

ENERGIA: 1. Convenzione regolante la concessione per la realizzazione di un impianto eolico - Clausola compromissoria per arbitrato irrituale - Nullità.
2. Convenzione regolante la concessione per la realizzazione di un impianto eolico - Convenzione stipulata ex art. 11 L. n. 241/1990 - Transazione novativa - Giurisdizione ordinaria.

Tar Puglia - Bari, Sez. II, 10 agosto 2023, n. 1073

1. “[...] E’ nulla la clausola compromissoria sottoscritta dalla Pubblica Amministrazione, per cui “Gli arbitri giudicheranno in qualità di amichevoli compositori o decideranno anche in merito alle spese del giudizio arbitrale”, in quanto devolve la eventuali controversie tra le parti (una P.A. ed una società commerciale) allo strumento dell’arbitrato irrituale [...]”.

2. “[...] Nonostante l’originale fonte delle obbligazioni delle parti sia originariamente rinvenibile in una convenzione stipulata ex art. 11 L. n. 241/1990, che ne ha determinato la qualificazione in termini di una situazione giuridica di diritto pubblico, per il tramite della stipulazione di una transazione novativa è effettuato un nuovo regolamento d’interessi tra le medesime, di fonte puramente civilistica, la cui cognizione deve essere devoluta al Giudice Ordinario, allorquando non vi è un potere amministrativo da gestire, ma solo consequenziali ragioni di credito, di natura squisitamente civilistica, scaturenti dalla chiusura della vicenda transatta [...]”

Visti i ricorsi e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Ascoli Satriano, di Daunia Ascoli S.r.l. e di Daunia Wind S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 giugno 2023 il dott. Alfredo Giuseppe Allegretta e uditi per le parti i difensori l'avv. Pier Luigi Pellegrino, su delega dell'avv. Giacomo Mescia, e l'avv. Giuseppe Mescia, su delega dell'avv. Franco Gaetano Scoca, per la società Daunia Ascoli, e gli avvocati Luigi Battiante e Rosaria Gadaleta, per il Comune di Ascoli Satriano;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con il primo ricorso, pandettato al R.G. n. 52/2023, notificato in data 14.01.2023 e depositato in data 17.01.2023, la società Daunia Ascoli S.r.l. (già Daunia Ascoli S.p.A.), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, riassumeva dinanzi il Tribunale Amministrativo della Puglia, Sede di Bari, il giudizio R.G. n. 8349/2016, originariamente instaurato innanzi al Tribunale Civile di Foggia in opposizione al decreto ingiuntivo n. 1487/2016, notificatole dal Comune di Ascoli Satriano.

Con il secondo ricorso, pandettato al R.G. n. 165/2023, notificato in data 6.02.2023 e depositato in data 9.02.2023, il Comune di Ascoli Satriano adiva il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, al fine di ottenere una pronuncia recante declaratoria della nullità degli atti meglio indicati in oggetto.

In fatto avveniva che, in data 21.03.2007, la Daunia Wind S.r.l. e il Comune di Ascoli Satriano stipulavano la convenzione rep. n. 2623 regolante la concessione per la realizzazione nel territorio comunale del parco eolico composto da n. 37 aerogeneratori, per complessivi 74 Mw, progettato dalla società.

Con tale convenzione, la società, al fine di compensare il peso ambientale per la realizzazione dell'impianto eolico nel territorio comunale, riconosceva al Comune un corrispettivo *“comprensivo della costituzione di ogni ulteriore diritto relativo alla realizzazione, gestione, funzionamento e manutenzione della centrale ivi comprese le opere accessorie di collegamento, anche con riferimento alle strade di accesso al sito, in uno con la costituzione di ogni serviti, onere o disagio che potrà essere arrecato, comprensivo anche degli oneri di costruzione e di urbanizzazione, se dovuti”* pari al *“3,5% annuo sul fatturato e sui certificati verdi, al netto di IVA”* ed *“un importo una tantum di € 500.000 (cinquecentomila) da versare entro il 31.12.2007”*.

