

Diritto amministrativo

RIVISTA TRIMESTRALE

ANNO XX - FASCICOLO 4 - 2012

4/2012

In questo numero:

Responsabilità, concessioni di servizi

Prassi amministrativa

Contiene indice annata



GIUFFRÈ EDITORE

indice

DOTTRINA

	<i>pag.</i>
Francesco D. BUSNELLI, <i>La responsabilità per esercizio illegittimo della funzione amministrativa vista con gli occhiali del civilista</i>	531
Alfredo MOLITERNI, <i>Il regime giuridico delle concessioni di pubblico servizio tra specialità e diritto comune</i>	567
Stefano TARULLO, <i>Buone prassi e continuità dell'amministrazione pubblica (parte I)</i>	669

NOTE E RASSEGNE

Marco ANTONIOLI, <i>Consensualità e tutela ambientale fra transazioni « globali » e accordi di programma</i>	749
Francesco DE LEONARDIS, <i>Politiche e poteri dei governi locali nella tutela dell'ambiente</i>	779
Elisa D'ALTERIO, <i>Agenzie e autorità europee: la diafasia dei modelli di organizzazione amministrativa</i>	801

ALFREDO MOLITERNI

IL REGIME GIURIDICO DELLE CONCESSIONI DI PUBBLICO SERVIZIO TRA SPECIALITÀ E DIRITTO COMUNE

SOMMARIO: 1. Il problema della natura giuridica delle concessioni amministrative tra vecchie e nuove incertezze. — 2. La contrattualizzazione del rapporto concessorio ad opera del diritto comunitario: la concessione di servizi. — 3. Le « resistenze pubblicistiche » nella ricostruzione interna dell'istituto della concessione di servizio pubblico. — 4. I profili di incertezza nella « ricostruzione pubblicistica » del regime giuridico delle concessioni di pubblico servizio. — 5. Servizio pubblico e strumenti contrattuali: il (falso) problema dell'« oggetto pubblico ». — 6. Diritto privato speciale e pubblico interesse nell'esecuzione del rapporto concessorio di pubblico servizio. — 7. Il problema della tutela giurisdizionale sui rapporti concessori di servizio pubblico. — 8. Considerazioni conclusive: il contratto e la regolazione dei servizi pubblici.

1. *Il problema della natura giuridica delle concessioni amministrative tra vecchie e nuove incertezze.*

La tematica del regime giuridico applicabile ai rapporti concessori di pubblico servizio appare caratterizzata da frequenti trasformazioni e molteplici profili di incertezza. Si tratta di incertezze che continuano ad assumere valore paradigmatico — come è proprio della storia delle concessioni amministrative — per l'intero « sistema del diritto amministrativo », venendo a coinvolgere la questione dei rapporti, dei nessi e delle interferenze tra diritto pubblico e diritto comune nell'ambito dell'esercizio dell'azione amministrativa (1).

(1) Sulla centralità del dibattito sulle concessioni amministrative nella costruzione del « sistema a diritto amministrativo », B. SORDI, *Pubblica amministrazione, negozio, contratto: universi e categorie ottocentesche a confronto*, in *Dir. amm.*, 1995, p. 509, secondo cui « la concessione di pubblico servizio rappresentava uno snodo

Dir. Amm. - 4/2012

Alla base di tali incertezze si colloca l'annosa questione della natura giuridica delle concessioni amministrative (2). Problematica che nel secolo scorso ha rivestito, in un certo qual modo, valore paradigmatico del più generale processo di evoluzione e di sviluppo della scienza amministrativistica del Novecento (3), al pun-

dogmatico particolarmente difficile e contraddittorio: il rilievo pubblicistico dell'attività svolta dal concessionario veniva a configgere con l'ineliminabile bilateralità dell'accordo concessorio; la stabilità della concessione con la possibilità di una revoca per pubblico interesse. Si trattava di una contraddittorietà insita nell'istituto e che sembrava mettere in dubbio la praticabilità stessa della dicotomia pubblico-privato, fin tanto, almeno, che quella dicotomia si appoggiava, da una parte, all'autorità e all'impero, dall'altra al consenso e all'accordo». Sul punto si veda anche D. SORACE-C. MARZUOLI, *Concessioni amministrative*, in *Dig. disc. pubbl.*, III, Torino, 1989, p. 290 secondo cui le concessioni amministrative hanno rappresentato sin dall'inizio della loro costruzione dogmatica « il punto di crisi della nozione di imperatività e, con essa, di quella di provvedimento amministrativo ». In generale, sul tema dei nessi e delle relazioni tra diritto pubblico e diritto privato nella disciplina del diritto delle amministrazioni pubbliche, G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003 e, più di recente, V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino, 2011.

(2) Su cui rimane di fondamentale importanza, O. RANELLETTI, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, pt. I, *Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Giur. it.*, XLVI, 1894, IV, pp. 7-83; pt. II, *Capacità e volontà nelle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1894, pp. 3-100, 315-372; pt. III, *Facoltà create dalle autorizzazioni e concessioni amministrative*, *ivi*, XIX, 1895, pp. 3-107; *ivi*, XX, pp. 255-337; *ivi*, XXI, 1896, pp. 77-172, 350-379; *ivi*, XXII, 1896, pp. 177-277 (ora in *Scritti giuridici scelti*, a cura di E. FERRARI e B. SORDI, III, Napoli, 1992, p. 35 ss.); G. MANTELLINI, *Lo Stato e il codice civile*, Firenze, 1880-1882; G. GIORGI, *La dottrina delle persone giuridiche o corpi morali*, II, Firenze, 1891; U. FORTI, *Natura giuridica delle concessioni amministrative*, in *Giur. it.*, 1900, pt. IV, p. 369 ss. (e poi *Id.*, *Studi di diritto pubblico*, Roma, 1937, I, p. 360 ss.); F. CAMMEO, *Le concessioni per l'illuminazione pubblica*, in *Giur. it.*, 1903, I, p. 473 ss.; L. GALATERIA, *Il negozio di concessione amministrativa*, Milano, 1942; C. VITTA, *Concessioni*, in *Nss. D.I.*, III, 1959, p. 919 ss.; E. SILVESTRI, *Concessione amministrativa*, in *Enc. dir.*, Milano, 1961, VII, 370 ss.; F. GULLO, *Provvedimento e contratto nelle concessioni amministrative*, Padova, 1965; M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative. Aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 1981. Più di recente, M. D'ALBERTI, *Concessioni amministrative*, in *Enc. giur.*, VII, Roma, 1988; D. SORACE-C. MARZUOLI, *Concessioni amministrative*, cit., p. 280 ss.; F. FRACCHIA, *Concessione amministrativa*, in *Enc. dir., Annali*, vol. I, Milano, 2007, p. 250 ss.

(3) Anche per la ricostruzione del dibattito dottrinario e per l'analisi e l'evoluzione degli orientamenti giurisprudenziali che hanno caratterizzato il tema delle concessioni amministrative nel secolo scorso, rimane di fondamentale importanza M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, cit., *passim*.

to che quello delle concessioni amministrative è divenuto il « terreno privilegiato » su cui sono state costruite le teorie dell'atto amministrativo (4) e, più tardi, del contratto di diritto pubblico (5).

