

di Leopoldo Di Bonito

**SOMMARIO:** 1. *Petiturum e causa petendi* dell'azione: i fatti – 2. “*Motivi attinenti alla giurisdizione*”: il delicato rapporto tra la competenza arbitrale e quella esclusiva del giudice amministrativo – 3. Efficacia vincolante della sentenza emessa dalla Corte di Cassazione a Sezioni riunite n. 26390 del 25.11.2020, depositata il 04.01.2021, sulla ravvisabilità dell'uso dell'arbitrato rituale quale strumento di risoluzione delle controversie concernenti diritti soggettivi devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

**1. *Petiturum e causa petendi dell'azione: i fatti.***

La vicenda in esame trae le sue origini dal bando, pubblicato in data 11 maggio 2000, con il quale l'Amministrazione dei Monopoli ha indetto una procedura di evidenza pubblica ai fini dell'attribuzione di concessioni per l'esercizio dei servizi di raccolta e di gestione delle scommesse ippiche al totalizzatore nazionale ed a quota fissa sulle corse dei cavalli, della durata di sei anni, rinnovabili per altri sei.

Parte ricorrente, nella della vicenda che ci occupa, denunciando che, sin dal 1999, il settore aveva conosciuto una forte crisi, determinata sia dalla diffusione del gioco clandestino che dall'ingresso di imprese estere, propose domanda di arbitrato rituale, chiedendo non solo il pieno riconoscimento delle citate alterazioni del mercato delle scommesse ippiche ma anche, ai sensi dell'art. 1460 c.c., la non debenza delle prestazioni patrimoniali a carico delle agenzie; infine, con la medesima domanda, parte ricorrente altresì che le p.a. coinvolte fossero condannate all'adempimento e al risarcimento del danno.

Con lodo espresso in data 30 ottobre 2013, i giudici arbitrali hanno dichiarato la responsabilità dei Ministeri chiamati a giudizio, condannando gli stessi al risarcimento del danno.

Con sentenza del 16 luglio 2018, n. 4921, la Corte d'appello di Roma, innanzi alla quale il lodo veniva successivamente impugnato dai Ministeri, ha dichiarato la nullità della pronuncia arbitrale sulla base dell'asserita appartenenza della controversia alla esclusiva giurisdizione del giudice amministrativo.

Secondo la Corte, infatti, il collegio arbitrale si sarebbe espresso su questioni non compromettibili in arbitrato rituale, duolendosi l'attuale ricorrente del mancato esercizio, da parte delle P.A. coinvolte, del potere istituzionale di impedire la “concorrenza sleale”, integrata dal fenomeno delle scommesse ippiche in territorio estero e da quelle clandestine, le quali avrebbero profondamente alterato l'equilibrio contrattuale tra concedente e concessionario, determinando il conseguente inadempimento dell'Agenzia, come tale incolpevole. E poiché tali vicende si incardinano in merito a valutazioni inerenti la discrezionalità amministrativa, la giurisdizione esclusiva sarebbe dovuta conseguentemente appartenere al G.A.

Avverso la decisione della Corte d'appello di Roma propone ricorso l'attuale parte ricorrente.

2. “Motivi attinenti alla giurisdizione”: *il delicato rapporto tra la competenza arbitrale e quella esclusiva del giudice amministrativo.*

Parte ricorrente affida il ricorso avverso la decisione della Corte d'Appello a due specifici motivi, dei quali il primo – violazione e falsa applicazione dell'art. 111 Cost. e 132 cod. proc. civ., per la motivazione omessa o insufficiente – non oggetto dell'analisi che in questa sede si intende percorrere, e dagli stessi Giudici ritenuto infondato sulla base di motivazioni già precedentemente analizzate in molteplici pronunce.

Il secondo motivo, il quale richiama invece l'attenzione della presente analisi, afferisce a “*motivi attinenti alla giurisdizione*”, poiché, come dalla stessa Corte efficacemente riassunto, “*con la domanda arbitrale, l'agenzia aveva allegato l'inadempimento della p.a. sotto due profili, ovvero la presenza di reti illegali e di operatori stranieri, ed i ritardi nell'attivazione delle scommesse a quota fissa, telefoniche o telematiche: dunque, per l'art. 33 d.lgs. n. 80 del 1998, come modificato dall'art. 7, comma 1, lett. a), L. n. 205 del 2000, la competenza è del giudice ordinario, cui compete quella sulle controversie concernenti indennità, canoni e corrispettivi per la concessione di pubblici servizi, dove la p.a. non opera come autorità; per l'art. 12 c.p.a., già art. 6, comma 2, L. n. 205 del 2000, la controversia è devoluta al G.A. in via esclusiva, ma concerne diritti soggettivi e, quindi, è possibile devolverla in arbitrato rituale. Infatti, le agenzie non hanno formulato mai domanda di rideterminazione del canone in ragione del cd. minimo garantito, né l'amministrazione poteva sul punto intervenire; esse, invece, hanno denunciato il comportamento inerte della p.a., che avrebbe dovuto attivarsi per garantire l'esclusività del mercato oggetto delle concessioni, alterato come detto, in posizione paritetica coi privati e nella fase esecutiva del rapporto concessorio.*”

Ebbene, appare evidente come il tema oggetto di attenzione della vicenda che si esamina sia costituito dai delicati rapporti intercorrenti tra la giurisdizione del giudice amministrativo e la sede arbitrale come luoghi di azione di specifiche pretese, difficile relazione che già in passato, con pronunce più o meno note, la stessa Suprema Corte aveva definito e delineato nelle specifiche peculiarità ed reciproche ingerenze, tentando di dettare – con maggiore ragguglio del Legislatore – i confini di demarcazione (spesso incerti) tra le due giurisdizioni (Cass., sez. un., 18 dicembre 2019, n. 33691, Cass., sez. un., 30 ottobre 2019, n. 27847, Cass., sez. un., 8 luglio 2019, n. 18267, Cass., sez. un., 18 dicembre 2018, n. 32728, Cass., sez. un., 26 ottobre 2020, n. 23418).