Inoltre, l'art. 6 di tale convenzione prevedeva che *“la costruzione della centrale eolica avrà inizio entro 5 mesi dalla stipula della presente convenzione e sarà completata entro 12 mesi dalla data di inizio dei lavori salvo diversa disposizione regionale. Nel caso che tali termini non venissero rispettati la DAUNIA WIND Srl si obbliga a corrispondere al Comune di Ascoli Satriano l'importo di € 650.000,00 (dico seicentocinquantamilavirgolazerozero), annui, fino alla messa in esercizio dell'impianto, pari all'importo presunto del canone annuo”*.

Con determina dirigenziale n. 1367 del 12.12.2008, la Regione Puglia rilasciava alla società ricorrente l'Autorizzazione Unica ex art. 12 D.Lgs. n. 387/2003 per la realizzazione di n. 37 aerogeneratori e delle relative opere connesse.

In seguito, con determina dirigenziale n. 122 del 12.05.2011, la Regione Puglia rilasciava una variante alla predetta Autorizzazione Unica, relativa alle opere di connessione.

Con delibera di approvazione del Commissario prefettizio *pro tempore* n. 13 del 16.05.2011, le parti sottoscrivevano un *“Atto di transazione relativo alla realizzazione di impianto per la produzione di energia elettrica da fonte eolica ubicato nel territorio del Comune di Ascoli Satriano”*, al fine di addivenire alla soluzione bonaria del giudizio intrapreso dalla società Daunia Wind S.r.l. dinanzi al Tribunale Amministrativo Regionale della Puglia, Sede di Bari, per la declaratoria di nullità della convenzione rep. n. 2623 del 21.03.2007 ed in tal modo regolare il rapporto tra di loro sussistente riguardante la realizzazione e l'esercizio dell'impianto eolico in oggetto, modificando e sostituendo le disposizioni della convenzione medesima.

L'art. 4 di tale accordo prevedeva che *“ad avvenuta ultimazione dei lavori di costruzione del Parco Eolico e relativa messa in esercizio, la Società corrisponderà al Comune un importo pari al 3% (tre per cento) annuo sul ricavato dalla vendita di energia e certificati verdi al netto dell'IVA; quanto dovuto sarà corrisposto entro il 31 marzo dell'anno solare successivo alla messa in esercizio e così per ogni anno; il corrispettivo, così come sopra determinato, non potrà comunque superare l'ammontare di euro 500.000,00 (cinquecentomila) all'anno.*

Viene convenuto un ulteriore corrispettivo di euro 500.000,00 una tantum già versato al Comune in forza della convenzione del 21.3.2007, rep. n. 2623, di cui al successivo art. 13.

Ancora, la Società corrisponderà ulteriormente la somma di euro 1.950.000,00 (unmillionenovecentocinquantamilaeuro) in dieci rate annuali, senza interessi, a decorrere dall'anno solare successivo alla messa in esercizio del parco eolico, la prima rata il 31 dicembre e, a partire dalla seconda rata, entro il 31 marzo di ogni anno.

Infine, la società verserà un'ulteriore anticipazione di Euro 100.000,00 (centomila/00) entro e non oltre il 31 dicembre 2011”.

Successivamente, a seguito di un esposto del 27.01.2012, nel quale veniva lamentato il rilascio di provvedimenti di Autorizzazione Unica per l'installazione di impianti eolici nel territorio del Comune in violazione degli strumenti urbanistici, la Regione Puglia invitava l'Amministrazione comunale a verificare la compatibilità degli impianti eolici autorizzati nel territorio comunale con lo strumento urbanistico vigente al momento del rilascio delle Autorizzazioni.

Quindi, con nota prot. 8279 del 12.09.2012, il Comune di Ascoli Satriano comunicava alla Daunia l'avvio del procedimento per l'annullamento parziale ed in via di autotutela dell'Autorizzazione Paesaggistica rilasciata in precedenza, relativamente a n. 11 aerogeneratori, perché *“ricadenti in un Ambito Territoriale Esteso di tipo “A” (di valore eccezionale) e di tipo “B” (di valore rilevante), così come ridefiniti dal Piano Urbanistico Generale (PUG) approvato dal Comune di Ascoli con deliberazione n. 33 del 29.05.2008, pubblicata sul BURP n. 114 del 17.07.2008”.*

A causa dell'ulteriore ritardo della società ricorrente sia nell'avvio degli impianti sia nella corresponsione delle somme pattuite, il Comune si attivava in sede giudiziale per il recupero di queste ultime.