Come è noto, mentre in epoca post-unitaria la concessione era normalmente intesa come figura contrattuale di diritto privato per la regolazione dei rapporti tra amministrazione e privati nella gestione di beni e servizi pubblici, sul finire del XIX secolo l'esigenza di edificazione in chiave pubblicistica di un vero e proprio « sistema di diritto amministrativo » ad opera della Scuola italiana di diritto pubblico favorì la trasformazione di tale istituto

(4) In questo senso appare di assoluto interesse la prospettiva accolta da Ranalletti (O. RANELLETTI, *Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Giur. it.*, 1894, IV, p. 7 ss.): nell'elaborazione di questo A. la figura del contratto arretra, a vantaggio di una sistemazione teorica generale degli atti delle amministrazioni pubbliche che trova il suo principale riferimento nelle autorizzazioni e nelle concessioni. Lo scopo finale che l'Autore si prefigge è di giungere, per gradi, ad una « piena generalizzazione » degli atti amministrativi così come nel diritto privato è avvenuto per i « negozi giuridici » (p. 11). In questa prospettiva, soprattutto le concessioni amministrative ricevono un'attenzione particolare: la tesi unilaterale e provvedimentoale si fonda principalmente sulla distinzione tra atti d'imperio e atti di gestione e trae spunto dalle ricostruzioni pubblicistiche della scienza giuridica tedesca e dall'opera di Mantellini e di V.E. Orlando. Secondo Ranalletti laddove il fine diretto è la cura dell'interesse pubblico, l'amministrazione « opera come autorità, secondo le norme del diritto pubblico: tutto questo rivela la qualità di atti d'imperio negli atti di concessione ». In sostanza il sistema Ranelletiano si fonda sul principio che laddove è presente un interesse pubblico da curare o tutelare vi è spazio solo per un atto d'imperio; e laddove vi è un atto d'imperio le situazioni del privato possono essere solo di interesse legittimo (raramente, e limitatamente alle concessioni di lavori, anche di diritti patrimoniali), conoscibili esclusivamente dal giudice amministrativo. Tale corpo di regole — un vero e proprio regime amministrativo — viene trasferito dalle concessioni ad un piano generale per individuare un insieme di principi applicabile a tutti gli atti amministrativi dell'amministrazione.

(5) Il problema della natura delle concessioni amministrative si è venuto, da sempre, ad intrecciare anche con il dibattito sul contratto di diritto pubblico e, più in generale, con gli studi sulla contrattualità amministrativa: v. G. MIELE, *La manifestazione di volontà del privato nel diritto amministrativo*, Roma, 1931; M. GALLO, *I rapporti contrattuali nel diritto amministrativo*, Padova, 1936; C. CAMMEO, *I contratti della pubblica amministrazione*, Roma, 1939; M.S. GIANNINI, *L'attività amministrativa*, Roma, 1962, p. 26 ss.; F. LEDDA, *Il problema del contratto nel diritto amministrativo*, Torino, 1965; G. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche*, Milano, 1984.

in chiave provvedimentale e autoritativa (6). È a Ranelletti, in particolare, che si deve la nozione originaria di concessione amministrativa intesa come figura giuridica saldamente ancorata alla presenza di un potere pubblicistico unilaterale, accrescitivo della sfera di utilità del privato di una nuova situazione giuridica soggettiva (7): essa diviene l'emblema del provvedimento amministrativo discrezionale, soggetto ai poteri di autotutela decisoria ed esecutoria da parte della p.a. (8)

(6) Sul punto si veda la ricostruzione storica di M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, cit., p. 49 ss. Secondo l'A. l'iniziale costruzione privatistica della concessione era da ricondurre a « ragioni metagiuridiche, legate al rilievo economico-politico dei concessionari » (così Id., *Concessioni amministrative*, in *Enc. giur.*, VII, 1988, Roma, p. 1). Peraltro il processo di trasformazione in chiave unilaterale di molti rapporti contrattuali ha rappresentato una tendenza generale che ha coinvolto la costruzione del sistema amministrativo italiano sul finire dell'Ottocento: sul punto, B. SORDI, *Pubblica amministrazione, negozio, contratto*, cit., p. 505 ss. Sul ruolo della scienza giuridica nel percorso di « costruzione » del diritto amministrativo in Italia si veda A. SANDULLI, *Costruire lo Stato. La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)*, Milano, 2009.

(7) Si veda O. RANELLETTI, *Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, pt. I, cit., p. 16 ss. che da subito non nasconde la volontà di proporre una distinzione generale degli atti amministrativi in base alla loro funzione: e in questa prospettiva le concessioni rappresentano quegli atti in cui « lo Stato viene a lui [al cittadino] ad aprire » una nuova sfera di utilità: « si ha in altre parole, un vero nuovo diritto (*sensu lato*), che dallo Stato è conferito al privato, senza che questi ne abbia neppure il germe » (p. 29-30). Essendo tale atto diretto al privato, « esso non può essere che unilaterale, perché il privato non può partecipare a mettere in essere un atto d'impero, non avendo veste per agire come autorità » (p. 79). E, in Id., *Facoltà create dalle autorizzazioni e concessioni amministrative*, pt. III, cit., p. 256 ss. l'A. sottolinea il nesso inscindibile tra interesse pubblico e autoritatività in fase costitutiva e in fase di controllo: « in tutte le concessioni ha una necessaria influenza l'interesse pubblico, inquantoché esse sono degli atti d'impero, e quindi l'autorità nell'emanare l'atto relativo ha per fine diretto della propria attività l'interesse pubblico, del quale essa si presenta come curatrice o come curatrice e tutelatrice insieme » (p. 256-257). E proprio tale interesse pubblico viene ad incidere e ad influenzare sia « prima dell'emanazione dell'atto di concessione, fino cioè, al momento della sua nascita » sia « dopo questo momento, cioè durante la vita della concessione medesima » (p. 257).

(8) Per l'analisi storica dell'evoluzione e della costruzione del concetto di atto amministrativo nella scienza giuridica del novecento, B.G. MATTARELLA, *L'imperatività del provvedimento amministrativo. Saggio critico*, Padova, 2000. Sottolinea le ragioni pratiche sottese alla qualificazione della concessione come atto amministrativo e coincidenti, soprattutto, con la necessità di garantire alla p.a. di potersi sciogliere dal vincolo al mutare delle convenienza pubblica, R. CARANTA, *I contratti pubblici*, Torino, 2012, p. 11.

E tuttavia, la teorica provvedimentale e autoritativa fu presto messa in discussione poiché, da un lato, mal si conciliava con la necessità di favorire lo sviluppo di attività imprenditoriali nei settori di pubblica utilità, dall'altro, perché appariva inadeguata a spiegare il ruolo concreto che nella prassi continuava a ricoprire il « momento » dell'incontro di volontà e della negoziazione tra amministrazione e privati in sede di definizione del rapporto concessorio. Già il Forti, distinguendo le concessioni di pubblico servizio dalle concessioni di lavori pubblici — ove non sempre si pone un problema di esercizio del servizio — mise in luce la struttura necessariamente contrattuale che caratterizzerebbe le prime, proprio in ragione del possibile coinvolgimento dei privati rispetto all'esecuzione dell'attività di pubblico interesse (9).

