

ENERGIA: Impianto eolico - Convenzione urbanistica tra la società costruttrice e il Comune - Clausola compromissoria che demanda alla cognizione di un collegio arbitrale la risoluzione delle controversie scaturenti da eventuali inadempimenti delle parti - Art. 12 c.p.a. - Interpretazione - Fattispecie - Esatto adempimento degli obblighi negoziali assunti dalla società appellata con la convenzione - Diritti soggettivi - Arbitrato - Materie rientranti nella giurisdizione esclusiva - Costituisce alternativa ai due differenti plessi giurisdizionali, ordinario e amministrativo.

Cons. Stato, Sez. IV, 20 aprile 2023, n. 4020

1. “[...] L’art. 12 c.p.a. nel prevedere la possibilità che le controversie riservate alla giurisdizione amministrativa possano essere deferite al giudizio arbitrale, solleva delicate questioni interpretative concernenti, sia aspetti operativi riguardanti l’esatta ricostruzione della disciplina applicabile, sia profili più strettamente sistematici, concernenti la natura dell’arbitrato e della stessa giurisdizione amministrativa.

Siffatta disposizione riproduce, con alcuni importanti adattamenti, la previsione innovativa dell’art. 6, L. n. 205/2000 ed è finalizzata, in primo luogo, a definire il perimetro entro cui è ammesso l’arbitrato per le controversie astrattamente riconducibili alla giurisdizione amministrativa.

A tal riguardo, la Sezione ricorda che le controversie in materia di formazione ed esecuzione degli accordi fra pubbliche amministrazioni e tra p.a. e privati, di cui agli artt. 11 e 15, l. n. 241 del 1990, cui è riconducibile la pattuizione intercorsa tra le parti del presente procedimento, sono attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, di modo che esse ben possono essere devolute ad arbitri rituali, purché vertano, come nella specie, su diritti soggettivi.

Questa conclusione si desume da una piana interpretazione letterale dell’art. 12 c.p.a. secondo cui “le controversie concernenti i diritti soggettivi devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo possono essere risolte mediante arbitrato rituale di diritto..”.

L’assunto è consolidato anche in giurisprudenza ed è stato da ultimo ribadito dalla Suprema Corte di Cassazione, con la decisione n. 2738/2021 secondo la quale “anche le controversie relative ai menzionati accordi, rientranti nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, possono essere risolte mediante arbitrato, sempre che le situazioni giuridiche azionate abbiano consistenza di diritto soggettivo”.

In applicazione di questo principio, la Sezione osserva che la fattispecie oggetto del presente giudizio involge diritti soggettivi, concernendo l’esatto adempimento degli obblighi negoziali assunti dalla società appellata con la convenzione in disamina (in particolare l’obbligo di

trasferimento gratuito degli aerogeneratori, a seguito della scadenza del termine di 9 anni previsto dalla convenzione) [...]”.

2. “[...] Le delineate, sintetiche, coordinate sul tema del riparto di giurisdizione rendono plasticamente l’idea della differenza ontologica che sussiste tra l’arbitrato relativo a materie appartenenti alla giurisdizione esclusiva e l’arbitrato avente ad oggetto materie devolute al giudice ordinario, posto che solo nella prima delle predette fattispecie si verifica la potenziale necessità di regolamentare i confini tra giurisdizione ordinaria e amministrativa.

In conclusione, alla luce delle considerazioni che precedono trova conferma l’assunto secondo cui quando l’arbitrato ha ad oggetto materie rientranti nella giurisdizione esclusiva, esso costituisce una potenziale un’alternativa ai due differenti plessi giurisdizionali, ordinario e amministrativo [...]”.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Voreas S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 23 febbraio 2023 il Cons. Luigi Furno e uditi per le parti gli avvocati viste le conclusioni delle parti presenti, o considerate tali ai sensi di legge, come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue

FATTO e DIRITTO

1. In data 09.05.2003 il Comune di Pietramontecorvino e MF Power s.r.l. sottoscrivevano una convenzione urbanistica avente ad oggetto:

- la realizzazione da parte della MF Power s.r.l. di un parco eolico su aree di sua proprietà;
- il pagamento, da parte della MF Power s.r.l., di un contributo annuo proporzionale alla quantità di energia venduta;
- la costruzione della centrale eolica del Comune di Pietramontecorvino, costituita da 4 aerogeneratori, da scorporare, in un secondo momento, dal parco eolico realizzato dalla MF Power s.r.l..

2. In particolare, con riferimento alla realizzazione della centrale eolica comunale, l’art. 12 dell’accordo in esame prevedeva:

-una prima fase in cui MF Power s.r.l. avrebbe chiesto le autorizzazioni per la costruzione e la gestione dell'impianto eolico come un unico impianto comprensivo anche della centrale eolica comunale;

-una seconda fase nella quale, dopo l'ottenimento di tutte le autorizzazioni necessarie per la realizzazione dell'impianto eolico, e prima dell'inizio dei lavori, MF Power s.r.l. avrebbe dovuto chiedere al Comune di Pietramontecorvino se intendesse costruire a proprie spese e poi gestire autonomamente i predetti 4 aerogeneratori;

- per il caso in cui il Comune non avesse inteso costruire e gestire direttamente i 4 aerogeneratori, a ciò avrebbe provveduto MF Power s.r.l. la quale, tuttavia, al nono anno di esercizio commerciale, avrebbe dovuto trasferire a titolo gratuito la proprietà dei 4 aerogeneratori al Comune di Pietramontecorvino;

L'art. 11 della Convenzione conteneva, infine, una clausola compromissoria che demandava alla cognizione di un collegio arbitrale la risoluzione delle controversie scaturenti da eventuali inadempimenti delle parti.

3. Non avendo il Comune di Pietramontecorvino esercitato l'opzione per la realizzazione diretta della centrale eolica comunale, MF Power s.r.l., sulla base dell'autorizzazione unica regionale n.386 del 11.05.2006, procedeva alla costruzione del complessivo impianto eolico costituito in totale da 24 torri eoliche, nell'ambito delle quali erano ricompresi anche i 4 aerogeneratori relativi alla centrale eolica comunale.

4. Il complessivo impianto eolico avviava il suo esercizio commerciale in data 19.12. 2008.

In assenza del trasferimento gratuito dei 4 aerogeneratori al Comune di Pietramontecorvino, dopo la scadenza del predetto termine di anni 9, quest'ultimo proponeva, in data 13 aprile 2021, ricorso innanzi al TAR per la Puglia al fine di far accertare e dichiarare l'inadempimento della società Voreas s.r.l., nel frattempo subentrata alla originaria contraente MF Power s.r.l. .

5. Con maggiore dettaglio, il Comune di Pietramontecorvino, con il ricorso presentato in primo grado, chiedeva di:

“1) accertare e dichiarare l'inadempimento della ditta Voreas s.r.l. al trasferimento, a decorrere dal nono anno di esercizio commerciale, dell'impianto eolico e quindi a far data dal 01.01.2017 o dalla diversa data da accertarsi in corso di causa, dei 4 aerogeneratori costituenti la centrale eolica comunale al Comune di Pietramontecorvino;

2) trasferire al Comune di Pietramontecorvino la proprietà di n. 4 aerogeneratori costituenti la centrale eolica comunale finora nella disponibilità della ditta Voreas s.r.l., funzionanti e muniti: - delle opportune autorizzazioni all'installazione, al funzionamento ed all'esercizio; - al

collegamento autonomo con la rete elettrica e con il GSE; il tutto come individuati secondo la soluzione progettuale descritta nella perizia a firma dell'ing. Mezzina Antonio ovvero, per il caso di contestazione di tale soluzione tecnica, disporsi CTU tesa ad individuare i 4 aerogeneratori costituenti la centrale eolica comunale da trasferire al Comune di Pietramontecorvino;

3) condannare la ditta Voreas s.r.l. al pagamento dell'equivalente monetario dell'energia prodotta dalla centrale eolica comunale dal 19.12.2016 al 28.02.2021 pari ad € 4.813.131,00 oltre interessi e rivalutazione monetaria, come da perizia del prof. Antonio Corvino, ovvero alla maggiore o minore somma da accertarsi in corso di causa – detratto l'importo eventualmente pagato in via cautelare - anche a seguito di CTU che sin d'ora si chiede per il caso di contestazione delle somme dovute al Comune;

4) condannare la ditta Voreas s.r.l. al pagamento dell'equivalente monetario dell'energia prodotta dal 01.03.2021 al momento dell'effettivo trasferimento al Comune della centrale eolica comunale, oltre interessi e rivalutazione monetaria.”

6. In data 23.04.2021, Voreas s.r.l. si costituiva in resistenza nel giudizio di primo grado, per il tramite di una memoria con la quale chiedeva di dichiarare il ricorso inammissibile e, in ogni caso, infondato nel merito.

7. Con ordinanza n. 888 del 16 giugno 2022, il Tribunale Amministrativo per la Puglia riteneva “*di indicare, ex art. 73, comma 3 del c.p.a., eventuali profili di inammissibilità del ricorso in ragione del possibile difetto di giurisdizione di questo T.A.R., in relazione: 1) alla sussistenza della giurisdizione esclusiva di questo Tribunale, sia per quanto riguarda la natura giuridica della Convenzione Rep. n. 787/2003, sia con riferimento al tipo di pronuncia richiesta, concernente essenzialmente la possibilità di questo T.A.R. di assumere decisioni che producano effetti costitutivi/traslativi della proprietà di porzione dell'impianto (obbligo di fare); 2) alla sussistenza della giurisdizione di questo T.A.R. rispetto all'arbitrato (art. 10 della Convenzione Rep. n. 787/2003; cfr. T.A.R. Bari, Sezione Seconda, 20 settembre 2021, n. 1374)” assegnando alle parti il termine di giorni dieci per il deposito di memorie vertenti sulle questioni innanzi prospettate”.*

8. Quindi le parti argomentavano diffusamente in ordine alle questioni rilevate d'ufficio dal giudice di primo grado con rispettive memorie difensive.