Pertanto, con decreto ingiuntivo n. 1487/2016, R.G. 4889/2016, emesso dal Tribunale di Foggia in data 26 luglio 2016, veniva ingiunto alla Daunia Ascoli S.r.l., subentrata integralmente nel rapporto a seguito di cessione di ramo d'azienda, il pagamento della somma di € 635.000,00, oltre interessi dalla domanda e spese per la procedura monitoria, in favore del Comune di Ascoli Satriano.

Tuttavia, avverso il suddetto decreto ingiuntivo la Daunia Ascoli S.r.l. proponeva giudizio di opposizione (iscritto al R.G. n. 8349/2016), con cui eccepiva la nullità e/o l'inefficacia della

convenzione e dell'accordo transattivo stipulati con il Comune, domandando altresì la restituzione delle somme corrisposte e il risarcimento dei danni subiti.

Con la sentenza n. 765 del 16.03.2022, il Tribunale di Foggia dichiarava il difetto di giurisdizione del Giudice Ordinario, ritenendo la controversia rientrante nell'ambito della giurisdizione esclusiva del Giudice Amministrativo, ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. o) c.p.a., poiché concernente *“la produzione di energia, i rigassificatori, i gasdotti di importazione, le centrali termoelettriche e quelle relative ad infrastrutture di trasporto ricomprese o da ricomprendere nella rete di trasmissione nazionale o rete nazionale di gasdotti”*.

Pertanto, con ricorso, rubricato al R.G. n. 52/2023, la Daunia Ascoli S.r.l. riassumeva dinanzi al Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, Sede di Bari, il predetto giudizio, articolando otto specifici motivi di gravame.

Con il primo motivo di ricorso, rubricato *“A. Sulla nullità della Convenzione e della Transazione”*, la società ricorrente deduceva la nullità delle stesse per difetto assoluto di causa in concreto, ovvero per impossibilità giuridica di una delle prestazioni dedotte, in quanto il Comune non avrebbe avuto potestà in merito alla realizzazione dell'impianto eolico in questione, spettando tale potere alla Regione e poiché il medesimo *“ha inteso obbligarsi, dietro corrispettivo, a non compiere atti di qualsiasi genere – e, dunque, anche a non assumere provvedimenti amministrativi – in grado di ostacolare l'attività di un privato”*.

La ricorrente deduceva altresì l'illiceità della causa per violazione di norme imperative, nonché per contrarietà all'ordine pubblico, in particolare in quanto la normativa di settore vietava le misure di compensazione e di riequilibrio ambientale aventi carattere meramente economico.

Infine, la ricorrente sollevava la nullità dei predetti atti per illiceità dell'oggetto e per frode alla legge.

Con il secondo motivo di gravame, la ricorrente deduceva *“B. Nullità della transazione ex art. 1966 c.c.”*, in quanto il Comune non avrebbe avuto la facoltà di disporre delle situazioni giuridiche oggetto dell'accordo.

Con il terzo motivo di gravame, *“C. Sulla annullabilità della transazione”*, la ricorrente deduceva anzitutto l'annullabilità dell'accordo transattivo per errore essenziale, in quanto ricadente sull'oggetto del contratto, nonché per dolo, poiché il Comune avrebbe *“scientemente nascosto alla società contraente la circostanza, determinate per la valida formazione del consenso, che ben 11 aerogeneratori del progetto già assentito dalla Regione non erano più realizzabili a causa delle modifiche approvate al PUG dallo stesso Comune”* avendo invece *“dichiarato falsamente il contrario, ovvero che la costruzione del parco composto da n° 37 apparecchi costituiva opera di primario interesse e di pubblica utilità, che pertanto l'Ente si impegnava non soltanto a non ostacolare ma ad agevolare attivamente”*.

Infine, la ricorrente deduceva l'annullabilità della transazione per assenza di un presupposto di validità ed efficacia del regolamento pattizio, posto che sarebbe venuta meno la circostanza, ossia la costruzione del parco composto da n. 37 aerogeneratori, che avrebbe costituito specifico ed oggettivo presupposto di efficacia dell'accordo medesimo, assumendo valore determinante ai fini del mantenimento del vincolo contrattuale.

Con il quarto motivo di gravame, la ricorrente deduceva "*D. Sulla risoluzione per impossibilità sopravvenuta e/o per eccessiva onerosità*", in quanto non erano stati realizzati n. 11 apparecchi eolici, nonostante i pattuiti fossero in misura maggiore (n. 37).