È in questo contesto che, con una nota decisione della Corte di Cassazione, venne elaborata la tesi della « concessione-contratto » (10). Si trattava di una ricostruzione a « doppio grado » che, facendo salva la natura costitutiva e accrescitiva del provvedimento, sostanzialmente consentiva di legittimare l'esistenza di un « momento » contrattuale di regolazione patrimoniale del rapporto: il provvedimento amministrativo, stante l'indisponibilità dell'oggetto pubblico all'autonomia negoziale delle parti, avrebbe

(9) U. FORTI, *Natura giuridica delle concessioni amministrative*, cit., spec., p. 396 che, richiamando il Mantellini (G. MANTELLINI, *Lo Stato e il codice civile*, II, cit., p. 506) e il Giorgi (G. GIORGI, *La dottrina delle persone giuridiche*, cit., p. 461), sostiene che « le concessioni di pubblico servizio, considerate genericamente come accordo di due volontà, e facendo astrazione da quanto vi ha di elemento pubblico in esse, presentano la fisionomia giuridica di una forma contrattuale »: salvo poi precisare che si sarebbe trattato di uno strumento contrattuale di diritto pubblico (p. 398). Come è stato sottolineato (M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, cit., p. 138) la teorica del Forti in materia concessoria rimase assai isolata nel panorama dottrinario e giurisprudenziale del primo Novecento anche perché si fondava su un istituto giuridico, il contratto di diritto pubblico, su cui permanevano molteplici profili di perplessità nella scienza giuspubblicistica, non solo italiana. Per la ricostruzione della concessione come contratto di diritto pubblico A. DE VALLES, *I servizi pubblici*, in V.E. ORLANDO (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, vol. VI, pt. I, Milano, 1930, spec. p. 417 ss.

(10) Cass. 12 gennaio 1910, in *Riv. dir. comm.*, 1910, p. 248 in materia di concessioni di demanio marittimo per uso industriale, su cui M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, cit., spec. p. 187 ss.; e poi anche Cass. 27 settembre 1915, in *Foro it.*, 1915, I, p. 1379.

garantito la costituzione del rapporto mediante la delega o il trasferimento di poteri pubblicistici (11), mentre il contratto ad esso accessivo avrebbe regolato i soli aspetti patrimoniali della vicenda (12). Il rapporto contrattuale, quindi, presupponeva necessariamente un provvedimento di base, ponendosi come conseguenza, peraltro solo eventuale, di questo (13).

Tale ricostruzione « a doppio grado », nonostante l'iniziale contrarietà di parte della dottrina (14), venne sostanzialmente accolta dalla giurisprudenza e dalla giuspubblicistica dominante, soprattutto nella seconda metà del Novecento (15): essa rappresentava una soluzione di compromesso in grado di garantire un soddisfacente equilibrio tra le prerogative pubblicistiche e le garanzie del contratto, anche ai fini di un più coerente riparto di

(11) In questa prospettiva il *proprium* dello strumento concessorio viene infatti a coincidere soprattutto con la delega o il trasferimento di poteri pubblicistici: su tali profili, appare emblematica la ricostruzione di G. ZANOBINI, *L'esercizio privato delle funzioni pubbliche e dei servizi pubblici*, in V.E. ORLANDO (a cura di), *Primo Trattato completo di diritto amministrativo*, vol. II, pt. 3, Milano, 1920.

(12) Il rapporto di concessione viene quindi scisso in due fasi, una dominata dal provvedimento, e quindi a carattere autoritativo, con cui lo Stato si spoglia di un suo potere concedendolo al privato (la cui accettazione ne sarebbe solo condizione di efficacia) e l'altra a carattere contrattuale con cui le parti regolano il rapporto già instauratosi: « nel primo momento può scorgersi la determinazione della volontà dello Stato che, sottraendo all'uso pubblico un'area o una pertinenza demaniale, la concede, per uno spazio più o meno lungo di tempo (...); è un atto di sovranità dello Stato che si concreta nella concessione. Ma in un secondo momento l'amministrazione (...), regolando il suo atto di concessione entra in rapporti di obbligazione col concessionario; e fra l'uno e l'altro si stabiliscono le condizioni, le modalità, il prezzo: si opera cioè una vera e propria stipulazione del contratto ».

(13) Nella stessa sentenza, infatti, la Corte afferma una totale intercambiabilità del contratto con la regolamentazione unilaterale delle condizioni del rapporto, che non altererebbe la natura concessoria: « Questo regolamento giuridico può essere costituito dal complesso delle modalità e delle condizioni dettate dalla pubblica amministrazione, indipendentemente da ogni vincolo convenzionale, ma può, senza ostacolo legale, formare oggetto di una stipulazione o di un complesso di patti, in cui l'ente pubblico assume la figura di contraente ».

(14) Si veda ad esempio, M. GALLO, *I rapporti contrattuali nel diritto amministrativo*, Padova, 1936; A. AMORTH, *Osservazioni sui limiti dell'attività amministrativa di diritto privato*, in *Arc. dir. pubbl.*, 1938, p. 455 ss.

(15) In particolare, si veda F. LEDDA, *Il problema del contratto nel diritto amministrativo*, cit., p. 116 ss.; E. SILVESTRI, *Concessioni amministrative*, cit., *passim*.

giurisdizione (16). E anche nella sistematica gianniniana dei contratti della pubblica amministrazione la concessione viene collocata nell'ambito dei « contratti ad oggetto pubblico » (17), cioè tra quei contratti che, avendo ad oggetto beni o utilità sottratti alla ordinaria circolazione giuridica, devono necessariamente essere preceduti da un provvedimento amministrativo che ne renda disponibile l'oggetto.

Si trattava tuttavia di una ricostruzione che lasciava irrisolti numerosi profili problematici, soprattutto con riferimento ai nessi e alle interferenze tra i **momenti pubblicistici e i momenti privatistici** che caratterizzavano la fase esecutiva, nonché con riferimento al problema del trasferimento dei vizi di un singolo atto (pubblicistico o privatistico) sull'intero rapporto (18). Ma soprattutto, come è stato sottolineato in dottrina, alla coerenza astratta del modello teorico non sempre corrispondeva il concreto svolgersi dei rapporti concessori nella prassi delle amministrazioni: talvolta, infatti, era impossibile distinguere in maniera nitida l'atto pubblicistico costitutivo da quello privatistico di regolazione patrimoniale; i due strumenti erano spesso intrecciati in una sequenza diversa (l'atto pubblicistico si limitava ad approvare la convenzione), mentre in altri casi non era neppure rinvenibile un atto costitutivo di tipo pubblicistico (19).

In questa direzione, nell'ultimo ventennio del XX secolo furono avanzate nuove ipotesi ricostruttive che, pur nella diversità

(16) Come è stato sottolineato da M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, cit., spec. p. 190 ss., la vera esigenza sottesa a tale ricostruzione era quella di conferire maggiore razionalità e stabilità alla problematica del riparto di giurisdizione tra giudice amministrativo e giudice ordinario: il primo avrebbe conosciuto delle vicende dell'atto amministrativo, mentre il secondo delle vicende (patrimoniali) relative al contratto.

(17) M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. II, Milano, 1993, p. 426 ss.

(18) Sulle criticità della ricostruzione a doppio grado proprio con riferimento alla mancanza di autonomia dei due atti, si veda G. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche*, cit., p. 290 ss., secondo cui « o al provvedimento si collega un autonomo e preciso contenuto, consistente nella creazione di un rapporto giuridico definito tra amministrazione e destinatario, e allora il contratto appare inutile (...) oppure esso non ha altro contenuto che l'individuazione di un soggetto pubblico con il quale è possibile un successivo contratto, avente ad oggetto il bene pubblico (...) ed il 'provvedimento' non può dirsi affatto, per contro costitutivo del rapporto » (p. 295).