9. In data 3 agosto 2022, il Tribunale Amministrativo per la Puglia, declinava la giurisdizione in favore del Collegio arbitrale in base alla considerazione per cui le questioni attinenti a diritti soggettivi relative alla convenzione urbanistica sono attribuibili alla cognizione arbitrale, così come previsto dalla clausola compromissoria contenuta nell'art. 11 della predetta convenzione.

10. Appare utile ripercorrere, nei suoi tratti essenziali, i principali passaggi argomentativi attraverso i quali il giudice di prime cure ha declinato la propria giurisdizione.

10.1. Il Tribunale Amministrativo Regionale, ha, in particolare, ritenuto:

- di non ravvisare l'invalidità della clausola arbitrale, dedotta dal Comune di Pietramontecorvino, in considerazione del fatto che la Convenzione contenente la clausola arbitrale è stata stipulata successivamente all'entrata in vigore dell'art. 6 della legge n. 205/2000, con il quale è stata innovativamente introdotta la possibilità di devolvere ad arbitri la cognizione di controversie su diritti appartenenti alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo;

- che, in assenza di indicazioni di segno contrario, contenute nella clausola compromissoria, il deferimento arbitrale va inteso come devoluzione della giurisdizione ad un arbitrato rituale di diritto, secondo la regola generale di cui al richiamato art. 6 della legge n. 205/2000, poi trasfuso nel successivo art. 12 c.p.a.;

- che, in particolare, in tale direzione militerebbe anche il mancato utilizzo, nell'ambito della predetta clausola compromissoria, di espressioni indicative della volontà di devolvere la controversia ad arbitri irrivali (quali, ad esempio, il riferimento ad una "amichevole composizione"). E ciò anche in applicazione del principio in base al quale nel dubbio in ordine alla ricostruzione dell'effettiva volontà dei contraenti deve privilegiarsi l'opzione ermeneutica in favore dell'arbitrato rituale, tenuto anche conto della natura eccezionale della deroga alla norma per cui il lodo ha efficacia di sentenza giudiziaria (cfr. Cass. n. 6909 de 2015);

- che, venendo in rilievo una inderogabile questione di giurisdizione, non può essere condivisa la tesi invocata dal ricorrente in ordine all'implicita rinuncia alla clausola arbitrale per effetto del complessivo contegno manifestato dalle parti del giudizio avendo, da un lato, il Comune di Pietramontecorvino adito il giudice amministrativo e, dall'altro, la società Voreas S.r.l. mai sollevato l'eccezione di arbitrato;

- che, trattandosi di una questione di giurisdizione, parimenti non coglie nel segno la prospettazione del ricorrente in ordine alla non rilevabilità d'ufficio della questione relativa alla clausola arbitrale;

- che l'art. 819 ter cod. proc. civ., a cui apparentemente rinvierebbe l'art. 12 c.p.a. è una disposizione speciale del processo civile, attinente esclusivamente ai rapporti tra giudice ordinario e arbitrato nell'ambito del processo civile, come testimonierebbe lo specifico richiamo ivi contenuto alla "comparsa di risposta" (istituto esclusivamente processual-civilistico) e all'impugnabilità della sentenza con cui il giudice (ordinario) afferma la propria competenza in relazione a una convenzione di arbitrato, ai sensi degli artt. 42 e 43 c.p.a., rispettivamente inerenti al "Regolamento

necessario di competenza” e al “Regolamento facoltativo di competenza” (norme recanti un regime normativo diverso da quello contenuto nell’art. 16 c.p.a.);

11. Contro quest’ultima decisione, il Comune di Pietramontecorvino ha proposto appello, dinanzi a questo Consiglio di Stato, affidato a quattro diversi motivi di censura cui si dirà oltre.

12. In data 4.11.2022 si è costituita nel presente giudizio la società Voreas s.r.l., chiedendo la declaratoria di inammissibilità per difetto di giurisdizione e, in ogni caso, della sua infondatezza.

In particolare, nella prospettiva della parte appellata, l’appello sarebbe inammissibile per difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, in considerazione della devoluzione della controversia al collegio arbitrale.

12.1. Voreas s.r.l. e il Comune di Pietramontecorvino hanno inoltre depositato memorie, rispettivamente in data 11.11.2022 e 14.1.2022, e memorie di replica in data 16.1.2022, per quanto concerne il Comune di Pietramontecorvino, e in data 10 febbraio 2023, per quanto riguarda Voreas s.r.l., con le quali hanno chiarito e ulteriormente argomentato la fondatezza delle rispettive posizioni.

12.2. In data 23.2.2023 il Comune di Pietramontecorvino ha depositato un ulteriore atto difensivo denominato “brevi note” attraverso cui ha ulteriormente contrastato le tesi sostenute dalla controparte.

12.3. All’udienza del 23 febbraio 2023 la causa è stata trattenuta in decisione.

13. Prima di passare ad esaminare il merito della presente controversia, occorre, anzitutto, rilevare l’inammissibilità della memoria depositata dal Comune ricorrente in data 23.2.2023, in quanto il deposito è avvenuto dopo la scadenza del termine di cui all’art. 73 comma 1 c.p.a. (come dimezzato ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 105 comma 2 e 87 comma 3 c.p.a.).

13.1. Sempre in via preliminare, la Sezione osserva che la presente controversia ricade sotto il regime processuale contenuto nell’art. 12 c.p.a., in applicazione del principio *tempus regit actum*, che predica, come noto, in assenza di una specifica disciplina transitoria, e nelle ipotesi in cui non viene in rilievo, come nella specie, il principio della *perpetuatio iurisdictionis*, l’applicazione dello *ius superveniens* processuale ai giudizi in corso.

Siffatto principio assicura che lo *ius superveniens* processuale trovi immediata applicazione per quanto concerne gli atti (e quindi gli effetti) che non siano già stati compiuti (e gli effetti consolidati) in costanza della pregressa disciplina (secondo la c.d. teorica del fatto compiuto), e la conseguente irrilevanza dello *ius superveniens* soltanto per gli effetti sorti e consolidatisi nella vigenza della disciplina antecedente.

L'applicazione del principio in esame al caso di specie trova decisiva conferma nella circostanza per cui il giudizio di primo grado è stato instaurato successivamente all'introduzione del nuovo assetto normativo introdotto dal codice del processo amministrativo.

14. Ciò premesso, con il primo motivo di appello viene dedotta la violazione, da parte della sentenza impugnata, degli artt. 11 e 12 del c.p.a. e il difetto di motivazione della pronuncia con la quale è stata declinata la giurisdizione.

14.1. Assume, in particolare, l'appellante che un consolidato indirizzo giurisprudenziale sancirebbe il principio di diritto secondo cui, anche dopo la sottoscrizione di una clausola arbitrale, le parti hanno la facoltà di ritornare alla cognizione del giudice statale, anche per il tramite di comportamenti concludenti.

A sostegno dell'assunto il Comune di Pietramontecorvino invoca la massima giurisprudenziale secondo cui *“l'eccezione di arbitrato irrituale, come quella di arbitrato rituale, non è rilevabile d'ufficio dal giudice ma deve essere rilevata dalla parte interessata la quale, vertendosi in materia di diritti disponibili, ben può rinunciare ad avvalersene, anche tacitamente ponendo in essere comportamenti incompatibili con la volontà di avvalersi del compromesso”*. (Corte di Cass. n. 10086 del 12.10.1998).

14.1. In coerenza con l'orientamento giurisprudenziale richiamato, osserva l'odierno appellante che, nel corso del giudizio di primo grado, nessuna delle parti ha eccepito l'esistenza della clausola arbitrale, dando prova, con tale univoco contegno, di volere tacitamente rinunciare alla previsione della clausola compromissoria contenuta nella convenzione urbanistica.

Ne discenderebbe, nella prospettiva in esame, l'erroneità della sentenza di primo grado che, in contrasto con il principio in precedenza evidenziato, si sarebbe invece ispirata alla non prevista regola secondo cui *“electa una via non datur recursus ad alteram”*.

15. Con il secondo motivo di appello, il Comune di Pietramontecorvino ha lamentato la violazione degli artt. 11 e 12 del c.p.a., in quanto il giudice di primo grado avrebbe erroneamente rilevato d'ufficio la questione della ricorrenza di una clausola arbitrale.

15.1. Ad avviso dell'appellante, la conclusione raggiunta dal giudice di primo grado troverebbe conferma esclusivamente in una isolata decisione del Tribunale delle Imprese di Roma n. 19215/2015.

Essa tuttavia sarebbe nettamente smentita da un consolidato orientamento di segno contrario, il quale, per un verso escluderebbe la rilevabilità d'ufficio e, per altro verso, ammetterebbe la rinuncia implicita alla giurisdizione arbitrale.

