé, la deroga alle norme imperative applicabili. La regolamentazione “privata” di una controversia attraverso il mezzo giuridico di cui all’art. 1966 c.c. non realizza una disciplina sostanziale alternativa a quella cogente e che a quest’ultima si sostituisce; l’accordo transattivo raggiunto, che postula un’ovvia situazione di incertezza delle pretese di entrambe le parti, non configura alcuna contrarietà al diritto, ancor meno al diritto di applicazione necessaria, poiché esso si muove prettamente sul piano della lite, non sconfinando affatto sul piano della disciplina (sostanziale) delle posizioni giuridiche coinvolte dalla querelle. Ma vi è di più: la riforma della procedura arbitrale, avvenuta con il D. Lgs. 40/2006, ha provveduto a modificare l’art. 829, comma III c.p.c., rubricato “*Casi di nullità*”, in senso recettivo del consolidato insegnamento giurisprudenziale²⁰ che voleva nullo persino il lodo emanato secondo equità, qualora esso fosse stato pronunciato in contrasto a norme di ordine pubblico. Il nuovo disposto consente “*in ogni caso l’impugnazione delle decisioni per contrarietà all’ordine pubblico*”, la qual cosa, oltre ad indicare la soluzione ai casi di lodi emessi in violazione di ius cogens (e, quindi, alle preoccupazioni espresse ed ai limiti alla transigibilità-incompromettibilità individuati da parte maggioritaria della dottrina e della giurisprudenza), sembra logicamente ammettere a priori la possibilità di deferire ad arbitri la cognizione di materie regolate da norme imperative, quali quelle che involgono i cosiddetti interessi legittimi²¹. Tutto ciò senza contare, ovviamente, che con la medesima citata riforma è stato pure eliminato il tradizionale pregiudizio della inarbitrabilità delle questioni non contrattuali, questioni di cui fanno parte anche quelle che sottintendono le situazioni giuridiche soggettive in argomento.

In definitiva, l’assenza di norme che escludano espressamente la fondatezza del paradigma “transigibilità-disponibilità-compromettibilità” della posizione giuridica de qua, nonché

La transaccion en el proyecto de ley de la jurisdiccion contencioso-administrativa, in Rev. Adm. Publ., 1998, pagg. 7 e ss., per il quale, con la sola esclusione delle controversie relative a scelte discrezionali dell’Amministrazione, tutte le altre questioni potrebbero essere oggetto di transazione).

²⁰ Cfr. Cass., S.U., 3 Novembre 1993, n. 10827, in Riv. Arb., 1994, pagg. 499 e ss.; Cass., S.U., 10 Ottobre 1962, n. 2929, in Foro it., 1962, I, pagg. 41 e ss.. Si vedano pure: Cass., Sez. I, 16 Giugno 2000, n. 8231; Cass., Sez. I, 4 Maggio 1994, n. 4330, entrambe in Riv. Arb., 1994, pagg. 499 e ss.; nonché: Cass., Sez. I, 8 Novembre 1984, n. 5637; Cass., Sez. I, 17 Marzo 1982, n. 1724; Cass., 15 Febbraio 1967, n. 383; Cass., Sez. I, 29 Luglio 1964, n. 2161; Cass., Sez. I, 18 Novembre 1961, n. 2703, tutte in Foro it., 1962, I, pagg. 41 e ss..

²¹ In tal senso, si veda: G. VERDE, *Lineamenti di diritto dell’arbitrato*, Torino, 2006, pag. 61; F. GOISIS, *La giustizia sportiva tra funzione amministrativa ed arbitrato*, Giuffrè, Milano, 2007, pag. 258.