(19) M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, cit., p. 294 ss.

delle soluzioni proposte, erano accomunate dal tentativo di superare la costruzione a doppio grado. E così, soprattutto a partire da un'analisi della prassi amministrativa, venne dapprima proposta una **ricostruzione in chiave contrattuale** di tutto il fascio di rapporti che lega l'amministrazione concedente al concessionario (20). Altri, invece, tentarono di conciliare l'unitarietà del rapporto attraverso la figura delle « **convezioni pubblicistiche** » che, nella sostanza, si fondava sulla **teorica del contratto di diritto pubblico** (21). Altri, ancora, senza negare la natura amministrativa dell'atto costitutivo del rapporto, rigettarono la possibilità di costruire in chiave autoritativa l'istituto, ricorrendo alla figura dell'**atto amministrativo non autoritativo con eventuale adesione del privato** (22). Ciononostante la teorica della concessione-contratto ha continuato ad essere accolta dalla giurisprudenza dominante anche nei decenni successivi, quale unica strada praticabile per garantire la funzionalizzazione dei rapporti amministrativi e al tempo stesso assicurare un'effettiva tutela degli amministrati (23).

Negli ultimi anni, tuttavia, lo studio delle tematiche delle concessioni amministrative (e più in generale della consensualità amministrativa) si è venuto ad arricchire di due nuovi elementi ricavabili dal diritto positivo nazionale e sovranazionale.

Da un lato, sul piano nazionale, l'entrata in vigore dell'**art. 11 della l. n. 241 del 1990** — che ha previsto la possibilità per l'amministrazione di addivenire ad una **conclusione negoziata** del potere discrezionale con il privato — ha fornito nuovi argomenti per una costruzione in chiave pubblicistica, ancorché consensuale, dello strumento concessorio. Secondo alcuni orientamenti giurisprudenziali e dottrinali, infatti, al modello dell'accordo ammini-

(20) M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, cit., p. 316 ss.

(21) Su cui G. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche*, cit., p. 290 ss.

(22) D. SORACE-C. MARZUOLI, *Concessioni amministrative*, cit., p. 285 ss.

(23) In questo senso E. BRUTI LIBERATI, *Le vicende del rapporto di concessione di pubblico servizio*, in G. PERICU-A. ROMANO-V. SPAGNUOLO VIGORITA (a cura di), *La concessione di pubblico servizio*, Milano, 1995, p. 155. In questa prospettiva si vedano le considerazioni di A. ROMANO, *Profili della concessione di pubblici servizi*, in *Dir. amm.*, 1994, p. 519, che mette in luce come la costruzione della concessione-contratto consenta di dare rilevanza giuridica autonoma ai due atti che rilevano nella vicenda concessoria di pubblico servizio: l'atto costitutivo (necessariamente) presupposto e il contratto (o, meglio, l'« accordo »). Da entrambi tali atti scaturisce il « programma » della concessione di pubblico servizio che vincola il privato gestore.

strativo sarebbero riconducibili molteplici strumenti consensuali « necessari » di diritto pubblico, tra cui le **convenzioni che regolano i rapporti concessori di pubblico servizio** (24). Tale opzione interpretativa consentirebbe di fare salve le esigenze di funzionalizzazione del rapporto — escludendo il riferimento al contratto di diritto privato — senza dover per questo ricorrere alla struttura « a doppio grado » della concessione-contratto (25).

D'altro canto, a fronte di tali spinte « pubblicistiche », lo stesso legislatore nazionale, su impulso dell'ordinamento comunitario, ha qualificato le concessioni di servizi e di lavori come **« contratti », avvicinandone la relativa disciplina a quella del contratto di appalto**. In particolare, soprattutto in un'ottica di massima integrazione del mercato comunitario e di apertura alla concorrenza, **le direttive sugli appalti n. 17 e 18 del 2004, e il d.lgs. n. 163 del 2006** che le ha recepite, hanno individuato, **al fianco dei contratti di appalto, la figura del « contratto di concessione »** di lavori e servizi (26). Nella stessa direzione, i servizi pubblici locali sono stati al centro di un importante processo di riforma che ha condotto all'estensione del principio della gara per l'affidamento del servizio e, dal punto di vista degli strumenti utilizzati, all'affermazione del contratto privatistico quale strumento ordinario di affidamento dei servizi pubblici di rilevanza economica, con con-

(24) G. GRECO, *Le concessioni di pubblici servizi tra provvedimento e contratto*, in *Dir. amm.*, 1999, p. 381 e, più diffusamente, *Id.*, *Gli accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003, spec. p. 155 ss. Per la riconduzione delle concessioni di servizio pubblico agli accordi sostitutivi del provvedimento in giurisprudenza, si veda già Cons. St., sez. V, 13 marzo 2000, n. 1262.

(25) A. PIOGGIA, *La concessione di pubblico servizio come provvedimento a contenuto convenzionalmente determinato. Un nuovo modello per uno strumento antico*, in *Dir. pubbl.*, 1995, p. 567 ss. rileva l'importanza dell'art. 11 per conferire alla concessione di servizio pubblico « quell'unicità della quale la scienza giuridica ha sempre avvertito l'esigenza » e che, d'altro canto, « comporta anche una soddisfacente soluzione dell'incerto rapporto fra destino del provvedimento e sopravvivenza del contratto » (p. 623).

(26) In particolare, ai sensi dell'art. 1, par. 4 della direttiva 18/2004/CE, « La 'concessione di servizi' è un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, ad eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo ».

seguito « arretramento » della tradizionale concessione di servizio pubblico locale (27).

Ne emerge un quadro caratterizzato, ancora oggi, da numerosi profili di incertezza che, come si vedrà, si riversano assai problematicamente sul concreto regime giuridico applicabile a tali rapporti, soprattutto in materia di servizi pubblici.

2. *La contrattualizzazione del rapporto concessorio ad opera del diritto comunitario: la concessione di servizi.*

Su impulso del diritto comunitario, nell'ultimo ventennio si è assistito ad una progressiva trasformazione in chiave contrattuale dell'istituto della concessione di servizi, con conseguente avvicinamento al regime degli appalti pubblici (28). Già la Comunicazione interpretativa della Commissione europea del 12 aprile 2000 (29) aveva previsto la possibilità che l'amministrazione affidasse al privato diritti speciali o esclusivi per la gestione dei servizi mediante un « atto contrattuale » ovvero mediante « un atto unilaterale che abbia ricevuto il consenso di tale soggetto » (30). In controtendenza, quindi, rispetto alla secolare tradizione giuridica del nostro ordinamento, l'elemento caratterizzante della « vicenda concessoria » veniva spostato dalla natura dell'atto co-

(27) Sul punto, F. FRACCHIA, *Concessione amministrativa*, cit., p. 255 il quale interpreta la scomparsa della concessione dal settore dei servizi pubblici locali di rilevanza imprenditoriale come il « momento di maturazione di un percorso di erosione legislativa del modello iniziato tramite l'accostamento, rispetto alla concessione, di ulteriori modelli di gestione dei servizi pubblici ».

(28) Su tali profili, R. CARANTA, *I contratti pubblici*, Torino, 2012, spec. p. 161 ss.; F. MASTRAGOSTINO, *Le concessioni di servizi*, in M.A. SANDULLI-R. DE NICOLIS-R. GAROFOLI (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, vol. I, Milano, 2008, p. 97 ss.; C. FRANCHINI (a cura di), *I contratti con la pubblica amministrazione*, Torino, 2007, e, *ivi*, B. RAGANELLI, *Le concessioni di lavori e servizi*, p. 1006 ss.; G. CALDERONI, *La « nuova » concessione di servizi*, in F. MASTRAGOSTINO, (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo*, Torino, 2011, p. 213 ss.; con riferimento al quadro normativo antecedente alle direttive del 2004, G. GRECO, *Gli appalti di servizi e le concessioni di pubblico servizio*, in F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *Appalti pubblici di servizi e concessioni di servizio pubblico*, Padova, 1998.