15.2. A sostegno della propria impostazione, il Comune di Pietramontecorvino richiama, in particolare, l'orientamento giurisprudenziale sintetizzato dalla seguente massime:

- *qualora la parte promuova nei confronti dei medesimi contraddittori un giudizio davanti al giudice ordinario tale comportamento costituisce implicita rinuncia ad avvalersi della clausola compromissoria restando così preclusa la possibilità di far successivo ricorso al procedimento arbitrale (Corte di Cass. n. 13722 del 06.07.2016);*

- *la derogabilità - ad iniziativa anche di una sola parte - della competenza arbitrale per cui le stesse nulla eccependo nella prima difesa dimostrano di volervi rinunciare (Corte Cass. 6185/2020);*

- *l'instaurazione di controversia in sede giudiziaria contro l'appaltante che si sia costituito senza invocare la cognizione arbitrale, rientrando nell'ambito della clausola compromissoria, inserita nel contratto di appalto, determina la caducazione per implicita rinuncia della clausola con conseguente impossibilità di avviare e proseguire il procedimento arbitrale. (Cass. n. 13121 del 15.07.2004);*

- *la proposizione di domanda riconvenzionale senza minimamente contestare la competenza dell'AGO comporta un'implicita rinuncia alla clausola compromissoria (Corte appello Ancona 1484/2019); - nel caso di contestuale proposizione dell'eccezione di compromesso e di domanda riconvenzionale la prima non può considerarsi rinunciata in ragione della formulazione della seconda in quanto l'esame della domanda riconvenzionale è ontologicamente condizionato al mancato accoglimento della eccezione di compromesso (Cass. n. 4525 del 11.02.2022);*

- *il convenuto che dopo aver proposto eccezione di arbitrato non si limiti a formulare semplici difese ed a sollevare eccezioni in sensoproprio, ma proponga una domanda riconvenzionale pone in essere una condotta processuale che risolvendosi in una richiesta al giudice ordinario di emettere una statuizione relativa al rapporto dedotto in giudizio denota la sua rinuncia all'eccezione di compromesso (Cass. 12736 del 30.05.2007).*

- *deve essere esclusa l'asserita rivelabilità d'ufficio della eccezione di incompetenza per presenza di clausola arbitrale, trattandosi di eccezione derogabile dalle parti cui le stesse nulla eccependo nella prima difesa hanno dimostrato di voler rinunciare (Cass. 6185/2020);*

-*Si deve in primo luogo osservare che la ricorrente, pur a conoscenza dell'esistenza della clausola compromissoria e convinta della sua validità ed applicabilità ha scelto di impugnare di fronte al giudice amministrativo - senza incontrare alcuna eccezione da parte della amministrazione - il provvedimento... Nella sostanza ha così abdicato alla giurisdizione facoltativa del giudice*

ordinarioconsentita dalla convenzione ponendo in essere un comportamento incompatibile con la volontà di avvalersi del predetto compromesso (TAR Sardegna n. 613 del 23.08.2021);

15.3. Del tutto eccentrico, ad avviso del comune appellante, sarebbe, infine, il richiamo, da parte della sentenza impugnata, alle decisioni del TAR per la Puglia Bari n.1376/2021 e del TAR per il Piemonte Torino n. 826/2020 poiché tali sentenze si riferiscono, in realtà, a processi nel corso dei quali, a differenza di quanto avvenuto nel caso qui in esame, era stata sollevata l'eccezione di arbitrato.

16. Con il terzo motivo di appello il Comune lamenta nuovamente, ma da una diversa prospettiva di analisi, la violazione, da parte della sentenza di primo grado, degli artt. 11 e 12 del c.p.a. in relazione agli artt. 806 e 819 ter, c.p.c. oltre che il difetto di motivazione.

16.1. Secondo il Comune di Pietramontecorvino, in particolare, il Tribunale amministrativo Regionale per la Puglia avrebbe erroneamente qualificato la questione del rapporto tra la cognizione arbitrale e quella del giudice amministrativo come avente natura di giurisdizione, mentre invece essa andrebbe più propriamente ricondotta ad una questione di competenza.

La tesi dell'appellante muove in particolare dal richiamo dell'art. 12, c.p.c. al disposto di cui all'art. 819 ter c.p.c., a mente del quale: "la sentenza, con la quale il giudice afferma o nega la propria competenza in relazione a una convenzione d'arbitrato, è impugnabile a norma degli articoli 42 e 43. L'eccezione di incompetenza del giudice in ragione della convenzione di arbitrato deve essere proposta, a pena di decadenza, nella comparsa di risposta. La mancata proposizione dell'eccezione esclude la competenza arbitrale limitatamente alla controversia decisa in quel giudizio".

16.1. A sostegno dell'assunto, il Comune appellante richiama l'opinione di autorevole dottrina secondo la quale *"In presenza di una clausola compromissoria il giudice amministrativo dovrà declinare la propria competenza in favore di quella degli arbitri sempre che sia ritualmente proposta la relativa eccezione ...Ove le parti eccepiscano l'esistenza di un accordo per la devoluzione della controversia ad arbitrato rituale, formulano una eccezione di incompetenza del giudice adito, incompetenza che avendo carattere relativo e derogabile deve essere eccepita dalla parte in limine litis e non può invece essere rilevata d'ufficio Quanto alle modalità di deduzione dell'eccezione, la competenza arbitrale va eccepita con le forme proprie di qualsiasi altra eccezione processuale vale a dire mediante l'atto di costituzione in giudizio o con memoria. eccezione processuale vale a dire mediante l'atto di costituzione in giudizio o con memoria."*

16.2. A favore di questa conclusione viene, inoltre, invocato il precedente conforme del TAR per l'Abruzzo, n. 153 del 13.03.2019, nel quale si è affermato che *"è fondata l'eccezione di difetto di competenza sollevata dal Comune .. in quanto le convenzioni, contengono ... una clausola*

compromissoria...L'attività degli arbitri rituali ha natura giurisdizionale e concorre sul piano della competenza con la funzione del giudice amministrativo ai sensi dell'art. 12 del codice del processo amministrativo.... Pertanto ... deve essere dichiarata l'incompetenza dell'adito tribunale."

16.3. Né, a giudizio del comune appellante, potrebbe pervenirsi ad un diverso esito interpretativo ponendo l'accento, così come fa la sentenza impugnata, sull'argomento secondo cui l'art 819 ter c.p.c. sarebbe una disposizione speciale, e come tale suscettibile di trovare applicazione solo nei rapporti giudice ordinario–arbitrato, come dimostrerebbe la circostanza per cui l'istituto della comparsa di risposta non è disciplinato nell'ambito del processo amministrativo.

In senso contrario, il Comune di Pietramontecorvino oppone che la differenza che si registra tra la comparsa di risposta e la memoria di costituzione disciplinata dal codice del processo amministrativo) sarebbe meramente lessicale, dovendosi più propriamente intendere il rinvio alla comparsa di risposta come un riferimento alla difesa che il convenuto assume al momento della costituzione in giudizio.

17. Con un ultimo motivo di impugnazione il Comune di Pietramontecorvino deduce il vizio di difetto motivazione della sentenza appellata in relazione all'applicazione del combinato disposto degli artt. 11 e 12 del c.p.a 806 e 819 ter del codice di procedura civile.

17.1. In particolare, ad avviso dell'appellante, rimarrebbe oscura e priva di spiegazione razionale l'affermazione, contenuta nella decisione impugnata, per la quale mentre il rapporto tra giudice ordinario e arbitrato integra pacificamente una questione di competenza, quello tra giudice amministrativo e arbitrato sarebbe, di contro, sussumibile nell'ambito della questione di giurisdizione.

Sotto tale profilo, inconferente sarebbe, peraltro, il richiamo, da parte della sentenza impugnata, al precedente costituito dalla sentenza n. 24153/2013 della Suprema Corte di Cassazione, in quanto quest'ultima decisione riguarderebbe una fattispecie diversa da quella oggetto del presente contenzioso.

17.2. In particolare, l'odierno appellante evidenzia che, mentre nella causa in esame si tratta di valutare se la cognizione compete al giudice amministrativo o al collegio arbitrale, nel caso regolato dalla Cassazione, con la decisione appena menzionata, occorre stabilire se la cognizione spettasse al giudice amministrativo o a quello ordinario.

La differenza, argomenta ulteriormente il Comune di Pietramontecorvino, sarebbe evidente, atteso che nella presente controversia, contrariamente alla fattispecie regolata dal precedente invocato, è pacifico che la controversia è di pertinenza del giudice amministrativo (ex art. 133 cpa) e la questione controversa attiene solo al riparto interno tra il giudice amministrativo e collegio arbitrale.

18. L'appello è infondato per le ragioni di seguito esposte.

18.1. I motivi di appello possono essere esaminati congiuntamente in ragione della loro stretta connessione, atteso che tutti ruotano, a guisa di corollari, intorno alla preliminare soluzione del problema ermeneutico costituito dalla esatta qualificazione, in termini di competenza o giurisdizione, del rapporto tra la cognizione del giudice amministrativo in sede esclusiva e quella arbitrale.

19. L'art. 12 c.p.a. nel prevedere la possibilità che le controversie riservate alla giurisdizione amministrativa possano essere deferite al giudizio arbitrale, solleva delicate questioni interpretative concernenti, sia aspetti operativi riguardanti l'esatta ricostruzione della disciplina applicabile, sia profili più strettamente sistematici, concernenti la natura dell'arbitrato e della stessa giurisdizione amministrativa.

19.1. Siffatta disposizione riproduce, con alcuni importanti adattamenti, la previsione innovativa dell'art. 6, L. n. 205/2000 ed è finalizzata, in primo luogo, a definire il perimetro entro cui è ammesso l'arbitrato per le controversie astrattamente riconducibili alla giurisdizione amministrativa.

19.2. A tal riguardo, la Sezione ricorda che le controversie in materia di formazione ed esecuzione degli accordi fra pubbliche amministrazioni e tra p.a. e privati, di cui agli artt. 11 e 15, l. n. 241 del 1990, cui è riconducibile la pattuizione intercorsa tra le parti del presente procedimento, sono attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, di modo che esse ben possono essere devolute ad arbitri rituali, purché vertano, come nella specie, su diritti soggettivi.