l'impossibilità di rinvenire limiti "naturalistici" alla arbitrabilità, fanno presupporre che, in realtà, gli ostacoli frapposti da parte rilevante della dottrina e della giurisprudenza amministrativa, soprattutto di secondo grado, non siano invalicabili. Un'ulteriore semplice constatazione parrebbe contribuire a vincerli definitivamente: l'interesse legittimo, in senso sostanziale, è sì l'interesse al corretto esercizio di un potere pubblico e, come tale, riguardante tutti i cittadini (*rectius*: tutti i soggetti dell'ordinamento), ma, in senso processuale, è senza dubbio la situazione in cui viene a trovarsi il solo destinatario dell'esercizio del potere pubblico e che lo legittima, unico tra gli altri consociati (non è un *quisque de populo*), ad esperire il rimedio impugnatorio previsto contro l'atto amministrativo viziato. Se così fosse, allora colui che è il solo ad apparire legittimato al ricorso, potrebbe specificatamente rinunciare all'impugnazione e così del tutto lecitamente disporre (anche in senso sostanziale) della propria posizione giuridica; quale ostacolo ad un simile atto di disposizione? Sembra logico rispondere: nessuno! Ne consegue una piena disponibilità dell'interesse legittimo anche in tema di arbitrato, operando quest'ultimo su di un piano prevalentemente processuale, senza rinuncia preventiva ad un'utilità o ad un bene della vita e senza deroghe alla disciplina imperativa e cogente. Se vi fosse una tale deroga alla disciplina sostanziale, infatti, il lodo sarebbe nullo e conseguentemente impugnabile ex art. 829, comma III c.p.c..

Si badi bene, il discorso sin qui fatto vale per qualsiasi interesse legittimo, ivi compreso quello che origina dall'esercizio di pubblici poteri autoritativi²². In astratto, pur essendo la scelta degli obiettivi operata dall'Amministrazione (attività prodromica all'esercizio del potere) vincolata nel fine (il soddisfacimento dell'interesse pubblico), non vi è alcuna ragione di asserire indiscriminatamente che la transazione (in senso lato) sul potere comporti sempre la conseguenza di un suo sviamento dalla finalità preliminarmente individuata e determinata dalla legge. Come correttamente rilevato in dottrina²³, la rigidità del vincolo finalistico, lungi da imporre l'astensione da forme di accordo sostanziale o procedurale tra P.A. e cittadini, implica, al massimo, che il risultato da raggiungere (il *decisum* contenuto nel lodo, se si tratta di disponibilità in senso arbitrale) debba essere sempre corrispondente all'interesse della collettività, rispetto alla quale l'Amministrazione si pone come ente esponenziale. Agire nel rispetto dell'interesse pubblico, infatti, vuol dire realizzare un obiettivo positivo apprezzabile da parte di tutti i cittadini, il che sottende, con i dovuti limiti e nel rispetto dei principi di solidarietà e di uguaglianza, anche il soddisfacimento di interessi privati.

²² Parte della dottrina spagnola tende a distinguere tra poteri amministrativi vincolati e discrezionali, concependo i primi come inarbitrabili sulla base della considerazione che non vi può che essere una sola soluzione conforme alla legge. Sic, cfr. J.M. TRAYTER, *El arbitraje de derecho administrativo*, in *Rev. Adm. Pub.*, 1997, pag. 81, nonché pag. 95. Nello stesso modo, conclude anche qualche voce dottrina italiana: NELA, *Controversie arbitrali*, in *Le recenti riforme del processo civile*, commentario diretto da Chiarloni, tomo II, Bologna, 2007, pag. 1590.

²³ F. GOISIS, *La giustizia sportiva tra funzione amministrativa ed arbitrato*, Giuffrè, Milano, 2007, pagg. 267 e ss.

Validi e convincenti argomenti contrari alla sopra esposta tesi, non appare possibile rinvenirli neppure in riferimento alla (eventuale) fase impugnatoria del lodo che decida questioni involgenti interessi legittimi. In altri termini, poiché alla qui ritenuta arbitrabilità di dette posizioni giuridiche consegue la definizione delle querelles che le sottendono attraverso un lodo, vale a dire attraverso quell'atto che chiude tipicamente la procedura arbitrale, potrebbe obiettarsi che ritenere disponibili, in generale, e compromettibili, in particolare, gli interessi legittimi determinerebbe lo sviamento degli stessi dal loro giudice naturale; come è noto, infatti, l'impugnazione del lodo può avvenire solo nei modi e nelle forme di cui alla disciplina codicistica ex artt. 806 e ss. c.p.c., ovvero, nel caso si tratti di arbitrato rituale, dinanzi alla Corte d'Appello territorialmente competente e per i soli motivi di cui all'art. 829 c.p.c.²⁴. Ciò, in estrema sintesi, vorrebbe dire che laddove si considerassero deferibili ad arbitri gli interessi legittimi, la giurisdizione che verrebbe in rilievo sarebbe quella del giudice ordinario e non più quella del giudice amministrativo. Una simile conclusione, tuttavia, appare la più logica: per quanto non sia mancato, in dottrina, chi abbia elaborato e proposto soluzioni intermedie, quale l'arbitrabilità dell'interesse legittimo, con conseguente impugnazione del lodo dinanzi al giudice amministrativo²⁵, tesi questa sorretta dal non superficiale argomento della possibile attrazione *ratione materiae*, sembra assolutamente più convincente, poiché fondata su solide basi normative²⁶, nonché su coerenti argomentazioni logiche²⁷, la scelta di devolvere un eventuale lodo sulle situazioni giuridiche soggettive in argomento alla cognizione dell'A.G.O.²⁸. Orbene, se si ammettesse quanto sin qui esposto²⁹, potrebbe astrattamente verificarsi un problema di