Quest'analisi non può che trarre origine dal dettame normativo, il quale richiama la nostra attenzione al riguardo con tre specifici interventi: uno, la norma di cui all'art. 6 comma 2 della L. n. 205/2000 (successivamente modificata dal D.L. n. 112/2008) – rubricata “Disposizioni sulla giurisdizione” –, la quale, introducendo l'istituto arbitrale quale valida e consentita alternativa alla giurisdizione amministrativa per specifiche vertenze, ha stabilito che “*Le controversie concernenti diritti soggettivi devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo possono essere risolte mediante arbitrato rituale di diritto*”; il secondo intervento è quello di cui all'art.12 c.p.a. - rubricato “Rapporti con l'arbitrato” -, alla stregua del quale “*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*”

(comma così modificato dall'art. 1, comma 1, lett. a), D.lgs. 15 novembre 2011, n. 195, decreto correttivo del c.p.a.. Nello specifico, l'inciso "ai sensi degli articoli 806 e seguenti del codice di procedura civile" è stato dal Legislatore inserito allo scopo dichiarato di ricondurre, senza margini di maggior dubbio – almeno nelle sue intenzioni – la previsione nelle coordinate di diritto comune, escludendone, o limitandone, i caratteri di specialità rispetto all'istituto generale. Il risultato finale dell'introduzione di tale espresso rinvio, tuttavia, è stato nella pratica segnato da forti profili di ambiguità sia nella definizione dei confini dell'arbitrato, sia nelle regole procedurali ad esso applicabili. Allo stato attuale, la giurisprudenza in materia, seppur esigua ancora, senza dissenso alcuno insiste affinché l'art. 12 c.p.a. venga applicato secondo una rigida interpretazione restrittiva – "norma di stretta interpretazione" –, che tenga conto della formulazione letterale della norma e della sua natura "eccezionale"); il terzo intervento, infine, rappresentato dall'art. 133 c.p.a. - rubricato "Materie di giurisdizione esclusiva" -, secondo cui, comma 1 lett. c), "*Sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, salvo ulteriori previsioni di legge: c) le controversie in materia di pubblici servizi relative a concessioni di pubblici servizi, escluse quelle concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi, ovvero relative a provvedimenti adottati dalla pubblica amministrazione o dal gestore di un pubblico servizio in un procedimento amministrativo, ovvero ancora relative all'affidamento di un pubblico servizio, ed alla vigilanza e controllo nei confronti del gestore, nonché afferenti alla vigilanza sul credito, sulle assicurazioni e sul mercato mobiliare, al servizio farmaceutico, ai trasporti, alle telecomunicazioni e ai servizi di pubblica utilità;*".

Appare evidente, sin da una prima sommaria lettura delle norme sopraesposte, come oggetto di riflessione sia la comprensione di quali vertenze, o, in altri termini, di quali posizioni soggettive tutelabili in sede giurisdizionale siano compromettibili in arbitrato.

Di quando e se, cioè, la giurisdizione amministrativa e l'arbitrato si incontrano.

Per ciò che interessa la presente analisi, vi è un momento, del quale l'art. 12 c.p.a. (alla luce della previsione innovativa dell'art. 6 della L. n. 205/2000) segna l'epifania ed il perimetro applicativo, nel quale determinate controversie – di cui in seguito definiremo le caratteristiche e la cui cognizione, come visto, sarebbe in linea di principio affidata alla giurisdizione amministrativa – possono essere deferite al giudizio arbitrale, il quale si pone pertanto quale valida alternativa al giudice amministrativo.

Si tratta, senza ombra di dubbio, di un rapporto non privo di note problematiche: *in primis*, per l'evidente limitazione oggettiva che il deferimento della controversia all'arbitrato parrebbe imporre alla potestà cognitiva e decisionale del giudice amministrativo, resa ancor più palese qualora ci si addentrasse – esigenza che tuttavia non verrà in questa sede soddisfatta – nella stretta analisi della natura dell'arbitrato e della stessa giurisdizione amministrativa, esclusiva e di legittimità; *in secundis*, e con altrettanta evidenza, la previsione dell'art. 12 c.p.a., la quale limita ai soli diritti soggettivi l'applicazione dell'istituto arbitrale, non appare certamente strutturata dal Legislatore con contorni netti e definiti (e la poca giurisprudenza edita in materia non ci aiuta, spesso ondivaga), generando nel lettore poco esperto (ma anche in quello maggiormente ravveduto) comprensibili incertezze sulla stessa compromettibilità della singola controversia, con il rischio di annullamento del lodo per violazione dell'art. 12 c.p.a..