(29) Pubblicata su G.U.C.E. 121/5 del 29 aprile 2000, su cui A. BARONE-U. BASSI, *La comunicazione interpretativa sulle concessioni nel diritto comunitario: spunti ricostruttivi*, in *Foro it.*, 2000, IV, p. 389 ss.

(30) Così al punto 2.4. della Comunicazione.

stitutivo — che poteva essere anche di diritto privato — ai requisiti economici e gestionali del rapporto: in particolare, perché si avesse una concessione era necessario che il concessionario assumesse su di sé il rischio della gestione di un servizio reso al pubblico (31).

Tale processo ha ricevuto una definitiva consacrazione nella più recente normativa recante la disciplina dei Contratti pubblici che, recependo anche un consolidato orientamento della giurisprudenza comunitaria (32), ha in maniera inequivoca riconosciuto la natura contrattuale della concessione di servizi: quest'ultima — individuata, a fianco al contratto di appalto, quale uno dei possibili strumenti con cui si manifesta l'attività contrattuale della p.a. — viene definita come quel « contratto che presenta le *stesse caratteristiche* di un appalto pubblico di servizi, ad eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo » (33). Nella prospettiva accolta dal diritto comunitario, quindi, il principale elemento che distingue l'appalto di servizi dalla concessione di servizi consiste nella differente modalità di remunerazione della prestazione offerta dal privato. Nella concessione di servizi, infatti, il rischio della gestione economica (inteso come esposizione all'alea del mercato) sarebbe interamente o prevalentemente a carico del privato (34). Quest'ultimo, a

(31) In particolare, secondo la Commissione, si ha una concessione « quando l'operatore si assume i rischi di gestione del servizio (sua istituzione e gestione) rifacendosi sull'utente, soprattutto per mezzo della riscossione di un qualsiasi tipo di canone » (par. 2.2). Conseguentemente nella concessione di servizi si verifica un « trasferimento della responsabilità di gestione ».

(32) Si veda, in particolare, C. giust. CE, 10 novembre 1998, in C-360/1998 e C. giust. CE, 10 aprile 2003, in C-20/01 e C-28/01.

(33) Così l'art. 1, par. 4 direttiva 2004/18/CE del 31 marzo 2004 relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi (G.U.C.E. n. 134 del 30 aprile 2004).

(34) C. giust. UE, sez. III, 10 marzo 2011, in C-274/09: « Il rischio di gestione economica, che caratterizza la concessione di servizi, deve essere inteso come esposizione dell'impresa all'alea del mercato, che può tradursi nel rischio di concorrenza da parte di altri operatori, nel rischio di uno squilibrio tra domanda e offerta di servizi, nel rischio d'insolvenza dei soggetti che devono pagare il prezzo dei servizi forniti, nel rischio di mancata copertura integrale delle spese di gestione mediante le entrate o ancora nel rischio di responsabilità di un danno legato ad una carenza del servizio ». In questa prospettiva « quando la remunerazione dell'opera-

differenza dell'appaltatore di servizi, assume su di sé il rischio dell'insuccesso economico dell'impresa e dell'eventuale mancata remunerazione del capitale investito (35).

A fronte della chiara connotazione contrattuale della concessione di servizi, sul piano interno è stato tuttavia obiettato che, in realtà, il diritto comunitario si sarebbe disinteressato della natura pubblica o privata del rapporto, avendo voluto primariamente assicurare la massima estensione dell'ambito di applicabilità della disciplina a tutela della concorrenza (36): pertanto, il riferimento nominalistico al « contratto di concessione » lascerebbe impregiudicata la natura sostanziale del rapporto concessorio per come ricostruita nei singoli ordinamenti nazionali ai quali spetterebbe la competenza esclusiva nella disciplina dei servizi pubblici (37).

E tuttavia, occorre sottolineare che la prospettiva contrattua-

tore economico selezionato è integralmente garantita da soggetti diversi dall'amministrazione aggiudicatrice che ha attribuito il contratto di prestazione di servizi di soccorso e tale operatore economico incorre in un rischio di gestione, per quanto ridotto, poiché, in particolare, l'importo dei corrispettivi d'uso dei servizi in questione dipende dall'esito delle trattative annuali con soggetti terzi e non gli è garantita una copertura integrale dei costi sostenuti nell'ambito di una gestione delle sue attività conforme ai principi sanciti dal diritto nazionale, tale contratto deve essere qualificato come contratto di 'concessione di servizi', ai sensi dell'art. 1, n. 4, della direttiva 2004/18 ».

(35) Sul punto si veda la Comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario 2000/C 121/02. Sul concetto di rischio nella ricostruzione della concessione, si veda chiaramente C. giust. CE, 13 ottobre 2005, in C-458/03, *Parking Brixen*, in *Urb. app.*, 2006, p. 31, con nota di P. LOTTI, *Concessioni di pubblici servizi, principi dell'in house providing e situazioni interne*.

(36) In questo senso, R. VILLATA, *Pubblici servizi. Discussioni e problemi*, Milano, 2008, p. 106 ss. secondo cui « l'art. 3 del Codice dei contratti pubblici qualifica espressamente come contratto la concessione di servizi, ma il dato non pare in realtà significativo, sia perché (...) è dubbia l'identificazione di siffatta categoria con l'atto di affidamento di servizi pubblici, sia perché l'intendimento del legislatore comunitario era quello di tracciare un confine tra appalti e concessioni di servizi e non di fornire una nozione generale e di incidere sulla potestà organizzativa degli Stati membri ».

(37) Così F. FRACCHIA, *Concessioni amministrative*, cit., p. 267 ss. il quale auspica una « una certa circospezione nell'esaltazione del dato letterale che da essa può essere estrapolato, atteso che, spesso, l'impiego di alcune formule letterali può derivare dalla preoccupazione del legislatore comunitario di utilizzare pragmaticamente una locuzione valida per tutti gli ordinamenti ». Sul punto si veda anche G.M. RACCA, *I servizi pubblici nell'ordinamento comunitario*, in G. PERICU-A. ROMANO-V. SPAGNUOLO VIGORITA (a cura di), *La concessione di pubblico servizio*, cit., p. 314 ss.

lista è stata oramai pienamente accolta anche dal legislatore italiano: quest'ultimo, infatti, in sede di recepimento, definendo anch'esso la concessione di servizi come « contratto » (38), non ha potuto far altro che riferirsi all'unica categoria contrattuale conosciuta nel nostro ordinamento e disciplinata dagli artt. 1321 ss. del codice civile. E a testimonianza del fatto che non si tratta di un mero riferimento nominalistico, va sottolineato che, anche per l'ordinamento italiano, il contratto di concessione presenta « le stesse caratteristiche » del contratto di appalto di servizi: le « stesse caratteristiche » evocano necessariamente una coincidenza della connotazione strutturale e, quindi, del regime giuridico (contrattuale) del rapporto (39).