²⁴ Nell'ordinamento giuridico italiano, a differenza di qualche altro sistema giudiziario europeo, in primis la Francia, il lodo non è appellabile.

²⁵ Tra tutti, si veda: P. DE LISE, *Verso il nuovo processo amministrativo*, a cura di Cerulli Irelli, Torino, 2000, pag. 192.

²⁶ Le basi normative debbono rinvenirsi nella disciplina contenuta negli artt. 827 e ss. c.p.c., uniche disposizioni di riferimento in tema di impugnabilità dei lodi arbitrali.

²⁷ E' logicamente coerente ritenere che, se la lettura da dare all'art. 806 c.p.c. debba essere quella liberale, la quale consente l'estensione del novero delle questioni arbitrabili anche a quelle involgenti interessi legittimi, l'assenza di norme che prevedano modi e forme per l'impugnativa di un lodo che statuisca in ordine ad interessi legittimi, non vada interpretata, considerate le premesse, come inarbitrabilità degli stessi, ma come richiamo implicito ed indiretto alla disciplina dell'impugnazione del lodo prevista nel codice di rito. Se non vi è una regola speciale che deroghi alla regola generale, allora è quest'ultima che dovrà essere applicata, onde evitare il verificarsi di vuoti normativi, nonché l'interpretazione di questi ultimi come divieti taciti.

²⁸ In tal senso si è sempre espressa la maggioritaria dottrina ante e post Legge 205/2000, persino la dottrina che giungeva ad escludere l'arbitrato in materie rientranti nella giurisdizione esclusiva, argomentando proprio su tale presupposto una simile impossibilità. Cfr. le posizioni di A. ROMANO TASSONE, *Il processo davanti al giudice amministrativo*, a cura di Sassani e Villata, Torino, 2001, pagg. 400 e ss.; F. CARINGELLA, *La nuova giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*, Milano, 2000, pag. 699; G. VERDE, *Ancora su arbitri e pubblica amministrazione*, in Riv. Arb., 2000, pagg. 389 e ss.; C. CONSOLO, *La giurisdizione del giudice amministrativo si giustappone a quella del giudice "ordinario" e ne imita il processo*, in Giust. Civ. 2000, II, pag. 537; C. CONSOLO, *Il processo civile fra snellezza e civilizzazione*, in Corriere giuridico, 2000, pag. 1267.

²⁹ Compromettibilità degli interessi legittimi ed impugnabilità del lodo dinanzi alla Corte d'Appello territorialmente competente.

compatibilità tra natura della giurisdizione adita e natura della posizione giuridica azionata³⁰: a ben vedere, però, la possibilità di devolvere al giudice ordinario la cognizione (incidentale, come si dirà tra breve,) sugli interessi legittimi non desterebbe particolari problemi dogmatici, né pratici. Per prima cosa, la giurisdizione non è determinata dalla natura della regola applicabile al caso di specie, o meglio, ritenuta applicabile al caso di specie dalle parti di una controversia; il giudice ordinario ben può conoscere ed applicare una norma di diritto pubblico (come un precetto costituzionale), così come il giudice amministrativo può applicare una o più disposizioni del codice civile (ad esempio, in materia edilizia, in tema di rispetto di distanze legali ex artt. 873 e ss. c.c.). In secondo luogo, la cognizione del giudice ordinario di cui si sta parlando si configura essenzialmente come una conoscenza mediata ed incidentale, in quanto oggetto principale del giudizio impugnatorio (almeno nella fase rescindente) è l'accertamento dei vizi che comportano la nullità del lodo impugnato: l'annullamento del lodo attiene, infatti, a profili del tutto estrinseci alla giurisdizione amministrativa³¹, anche laddove si tratti di vizi di merito, di cui all'art. 829, comma III c.p.c.³². La questione diviene, invece, molto più delicata per la fase cosiddetta rescissoria, nella quale si sente maggiormente il problema della conoscibilità dell'interesse legittimo da parte di un organo giurisdizionale, che non si pone propriamente come il giudice naturale della posizione giuridica de qua. In ogni caso, pur dovendo ancora una volta rilevare una "tradizionale", se non atavica, divisione dottrinarica e giurisprudenziale³³ sul punto, è comunque possibile prospettare una soluzione salvifica della arbitrabilità degli interessi legittimi e, più in generale, della loro disponibilità. Ferma restando la possibilità per i diritti soggettivi (disponibili) di essere sempre conosciuti da arbitri, anche quando ricadano nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, in relazione agli interessi legittimi potrebbe senza alcuna difficoltà concettuale, né ostacolo normativo, prospettarsi, per la sola fase del iudicium rescissorium, la giurisdizione del giudice della legittimità degli atti amministrativi e, più precisamente, del Tribunale Amministrativo