Con il quinto motivo di gravame, "*D. Sull'inadempimento della Transazione*", la ricorrente sosteneva che il Comune sarebbe venuto meno all'impegno preso, asseritamente consistente nell'astenersi dall'ostacolare la realizzazione, l'esercizio ed il mantenimento dell'impianto in parola, modificando i vigenti strumenti urbanistici.

Con il sesto motivo di gravame, la ricorrente deduceva "*E. Sulla compensazione con le somme dovute dal Comune di Ascoli Satriano alla società Daunia Ascoli spa a titolo di risarcimento danni*", in quanto le somme dovute al Comune, quale corrispettivo pattuito nella transazione per la costruzione e l'esercizio del parco eolico, avrebbero dovuto ritenersi interamente compensate con le maggiori somme dovute alla società a titolo di risarcimento danni.

Con il settimo motivo di ricorso, "*F. Sulla responsabilità extracontrattuale del Comune di Ascoli Satriano*", la ricorrente affermava che l'Ente sarebbe venuto meno all'obbligo di buona fede oggettiva e correttezza.

Con l'ottavo motivo di gravame, la ricorrente deduceva "*E. Sulla responsabilità contrattuale del Comune di Ascoli Satriano*", sostenendo che, qualora dovesse ritenersi la validità dell'accordo transattivo, l'Ente "*sarebbe responsabile (anche) a titolo contrattuale per l'inadempimento delle specifiche obbligazioni assunte nei riguardi della società*".

Con memoria del 15.03.2023, si costituiva in giudizio il Comune di Ascoli Satriano, eccependo preliminarmente l'irricevibilità del ricorso per tardività della riassunzione dello stesso dinanzi al Giudice Amministrativo. Inoltre l'Ente insisteva nelle proprie prospettazioni, instando per la reiezione del ricorso, in quanto infondato in fatto e in diritto.

Con autonomo ricorso rubricato al R.G. n. 165/2023, il Comune di Ascoli Satriano adiva a sua volta il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, Sede di Bari, al fine di ottenere la declaratoria di nullità dell'atto di transazione e la condanna della società al pagamento di quanto pattuito, articolando due motivi di gravame.

Con il primo motivo, l'Ente ricorrente deduceva *“A) Sulla nullità dell'atto di transazione del 16 maggio 2011 relativo alla realizzazione di impianto per la produzione di energia elettrica da fonte eolica ubicato nel territorio del Comune di Ascoli Satriano*

1. Nullità della convenzione del 16.5.2011 per contrasto con il D.Lgs. 387/2003 e con il D.M. 9.10.2010”, sostenendo la sussistenza di un “palese contrasto” tra il suddetto accordo e il divieto di misure compensative di carattere meramente economiche previsto dal D.M. del 10.09.2010, recante “Linee guida per l'autorizzazione degli impianti alimentati da fonti rinnovabili”. Peraltro, in tesi di parte ricorrente la nullità dell'atto di transazione avrebbe comportato, come necessario corollario, la reviviscenza della convenzione stipulata tra le stesse parti in data 21.03.2007 la quale, al contrario “andrebbe considerata pienamente valida ed efficace”.

Con il secondo motivo di gravame, il ricorrente deduceva *“B) Sul credito vantato dal Comune di Ascoli Satriano per gli anni 2013-2018.*

2. Violazione e omessa applicazione dell'art. 5 della Convenzione sottoscritta in data 21.03.2007, rep. n. 2623 – Violazione e omessa applicazione dell'art. 11 della legge n. 241/90 – Violazione degli artt. 1175 c.c. e 1218 c.c. – Violazione del principio di correttezza e buona fede nell'esecuzione delle obbligazioni”, affermando l'inadempimento della Società per indebita sottrazione ai propri obblighi contrattuali.

In data 17.02.2023 si costituiva in tale ulteriore giudizio la Daunia Ascoli S.r.l., la quale, con memoria difensiva del 2.03.2023 presentava, in via pregiudiziale, istanza, *ex art. 70 c.p.a.*, di riunione dei ricorsi R.G. n. 52/2023 e R.G. n. 165/2023.

Nel merito, sosteneva che il Comune avrebbe violato il divieto di abuso del processo, avendo reiterato la medesima domanda, già proposta dalla Società, di declaratoria di nullità dell'accordo transattivo.