Ecco pertanto delimitato l'oggetto che ci occupa, i cui contenuti risultano già inquadrati da quanto sopra espresso: capire, trattando di posizioni soggettive normalmente situate nel perimetro della giurisdizione amministrativa, per quale ambito oggettivo esse possano essere estese in arbitrato e in esso compromesse, tenuto conto della dichiarata funzione "deflattiva" che l'istituto arbitrale sarebbe chiamato a svolgere sul contenzioso gravante a carico del giudice statale, almeno nelle intenzioni del Legislatore, e della, parimenti degna di nota, esigenza di speditezza e celerità nella tutela delle parti, pubbliche e private, coinvolte nei rapporti giuridici amministrativi, spesso non soddisfatta dai meccanismi tipici della suddetta giurisdizione togata.

Come sinora ripercorso, risulta dominante nella giurisprudenza e dottrina sino ad oggi elaborate a partire dalla riforma di cui alla L. n. 205/2000, l'interpretazione secondo la quale l'art. 12 c.p.c. abbia un campo di applicazione oggettivo limitato alle sole vertenze relative a diritti soggettivi, senza possibilità di estensione alcuna al campo degli interessi legittimi.

Detto altrimenti, è assolutamente preclusa la compromettibilità in arbitrato rituale di diritto delle controversie su interessi legittimi.

Come sopra ricordato, attualmente la poca giurisprudenza in materia sottolinea a gran voce il carattere restrittivo ed eccezionale dell'art. 12 c.p.a. ("norma di stretta interpretazione" come anzidetto, soprattutto esaminando accuratamente il percorso storico che ha condotto alla sua attuale formulazione a partire dall'innovativo intervento di cui all'art. 6 comma 2 della L. n. 205/2000), la cui portata, a ben rifletterci, nel prevedere che le controversie concernenti diritti soggettivi devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo possano essere (con evidente maggior economicità di tempo e danaro) compromesse in arbitrato, affida all'accordo delle parti, concretizzato nel patto compromissorio, la possibilità di derogare, seppur indirettamente ma pur sempre lecitamente "raggirandola", alla giurisdizione.

E la portata di ciò appare ancor più compiutamente qualora si analizzi il passo successivo, la conseguenza di tale attitudine decisionale affidata alle parti, ovverosia la possibilità, in caso di impugnazione del lodo arbitrale, che la sua cognizione venga demandata ed affidata alle cure del giudice ordinario, togato che, in assenza di arbitrato, ne sarebbe escluso a favore della sua devoluzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Infatti, precedentemente all'intervento legislativo di cui alla L. n. 205/2000<sup>1</sup>, come spesso ritenuto dalla giurisprudenza<sup>2</sup> e da buona parte degli orientamenti dottrinali più eminenti, qualsiasi vertenza coinvolgesse la pubblica amministrazione come parte in causa, come tale rappresentante di

---

<sup>1</sup> Tra i principali apporti, vanno segnalati: F.G. Scoca, *La capacità della pubblica amministrazione di compromettere in arbitri*, in AA.VV., *Arbitrato e pubblica amministrazione*, Milano, 1991, 100; E. Ferrari, *Le giurisdizioni amministrative speciali*, S. Cassese (a cura di), in *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo speciale*, 2000, IV, 3601-34; G. Caia, *Arbitrati e modelli arbitrali nel diritto amministrativo. I presupposti e le tendenze*, Milano, 1989; S.A. Villata, *Controversie di pubblico impiego, arbitrato e disapplicazione degli atti amministrativi illegittimi*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2000, 803 e segg.; A. Romano Tassone, *L'arbitrato*, in AA.VV., *Il processo avanti al giudice amministrativo, commento sistematico alla l. 205/2000*, II ed., Torino, 2004, 525 e segg.

<sup>2</sup> In questo senso si pone, fra le tante, Cass., Sez. un., 3 dicembre 1991, n. 12966, Id., 1993, I, 3367, e 4 luglio 1981, n. 4360, Id., 1981, I, 1860, con osservazioni di Barone.

situazioni giuridiche soggettive asseritamente inderogabili e indisponibili poiché tutelanti un interesse pubblico, non poteva *in re ipsa* essere devoluta in arbitri.

Giova rammentare, per altro verso, come invece altra e differente dottrina sostenesse negli stessi anni – già quindi a diritto vigente – l'ammissibilità dell'arbitrato anche per le controversie assegnate alla giurisdizione amministrativa, se vertenti su diritti soggettivi disponibili, sottolineando come la liceità o meno per le parti di compromettere una *querelle* mediante l'istituto arbitrale fosse stabilita dalla sola indagine in merito alla disponibilità del diritto controverso, derivante dalla sua regolazione sostanziale e non dalla sua difesa giudiziale, a nulla rilevando la circostanza per cui si tratti di controversia affidata ad un giudice diverso da quello ordinario<sup>3</sup>.

Con l'introduzione dell'art. 6 comma 2 della L. n. 205/2000, il Consiglio di Stato ne ha suggellato la "portata innovativa e non retroattiva", ritenendo i togati che l'intervento legislativo segnasse il discrimine tra la possibilità che le clausole compromissorie di controversie non conoscibili dal giudice ordinario e contrastanti con le norme imperative sulla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo fossero o meno impegnative per le parti<sup>4</sup>, opinione sostenuta anche dalle Sezioni Unite della Cassazione<sup>5</sup>, seppur con successivi e divergenti interventi in seno alla stessa<sup>6</sup>.