³⁰ Nel senso dell'esistenza di un problema di incompatibilità logico-giuridica, tale da ingenerare il convincimento che gli interessi legittimi (prima della Legge 205/2000, tutte le posizioni giuridiche rientranti nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo) siano inarbitrabili, si consideri: P. DE LISE, *L'arbitrato nel diritto amministrativo*, in Riv. Trim. Dir. Proc. Civ., 1990, pagg. 1196 e ss.; L. ACQUARONE – C. MIGNONE, *Arbitrato nel diritto amministrativo*, in Dig. Disc. Pubbl., I, Torino, 1987, pagg. 371 e ss.; G. CAIA, *Arbitrati e modelli arbitrali nel diritto amministrativo*, Milano, 1989, pag. 205.

³¹ F. CARINGELLA, *La nuova giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*, Milano, 2000, pag. 697.

³² In tal senso si veda: F.P. LUISO, *Arbitrato ex art. 6 l. 205/2000 e giurisdizione*, in www.judicium.it, secondo il quale "è vero che in questo caso, la corte di appello fa applicazione di quelle stesse norme che utilizza il Consiglio di Stato quando controlla la correttezza in iure del merito di una sentenza del TAR", anche se "l'oggetto dei due giudizi è ben diverso" e "le stesse norme servono per due funzioni diverse (l'annullamento del lodo, in un caso; la sostituzione della sentenza appellata, nell'altro)".

³³ Divisione dottrinarica e giurisprudenziale che discende essenzialmente da quella generalmente esistente in tema di compromettibilità degli interessi legittimi, con particolare riferimento, quanto ad argomentazioni, alla presunta inarbitrabilità dovuta al regime impugnatorio cui sarebbe stato sottoposto il lodo, se avesse deciso su questioni relative alle posizioni giuridiche de quibus.

Regionale ovvero del Consiglio di Stato³⁴. In tal modo, si rispetterebbe tanto il paradigma normativo, anche di rango costituzionale³⁵, che vede il giudice amministrativo quale giudice naturale degli interessi legittimi ed il giudice ordinario quale giudice naturale dell'impugnazione del lodo (sempre e comunque per la fase rescindente), quanto la ratio (logica) che giustifica la scelta del Legislatore di ripartire la potestas iudicandi tra A.G.O. ed A.G.A., in ragione della differente natura della situazione giuridica soggettiva fatta di volta in volta valere. Non sembra, poi, che la soluzione proposta possa scandalizzare: pur non volendo considerare, quale rilievo di ordine pratico, che la fase rescissoria si palesa come doppiamente eventuale, nel senso che la sua esistenza dipende, in primis, dalla proposizione dell'impugnazione e, in secondo luogo, dall'esito favorevole della stessa nella fase rescindente, e che, dunque, potrebbero ben darsi casi di definizione della vicenda con il solo iudicium rescindens, non bisogna dimenticare come l'art. 830, comma II c.p.c. (il quale prevede la tendenziale competenza a decidere della Corte d'Appello anche per il giudizio rescissorio) stabilisca la possibilità di una deroga alla regola generale in tema di organo giurisdizionale competente, laddove tutte le parti della procedura arbitrale abbiano manifestato una volontà contraria³⁶ alla trattazione del merito da parte del giudice ordinario di secondo grado. Ciò non vuol dire che le parti siano autorizzate a scegliere liberamente la giurisdizione che preferiscano³⁷ (cosiddetto "forum shopping"), ma dimostra semplicemente come sia