Con riguardo alla legittimità della convenzione, affermata dall'Ente, la Daunia Ascoli S.r.l. sosteneva anzitutto il difetto di giurisdizione del Giudice Amministrativo, per sussistenza della clausola compromissoria che riservava la competenza ad un collegio arbitrale, nonché il difetto di interesse del Comune, l'inesigibilità del credito vantato e la risoluzione per inadempimento della stipulata convenzione, ribadendo infine la compensazione del credito.

In data 3.03.2023, le società Daunia Wind S.r.l. e Daunia Ascoli S.r.l. presentavano altresì ricorso incidentale con domanda riconvenzionale affinché venisse:

I- accertata e dichiarata la nullità e/o comunque l'inefficacia della convenzione e della successiva transazione e, per l'effetto, condannato il Comune di Ascoli Satriano a restituire alla Daunia Ascoli S.p.A. tutte le somme indebitamente versate, in adempimento della predetta convenzione (per un importo complessivo di € 700.000,00) e del successivo atto di transazione (per un importo complessivo

di € 50.000,00), salvo errori e/o omissioni), oltre interessi e rivalutazione, come per legge, sino al soddisfo;

II- in via subordinata e nell'ipotesi in cui la convenzione azionata dal Comune nel presente giudizio fosse ritenuta valida ed efficace, accertato il grave inadempimento, imputabile al Comune di Ascoli Satriano, alle obbligazioni derivanti dalla medesima convenzione e, per l'effetto, dichiararla risolta, ovvero comunque fondata l'eccezione di inadempimento delle resistenti; in via ulteriormente subordinata, accertata e dichiarata la risoluzione della medesima convenzione, per gli ulteriori motivi indicati in ricorso incidentale;

III- in ogni caso, accertato il danno cagionato dal Comune di Ascoli Satriano alle Società, quantificato in euro 32.889.936,46 ovvero nella maggiore e/o minore somma che sarà ritenuta di giustizia, chiedevano condannarsi il Comune al risarcimento del danno arrecato, derivante dall'aver impedito l'installazione di n. 11 aerogeneratori assentiti dalla Regione Puglia;

IV- in ogni caso, infine, instavano affinché venisse accertata e dichiarata la compensazione dell'importo denegatamente dovuto al Comune, con quanto dovuto dal medesimo Comune di Ascoli Satriano alle predette Società.

All'udienza del 7.03.2023 per il ricorso rubricato al R.G. n. 165/2023, veniva rilevato d'ufficio, *ex art. 73*, comma 3 c.p.a., la sussistenza di una questione di giurisdizione.

Infine, all'udienza pubblica del 13.06.2023, sentiti i difensori delle parti, entrambi i ricorsi venivano posti in decisione, previo avviso alle parti di una possibile definizione dei medesimi, *ex art. 73*, comma 3, c.p.a., in relazione al tema della giurisdizione.

Tutto ciò premesso, preliminarmente ed in rito, come ampiamente emergente da quanto sin qui evidenziato, i due ricorsi in epigrafe (in uno al sopravvenuto ed ulteriore ricorso incidentale) risultano essere avvinti da evidente connessione soggettiva ed oggettiva, oltre che con riguardo alle questioni di fatto e di diritto in essi trattate, per cui ne va sicuramente disposta la riunione.

Premessa la ricevibilità del primo ricorso in riassunzione in quanto tempestivamente riproposto dinanzi al Giudice Amministrativo (cfr. Cass. SS.UU. ordinanza n. 17329 del 25 maggio 2021 - 17 giugno 2021), occorre valutare preliminarmente la sollevata eccezione di difetto di giurisdizione, con riguardo alla "competenza" sul punto di un collegio arbitrale.

La clausola compromissoria contenuta nell'art. 14 della convenzione del 21.03.2007, a cui si è fatto riferimento per sostanziare la relativa eccezione, è manifestamente nulla, in quanto devolve, in modo inammissibile, le eventuali controversie tra le parti (una P.A. ed una società commerciale) allo strumento dell'arbitrato irrituale, tale palesemente essendo lo strumento contrattualmente previsto, dal momento che la disposizione precisa che "*Gli arbitri giudicheranno in qualità di amichevoli compositori o decideranno anche in merito alle spese del giudizio arbitrale*".