Questa conclusione si desume da una piana interpretazione letterale dell'art. 12 c.p.a. secondo cui “le controversie concernenti i diritti soggettivi devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo possono essere risolte mediante arbitrato rituale di diritto..”.

19.3. L'assunto è consolidato anche in giurisprudenza ed è stato da ultimo ribadito dalla Suprema Corte di Cassazione, con la decisione n. 2738/2021 secondo la quale *“anche le controversie relative ai menzionati accordi, rientranti nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, possono essere risolte mediante arbitrato, sempre che le situazioni giuridiche azionate abbiano consistenza di diritto soggettivo”*.

19.4. In applicazione di questo principio, la Sezione osserva che la fattispecie oggetto del presente giudizio involge diritti soggettivi, concernendo l'esatto adempimento degli obblighi negoziali assunti dalla società appellata con la convenzione in disamina (in particolare l'obbligo di trasferimento gratuito degli aerogeneratori, a seguito della scadenza del termine di 9 anni previsto dalla convenzione).

A diversa conclusione occorrerebbe giungere nel caso, non ricorrente nella specie, in cui si controverta sul corretto esercizio di poteri autoritativi collegati alla convenzione come, ad esempio, quando si discute in ordine alla destinazione da imprimere sulle aree interessate dalle convenute opere di urbanizzazione.

Come, infatti, ha avuto modo di osservare la Cassazione, nella menzionata decisione n. 2738/2021, in adesione ad un indirizzo interpretativo largamente consolidato in giurisprudenza (ma non altrettanto in dottrina), in quest'ultimo caso la controversia non può essere risolta mediante arbitrato rituale, in quanto riguarderebbe interessi legittimi.

19.5. Ciò posto, l'art. 12 c.p.a. recita "1. Le controversie concernenti diritti soggettivi devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo possono essere risolte mediante arbitrato rituale di diritto ai sensi degli articoli 806 e seguenti del codice di procedura civile."

19.6. La formula "ai sensi degli artt. 806 e seguenti" sembrerebbe indicare, almeno *prima facie*, la piena riconduzione alla regolamentazione procedimentale generale del c.p.c., senza alcuna deviazione o limitazione.

Tuttavia, come ha condivisibilmente osservato un'autorevole dottrina, l'espressione utilizzata per compiere il coordinamento con la normativa comune, non riesce a realizzare il risultato in modo soddisfacente.

E ciò perché potrebbe essere intesa sia come generico richiamo alla disciplina ordinaria dell'arbitrato, opportunamente modulabile in funzione delle peculiarità della giurisdizione amministrativa, sia come rinvio puntuale e rigido, che impedisce qualsiasi adattamento o valutazione di compatibilità.

19.7. Il dubbio discende in primo luogo dal rilievo per cui la locuzione utilizzata dall'art. 12 c.p.a. risulta molto diversa dal generale "rinvio esterno" di cui all'art. 39 c.p.a.

Quest'ultima disposizione prevede, infatti, che "1. Per quanto non disciplinato nel presente codice si applicano le disposizioni del codice di procedura civile, in quanto compatibili o espressione di principi generali": in linea di massima, quindi, l'applicazione delle norme del c.p.c. al processo amministrativo non è piena e incondizionata, ma costituisce il frutto di un'accurata valutazione interpretativa.

19.8. Inoltre, come puntualmente rilevato dalla dottrina in disamina, l'art. 12 non corrisponde nemmeno alla dizione di altri articoli del c.p.a. che indicano, in modo perentorio e indiscutibile, la diretta applicazione di determinate disposizioni del c.p.c. (ad esempio, si vedano: l'art. 10, 1° comma, secondo periodo: "Si applica il primo comma dell'art. 367 dello stesso codice"; l'art. 76, 4°

comma: Si applicano l'art. 276, secondo, quarto e quinto comma, del codice di procedura civile e l'art. 118, quarto comma, delle disposizioni per l'attuazione del codice di procedura civile").

19.9. Muovendo da tali condivisibili premesse di carattere sistematico e di drafting normativo, la predetta dottrina giunge alla conclusione per cui nell'art. 12, il richiamo ad un intero blocco di disposizioni, riguardanti l'arbitrato nel suo complesso, potrebbe ragionevolmente intendersi come applicazione solo "tendenzialmente" piena delle disposizioni del c.p.c., con alcuni residui margini di adattamento alle peculiarità del processo amministrativo.

L'assunto, che questa Sezione condivide, è gravido di implicazioni pratiche perché riverbera i suoi effetti, a tacere d'altro, e per quanto più rileva in questa sede, sulle regole procedurali applicabili all'eccezione di arbitrato.

19.10. Del resto, a sostegno di questa conclusione viene invocato l'argomento, difficilmente superabile, per cui l'impossibilità di applicare pedissequamente tutti gli articoli del codice di procedura civile deriva *per tabulas* dalla circostanza che fra le norme formalmente richiamate vi è l'art. 808 ter, riguardante l'arbitrato irrituale, evidentemente non ammesso nella giurisdizione amministrativa, in base alla stessa indicazione testuale dell'art. 12 c.p.a.

19.11. Considerazioni analoghe e ancora più stringenti possono essere effettuate con riferimento ad altre disposizioni, tra quelle richiamate, che paiono, indiscutibilmente, applicabili esclusivamente nell'ambito della sola giurisdizione ordinaria come, ad esempio, quelle che disciplinano l'arbitrato di equità.

Ed in effetti, un consolidato orientamento giurisprudenziale ritiene inammissibile l'arbitrato irrituale o d'equità nelle controversie in cui sia parte la pubblica amministrazione.

Le ragioni di questa limitazione sono generalmente ravvisate nella particolare connessione che tali controversie presentano con l'interesse pubblico, indefettibilmente presente nelle materie devolute alla giurisdizione amministrativa, comprese quelle riguardanti diritti soggettivi.

E ciò in consonanza con i fondamentali insegnamenti della più autorevole dottrina, la quale da tempo afferma che non è possibile sottrarre l'attività amministrativa, anche quando esercitata mediante schemi negoziali, al vincolo teleologico del perseguimento dell'interesse pubblico (c.d. *statuto unitario dell'azione amministrativa*).

19.12. Da queste condivisibili considerazioni deriva, pertanto, a parere della Sezione, la persistente necessità di controllare attentamente, caso per caso, se ricorra, o meno, la necessità di verificare la compatibilità delle norme del c.p.c. richiamate con l'assetto della giurisdizione amministrativa.

19.13. Le conclusioni sinora raggiunte sono, peraltro, ulteriormente corroborate dalla considerazione per cui alcune disposizioni del c.p.c. sono concepite con precipuo riguardo alla organizzazione e alla struttura della giurisdizione ordinaria.

Il riferimento, per quanto più propriamente rileva in questa sede, è principalmente al richiamo, da parte del menzionato art. 12 c.p.a., del secondo e terzo periodo dell'art. 819 ter, c.p.c. in forza dei quali la "sentenza, con la quale il giudice afferma o nega la propria competenza in relazione a una convenzione d'arbitrato, è impugnabile a norma degli articoli 42 e 43. L'eccezione di incompetenza del giudice in ragione della convenzione di arbitrato deve essere proposta, a pena di decadenza, nella comparsa di risposta. La mancata proposizione dell'eccezione esclude la competenza arbitrale limitatamente alla controversia decisa in quel giudizio".

La disciplina è chiaramente riferita ai casi in cui la questione della cognizione arbitrale sorge nell'ambito di una controversia dinanzi al giudice ordinario, come testimonia il fatto che nel processo amministrativo manca la previsione dell'istituto della comparsa di risposta.

Appare, pertanto, evidente che la questione di competenza, disciplinata dall'art. 819 ter c.p.c., contrariamente a quanto sostiene l'odierno appellante, non è estensibile al caso in cui la questione sia decisa dal giudice amministrativo.

19.14. Né può essere valorizzato, per giungere a diverse conclusioni, l'argomento, invocato dall'odierno appellante, secondo cui l'assenza nel processo amministrativo dell'istituto della comparsa di risposta pone, in realtà, una questione meramente nominalistica, dovendosi ritenere che la disposizione faccia, nella sostanza, riferimento all'atto processuale della memoria difensiva.

Questo argomento, per quanto suggestivo, non è idoneo a sostenere l'opinione che intende far valere, urtando contro una solida obiezione di sistema.

19.15. Nella sistematica del codice del processo amministrativo, infatti, contrariamente a quanto si prevede nel codice di procedura civile, il difetto di competenza è rilevabile d'ufficio finché la causa non è decisa in primo grado e può costituire motivo di appello. (artt. 13, 4 comma; 15, 1 comma, e art. 16, c.p.a).

Ed invero, in applicazione di una previsione contenuta nella legge delega (art. 44, l. 18 giugno 2009, n. 69 recante "disposizioni per lo sviluppo economici, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile"), il codice del processo amministrativo ha consapevolmente superato il previgente regime della derogabilità della competenza, aderendo all'opposta concezione della inderogabilità della competenza, non solo funzionale, ma anche territoriale.

19.16. È affermazione largamente condivisa quella secondo cui l'inderogabilità della competenza rappresenta una delle innovazioni più evidenti del codice del processo rispetto al previgente assetto normativo.

Come noto, nel vigore dell'art. 31 della legge Tar, l'incompetenza non poteva essere rilevata d'ufficio, ma soltanto eccepita dalla parte entro termini perentori. Essa non era, peraltro, suscettibile di essere fatta valere con l'appello, ma solo proponendo preventivamente regolamento di competenza al Consiglio di Stato, entro il termine perentorio di 20 giorni dalla data di costituzione in giudizio (cfr. art. 31 legge Tar).