³⁴ Conformemente in dottrina, si consideri: F.P. LUISO, *Arbitrato ex art. 6 l. 205/2000 e giurisdizione*, in www.judicium.it, il quale logicamente e coerentemente conclude che "se, infatti, il lodo ha ad oggetto una controversia relativa ad interessi legittimi, la corte di appello si limita ad annullarlo senza pronunciare nel merito. In realtà, quindi, la decisione di merito conseguente all'annullamento del lodo produce solo un ritorno della controversia al suo giudice naturale, cui eccezionalmente (art. 103 Cost.) è sottratta". Quanto alla scelta fra T.A.R. e Consiglio di Stato, la dottrina maggioritaria si orienta a favore dell'organo giurisdizionale di secondo ed ultimo grado; si veda, in particolare: F. CARINGELLA, *La nuova giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*, Milano, 2000, pag. 699; A. ROMANO TASSONE, *Il processo davanti al giudice amministrativo*, a cura di Sassani e Villata, Torino, 2001, pag. 402; P. DE LISE, *Verso il nuovo processo amministrativo*, a cura di Cerulli Irelli, Torino, 2000, pag. 192. Tuttavia, a parere di chi scrive, un simile orientamento, seguito nel tentativo di trovare nella giustizia amministrativa un corrispettivo alla Corte d'Appello, è fuorviato dalla constatazione che quest'ultimo soggetto è organo di giudizio di secondo grado e che, non esistendo nel processo amministrativo, un "terzo grado", appaia più garantista effettuare la scelta in favore di un soggetto di grado comunque sovraordinato al primo. A ben vedere, pertanto, appare più opportuno, se non corretto, attribuire un simile ruolo al T.A.R., apparendo insuperabile il rilievo proposto da F.P. LUISO, *Arbitrato ex art. 6 l. 205/2000 e giurisdizione*, in www.judicium.it, secondo cui, affidando il rescissorio al Consiglio di Stato, si avrebbero decisioni assolutamente incontrollabili, ovvero insuscettibili di sindacato da parte di un organo sovraordinato, con conseguente insorgere di una fondata questione di legittimità costituzionale, giustificata dal fatto che nel processo amministrativo l'appello costituisce strumento ineliminabile, non esistendo il ricorso per Cassazione. In senso analogo si consideri, in dottrina: T.E. LIEBMAN, *Il giudizio d'appello e la costituzione*, in Riv. Dir. Proc., 1980, pagg. 407 e ss.; in giurisprudenza: Corte Cost., 1 Febbraio 1982, n. 8, in Giur. It., 1982, I, 1, pag. 766.

³⁵ Cfr. art. 103 Cost.

³⁶ Espressa nel compromesso o nella clausola compromissoria.

³⁷ Come è noto non è possibile derogare consensualmente alla ripartizione interna della giurisdizione; cfr. sull'argomento: C. CONSOLO, *Arbitrato e pubblica amministrazione*, Milano, 1999, pag. 152. Nel senso di una possibilità di deroga alla giurisdizione, ma solo come effetto indiretto dell'accordo delle parti espresso nel patto compromissorio, si veda: F.P. LUISO, *Arbitrato ex art. 6 l. 205/2000 e giurisdizione*, in www.judicium.it. In senso conforme, si considerino: F. CARINGELLA, *La nuova giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*, Milano, 2000, pag. 697; A. ROMANO TASSONE, *Il processo davanti al giudice amministrativo*, a cura di Sassani e Villata, Torino, 2001, pagg. 401 e ss.; BARRELLA, *Incompatibilità fra giurisdizione esclusiva e arbitrato?*, in Riv. Arb., 2000, pagg. 203 e ss..

naturalisticamente e normativamente ipotizzabile il trasferimento della controversia dalla Corte d'Appello al T.A.R. ovvero al Consiglio di Stato, dopo l'espletamento della fase rescindente, senza che ciò comporti la necessità di vincere ostacoli di un qualche genere o di una qualche natura, formali (*rectius*: strutturali-procedurali) o sostanziali che siano.