Come è ovvio che sia, la giurisprudenza, sia amministrativa che ordinaria, ritiene illegittime le disposizioni con cui la Pubblica Amministrazione, anche quando operi su un piano paritetico con i privati, si sottrae ai principi di pubblicità e trasparenza, affidando la risoluzione della controversia allo strumento dell'arbitrato irrituale.

Come è noto, la norma di riferimento era collocata nell'art. 6, comma 2, l. n. 205/2000, oggi art. 12 c.p.a., in base al quale: *“Le controversie concernenti diritti soggettivi devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo possono essere risolte mediante arbitrato rituale di diritto.”*.

La giurisprudenza dominante è ferma nel ritenere che l'arbitrato libero, il quale per sua natura si conclude con una determinazione contrattuale, non possa essere utilizzato per la risoluzione di una controversia di cui è parte una Pubblica Amministrazione.

In tal modo, infatti, si consentirebbe a soggetti estranei alla P.A. di ingerirsi nel merito amministrativo, potendo scegliere gli stessi la soluzione più opportuna per la risoluzione della controversia (cfr. Cass. Civ. SS.UU. n. 8987/2009; Cass. Civ. n. 17934/2008).

Nelle parole della Cassazione a Sezioni Unite, vi è la chiara e condivisibile spiegazione dell'impossibilità giuridica di ricorrere a tale strumento: *“Non v'è alcun dubbio che la pubblica amministrazione, quando instaura con un privato rapporti di natura negoziale che non implicino l'adozione di atti autoritativi, è in linea di massima anch'essa soggetta alle norme di diritto privato. Tuttavia, il fatto che la pubblica amministrazione, nel suo operare negoziale, si trovi su un piano paritetico a quello dei privati, se per un verso esclude che essa possa avvalersi di un qualsiasi potere di supremazia sull'altro contraente, per un altro verso non significa che vi sia una piena ed assoluta equiparazione della sua posizione a quella di un privato. Resta, comunque, l'ineliminabile differenza che discende dalla portata e dalla natura dell'interesse pubblico cui in ogni caso l'amministrazione deve ispirarsi e che, anche se incanalato nell'alveo di strumenti di tipo privatistico, è destinato a conformare il comportamento del contraente pubblico secondo regole e principi, particolarmente in tema di pubblicità e trasparenza, che per il privato non hanno invece ragion d'essere. Del modo in cui gestisce il proprio interesse, il privato non è tenuto a dar conto alcuno, ma lo stesso non può dirsi per il contraente pubblico e per le modalità con cui si realizza il pubblico interesse cui egli è preposto, che non possono restare opache ma devono viceversa pur sempre rispondere a criteri suscettibili di essere ben percepiti e valutati. Se ciò è vero, non basta richiamarsi alla natura privatistica degli strumenti negoziali adoperati per superare ogni possibile ostacolo all'utilizzabilità dell'arbitrato irrituale nei contratti della pubblica amministrazione. Certamente non v'è alcuna incompatibilità di principio tra la natura pubblica del contraente e la possibilità di un componimento negoziale delle controversie nascenti dal contratto stipulato dalla pubblica amministrazione. Ma resta il fatto che tale componimento, se derivante da un arbitrato irrituale, verrebbe ad essere affidato a soggetti (gli arbitri*

irrituali, appunto) individuati all'interno della medesima logica negoziale, in difetto di qualsiasi procedimento legalmente predeterminato e perciò senza adeguate garanzie di trasparenza e pubblicità della scelta. Quei medesimi soggetti sarebbero destinati poi ad operare secondo modalità parimenti non predefinite e non corredate dalle suindicate garanzie di pubblicità e trasparenza. Né, infine, può trascurarsi che il perseguimento dell'interesse pubblico, interesse che anche nel componimento arbitrale dovrebbe potersi realizzare e che non può mai andare esente da un regime di controlli ed eventuali conseguenti responsabilità, verrebbe invece affidato all'operato di soggetti sottratti ad ogni controllo, con l'effetto di rendere evanescente anche l'eventuale individuazione di qualsiasi conseguente responsabilità” (cfr. Cass. Civ., SS.UU. sentenza n. 8987 del 16 aprile 2009).