In questo modo, tuttavia, il ricorrente, se le altre parti non reagivano tempestivamente, poteva radicare il giudizio davanti a un giudice scelto per ragioni di propria convenienza (c.d. *forum shopping*).

19.17. Il codice di procedura civile, dal canto suo, disciplina il rilievo della questione di competenza secondo lo schema della tendenziale derogabilità, prevedendo infatti, che il difetto di competenza deve essere eccepito dalla parte entro il termine di 20 giorni prima dell'udienza di comparizione con la comparsa di risposta (la recente riforma del codice di procedura civile introdotta dal D. Lgs. 149/2022, nel novellare il comma 7 dell'art. 163 c. p.c., irrigidisce ulteriormente la proponibilità della eccezione dell'incompetenza, anticipando il termine per il deposito della comparsa di risposta a quello di 70 giorni prima dell'udienza).

Soltanto nei casi di c.d. competenza forte il giudice ordinario può rilevarla d'ufficio, e peraltro entro la prima udienza e non, come accade per il processo amministrativo, entro il giudizio di primo grado.

19.18. Dalle considerazioni svolte emerge chiaramente che le filosofie di fondo che ispirano la disciplina della competenza nei due codici sono, a partire dalla entrata in vigore del codice del processo amministrativo, diametralmente opposte e non riducibili ad unità.

19.19. Analoghe diversità non si riscontrano in relazione alla questione di giurisdizione, la quale è, invece, disciplinata in maniera sostanzialmente uniforme dal codice di rito civile e dal codice del processo amministrativo (sotto il profilo in esame, si osserva che il menzionato D. Lgs. 149/2022, modificando l'art. 39 del c.p.c., ha reso il regime del rilievo della questione di giurisdizione nel processo civile del tutto identica a quella del codice del processo amministrativo, in tal modo recependo quanto la giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione aveva già avuto modo di affermare in via pretoria).

19.20. La delineata diversità del regime di rilevabilità del difetto di competenza, nel codice di rito civile e in quello amministrativo, risponde, pertanto, a precise scelte di politica legislativa, e

rafforza, ulteriormente, la tesi che alcune disposizioni del c.p.c. sono concepite con specifico riguardo alla struttura della giurisdizione ordinaria e rendono, pertanto, impraticabile il percorso interpretativo finalizzato ad estendere la regola di cui all'art. 819 ter c.p.c. all'arbitrato di cui sia parte una pubblica amministrazione.

19.21. Questa approdo interpretativo appare inoltre più coerente con quanto previsto, in sede di legge delega, dall'art. 44, comma 1, l. 18 giugno 2009, n. 69 recante "disposizioni per lo sviluppo economici, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile", il quale aveva espressamente menzionato, fra gli obiettivi della riforma della disciplina del processo amministrativo, proprio "il coordinamento con le norme del codice di procedura civile in quanto espressione di principi generali".

19.22. In linea con tali considerazioni, l'Adunanza Plenaria n. 11/2018 di questo Consiglio di Stato ha avuto modo di chiarire che il "vincolo" del coordinamento con la disciplina del processo civile impone di tenere conto di tutte le disposizioni del codice di procedura civile che esprimono principi generali o comuni del processo.

Ebbene, sulla scorta di quanto in precedenza osservato, non pare dubitabile che le diverse regole riguardanti la rilevanza della questione di competenza ed il relativo regime di impugnazione sono espressione di principi né generali né comuni.

20. Sgombrato il campo, alla luce delle considerazioni che precedono, dall'applicazione dell'art. 809 ter, c.p.c. all'eccezione di arbitrato formulata (ovvero alla questione rilevata) nell'ambito di un processo amministrativo, la Sezione ritiene di dover aderire alla tesi, sostenuta dal giudice di prime cure, secondo cui integra una questione di giurisdizione la devoluzione ad arbitri rituali di una controversia rientrante nella giurisdizione del giudice amministrativo.

20.1. Depone, in primo luogo, a sostegno di questa conclusione il consolidato orientamento della Suprema Corte di Cassazione, la quale, a partire dalla decisione delle Sezioni unite n. 24153/ 2013, ha affermato, sia pure con riferimento ad una fattispecie relativa ad un'eccezione di arbitrato estero, ma con considerazioni dalla stessa Cassazione ritenute estensibili anche all'arbitrato in materie devolute al giudice amministrativo, che "*mentre lo stabilire se una controversia appartenga alla cognizione del giudice ordinario o degli arbitri si configura come questione di competenza (.....), lo stabilire se una controversia appartenga alla competenza giurisdizionale del giudice ordinario e, in tale ambito, a quella sostitutiva degli arbitri rituali, ovvero a quella del giudice amministrativo o contabile configura, invece, una questione di giurisdizione*".

20.2. Tale assunto è stato confermato e ampliato, oltre che elevato al rango di *ratio decidendi*, nella più recente Ordinanza della Cassazione civile, Sezioni Unite, n. 27847/ 2019 la quale, in un caso

sovrapponibile a quello qui in esame, ha avuto modo di affermare che *“Nell'ipotesi di deferimento a collegio arbitrale, mediante convenzione stipulata nella vigenza dell'art. 6, comma 2, della l. n. 205 del 2000, di controversie concernenti diritti soggettivi devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, si pone una questione di rapporto tra le differenti giurisdizioni, ordinaria e speciale”*.

20.3. Il principio, contrariamente a quanto assume l'appellante, è espressione di un orientamento del tutto consolidato, come è stato espressamente sostenuto dalle stese Sezioni Unite, nell'ordinanza da ultimo citata, in particolare nella parte in cui si è rilevato che *“il regolamento è infondato, dovendosi a riguardo rammentare come di recente queste Sezioni Unite abbiano avuto occasione di tornare sul rapporto tra arbitro e giudice amministrativo, evidenziando come sia ormai acquisito che questo sia un rapporto tra le differenti giurisdizioni ordinaria e speciale (Cass. sez. un. 14649 del 2017); ammettendosi, quindi, in quel caso, la possibilità di un conflitto negativo di giurisdizione sollevato dal giudice amministrativo (Cass. sez. un. 1251 del 2019)”*;

20.4. In coerenza con tali esiti interpretativi, si è di recente espressa anche l'ordinanza della Cassazione, Sezioni Unite, n. 26390/2020 secondo cui *“Nell'ipotesi di deferimento a collegio arbitrale di controversie concernenti diritti soggettivi devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, si pone una questione di rapporto tra le differenti giurisdizioni, ordinaria e speciale, non di merito sulla validità della compromissione in arbitrato della controversia”*

20.5. Di analogo tenore sono le affermazioni contenute nell'Ordinanza di della Cassazione, Sezioni Unite, n. 1181/2020 a mente della quale *“In tema di arbitrato, la ripartizione del potere giurisdizionale tra gli arbitri ed il giudice amministrativo nelle controversie devolute alla giurisdizione esclusiva di quest'ultimo non dà luogo ad una questione di competenza, ma ad una questione di giurisdizione, la cui mancata riproposizione ad opera delle parti attraverso l'impugnazione del lodo con cui gli arbitri abbiano dichiarato il proprio difetto di giurisdizione non impedisce al giudice amministrativo, dinanzi al quale la causa sia stata riassunta, di sollevare d'ufficio il conflitto di giurisdizione”*.

20.6. Tutte queste decisioni, pur rappresentando oramai il diritto vivente sul tema oggetto di analisi, non hanno argomentato compiutamente le ragioni a sostegno della tesi che intendono far valere, venendo le relative massime sovente tralaticciamente ripetute.

Da qui la plausibilità dei dubbi sollevati dall'odierno appellante con il quarto motivo di appello.

Con esso, in particolare, il comune di Pietramontecorvino lamenta l'assenza di reali giustificazioni giuridiche a supporto dell'affermazione contenuta nella decisione impugnata, per la quale mentre il rapporto tra giudice ordinario e arbitrato integra pacificamente una questione di competenza, quello

tra giudice amministrativo e arbitrato sarebbe, di contro, sussumibile nell'ambito della questione di giurisdizione.

20.7 Alla stregua dell'indicato motivo di appello, questa Sezione è investita, pertanto, del compito di verificare non soltanto la pertinenza, rispetto al caso di specie, del consolidato principio giurisprudenziale al quale si è ispirato il giudice di primo grado nel trarre le sue conclusioni, ma anche, con maggiore sforzo argomentativo, di ricercare, ammesso che ci sia, la sua giustificazione sistematica.

20.8. Per cogliere appieno le ricadute pratiche della predetta distinzione, la Sezione ricorda che la diversa qualificazione della fattispecie, in termini di giurisdizione e non di competenza, incide, come noto, non solo sul regime di impugnazione della decisione e sui poteri decisorii del Consiglio di Stato ma anche e soprattutto, come si avrà modo di chiarire oltre, sui poteri della Suprema Corte di Cassazione quale supremo giudice del riparto di giurisdizione.

Ed in effetti, ritenere che la questione tocchi, in ogni caso, un profilo afferente alla giurisdizione del giudice amministrativo comporta le seguenti, importanti implicazioni:

- sarà attivabile il regolamento di giurisdizione ai sensi dell'art. 10 c.p.a.;

- l'impugnazione avverso la sentenza che nega la giurisdizione amministrativa dovrà seguire lo speciale rito previsto per il caso di appello;

- in caso di accoglimento dell'appello, poi, il Consiglio di Stato, ai sensi dell'art. 105 c.p.a., dovrà rinviare al giudice di primo grado;

- a sua volta, la decisione del Consiglio di Stato resterebbe impugnabile per cassazione, per motivi inerenti la giurisdizione ex art. 111 comma 8 Cost.