Anche sul piano interno, quindi, la distinzione tra appalti di servizi e concessioni di servizi risulta fondata principalmente su una differente modalità di remunerazione del soggetto privato (40); essa appare, pertanto, relegata in una prospettiva econo-

(38) Si veda l'art. 3, comma 12, d.lgs. n. 163/2006 che riprende interamente l'art. 1, par. 4 della direttiva 18/2004 cit.

(39) Sul punto si vedano le riflessioni di E. PICOZZA, *I contratti con la pubblica amministrazione tra diritto comunitario e diritto nazionale*, in C. FRANCHINI, *I contratti con la pubblica amministrazione*, vol. I, Torino, 2007, spec. p. 17 ss. che, relativamente al problema dell'armonizzazione delle categorie giuridiche comunitarie del diritto dei contratti pubblici, fa riferimento ad una vera e propria « armonizzazione sostanziale » che viene ad incidere sulle stessa ricostruzione delle categorie giuridiche nazionali. Peraltro, come è stato evidenziato (R. CARANTA, *I contratti pubblici*, cit., p. 165) non può neanche sostenersi che la qualificazione contrattuale della concessione di servizi sia limitata alla sola applicazione del Codice dei contratti pubblici, posto che il legislatore non ha inteso circoscrivere l'efficacia della qualificazione alle finalità del d.lgs. n. 163/2006: e ciò a differenza della concessione di lavori di cui al d.lgs. 19 dicembre 1991, n. 406 (di recepimento della seconda direttiva lavori) ove veniva specificato che la relativa qualificazione in termini contrattuali valeva solo ai fini dell'applicazione di tale decreto.

(40) Sul punto si veda A. MASSERA, *Lo Stato che contratto e che si accorda*, Pisa, 2011, p. 76, secondo cui una volta abbandonata la prospettiva del trasferimento anche di natura fiduciaria mediante il provvedimento amministrativo da parte dei pubblici poteri, si è individuato « nel fattore economico-finanziario l'elemento di differenziazione e quindi di tipizzazione delle distinte figure in esame, dando preminenza al profilo dell'allocatione del rischio della gestione il cui diritto viene contrattualmente assegnato all'impresa, e quindi al rischio derivante dagli andamenti della domanda di prestazione di servizio generata dal mercato, a sua volta correlato alla capacità dell'impresa stessa di avvantaggiarsi delle opportunità che le consente un mercato così regolato ».

mico-funzionale senza riuscire a connotare il concreto regime giuridico del rapporto il quale, sempre più spesso, rimane di natura contrattuale (41). In definitiva, il *proprium* dello strumento concessorio per l'affidamento dei servizi non pare più essere legato alla delega o al trasferimento di poteri pubblicistici, con conseguente effetto accrescitivo della sfera giuridica del privato (42), bensì ad un dato economico, ovvero il **trasferimento del rischio imprenditoriale sul concessionario privato** (43). **Il conferimento del diritto di gestire un determinato servizio perde, dunque, i connotati marcatamente pubblicistici e ideologici che hanno da sempre caratterizzato l'istituto della concessione di servizi** (44), venendo semplicemente ad implicare la possibilità di gestire un'attività e di trarne profitto, con l'assunzione, tuttavia, del rischio dell'aleatorietà nella remunerazione del capitale investito (45).

(41) Sul punto si vedano le osservazioni di V. RICCIUTO-A. NERVI, *Il contratto della pubblica amministrazione*, Napoli, 2010, p. 38 secondo i quali il diritto positivo vigente offre l'indicazione di due tipologie di operazioni contrattuali utilizzabili dall'amministrazione (lo schema dell'appalto e della concessione), la cui differenza va rilevata solo nella diversa « sostanza economica dell'operazione ». In questo senso anche R. CARANTA, *I contratti pubblici*, cit., *passim*.

(42) Secondo la ricostruzione di G. ZANOBINI, *L'esercizio privato delle funzioni pubbliche e dei servizi pubblici*, cit., p. 233 ss. che, anche di recente, sembra riecheggiare nella giurisprudenza non solo nazionale (emblematica la ricostruzione che si ritrova ancora in Cons. St., sez. V, 30 aprile 2002, n. 2294), ma anche comunitaria (si veda in particolare C. giust. CE, 26 aprile 1994, in C-272/1991, *Lottomatica*, che individua il criterio distintivo tra appalto e concessione nel « trasferimento di poteri al concessionario », punto 24).

(43) In questa direzione, peraltro, anche la più recente giurisprudenza amministrativa sembra concentrata esclusivamente ad analizzare l'effettiva presenza di un rischio contrattuale in capo al concessionario: sul punto Cons. Stato, sez. V, 6 giugno 2011, n. 3377 che ricostruisce in chiave concessoria un contratto di tesoreria in considerazione del fatto che « le concessioni, nel quadro del diritto comunitario, si distinguono dagli appalti non per il titolo provvedimentale dell'attività, né per il fatto che ci si trovi di fronte ad una vicenda di trasferimento di pubblici poteri o di ampliamento della sfera giuridica del privato, né per la loro natura autoritativa o provvedimentale rispetto alla natura contrattuale dell'appalto, ma per il fenomeno di traslazione dell'alea inerente una certa attività in capo al soggetto privato ».

(44) Sulla perdita della connotazione pubblicistica che ha tradizionalmente contraddistinto lo strumento concessorio, R. CARANTA, *I contratti pubblici*, cit., p. 167; F. MASTRAGOSTINO, *La concessione di servizi*, cit., p. 105 ss.; A. MASSERA, *Lo Stato che contratta*, cit., p. 154.

(45) L'aleatorietà della remunerazione del capitale rimane, peraltro, confinata nell'ambito dell'operazione economica sottostante il negozio non venendo ad

E tale « trasferimento del rischio » si realizza mediante un contratto di diritto privato che ha comunque struttura sinallagmatica e onerosa. E infatti, quanto al sinallagma, appare evidente che a seguito della stipulazione del contratto concessorio sorgono comunque prestazioni caratterizzate dalla corrispettività e dall'interdipendenza reciproca (46). Quanto all'onerosità, essa non pare essere messa in dubbio dal fatto che il concessionario operi a vantaggio della collettività e non dell'amministrazione. E infatti il connotato del contratto a titolo oneroso va rinvenuto nel vantaggio che ciascuna parte riceve in corrispondenza della sua prestazione (47); vantaggio che per l'amministrazione ricorre chiaramente (seppur in via indiretta) anche nello schema concessorio (48).

incidere sulla relativa causa del rapporto. E infatti l'assunzione della responsabilità e del rischio della gestione da parte del concessionario, pur determinando un rischio imprenditoriale che va al di là della normale alea d'impresa, non contribuisce a conferire natura aleatoria al contratto medesimo: il rischio di gestione del contratto di concessione è comunque compensato da una serie di garanzie di tipo economico e giuridiche previste dal regolamento contrattuale in favore del concessionario in caso di eccessiva onerosità; mentre, come è noto, i rimedi rescissori e compensativi sono normalmente esclusi nei contratti aleatori (art. 1469). Sul punto C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, II ed., Milano, 2000, p. 492, il quale sottolinea che « il carattere aleatorio del contratto rileva principalmente in tema di rescissione per lesione » e che « l'alea che caratterizza i contratti aleatori incide, come si è detto, sul contenuto delle prestazioni ed è quindi estranea all'alea delle variazioni di costi e di valori delle prestazioni ». *Contra* R. CARANTA, *I contratti pubblici*, cit., p. 115, secondo cui l'alea che caratterizza la concessione « è qualcosa di più e di diverso rispetto alla normale alea dell'imprenditore che, per conseguire l'utile sperato deve saper organizzare in modo adeguato i propri mezzi di produzione e rientrare nelle previsioni economiche che ha formulato in sede di offerta ... ».