Anche la giurisprudenza amministrativa è coerentemente allineata all'orientamento della Cassazione sul tema in questione, evidenziando in proposito che *“Benché l'Amministrazione, nel suo operare negoziale, si trovi su un piano paritetico a quello dei privati, ciò non significa che vi sia una piena e assoluta equiparazione della sua posizione a quella del privato, essendo essa portatrice di un interesse pubblico, a cui il suo agire deve ispirarsi in ogni caso. Ne consegue che all'Amministrazione è preclusa la possibilità di avvalersi, nella risoluzione di controversie derivanti da contratti, accordi o convenzioni, del cosiddetto «arbitrato irrituale o libero», poiché - in tal modo - il componimento della vertenza sarebbe affidato a soggetti (gli arbitri irrituali) individuati, nell'ambito di una pur legittima logica negoziale, in difetto di qualsiasi procedimento legalmente determinato e, pertanto, privo di adeguate garanzie di trasparenza e pubblicità della scelta” (cfr. T.A.R. Molise, sentenza n. 1552 del 16.12.2010).*

Tale ingerenza da parte di soggetti estranei alla P.A. non può essere quindi in alcun modo consentita, tanto che l'art. 6, comma 2, della legge n. 205/2000, oggi sostituito dall'art. 12 c.p.a., che lo riproduce letteralmente, consente la risoluzione di controversie, spettanti al Giudice Amministrativo, nella sola forma dell'arbitrato rituale, che si conclude con un lodo, equiparabile ad una sentenza e, come tale, impugnabile ed eseguibile.

Inoltre, nell'arbitrato rituale, gli arbitri sono vincolati dalle norme del c.p.c., ed in tal modo il loro operato è di per sé maggiormente riconducibile ad una funzione, *latu sensu*, giurisdizionale.

È peraltro assai opportuno sottolineare, in proposito, che l'arbitrato, di per sé, è una forma di risoluzione delle controversie che deroga alla giurisdizione del “giudice naturale” espressione del potere statale. Trattandosi di istituto derogatorio, la norma che lo disciplina non può che essere intesa in senso restrittivo, e non è passibile, quindi, di interpretazione estensiva.

Nel caso di specie, peraltro, la sollevata eccezione di difetto di giurisdizione del Giudice Amministrativo in favore del collegio arbitrale irrituale previsto dalla sopra menzionata convenzione è stata ampiamente contraddetta dal comportamento concludente delle parti, che tale forma di procedura non hanno neanche

attivato e che, anche successivamente alla proposizione della più volte menzionata eccezione, hanno ripetutamente adito il G.A. ritenendo evidentemente sussistente la sua giurisdizione.

Nel merito della questione della effettiva spettanza del potere giurisdizionale nel caso di specie, i ricorsi qui riuniti sono inammissibili per difetto di giurisdizione, in quanto la stessa appartiene, in relazione all'articolata vicenda sottoposta a scrutinio, al Giudice Ordinario.

In effetti, al momento della stipula della convenzione del 21.03.2007 era indubbio che la fattispecie per come in tale fase concretizzatasi ricadesse nella giurisdizione del Giudice Amministrativo *ex art. 11* della legge n. 241/90, categoria alla quale è certamente ascrivibile la convenzione rep. 2623.

Tuttavia, pur vertendosi nella fattispecie in esame nell'ambito di una controversia che potrebbe *prima facie* sembrare originariamente ricadente nell'alveo della giurisdizione esclusiva del Giudice Amministrativo *ex art. 11* della L. n. 241/1990, si tratta, all'apparire del vero, di una questione contenziosa successivamente modificatasi in una fattispecie inerente diritti pacificamente disponibili, con particolare riferimento al *petitum* sostanziale, consistente oggettivamente in obbligazioni di pagamento di somme di denaro in forza di stipulazione negoziale e di (ritenuto) illecito causativo di danno.

Come sopra evidenziato, in relazione alla più volte citata convenzione è successivamente intervenuta transazione in data 16.05.2011.

Postasi alle spalle la vicenda autoritativa pubblicistica, con detta stipulazione negoziale transattiva le parti stabilivano, come meglio evidenziato in fatto, l'assetto dei propri diritti (all'evidenza pienamente disponibili) in relazione al caso in esame.

Sul pieno presupposto della disponibilità delle loro posizioni, non può che constatarsi la legittima sussistenza dell'autonomia negoziale delle parti a poter transigere sulla stessa.