21. Anticipando le conclusioni all'analisi, la Sezione reputa che la distinzione, di cui l'appellante lamenta l'assoluta irragionevolezza, riposa, a bene vedere, su solide fondamenta teoriche.

Significativi spunti in tal senso si ricavano dai principi affermati dalla decisione n. 223, 19 luglio 2013, della Corte Costituzionale, nella quale si è affermato che gli effetti della proposizione della domanda giudiziale non devono essere pregiudicati dal difetto di *potestas iudicandi* dell'organo adito per la risoluzione della controversia, anche quando si tratti di un arbitro.

21.2. In particolare, merita di essere approfondita, per le sue importanti implicazioni sistematiche, l'affermazione secondo la quale l'errore della parte sull'individuazione del giudice o degli arbitri non deve mai pregiudicare la tutela del diritto sostanziale della parte.

Se, il legislatore, afferma la Consulta nella decisione in esame, nell'esercizio della propria discrezionalità in materia, struttura l'ordinamento processuale in maniera tale da configurare l'arbitrato come una modalità di risoluzione delle controversie alternativa a quella giudiziale, è

necessario che l'ordinamento giuridico preveda anche misure idonee ad evitare che tale scelta abbia ricadute negative per i diritti oggetto delle controversie stesse.

21.3. Ad avviso della Corte Costituzionale, infatti, gli artt.3, 24 e 111 Cost., scorporano il principio, di teoria generale del processo, per cui la fondamentale funzione di ogni sistema giurisdizionale è quella di assicurare la tutela, attraverso il giudizio, delle situazioni giuridiche soggettive, ragione per la quale è necessario che la disciplina dei rapporti tra giudici appartenenti ad ordini diversi si ispiri al principio secondo cui l'individuazione del giudice munito di giurisdizione non deve sacrificare il diritto delle parti ad ottenere una risposta, affermativa o negativa, in ordine al bene della vita oggetto della loro contesa.

Sotto questo aspetto tale sentenza, come è stato autorevolmente rilevato in dottrina, rappresenta il frutto di una lunga e costante evoluzione della giurisprudenza sul tema dei rapporti tra giudice ed arbitro rituale nel segno della progressiva giurisdizionalizzazione del giudizio arbitrale.

21.4. Questa decisione ha chiaramente ispirato le affermazioni contenute nella, di poco successiva, menzionata decisione delle Sezioni Unite n. 4153/ 2013, la quale, proprio muovendo dalla affermata natura giurisdizionale degli arbitri rituali, ha tratto l'ulteriore corollario per cui, mentre lo stabilire se una controversia appartenga alla cognizione del giudice ordinario o degli arbitri si configura come questione di competenza, la ripartizione del potere giurisdizionale tra gli arbitri ed il giudice amministrativo nelle controversie devolute alla sua giurisdizione esclusiva dà luogo ad una questione di giurisdizione.

21.5. Ed, invero, il ragionamento delle Sezioni Unite, sulla scia di quanto poco prima affermato dalla Corte Costituzionale, si snoda attraverso il seguente sillogismo:

- premessato che la Corte Costituzionale, nella decisione n. 223/2013, ha portato a compimento l'assimilazione dell'arbitrato rituale alla giurisdizione;
- ritenuto che l'eccezione di compromesso per arbitrato (estero, amministrativo o contabile) concretizza una questione di giurisdizione;
- ne consegue che l'eccezione di compromesso per arbitrato estero (amministrativo o contabile) può dedursi con regolamento preventivo di giurisdizione ex art. 41 del codice di rito.

21.6. Le enunciazioni di principio delle due supreme giurisdizioni convergono, pertanto, intorno ad un nucleo comune costituito dalla esigenza di accordare la massima protezione, in termini di garanzie processuali, alle parti che devolvono una questione alla cognizione arbitrale per assicurare un risultato di efficacia sostanzialmente analoga a quella della pronuncia del giudice statale.

Alla stregua di siffatti insegnamenti, l'arbitrato rituale deve, pertanto, garantire tendenzialmente il rispetto dei principi del giusto processo.

22. Queste importanti indicazioni vanno, ad avviso della Sezione, ulteriormente approfondite con particolare riferimento alla fattispecie, in disamina, dell'arbitrato avente ad oggetto materie appartenenti alla giurisdizione del giudice amministrativo.

Reputa, infatti, la Sezione che quest'ultima fattispecie presenta peculiarità di fondo che giustificano, anche sul piano teorico e sistematico, la distinzione rispetto all'arbitrato relativo ad una controversia appartenente al giudice ordinario.

Contrariamente a quanto accade nella disciplina dei rapporti interni al plesso della giurisdizione ordinaria, quando, come nella specie, la clausola compromissoria ha ad oggetto una materia rientrante nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, plurime sono le occasioni in cui si registra la necessità di regolamentare i confini della giurisdizione, non solo tra giudice amministrativo e arbitro, ma anche tra giudice ordinario e quello amministrativo.

22.1. Ed in effetti, come è stato attentamente rilevato in dottrina, mentre la devoluzione di una controversia ad un arbitro rappresenta uno schema alternativo al solo plesso della giurisdizione ordinaria (il che giustifica l'integrazione di un rapporto di competenza), quando l'arbitrato ha ad oggetto materie rientranti nella giurisdizione esclusiva, esso costituisce una potenziale un'alternativa ai due differenti plessi giurisdizionali, ordinario e amministrativo.

22.2. In linea con tali considerazioni, è stato, ulteriormente evidenziato che "l'arbitrato secondo diritto non risponde più oramai ad uno schema unitario, stante la dualità delle giurisdizioni, che esso si prefigge di sostituire".

Per rendersene conto, è sufficiente, sotto il profilo applicativo, esaminare i numerosissimi precedenti in cui la Cassazione a Sezioni Unite è stata chiamata a risolvere i conflitti di giurisdizione in relazione a controversie devolute ad arbitri su materie astrattamente rientranti nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (*ex pluribus*, Cass., sez. un., 12 novembre 2021 n. 33849; Cass., sez. un., 30 ottobre 2019, n. 27847; 5 febbraio 2021, n. 2738; anche Cass., sez. un., 11 maggio 2021, n. 12428).

22.3. Anche sotto l'aspetto teorico e sistematico, questa conclusione non deve sorprendere, perché il tema dell'arbitrato, avente ad oggetto materie devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo, va correttamente analizzato nel contesto del nostro "peculiare" sistema di giustizia amministrativa e delle sue nozioni fondamentali.

Come ebbe ad osservare un'illustre dottrina, negli anni 70 del secolo scorso, vi è una stretta connessione, nel nostro ordinamento, tra la giurisdizione degli organi di giustizia amministrativa.

A differenza di quanto avviene in altri sistemi giuridici (si pensi a quello francese o tedesco) che, come quello italiano, si pongono tra i sistemi di rilevante importanza storica, nel nostro sistema di

giustizia amministrativa non è possibile intendere la portata della giurisdizione del giudice amministrativo se non si ha presente, in tutte le sue modalità di estrinsecazione, anche la giurisdizione del giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione.

Laddove negli altri sistemi la connessione non è così stretta, o perché le controversie tra privati e amministrazioni pubbliche sono concentrate presso un ordine di giudici appositi (i tribunali amministrativi tedeschi, ove, non a caso, non si prevede alcun meccanismo di regolamento di giurisdizione), o perché, come nel sistema francese, che pure annovera il tribunale di conflitti, a composizione paritaria e con il compito di vigilare sul rispetto del riparto di giurisdizione, l'ordine dei giudici speciali per queste controversie, agendo sulla base di norme che stabiliscono tipi processuali differenziati, finisce con l'essere l'ordine principale di competenza, rimanendo al giudice civile solo una competenza residuale, che in realtà è una competenza marginale.

22.4. L'originalità del sistema italiano riposa, come noto, sul tradizionale criterio che distingue tra tutela dei diritti soggettivi e tutela degli interessi legittimi, la prima attribuita agli organi della giurisdizione civile, la seconda alla giurisdizione degli organi di giustizia amministrativa.

I Costituenti hanno, invero, ritenuto di dover tener fermo l'assetto costituzionale, che vedeva attribuita al giudice amministrativo la cognizione degli interessi legittimi e, nei casi di giurisdizione esclusiva, dei diritti soggettivi ad essi inestricabilmente connessi.

L'art. 103 della Costituzione consente, tuttavia, in relazione a "particolari materie", di devolvere al giudice amministrativo anche la cognizione su diritti.

22.5. Sulla base di quest'ultima disposizione, si potrebbe obiettare, così come fa l'odierno appellante, che il problema del riparto di giurisdizione non possa venire in rilievo nel contesto delle materie attribuibili all'arbitrato nei confronti di pubblica amministrazione, posto che, secondo un granitico orientamento giurisprudenziale, esso può riguardare solo diritti soggettivi appartenenti alla giurisdizione esclusiva.

In senso contrario è agevole osservare che, di per sé, la devoluzione di una controversia alla giurisdizione esclusiva sdrammatizza solo in parte il problema del riparto di giurisdizione.

L'attribuzione legislativa di una materia alla giurisdizione esclusiva non elimina, in radice, come pure avrebbe dovuto essere sulla base delle intenzioni del legislatore storico (cfr. legge 30 dicembre 1923, n. 2840), il rischio di conflitti tra plessi giurisdizionali, come, sul piano applicativo, dimostrano i frequentissimi contrasti interpretativi che ancora oggi si registrano in materia.

22.6. La ratio della giurisdizione esclusiva è stata storicamente ravvisata nella circostanza per cui in alcune materie, le situazioni giuridiche soggettive di diritto soggettivo e di interesse legittimo si intrecciano in modo tale da rendere difficile individuare il giudice munito di giurisdizione.