(46) Individua nell'interdipendenza delle prestazioni reciproche la caratteristica dei contratti sinallagmatici C.M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., p. 488; l'A., tuttavia, precisa che la corrispettività non si identifica necessariamente con l'onerosità (p. 489).

(47) Come sostenuto in dottrina, infatti, un contratto permane di natura onerosa « anche se la parte riversa il vantaggio a favore di altri, poiché tale risultato è raggiunto mediante un atto di disposizione del diritto contrattuale »: così ancora C.M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., p. 493.

(48) In definitiva anche il fatto che la prestazione non sia erogata a favore dell'amministrazione bensì a favore della collettività non sembra poter incidere sulla natura contrattuale della concessione, posto che mediante lo schema del contratto a favore di terzi sarebbe comunque possibile dare « veste giuridica » alla peculiare trilateralità che caratterizza il rapporto concessorio.

Infine, un ultimo elemento che contribuisce a ridurre le differenze tra la concessione di servizi e l'appalto di servizi è rappresentato dalla progressiva sottoposizione della fase di affidamento e di scelta del concessionario alle procedure di evidenza pubblica (49). Da questo punto di vista, proprio il legislatore italiano — andando ben al di là dello scarno riferimento al principio di non discriminazione e introducendo un obbligo di gara informale (art. 30 d.lgs. n. 163/2006) — ha contribuito in maniera decisiva a far venir meno quella che è sempre stata la caratteristica principale del provvedimento concessorio, e cioè l'essere espressione di un potere amministrativo discrezionale (50). L'esigenza di massima apertura dei servizi pubblici al libero gioco concorrenziale ha invece contribuito a ridurre gli spazi per una valutazione discrezionale nella scelta del contraente: laddove è in gioco l'attribuzione di un vantaggio competitivo potenzialmente lesivo del libero gioco concorrenziale non vi può essere spazio per scelte discrezionali (51). In questa prospettiva, quindi, l'estensione del principio dell'evidenza pubblica per l'individuazione del contraente-concessionario — accentuando la separazione tra la fase pubblicistica e quella di regolazione contrattuale — contribuisce a far cadere una delle principali ragioni

(49) Sull'importanza dell'estensione delle procedure ad evidenza pubblica nel processo di progressiva « contrattualizzazione » del rapporto concessorio con riferimento ai lavori pubblici, sia consentito il rinvio a A. MOLITERNI, *Le procedure di affidamento delle concessioni di lavori (art. 145)*, in A. CANCRINI-C. FRANCHINI-S. VINTI (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Torino, 2013 (in corso di pubblicazione). Sottolinea la progressiva sottoposizione delle concessioni alle regole di concorsualità, R. CARANTA, *I contratti pubblici*, cit., p. 163.

(50) Si consideri, infatti, che l'elemento della discrezionalità nella scelta del concessionario era un tratto qualificante della teorica unilaterale dell'atto di concessione nel Ranelletti (v. M. D'ALBERTI, *Concessioni amministrative*, cit., p. 2). Ma anche recentemente la stessa giurisprudenza amministrativa continuava a sottolineare il fatto che in sede di costituzione del rapporto l'amministrazione fosse tenuta a ponderare e bilanciare numerosi interessi pubblici e privati: Tar Lazio, sez. III, 19 marzo 1987, n. 331, in *TAR*, 1987, I, p. 1273 in materia di concessione di autolinee.

(51) Sulla riduzione della discrezionalità amministrativa come tratto caratteristico della regolazione dei mercati e sulla possibile collisione con le esigenze del mercato e della libera concorrenza, si veda M. D'ALBERTI, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, Bologna, 2008, p. 99 ss.; sulla trasformazione della stessa attività valutativa della p.a. in ragione delle esigenze del mercato, M. DE BENEDETTO, *Istruttoria amministrativa e ordine del mercato*, Torino, 2008.

d'essere della distinzione tra il regime giuridico delle concessioni di pubblico servizio e quello dei contratti di appalto; e cioè il fatto che la prima, in quanto connessa ad un'idea di trasferimento di pubblici poteri o di sostituzione agli stessi da parte dei privati, si dovesse necessariamente fondare sull'elemento fiduciario (52). Oggi, diversamente, in maniera non dissimile da quanto si verifica con i contratti di appalto, la fase pubblicistica che precede la stipulazione del contratto, avendo la funzione di « evidenza pubblica », viene ad assottigliare, se non a ridurre del tutto, gli spazi di discrezionalità della p.a. (53).

3. Le « resistenze pubblicistiche » nella ricostruzione interna dell'istituto della concessione di servizio pubblico.

L'esame della giurisprudenza e dell'evoluzione normativa in materia di contratti pubblici evidenziano assai chiaramente — anche per l'ordinamento interno — l'ormai acquisita natura contrattuale della concessione di servizi (54).

E tuttavia maggiori problemi interpretativi sorgono allorché si tratti di definire l'esatto ambito di applicazione di tale istituto, soprattutto con riferimento ai nessi e alla interferenze con la categoria « domestica » della concessione di pubblico servizio (55). In particolare, il fatto che il diritto comunitario rinunci

(52) Come è noto, tuttavia, alla concessione non si applica tutto il Codice dei contratti pubblici. Come recentemente precisato dal giudice amministrativo, « la concessione di servizi, benché sottratta all'applicazione delle disposizioni in materia di contratti pubblici, ai sensi dell'art. 30, d.lgs. n. 163/2006 è comunque sottoposta alla medesima disciplina del contenzioso dettata per i contratti e, quanto alla scelta del concessionario, al rispetto dei principi desumibili dal Trattato e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità » (Tar Toscana, Firenze, sez. II, 29 novembre 2011, n. 1855).

(53) Come già evidenziato da attenta dottrina, l'atto di concessione lungi dal rivestire valenza costitutiva di un rapporto essenzialmente paritario svolge una funzione strumentale e servente di « evidenza pubblica » (M. D'ALBERTI, *Concessioni amministrative*, cit., p. 5).

(54) Su cui V. RICCIUTO-A. NERVI, *Il contratto*, cit., p. 38 ss.; R. CARANTA, *I contratti pubblici*, cit., p. 165.

(55) In questo senso F. MASTRAGOSTINO, *Le concessioni di servizio*, cit., 99 ss. il quale, nel sottolineare la diversità di presupposti da cui muove l'istituto comunitario da quello nazionale, evidenzia che nelle vicende e nelle fortune della concessione di

volutamente ad occuparsi del regime interno delle concessioni di pubblico servizio ha condotto la scienza giuridica a non ritenere applicabile la disciplina codicistica della concessione di servizi allorché sia coinvolto un pubblico servizio (56): la presenza di un *oggetto pubblico* renderebbe lo strumento contrattuale disciplinato dal Codice dei contratti pubblici in larga misura inidoneo al soddisfacimento e al perseguimento del pubblico interesse. In presenza di un servizio pubblico, infatti, l'« accento » della vicenda concessoria verrebbe a cadere non tanto sui profili economici o sul rischio di gestione dell'attività oggetto di concessione, quanto piuttosto sulla particolare valenza pubblicistica dell'oggetto del rapporto che determinerebbe un vero e proprio trasferimento di potestà e responsabilità pubblicistiche, ma anche di diritti esclusivi o speciali in capo al privato (57).