Un'attenta lettura della norma introdotta per disciplinare l'arbitrato nonché la sua stessa *sedes materiae* (art. 6, 2 comma, L. n. 205/2000) palesano anche al lettore meno ravveduto come fosse chiaro intento del Legislatore quello di stabilire una interconnessione di tale istituto, *rectius* giudizio, non solo con la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ma anche con quella di legittimità, pertanto, per la proprietà commutativa gioverebbe dire, con la materia cui entrambi tali giurisdizioni sono demandate, ovverosia la regolarità o meno dell'operato della pubblica amministrazione incidente su situazioni soggettive dei privati.

Il giudizio arbitrale, con le modalità sue proprie, assurge quindi, al pari delle nobili ed altolocate giurisdizioni suddette, a strumento di risoluzione di controversie di natura esclusivamente

---

<sup>3</sup> In questo senso si erano espressi, tra i tanti, Andrioli, *Procedura arbitrale e regolamento di giurisdizione*, in *Foro It.*, 1956, I, 849 e segg.; Verde, *Diritto dell'arbitrato rituale*, Torino 1997, 27 e segg.; Id., *Arbitrato e pubblica amministrazione*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1996, 221 e segg.; Barrella, *Incompatibilità fra giurisdizione esclusiva e arbitrato?*, *Riv. Arb.*, 2000, 203 e segg.; Consolo, *L'oscillante ruolo dell'arbitrato al crescere della giurisdizione esclusiva e nelle controversie sulle opere pubbliche (fra semi-obbligatorietà ed esigenze di più salde garanzie)*. *Arbitrato e pubblica amministrazione*, Milano, 1999, 151 e segg.; Punzi, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Padova, 1999, II, spec. 142; Selvaggi, *Giurisdizione esclusiva ed arbitrato*, in *Riv. Arb.*, 1999, 616 e segg.

<sup>4</sup> Cons. Stato, Sez. VI, 8 aprile 2002, n. 1902.

Analogamente, per Cons. Stato, Sez. V, 31 gennaio 2001, n. 354, in *Urb. e Appalti*, 2001, 9, 1009, con nota di De Pauli, *con riguardo a controversie non soggette alla nuova disciplina recata dalla legge n. 205/2000*, il potere giurisdizionale degli arbitri esiste solo nell'ambito della giurisdizione del giudice civile, non potendo venire deferite al giudice privato controversie che esorbitano dalla giurisdizione del giudice ordinario per essere attribuite al giudice amministrativo, e questo tanto nell'ambito della giurisdizione di legittimità che in quella esclusiva, con conseguente nullità di eventuali clausole compromissorie

<sup>5</sup> Sez. un., 18 novembre 2008, n. 27336 (ord.).

<sup>6</sup> Cass. SS.UU. sentenza 12 luglio 2005 n. 14545, *Foro Amm. CDS*, 2006, 403 e segg., con nota di M. Antonioli, *Arbitrato e giurisdizione esclusiva: luci e ombre in tema di ius superveniens*

patrimoniale, a nulla rilevando le critiche per le quali il ricorso a tale modalità rappresenterebbe una indiretta deviazione dalla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, pertanto violante quella garanzia di unicità di sede e di tutela all'azione giudiziaria cui la norma sarebbe finalizzata.

*3. Efficacia vincolante della sentenza emessa dalla Corte di Cassazione a Sezioni riunite n. 26390 del 25.11.2020, depositata il 04.01.2021, sulla ravvisabilità dell'uso dell'arbitrato rituale quale strumento di risoluzione delle controversie concernenti diritti soggettivi devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.*

Effettuato il dovuto *excursus*, ecco dunque che la pronuncia espressa dalle SS.UU. della Suprema Corte oggetto della presente disamina acquista la dovuta forma e consistenza.

Nel caso di specie, la sentenza dei Giudici di merito impugnata dinanzi ai Supremi togati ha ritenuto che la situazione giuridica soggettiva controversa – ovvero sia il lamentato inadempimento dei Ministeri all'obbligo di garantire l'esclusività nella raccolta delle scommesse e l'adempimento tardivo nel permettere la raccolta delle scommesse a quota fissa, nonché infine l'accettazione delle stesse per via telefonica e telematica – fosse qualificabile quale interesse legittimo, e non diritto soggettivo come assunto dalla ricorrente, e come tale lecitamente derogabile con la devoluzione della lite in arbitrato.

Le SS.UU., alla stregua degli approdi oramai condivisi e sopra esaminati, partendo dalla disamina specifica dei quesiti sottoposti agli arbitri – e quindi, come anzidetto, indagando analiticamente la disponibilità del diritto controverso, derivante dalla sua regolazione sostanziale e non dalla sua difesa giudiziale – non ha condiviso l'assunto della Corte d'Appello.

Infatti, i quesiti originariamente sottoposti agli arbitri palesano come, afferma la Suprema Corte, *“non si imputi alla p.a. il cattivo od inadeguato uso di poteri autoritativi pubblici, ma proprio l'essere alla medesima imputabili specifici inadempimenti negoziali”*; in altri termini, non veniva censurato l'uso del potere autoritativo da parte del Pubblico Garante, bensì l'inadempimento ad obblighi dallo stesso contrattualmente assunti, dei quali i ricorrenti chiedevano l'accertamento nonché, conseguentemente, tra le diverse pretese dedotte, la risoluzione del contratto ed il risarcimento del danno.

Il lodo successivamente impugnato dinanzi ai Giudici di merito, accoglieva la domanda di risarcimento del danno per inadempimento degli obblighi contrattuali.