22.7. La Corte Costituzionale, con la sentenza n. 204 del 2004, nel tentativo di arginare la progressiva espansione delle materie attribuite alla giurisdizione esclusiva, e di ricondurre le relative previsioni legislative ad una dimensione di maggiore coerenza con il quadro costituzionale, e soprattutto con la volontà originaria dei costituenti, ha affermato la necessità di un collegamento tra l'ambito devoluto alla giurisdizione amministrativa e l'esercizio di un potere autoritativo da parte della Pubblica amministrazione.

Nella successiva sentenza n. 191/2006, la Corte Costituzionale ha ulteriormente chiarito che è conforme alla costituzione anche la previsione legislativa di casi di giurisdizione esclusiva nei quali i comportamenti della pubblica amministrazione sono riconducibili, anche solo mediamente, all'esercizio di un pubblico potere.

22.8. Tuttavia, anche all'indomani di queste storiche sentenze i problemi del riparto di giurisdizione, scaturenti da materie attribuite alla giurisdizione esclusiva, sono rimasti inevitabilmente ancora al centro del dibattito giurisprudenziale.

E ciò perché tali problemi scontano tutta l'indeterminatezza della locuzione "*comportamenti della pubblica amministrazione riconducibili, anche solo mediamente, all'esercizio di un pubblico potere*", la quale, sorta, nelle intenzioni della Corte Costituzionale, per delimitare i confini costituzionali della giurisdizione esclusiva, si è tradotta nella prassi in un nuovo criterio di riparto della giurisdizione (Si pensi, a titolo esemplificativo, agli infiniti contrasti tra i due plessi giurisdizionali, solo di recente ricomposti, in punto di distinzione tra occupazione usurpativa e appropriativi, o al caso, a sua volta, paradigmatico del c.d. sconfinamento; e, da ultimo, al tema della delimitazione dei confini della giurisdizione esclusiva con riferimento alle controversie risarcitorie attinenti alla materia della gestione di rifiuti, oggetto di approfondita analisi da parte di Cort. Cost., 15 luglio 2022, n. 178).

22.9. La perdurante difficoltà di definire i confini della giurisdizione esclusiva si risolve inevitabilmente in nuovi conflitti in merito al riparto di giurisdizione tra giudice amministrativo e giudice ordinario, con la paradossale conseguenza, puntualmente rilevata in dottrina, per cui l'istituto della giurisdizione esclusiva, creato appositamente per evitare problemi applicativi in tema di riparto di giurisdizione, risulta in definitiva che li abbia amplificati.

22.10. Le delineate, sintetiche, coordinate sul tema del riparto di giurisdizione rendono plasticamente l'idea della differenza ontologica che sussiste tra l'arbitrato relativo a materie appartenenti alla giurisdizione esclusiva e l'arbitrato avente ad oggetto materie devolute al giudice ordinario, posto che solo nella prima delle predette fattispecie si verifica la potenziale necessità di regolamentare i confini tra giurisdizione ordinaria e amministrativa.

In conclusione, alla luce delle considerazioni che precedono trova conferma l'assunto secondo cui quando l'arbitrato ha ad oggetto materie rientranti nella giurisdizione esclusiva, esso costituisce una potenziale un'alternativa ai due differenti plessi giurisdizionali, ordinario e amministrativo.

22.11 Da queste premesse ricostruttive emerge, inoltre, il ruolo centrale che, sul tema di che trattasi, assume l'art. 111, ottavo comma, Cost., nel preservare la corretta posizione costituzionale del giudice amministrativo e (di quello contabile) nel rapporto con la giurisdizione ordinaria, (cfr. Corte Costituzionale n. 6/2018).

Come è stato, infatti, autorevolmente rilevato, l'art. 111 comma 8, Cost., in quanto norma di raccordo istituzionale e di garanzia dei rapporti di giurisdizione, non può ammettere forzature (sotto una diversa angolazione questo tema è stato di recente affrontato, non senza contrasti, da: Corte Costituzionale del 18 gennaio 2018 n. 6; Sezioni Unite, 30 agosto 2022 n. 25503; Corte di Giustizia con la decisione del 21 dicembre 2021, C-497/2020).

23. Sulla base delle esposte coordinate ermeneutiche, occorre, a questo punto, farsi carico di verificare quali conseguenze sistematiche implicherebbe l'adesione alla opposta tesi, sostenuta dall'odierno appellante, che qualifica, come questione di competenza, il rapporto tra arbitro rituale e giudice amministrativo.

Ebbene, non è difficile rendersi conto che, seguendo quest'ultima impostazione, si realizzerebbe una marcata violazione dei principi costituzionali in materia di giurisdizione.

Siffatto percorso interpretativo condurrebbe, in ultima analisi, a conculcare, con riferimento alle controversie devolute ad arbitri in materie appartenenti alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, il potere, costituzionalmente garantito, della Suprema Corte di Cassazione, di sindacare le decisioni del Consiglio di Stato per motivi inerenti alla giurisdizione.

Seguendo tale linea di pensiero, verrebbe meno, infatti, la garanzia (costituzionalmente presidiata dall'art. 111 comma 8 della Costituzione e disciplinata all'art. 110 del c.p.a.) per la parte soccombente, rispetto alla sentenza resa sulla questione di giurisdizione del giudice amministrativo d'appello, di potersene lamentare con ricorso alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione. Per altro verso, aderendo all'impostazione qui criticata, si eliminerebbe in radice la possibilità di risolvere immediatamente la questione di giurisdizione mediante l'istituto del regolamento di giurisdizione, per tale via integrandosi anche la violazione del principio della ragionevole durata del processo di cui agli artt. 111 comma 2 della Costituzione e 6, par. 1 CEDU.

23.1. Questo risultato ermeneutico, ad avviso di questa Sezione, va disatteso sulla base di una interpretazione costituzionalmente orientata.

Se, conformemente a quanto ritenuto dalla Corte Costituzionale nella menzionata decisione n. 223 del 19 luglio 2013, il processo che si svolge davanti agli arbitri costituisce esercizio della giurisdizione alternativo a quello che si svolge dinanzi al giudice e produce risultati ad esso equivalenti, e se le regole processuali applicabili ad esso garantiscono il rispetto dei diritti delle parti in contesa secondo i principi del giusto processo, deve convenirsi che il processo arbitrale non può rappresentare lo strumento attraverso cui “ forzare” il principio costituzionale, previsto dall’art. 101 comma 8 della Costituzione, che demanda dapprima al Consiglio di Stato(in sede di appello o di regolamento di giurisdizione)e poi, in ultima analisi, alla Suprema Corte di Cassazione il compito di decidere le questioni di giurisdizioni che emergono nel corso di una controversia devoluta alla giurisdizione del giudice amministrativo, anche in sede esclusiva.

E ciò anche al fine, valorizzato dalla citata decisione della Corte Costituzionale, di assicurare alle parti che si rivolgono alla cognizione arbitrale *«un risultato di efficacia sostanzialmente analoga a quella del dictum del giudice statale»*

24. Né, per risolvere il problema delle possibili interferenze tra il tema del riparto di giurisdizione e l’arbitrato nei confronti della pubblica amministrazione pare possibile, come pure è stato sostenuto, fare leva sull’istituto dell’impugnazione per nullità della clausola compromissoria.

24.1. Ai sensi dell’art. 828 c.p.a., come noto, l’impugnazione dei lodi arbitrali per nullità si propone davanti alla corte di appello.

L’orientamento consolidato, sia della Cassazione, sia del Consiglio di Stato (sia pure non senza contrasti, attesa l’iniziale presa di posizione contraria della Quinta Sezione, del 19.03.03, n. 3655) si è oramai attestato nel senso di ritenere che la disposizione di rinvio contenuta nell’art.12 c.p.a comprenda, senza adattamenti, anche il regime di impugnazione recato dai menzionati artt. 828. (cfr. Sezioni Unite, Ordinanza, del 03.07.06, n. 15204; Consiglio di Stato, Sezione Quarta, del 31.12.07, n. 6812).

La conclusione viene in particolare argomentata sulla base della considerazione per cui l’art. 828 c.p.c. costituisce l’unica disposizione diretta alla individuazione dell’organo giurisdizionale cui spetta di giudicare su detta impugnazione.

24.2. La dottrina ha, in prevalenza criticato tale orientamento, evidenziandone il possibile contrasto con principi in materia di giurisdizione. In tale prospettiva, si è, infatti, osservato che laddove la legge demanda la cognizione di una determinata materia alla giurisdizione esclusiva, ogni intervento dell’autorità giudiziaria ordinaria risulta precluso, pena una modifica della stessa giurisdizione sulla controversia, che sarebbe, in ultima analisi, dipendente dalla volontà delle parti.

Proprio facendo leva su tale ordine di considerazioni, del resto, tradizionalmente la giurisprudenza (civile e amministrativa), anteriormente alla riforma recata dalla legge 206/2000, riteneva non compromettibili in arbitrato i diritti soggettivi relativi a materie rientranti tra quelle devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ritenendosi che il ricorso all'arbitrato avrebbe determinato una evidente deroga al rapporto tra le giurisdizioni predisposto normativamente (Sul punto, ex multis, cfr. Cass. 4 luglio 1981, n. 4360; Cass. 16 ottobre 1989, n. 4145; Cass., sez. un., 3 dicembre 1991, n. 12966. Nello stesso senso, v. anche Cons. Stato 20 dicembre 1997, n. 1872; Cons. Stato, 12 febbraio 1996, n. 148.).