Come noto, la transazione è lo strumento che, *ex art. 1965 c.c.*, opera al fine della bonaria composizione di una lite già insorta o insorgenda e tramite la quale le parti si fanno "*reciproche concessioni*".

Ai sensi dell'art. 1965, comma 2, c.c., con l'accordo transattivo si possono creare, modificare o estinguere anche rapporti diversi da quello che aveva formato oggetto della pretesa e della contestazione delle parti.

Pertanto, come anche sostenuto dalla giurisprudenza amministrativa, la transazione può atteggiarsi come atto di composizione dell'originario rapporto litigioso mediante "*la conclusione di un nuovo rapporto costitutivo di obbligazioni autonome, diverse dalle obbligazioni originarie*", ovvero esclusivamente mediante "*modifiche alle obbligazioni preesistenti senza elisione del collegamento con l'originario rapporto*".

Nel primo caso, si tratterà di "*transazione novativa*", mentre nel secondo di "*transazione semplice o conservativa*" (cfr. *inter plures* Cass. civ., Sez. trib., 23.06.2021, n. 17869).

Ne deriva che con la transazione novativa si costituirà una nuova fonte del rapporto giuridico tra le parti, consistente nell'accordo transattivo stesso.

Nel caso di specie, nonostante l'originale fonte delle obbligazioni delle parti fosse originariamente rinvenibile nella convenzione stipulata *ex art.* 11 L. n. 241/1990, che ne aveva determinato la qualificazione in termini di una situazione giuridica di diritto pubblico, per il tramite della stipulazione di una transazione novativa è stato effettuato un nuovo regolamento d'interessi tra le medesime, di fonte puramente civilistica, la cui cognizione è pacificamente da devolversi al Giudice Ordinario.

In tale transazione non vi era alcuna indicazione di un potere amministrativo da gestire ma solo consequenziali ragioni di credito, di natura squisitamente civilistica, scaturenti dalla chiusura della vicenda contenziosa all'epoca già in corso.

Risulta, dunque, non condivisibile la decisione con cui il Giudice Ordinario ha declinato la propria giurisdizione, peraltro argomentando con una motivazione invero assai stringata e puramente volta a sussumere, senza particolari rilievi, la complessa fattispecie determinatasi nel caso concreto sotto l'ambito della giurisdizione esclusiva del Giudice Amministrativo *sic et simpliciter*, peraltro individuando un titolo di giurisdizione - ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. o) c.p.a. - quanto meno discutibile.

In conclusione, il Collegio ritiene necessario anzitutto dichiarare sul complesso del contenzioso in esame il proprio difetto di giurisdizione, indicando come giudice munito di giurisdizione il Giudice Ordinario.

Constatata l'insorgenza di un conflitto negativo di giurisdizione, si ritiene opportuno sollevare direttamente d'ufficio dinanzi alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione la relativa questione ai sensi dell'art. 11, comma 3, c.p.a., affinché sia in tale sede individuato, in via definitiva, il Giudice munito della giurisdizione sulla presente controversia.

In considerazione della particolare complessità procedimentale e processuale della fattispecie in esame, oltre che della evidente peculiarità in fatto della presente controversia, sussistono i presupposti di legge per compensare integralmente le spese di lite fra le parti.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale della Puglia, Sede di Bari, Sezione II, dichiara il difetto di giurisdizione del Giudice Amministrativo in favore del Giudice Ordinario.

Solleva d'ufficio conflitto negativo di giurisdizione e, per l'effetto, dispone la rimessione degli atti alle Sezioni Unite della Corte di cassazione.

Dispone che la presente pronuncia e copia digitale di tutti gli atti dei fascicoli con essa decisi siano trasmessi senza ritardo, a cura della Segreteria, alla Cancelleria delle Sezioni Unite della Corte di cassazione per il seguito di competenza.

Spese della presente fase integralmente compensate.

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

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 13 giugno 2023 con l'intervento dei magistrati:

Orazio Ciliberti, Presidente

Alfredo Giuseppe Allegretta, Consigliere, Estensore

Lorenzo Ieva, Primo Referendario

L'ESTENSORE

Alfredo Giuseppe Allegretta

IL PRESIDENTE

Orazio Ciliberti

IL SEGRETARIO