Ecco pertanto esprimersi la Suprema Corte, secondo la quale, come già espresso (si veda *infra*), *“(...) si tratta di diritti soggettivi quando, nell'ambito della concessioni di pubblici servizi, la controversia sia relativa alla fase esecutiva del rapporto, dunque successiva all'aggiudicazione, ivi comprese le questioni inerenti agli adempimenti ed alle relative conseguenze indennitarie”* (Cass., sez. un., 18 dicembre 2019, n. 33691).

*Ad abundantiam*, le SS.UU. offrono un elemento dirimente in più a colui il quale non sia già pienamente convinto della fondatezza di quanto espresso: la qualificazione di situazioni giuridiche soggettive quali diritti soggettivi emerge e prevale rispetto alla loro possibile definizione di interessi legittimi ogni qual volta venga in esame *“(...) la fase esecutiva del contratto di concessione, la*

*quale si estende alle questioni inerenti l'adempimento e l'inadempimento della stessa, nonché le conseguenze risarcitorie, vertendosi nell'ambito di un rapporto paritetico tra le parti e non della spendita di poteri autoritativi tipizzati dalla legge (Cass., sez. un., 8 luglio 2019, n. 18267)”.*

*È interesse legittimo, pertanto, ciò che esula o, anche, residua tale indagine, laddove cioè la pubblica amministrazione intervenga con atti autoritativi incidenti direttamente sulle procedure di affidamento, seppur atti successivi all'aggiudicazione definitiva, mediante esercizio dei poteri di annullamento d'ufficio o di eventuali altri poteri riconosciuti dalla legge, o adottati atti autoritativi in un procedimento amministrativo disciplinato dalla legge n. 241 del 1990, oltre che nei casi tassativamente previsti (Cass., sez. un., 18 dicembre 2018, n. 32728)”.*

In altri termini, nella materia in esame di concessioni di pubblici servizi, compete al giudice ordinario indagare la determinazione dei diritti e degli obblighi dell'amministrazione e del concessionario, valutando di volta in volta non solo, in via incidentale, la legittimità degli atti amministrativi incidenti sulla determinazione del corrispettivo, ma anche e soprattutto le questioni inerenti all'adempimento o all'inadempimento – nonché i relativi effetti e conseguenze anche di natura risarcitoria – della concessione stessa.

Con la diretta conseguenza che *“le controversie appartenenti alla giurisdizione del giudice ordinario prescindono dalla portata e dal momento di efficacia della disposizione di cui all'art. 6, comma 2, l. n. 205 del 2000 (poi trasfuso nell'art. 12 c.p.a.) possono essere compromesse in arbitrato rituale”*.

Nel caso di specie, pertanto, parte ricorrente concessionaria – la quale ha attivato il giudizio del collegio arbitrale alla stregua delle regole di risoluzione degli eventuali conflitti espressamente sancite dalla stessa convenzione stipulata con parte resistente – ben ha ritenuto di azionare le sue pretese presso la sede arbitrale citata, costituendo certamente *petitum* sostanziale delle richieste anzidette il rapporto concessorio nella fase della sua attuazione, successiva quindi all'affidamento del servizio.

Giova peraltro rammentare che la vertenza attivata da parte ricorrente non ha ad oggetto – direttamente o indirettamente – la validità degli atti amministrativi che hanno portato alla stipula della Concessione concernente la raccolta delle scommesse sulle corse dei cavalli o la validità della Concessione e della Convenzione ad essa accessiva, bensì il *“quantum”* del corrispettivo effettivamente dovuto al singolo concessionario in ragione dell'incidenza del comportamento serbato dall'amministrazione dopo l'insorgenza del rapporto contrattuale, la quale non si sarebbe attivata per garantire la permanenza dei presupposti in base ai quali i concedenti avevano bandito le gare e in ragione dei quali la stessa Agenzia aveva deciso di presentare la propria offerta economica, concernenti, rispettivamente, il volume di affari preso a riferimento in vista della determinazione del canone e la repentina introduzione di specifiche tipologie di scommesse, espressamente indicate nella Concessione.

Ne consegue che, nel caso in esame, non viene in rilievo alcuna questione relativa all'esercizio di poteri discrezionali della P.A. in riferimento alla determinazione del canone dovuto, in quanto lo stesso risultava già fissato in origine, mentre l'Agenzia si è limitata solo a chiedere l'eventuale sua riconduzione ad equità, unitamente alla modifica di altre clausole contrattuali e al risarcimento del danno; analogamente, poi, non può assumere alcuna rilevanza neanche il fatto che, in relazione

all'introduzione delle specifiche tipologie di scommesse, le modalità di accettazione (attraverso telefono o altro strumento telematico) dovessero essere fissate a mezzo di un successivo decreto ministeriale -mai adottato- su proposta dell'UNIRE, in quanto la P.A., nel rilasciare la Concessione e nel sottoscrivere la Convenzione, aveva assunto una specifica responsabilità sul punto, sicché eventuali ritardi dovuti al comportamento di altri soggetti non possono certamente eliminare l'inadempimento contrattuale della concedente.”

Pertanto, come affermato anche da diverse Corti territoriali, stante l'intervenuto rilascio in via definitiva della Concessione in favore dell'Agenzia ippica, la vicenda involga solo diritti soggettivi a contenuto patrimoniale, sicché il relativo “*iuris dicere*” effettivamente spettava al Collegio arbitrale, secondo quanto appositamente convenuto dalle parti con la clausola compromissoria.