In conclusione, *de iure condito* e, dunque, non solo nell'ottica di una prospettiva futura, si possono sin d'ora elaborare due soluzioni alternative³⁸, che, nonostante il colpevole silenzio mantenuto dal Legislatore anche con il D.Lgs. 104/2010, hanno in comune l'effetto di ridurre l'eccessiva portata dell'orientamento elaborato e seguito dal Consiglio di Stato, drasticamente schierato contro la disponibilità-transigibilità-compromettibilità degli interessi legittimi e del potere pubblico in generale. La prima è quella che propone di ritenere, in virtù di considerazioni basate su dati normativi e su coerente ed approfondita analisi ermeneutica circa gli elementi intrinseci della posizione giuridica de qua, che gli interessi legittimi siano, per loro natura, generalmente transigibili ed arbitrabili, salvo diversa espressa previsione contraria (che al momento non è possibile riscontrare). Pur nella consapevolezza che quella proposta non sia una soluzione largamente condivisa, a parere di chi scrive, pertanto, si può ben giungere all'arbitrabilità degli interessi legittimi, attraverso la via tracciata dalla norma di cui all'art. 6 Legge 205/2000 ed ora all'art. 12 Codice del Processo Amministrativo, purché la si legga, come pare doveroso, in chiave liberale. Ciò vuol dire, purché si dia una lettura della citata disposizione nel senso di prendere atto che il Legislatore ha fatto riferimento ai soli diritti soggettivi rientranti nella giurisdizione esclusiva, prevedendo per loro la possibilità di arbitrato e specificandone la tipologia. Nulla ha detto il Legislatore sugli interessi legittimi, che, in forza della loro naturale disponibilità e dell'assenza aliunde di divieti espressi, potrebbero essere arbitrabili, si ritiene, nella forma rituale e con canone di giudizio costituito dal diritto.

La seconda soluzione, invece, è quella che, pur passando ancora per la via normativa (artt. 6 Legge 205/2000 e 12 Codice del processo Amministrativo), presuppone sì, questa volta, una lettura di più ampio respiro della norma, una lettura, dunque, tale da consentire di ricavare implicitamente dal testo l'esclusione degli interessi legittimi dal novero delle situazioni giuridiche soggettive potenzialmente arbitrabili, ma che postula anche un ruolo diverso e più moderno della Pubblica Amministrazione. Laddove si volesse seguire una simile interpretazione, infatti, non si potrebbe comunque giungere, come invece fa maggioritaria, se non unanime, giurisprudenza amministrativa, alla indiscriminata ed apodittica conclusione della intransigibilità-incompromettibilità di tutte le questioni pubblicistiche non involgenti posizioni di diritto soggettivo. Se veramente gli interessi

³⁸ La prima della quali l'autore ritiene preferibile.

legittimi sono per loro natura inidonei ad essere oggetto di transazione e di arbitrato e tale caratteristica deve essere desunta pure dall'art. 6 Legge 205/2000 (art. 12 D.Lgs. 104/2010), allora la portata di una simile indisponibilità dovrebbe essere esclusa per tutte quelle posizioni giuridiche scaturenti dall'esercizio di poteri sì pubblici, ma non autoritativi, con conseguente ammissibilità dell'esistenza di transazioni e lodi in tali ipotesi. Esclusione i cui confini potrebbero significativamente ampliarsi, laddove, in forza di una più moderna idea di Pubblica Amministrazione, supportata normativamente dalla lettura dell'art. 1, comma I bis della Legge 241/1990, si concepissero le attività e le funzioni degli organi pubblici come non prevalentemente pubblicistiche, anzi tendenzialmente privatistiche, salvo espresse eccezioni.

Sul filo della logica e della vigente normativa ordinaria e costituzionale non sembra potersi giungere ad altre soluzioni ugualmente convincenti.

In definitiva, con particolare riferimento al D.Lgs. 104/2010, quest'ultimo intervento legislativo sembra non aver tolto, né aggiunto alcunché al dibattito pre-esistente alla sua entrata in vigore, né in relazione alla disponibilità sostanziale degli interessi legittimi, né in relazione al regime di impugnazione del lodo (pur volendo, quanto meno, confinare quest'ultimo al più angusto ambito dei diritti soggettivi rientranti nella giurisdizione esclusiva del Giudice Amministrativo); in altri termini, il nuovo Codice del Processo Amministrativo non ha contribuito a fare chiarezza una volta per tutte in subiecta materia, lasciando in bocca il sapore dell'ennesima occasione persa per squarciare, *expressis verbis*, quell'illusorio velo che, secondo la teoria prevalente, tiene ben distinti sotto il profilo della piena disponibilità sostanziale e procedurale, i diritti soggettivi dagli interessi legittimi.