24.3. Per tali ragioni, si è ritenuto che, in una prospettiva *de jure condendo*, sarebbe più coerente con il sistema voluto dalla costituzione che l'impugnazione dei lodi resi nelle materie di giurisdizione esclusiva fosse rimessa allo stesso plesso giurisdizionale che avrebbe conosciuto della controversia in mancanza del patto compromissorio.

Mentre *de iure condito*, è stato ulteriormente rilevato che la corte d'appello dovrebbe conoscere solo della fase rescindente della impugnazione del lodo, mentre l'eventuale fase rescissoria non potrebbe che essere riservata al giudice amministrativo (ovvero al collegio arbitrale).

Quest'ultima soluzione ha certamente il pregio di essere maggiormente in sintonia con il sistema del riparto di giurisdizione.

Ciò in quanto, nell'ipotesi in cui la corte di Appello fosse interessata anche della fase rescissoria, la sua pronuncia finirebbe per incidere sul merito usurpando spazi di giurisdizione che il legislatore ha voluto affidare al giudice amministrativo.

Tuttavia, come da più parti evidenziato, per scindere fase rescindente (al giudice ordinario) e fase rescissoria (al giudice amministrativo) sarebbe necessario un apposito intervento legislativo.

24.4. Ma, in disparte tale ultima considerazione, quello che in questa sede mette conto di rilevare è che, sul piano sistematico, anche le riflessioni in tema di impugnazione per nullità del lodo arbitrale dimostrano ulteriormente le strette implicazioni e i profili di interferenza tra l'arbitrato nei confronti della pubblica amministrazione e la questione di riparto della giurisdizione.

Esse, peraltro, a ben vedere, depongono ad ulteriore sostegno delle conclusioni fin qui raggiunte.

24.5. Ed in effetti, ad un esame più attento, non persuade l'opinione, che pure trova qualche eco in dottrina, secondo cui l'impugnazione dei lodi arbitrali per nullità può costituire un'alternativa ragionevole rispetto alla definizione delle questioni di riparto di giurisdizione che possono sorgere in relazione ad un arbitrato su materie devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

E ciò per un duplice ordine di considerazioni.

24.6. Osta a tale conclusione, in primo luogo la circostanza per cui l'impugnazione del lodo per nullità, in disparte ogni considerazione in merito alla sua dibattuta natura (di vera e propria azione di nullità ovvero dimezzo di gravame), non consentirebbe comunque di attivare, ai fini della immediata risoluzione della questione di giurisdizione, l'istituto del regolamento di giurisdizione, ma costringerebbe le parti del giudizio alla previa impugnazione del lodo dinanzi alla corte di appello, prima di poter eventualmente sollevare la questione di giurisdizione dinanzi alla Suprema corte di Cassazione, in sede di impugnazione della sentenza del giudice d'appello.

24.7. L'assunto trova puntuale conferma nella giurisprudenza della Corte di Cassazione, a Sezioni Unite, la quale, con la decisione n. 17205/2003 ha affermato che *“fermo restando che - esclusa la proponibilità del regolamento preventivo di giurisdizione - rientra pur sempre nelle attribuzioni delle Sezioni Unite la questione del riparto della giurisdizione quante volte essa si ponga in funzione della compromettibilità in arbitri della controversia, atteso che il giudice dell'impugnazione per nullità non può passare dalla fase rescindente del giudizio a quella rescissoria se non dopo aver accertato la sussistenza della propria giurisdizione sulla controversia. Tuttavia, ponendosi nella specie la questione di giurisdizione solo in funzione dell'accertamento della validità del compromesso o della clausola compromissoria nell'ambito della previsione di cui all'art. 829, n. 1), c.p.c., essa non può essere sollevata in ogni stato e grado del giudizio (con il solo limite del giudicato interno, esplicito o implicito), ma può essere sottoposta all'esame del giudice di legittimità solo se sia stata dibattuta e decisa nel giudizio di merito come motivo di nullità del lodo, e ciò attesi i limiti del giudizio di cassazione, che è diretto unicamente al controllo della correttezza giuridica e della congruità logica della motivazione della sentenza impugnata”*.

24.8. In secondo luogo la sottoposizione del lodo al sindacato della Corte d'appello non eliminerebbe, ma semmai aggraverebbe i vulnera costituzionali, sommando alla violazione dell'art.111 comma 8 anche quella dell'art.103 della Costituzione.

Ed in effetti, come anticipato, è opinione ampiamente condivisa, e difficilmente revocabile in dubbio, quella secondo cui la sottoposizione del lodo al sindacato della Corte d'appello comporta l'effetto di sottrarre alla giurisdizione esclusiva amministrativa una controversia che, invece, per volontà della legge, dovrebbe spettare ad essa, con il conseguente rischio che la giurisdizione sia sostanzialmente scelta dalle parti, le quali potrebbero indirizzare la lite verso il giudice ordinario semplicemente mediante la stipulazione una clausola compromissoria.

24.9. Ed allora, reputa la Sezione, anche al fine di scongiurare l'incoerenza di un sistema che, a seguito dell'impugnazione del lodo arbitrale, consente che il giudice ordinario possa provvedere su materie legislativamente sottratte alla sua giurisdizione, è necessario qualificare come attinente alla

giurisdizione la questione dei rapporti tra l'arbitrato rituale e la sfera di cognizione del giudice amministrativo, preservando in tal modo, e al contempo, la garanzia di cui all'art. 111 comma 8 della Costituzione e la possibilità di esperire il regolamento di giurisdizione.

24.10. Sulla base di quanto sin qui osservato, tale soluzione s'impone, a giudizio della Sezione, oltre che per le delineate esigenze di coerenza sistematica, anche, in base ad una interpretazione costituzionalmente orientata del combinato disposto di cui agli artt. 12 c.pa. e 806 e ss. del c.p.c., rappresentando l'unico approdo esegetico, non incompatibile con la lettera della legge, che permette di riallineare le regole dell'arbitrato nei confronti della pubblica amministrazione con i principi, costituzionali, in materia di giurisdizione.

25. In conclusione, per le ragioni evidenziate, contrariamente a quanto assume l'odierno appellante, la ripartizione del potere giurisdizionale tra gli arbitri ed il giudice amministrativo nelle controversie devolute alla giurisdizione esclusiva di quest'ultimo non dà luogo ad una questione di competenza, ma ad una questione di giurisdizione.

26. Dal complesso delle argomentazioni fin qui sviluppate discende che la statuizione con la quale il giudice di primo grado ha declinato la sua giurisdizione in favore di quella del collegio arbitrale va immune dai profili di censura formulati dal Comune di Pietramontecorvino con i motivi terzo e quarto del ricorso.

26.1. L'applicazione delle coordinate fin qui esposte conduce, pertanto, alla reiezione dei motivi 3 e 4 dell'appello.

27. Nel respingere anche i primi due motivi di appello, la Sezione osserva che mentre la clausola arbitrale può - normalmente - essere oggetto di rinuncia, anche tacita, quando viene adito il giudice ordinario, altrettanto non può dirsi in presenza di una clausola arbitrale relativa a diritti nell'ambito di materie devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, pena la violazione dei principi regolatori del riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo.

27.1. Come è noto, del resto, risulta preclusa alle parti la scelta fra giudice ordinario e giudice amministrativo.

La ragione risiede nel fatto che la giurisdizione, fuori dai casi di opzioni a favore delle giurisdizioni straniere, permane inderogabile, in quanto i criteri che la governano sono tradizionalmente ritenuti di ordine pubblico.

Dalle considerazioni che precedono discende, pertanto, la correttezza del rilievo officioso della clausola arbitrale da parte del giudice di prime cure.

27.2. Quale ulteriore corollario della tesi secondo cui il rapporto tra l'arbitrato rituale e la sfera di cognizione del giudice integra una questione di giurisdizione e non di competenza, consegue la

pacifica rilevabilità d'ufficio della relativa questione da parte del giudice amministrativo (ovvero della possibilità di sollevare d'ufficio il conflitto di giurisdizione).

27.3. In linea con tali considerazioni, la Cassazione, Sezioni Unite, ord., 17 gennaio 2019, n. 1251 ha affermato che *“La ripartizione del potere giurisdizionale tra gli arbitri ed il giudice amministrativo nelle controversie devolute alla giurisdizione esclusiva di quest'ultimo non dà luogo ad una questione di competenza, ma ad una questione di giurisdizione, la cui mancata riproposizione ad opera delle parti attraverso l'impugnazione del lodo con cui gli arbitri abbiano dichiarato il proprio difetto di giurisdizione non impedisce al giudice amministrativo, dinanzi al quale la causa sia stata riassunta, di sollevare d'ufficio il conflitto di giurisdizione”*.

27.4. Simmetricamente, ove le parti eccepiscano davanti al giudice amministrativo l'esistenza di un accordo per la devoluzione della controversia ad arbitrato rituale, formulano una eccezione di difetto di giurisdizione (cfr. Cassazione, Sezioni Unite del 25.10.2013, n. 24153).

28. Le considerazioni che precedono impongono, pertanto, la reiezione dell'appello e la conferma, sia pure con le precisazioni svolte in motivazione, della sentenza impugnata.

29. In ragione della peculiarità della controversia, le spese del doppio grado di giudizio possono essere compensate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge nei sensi di cui in motivazione

Compensa tra le parti le spese del presente grado di giudizio.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 23 febbraio 2023 con l'intervento dei magistrati:

Vincenzo Neri, Presidente

Silvia Martino, Consigliere

Michele Conforti, Consigliere

Emanuela Loria, Consigliere

Luigi Furno, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Luigi Furno

IL PRESIDENTE

Vincenzo Neri

IL SEGRETARIO