In altri termini, l'indagine richiesta al collegio arbitrale esulava l'accertamento di profili non attinenti all'esercizio di autorità amministrativa tipica incidente sullo stesso momento funzionale della concessione, indi per cui correttamente le pretese dedotte rivestono il carattere di diritti soggettivi.

In conclusione, dunque, la Suprema Corte ha accolto parzialmente il ricorso relativamente ai motivi afferenti alla giurisdizione, statuendo che la sentenza impugnata vada cassata, dichiarando la giurisdizione del giudice ordinario, con rinvio della causa alla Corte d'Appello di Roma, in diversa composizione, perché esamini nel merito l'impugnativa del lodo.





26390-20

REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO  
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE  
SEZIONI UNITE CIVILI

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

- ANGELO SPIRITO - Primo Presidente f.f. -
- FELICE MANNA - Presidente di Sezione -
- LUCIA TRIA - Presidente di Sezione -
- AMELIA TORRICE - Consigliere -
- MASSIMO FERRO - Consigliere -
- ALBERTO GIUSTI - Consigliere -
- CHIARA GRAZIOSI - Consigliere -
- FRANCESCO MARIA CIRILLO - Consigliere -
- LOREDANA NAZZICONE - Rel. Consigliere -

Oggetto

ARBITRATO LODO

Ud. 20/10/2020 -  
PU

R.G.N. 16767/2019  
Cass. 26390  
Rep.

C.u.

ha pronunciato la seguente

**SENTENZA**

sul ricorso 16767-2019 proposto da:

, in persona del legale  
rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in  
presso lo studio dell'avvocato  
che la rappresenta e difende;

- **ricorrente** -

280  
/

**contro**

MINISTERO DELL'ECONOMIA E DELLE FINANZE, MINISTERO DELLE  
POLITICHE AGRICOLE ALIMENTARI E FORESTALI, AGENZIA DELLE  
DOGANE E DEI MONOPOLI;

**- intimati -**

avverso la sentenza n. 7645/2018 della CORTE D'APPELLO di ROMA,  
depositata il 30/11/2018.

Udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del  
20/10/2020 dal Consigliere LOREDANA NAZZICONE;  
udito il Pubblico Ministero, in persona del Sostituto Procuratore  
Generale LUCIO CAPASSO, che ha concluso per il rigetto del primo  
motivo del ricorso, ed accoglimento del secondo;  
udito l'avvocato Leopoldo Di Bonito.

**FATTI DI CAUSA**

Con il bando pubblicato in data 11 maggio 2000 il Ministero delle  
finanze indisse una procedura di evidenza pubblica al fine  
dell'attribuzione di 671 concessioni per l'esercizio dei servizi di  
raccolta e di gestione delle scommesse ippiche al totalizzatore  
nazionale ed a quota fissa sulle corse dei cavalli, della durata di sei  
anni, rinnovabili per altri sei.

Lamentando che, sin dal 1999, il settore aveva conosciuto una  
forte crisi, determinata sia dalla diffusione del gioco clandestino, sia  
dall'ingresso di imprese estere, l'Agenzia Ippica  
propose domanda di arbitrato, chiedendo di accertare le dette  
trasformazioni del mercato delle scommesse ippiche e la non debenza  
delle prestazioni patrimoniali a carico delle agenzie, ai sensi dell'art.  
1460 c.c.; essa chiese altresì, fra l'altro, la condanna dei ministeri  
all'adempimento ed al risarcimento del danno.

21

Il lodo arbitrale reso il 30 ottobre 2013 ha affermato la responsabilità dei Ministeri, che sono stati condannati al risarcimento del danno.

La Corte d'appello di Roma, innanzi alla quale il lodo è stato impugnato, con sentenza del 16 luglio 2018, n. 4921, ha dichiarato la nullità del lodo arbitrale, ritenendo la controversia appartenente alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

La corte del merito ha ritenuto che il collegio arbitrale si sia pronunciato su questioni non compromettibili, dal momento che l'agenzia si duole, nella sostanza, del mancato esercizio, da parte dei Ministeri, del potere istituzionale di impedire la "concorrenza sleale", integrata dal fenomeno delle scommesse ippiche in territorio estero e da quelle clandestine, le quali avrebbero sconvolto l'equilibrio contrattuale tra concedente e concessionario, determinando l'inadempimento dell'agenzia, da reputarsi per l'effetto incolpevole. Poiché tutto ciò coinvolge valutazioni inerenti la discrezionalità amministrativa, la giurisdizione esclusiva appartiene al G.A.

Avverso questa decisione propone ricorso l'Agenzia Ippica  
, affidato a due motivi.

Non svolgono difese gli intimati.

Il P.G. ha chiesto, nelle sue conclusioni scritte, il rigetto del primo motivo del ricorso e l'accoglimento del secondo.

### **RAGIONI DELLA DECISIONE**

1. – I due motivi di ricorso possono essere come segue riassunti:

1) violazione e falsa applicazione dell'art. 11 [*rectius* 111] Cost. e 132 cod. proc. civ., per la motivazione omessa o insufficiente, dato che la sentenza impugnata si è limitata a rinviare *per relationem* ad altra decisione della medesima corte d'appello, con adesione acritica, e senza rendere percepibile il fondamento della decisione assunta;

2) "motivi attinenti alla giurisdizione", perché, con la domanda arbitrale, l'agenzia aveva allegato l'inadempimento della p.a. sotto

due profili, ovvero la presenza di reti illegali e di operatori stranieri, ed i ritardi nell'attivazione delle scommesse a quota fissa, telefoniche o telematiche: dunque, per l'art. 33 d.lgs. n. 80 del 1998, come modificato dall'art. 7, comma 1, lett. a), l. n. 205 del 2000, la competenza è del giudice ordinario, cui compete quella sulle controversie concernenti indennità, canoni e corrispettivi per la concessione di pubblici servizi, dove la p.a. non opera come autorità; per l'art. 12 c.p.a., già art. 6, comma 2, l. n. 205 del 2000, la controversia è devoluta al G.A. in via esclusiva, ma concerne diritti soggettivi e, quindi, è possibile devolverla in arbitrato rituale. Infatti, le agenzie non hanno formulato mai domanda di rideterminazione del canone in ragione del cd. minimo garantito, né l'amministrazione poteva sul punto intervenire; esse, invece, hanno denunciato il comportamento inerte della p.a., che avrebbe dovuto attivarsi per garantire l'esclusività del mercato oggetto delle concessioni, alterato come detto, in posizione paritetica coi privati e nella fase esecutiva del rapporto concessorio.

2. – Il primo motivo è infondato.

In tema di motivazione *per relationem*, questa Corte ha già chiarito che il giudice può operare un rinvio ad altro precedente in termini, purché dia conto, sia pur sinteticamente, delle ragioni della decisione assunta, con riguardo ai motivi esaminati, nonché della identità delle questioni prospettate; ciò, queste Sezioni unite hanno affermato pur quando la sentenza in motivazione si limiti a riprodurre il contenuto di un altro provvedimento giudiziario, occorrendo solo, in tal caso, che «*le ragioni della decisione siano, in ogni caso, attribuibili all'organo giudicante e risultino in modo chiaro, univoco ed esaustivo*» (Cass., sez. un., 16 gennaio 2015, n. 642; si vedano, altresì, fra le altre, Cass. 5 agosto 2019, n. 20883; Cass. 5 novembre 2018, n. 28139; Cass. 19 luglio 2016, n. 14786; Cass. 11 maggio 2012, n. 7347).

Nella specie, la motivazione della decisione impugnata dà chiaramente conto delle ragioni e dell'intendimento raggiunto, che risultano frutto di autonoma meditazione, pur rinviando ai propri precedenti in termini, a sostegno ulteriore della decisione assunta.

3. – Il secondo motivo censura la ritenuta giurisdizione del giudice amministrativo in materia di interessi legittimi ad opera della decisione impugnata, con conseguente dichiarazione di nullità del lodo.

3.1. – L'art. 133, lettera c), c.p.a. dispone che sono devolute alla giurisdizione amministrativa esclusiva «*le controversie in materia di pubblici servizi relative a concessioni di pubblici servizi, escluse quelle concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi, ovvero relative a provvedimenti adottati dalla pubblica amministrazione o dal gestore di un pubblico servizio in un procedimento amministrativo, ovvero ancora relative all'affidamento di un pubblico servizio*».

L'art. 12, dal suo canto, prevede, quanto all'arbitrato, che le controversie, concernenti diritti soggettivi, e devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo, possano essere devolute in arbitrato rituale di diritto.

3.2. – La sentenza impugnata ha fondato la decisione sulla qualificazione come interesse legittimo, e non di diritto soggettivo, della posizione giuridica soggettiva dedotta in giudizio, a fronte del lamentato inadempimento dei Ministeri all'obbligo di garantire l'esclusività nella raccolta delle scommesse e dell'adempimento tardivo nel permettere la raccolta delle scommesse a quota fissa, nonché l'accettazione delle stesse per via telefonica e telematica: quando, invece, nell'assunto della ricorrente, si tratta di posizione di diritto soggettivo, derogabile con la devoluzione della lite in arbitrato.

3.3. – Tale conclusione non va condivisa, in ragione degli stessi quesiti sottoposti agli arbitri: i quali palesano come non si imputi alla p.a. il cattivo od inadeguato uso di poteri autoritativi pubblici, ma



proprio l'essere alla medesima imputabili specifici inadempimenti negoziali, menzionati nei quesiti rivolti agli arbitri.

Invero, come rilevato anche dal sostituto procuratore generale nella requisitoria scritta, i quesiti sottoposti agli arbitri chiedevano – operati gli opportuni raggruppamenti – di: a) accertare l'inadempimento agli obblighi contrattuali, con conseguente domanda di accertamento della valida eccezione ex art. 1460 c.c. e risarcimento del danno, nonché di inefficacia della garanzia fideiussoria; b) in subordine, risolvere il contratto; c) accertare la "invalidità" di alcune clausole negoziali e la non debenza del cd. minimo garantito.

Il lodo ha accolto la domanda di risarcimento del danno per inadempimento *sub a)*, in ragione della ritenuta non osservanza delle obbligazioni assunte dal contratto.

Peraltro, anche le domande espressamente ivi non esaminate non avevano ad oggetto atti autoritativi della p.a.

Non essendo, dunque, censurato l'uso del potere autoritativo, ma l'inadempimento ad obblighi assunti, il principio già espresso da questa Corte è nel senso che si tratta di diritti soggettivi quando, nell'ambito della concessioni di pubblici servizi, la controversia sia relativa alla fase esecutiva del rapporto, dunque successiva all'aggiudicazione, ivi comprese le questioni inerenti agli adempimenti ed alle relative conseguenze indennitarie (Cass., sez. un., 18 dicembre 2019, n. 33691).

Ed ancora, si è precisato come sia questione di diritti soggettivi, allorché venga in esame la fase esecutiva del contratto di concessione, la quale si estende alle questioni inerenti l'adempimento e l'inadempimento della stessa, nonché le conseguenze risarcitorie, vertendosi nell'ambito di un rapporto paritetico tra le parti e non della spendita di poteri autoritativi tipizzati dalla legge (Cass., sez. un., 8 luglio 2019, n. 18267), restando materia di interessi legittimi solo ove

l'amministrazione, sia pure successivamente all'aggiudicazione definitiva, intervenga con atti autoritativi incidenti direttamente sulla procedura di affidamento, mediante esercizio del potere di annullamento d'ufficio o di eventuali altri poteri riconosciuti dalla legge, o adotti atti autoritativi in un procedimento amministrativo disciplinato dalla legge n. 241 del 1990, oltre che nei casi tassativamente previsti (Cass., sez. un., 18 dicembre 2018, n. 32728).

Del resto, in analoga controversia, le Sezioni unite (Cass., sez. un., 26 ottobre 2020, n. 23418) hanno già ritenuto la necessità di dare continuità al principio, secondo cui nelle concessioni di pubblici servizi al giudice ordinario spetta di giudicare sulle questioni inerenti all'adempimento o all'inadempimento della concessione, e sui relativi effetti e conseguenze, anche di natura risarcitoria, con indagine diretta alla determinazione dei diritti e degli obblighi dell'amministrazione e del concessionario, nonché di valutare, in via incidentale, la legittimità degli atti amministrativi incidenti sulla determinazione del corrispettivo. Con la conseguenza che le controversie appartenenti alla giurisdizione del giudice ordinario – a prescindere dalla portata e dal momento di efficacia della disposizione di cui all'art. 6, comma 2, l. n. 205 del 2000 (poi trasfuso nell'art. 12 c.p.a.) – possono essere compromesse in arbitrato rituale.

Nel delineato contesto si collocano, quindi, le domande proposte dalle agenzie concessionarie dinanzi al collegio arbitrale, il cui giudizio, "secondo diritto", è stato attivato in base all'art. 15 della citata convenzione, avente ad oggetto «(t)utte le controversie tra i Ministeri delle finanze e delle politiche agricole e forestali ed il concessionario, nascenti dalla esecuzione, interpretazione e risoluzione della presente convenzione».

Il *petitum* sostanziale delle ricordate pretese, azionate in sede arbitrale dalla odierna ricorrente, investe certamente il rapporto



concessorio, ma nella fase della sua attuazione, successiva all'affidamento del servizio, venendo in discussione profili che non attengono all'esercizio di autorità amministrativa tipica incidente sullo stesso momento funzionale della concessione.

Occorre, altresì, ricordare il condivisibile principio, secondo cui (cfr. Cass., sez. un., 30 ottobre 2019, n. 27847), 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; e l'art. 12 d.lgs. n. 104 del 2010 generalizza la possibilità di risolvere mediante arbitrato rituale le predette controversie, con conseguente ravvisabilità della giurisdizione ordinaria degli arbitri, onde l'impugnazione del lodo va proposta davanti alla corte d'appello, pur trattandosi di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

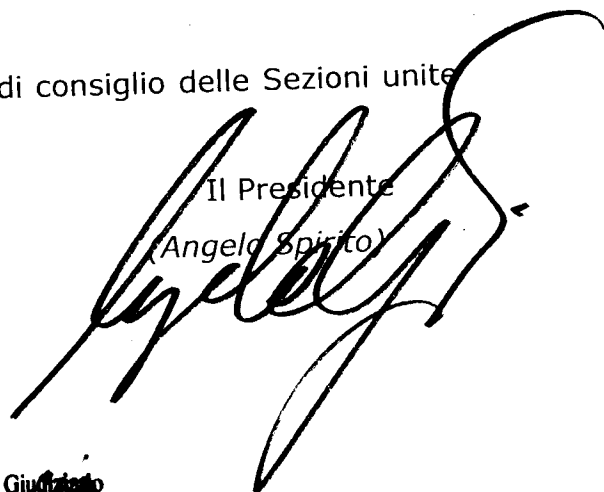
4. - In conclusione, respinto il primo motivo, in accoglimento del secondo la sentenza impugnata va cassata, con rinvio della causa alla Corte d'appello di Roma, in diversa composizione, perché esamini nel merito l'impugnativa del lodo. Alla stessa si demanda pure la liquidazione delle spese di legittimità.

#### P.Q.M.

La Corte, a Sezioni unite, accoglie il secondo motivo di ricorso, respinto il primo; cassa la sentenza impugnata, dichiara la giurisdizione del giudice ordinario e rinvia la causa, anche per le spese del presente giudizio di legittimità, innanzi alla Corte d'appello di Roma, in diversa composizione.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio delle Sezioni unite civili, il 20 ottobre 2020.

Il Presidente  
(Angelo Spirito)



DEPOSITATO IN CANCELLERIA  
oggi, ..... 19 NOV 2020 .....



Il Funzionario Giudiziario  
Dot.ssa Sabrina Raciti  
*Sabrina Raciti*

Il Funzionario Giudiziario  
Dot.ssa Sabrina Raciti  
*Sabrina Raciti*