Proprio il conferimento al privato di simili « utilità pubblicistiche » rientranti nella sola disponibilità dell'amministrazione continuerebbe a giustificare una ricostruzione teorica alternativa a quella contrattuale (stante l'assunto dell'incommerciabilità e della non negoziabilità dell'oggetto pubblico (58)), legittimando

servizi pubblici ha rilevato non tanto l'elemento — individuato oggi dal diritto comunitario come tratto distintivo della figura — della remunerazione del servizio mediante il diritto di gestire lo stesso, quanto piuttosto « ragioni organizzative, tecniche di opportunità sociale, oltre che ovviamente economiche ». In particolare, sul regime della concessione di pubblico servizio, F. ROVERSI MONACO (a cura di), *Le concessioni di pubblici servizi*, Rimini, 1988; A. ROMANO, *Profili della concessione di pubblici servizi*, cit., p. 459 ss.; R. CAVALLO PERIN, *Riflessioni sull'oggetto e sugli effetti giuridici della concessione di servizio pubblico*, in *Dir. amm.*, 1994, p. 113 ss.; A. ROMANO-G. PERICU-F. ROVERSI MONACO (a cura di), *La Concessione di servizio pubblico*, Milano, 1995 e *ivi*, in particolare, G. PERICU, *Il rapporto di concessione di pubblico servizio*, p. 83 ss.; R. CAVALLO PERIN, *La struttura delle concessione di servizio pubblico locale*, Torino, 1998; G. GRECO, *Le concessioni di pubblici servizi tra provvedimento e contratto*, cit., p. 381 ss.; R. VILLATA, *Pubblici servizi*, cit., p. 106 ss.

(56) In questo senso, ad esempio, si veda F. FRACCHIA, *Concessioni amministrative*, cit., p. 260 il quale ritiene che la nozione codicistica di concessione di servizi non sembra riferibile a quei servizi rivolti al pubblico.

(57) In questo senso, da ultimo, G. CALDERONI, *La 'nuova' concessione di servizi*, cit., p. 268.

(58) Si tratta di una ricostruzione risalente, su cui si veda F. CAMMEO, *Le concessioni per l'illuminazione pubblica*, cit., p. 473 ss.; G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, I, *Principi generali*, Milano, 1938, p. 223 ss.; F. LEDDA, *Il problema del contratto del diritto amministrativo*, cit., p. 116 ss. Più di recente è stata sottolineata la rilevanza dell'oggetto sottratto alla comune circolazione giuridica da G. FALCON,

altresì la cognizione del giudice amministrativo su tutte (o quasi) le vicende del rapporto. E al fine di « garantire » un presidio pubblicistico a tutela del rapporto, talvolta si continua a far ricorso alla tradizionale teorica della concessione unilaterale cui accede un contratto (59), tal'altre si riconduce la convenzione concessoria di pubblico servizio alla categoria pubblicistica degli accordi amministrativi (60).

Soffermandoci in particolare su quest'ultimo, e più recente, orientamento, occorre evidenziare che esso si inserisce nella più ampia tendenza a ricondurre nell'ambito dell'art. 11 della l. n. 241/1990 gran parte delle tipologie consensuali speciali presenti nell'ordinamento già prima e al di là dell'introduzione di tale previsione nella legge sul procedimento (61). Secondo questa

Convenzioni e accordi amministrativi, in *Enc. giur.*, IX, Roma, 1988, p. 3 e da G. GRECO, *Le concessioni di pubblico servizio*, cit., p. 384 il quale evidenzia « il trasferimento temporaneo di compiti riservati all'Amministrazione » nonché la particolarità dell'oggetto che consiste in « attività sottratte alla comune circolazione giuridica ».

(59) La teorica provvedimentale della concessione di pubblico servizio è stata sostenuta da F.G. SCOCA, *La concessione come strumento di gestione dei servizi pubblici*, in F. ROVERSI MONACO (a cura di), *Le concessioni di servizi*, Rimini, 1988, p. 25 e, più di recente, ID, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. amm.*, 1995, p. 14 ss. secondo cui si tratterebbe di un provvedimento di adesione ad uno schema contrattuale che, a seconda dei casi, si attegga come di diritto pubblico o di diritto privato. Nello stesso senso A. ROMANO, *Profili della concessione di pubblici servizi*, cit., p. 459 ss. il quale sottolinea la necessità di un atto pubblico « ineliminabilmente unilaterale » per la costituzione del rapporto, con conseguente incompatibilità dello strumento contrattuale (p. 512). Per l'adesione alla teorica dualista della « concessione-contratto » e per la distinzione tra contratti accessivi a provvedimenti e contratti di diritto pubblico, si veda altresì G. PERICU, *L'attività consensuale dell'amministrazione pubblica*, in L. MAZZAROLLI-G. PERICU-A. ROMANO-F.A. ROVERSI MONACO-F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, III ed., Bologna, 2001, p. 1611 ss. e, più di recente, A. MASSERA, *Lo Stato che contratta*, cit., p. 567 secondo cui la convenzione opererebbe in « esecuzione » del provvedimento.

(60) G. GRECO, *Gli accordi amministrativi*, cit., p. 162. Nella stessa direzione A. PIOGGIA, *La concessione di pubblico servizio come provvedimento a contenuto convenzionalmente determinato*, cit., spec. p. 611 ss. secondo la quale l'incontro tra il concedente e il concessionario è il « luogo di determinazione dell'interesse pubblico, è l'accordo concluso 'con gli interessati al fine di determinare il contenuto discrezionale del provvedimento finale' ».

(61) Sottolinea la natura dell'art. 11 come « norma generale sugli accordi amministrativi », A. MASSERA, *Lo Stato che contratta e che si accorda*, cit., p. 560.

prospettiva, l'accordo amministrativo rappresenterebbe una categoria giuridica generale dell'ordinamento amministrativo, in grado di conciliare la funzionalizzazione dell'attività amministrativa di diritto privato con il regime proprio dei contratti: l'art. 11, quindi, facoltizzando la possibilità di un esercizio consensuale del potere discrezionale dell'amministrazione, avrebbe sostanzialmente introdotto nel nostro ordinamento una fattispecie contrattuale di diritto pubblico, alternativa sia al provvedimento unilaterale, sia al contratto di diritto privato (62).

Inizialmente alla figura è stata accostata la cessione volontaria del bene oggetto di concessione (G. PERICU, *L'attività consensuale dell'amministrazione pubblica*, cit., p. 314). E tuttavia, la Cassazione ha immediatamente respinto tale ipotesi affermando la natura privatistica dello strumento: Cass., S.U., 4 novembre 1994, n. 9130 in *Giorn. dir. amm.*, 1995, p. 55 ss. Secondo Cass., S.U., 6 dicembre 2010, n. 24687 « in caso di cessione volontaria di bene immobile assoggettato ad espropriazione per pubblica utilità, sussiste la giurisdizione del giudice ordinario, (..) in relazione a tutte le controversie concernenti non solo il pagamento ma anche di riliquidazione o integrazione dell'indennità concordata, (..) in quanto le relative domande si fondano sul diritto soggettivo all'indennizzo per la perdita del bene che trova immediata tutela nello speciale modello procedimentale previsto da detta normativa, che non lascia margine di discrezionalità alla P.A. Né, d'altra parte, la procedura di cessione volontaria, in considerazione del suo carattere vincolato rispetto ai parametri legali è assumibile agli accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento le cui controversie, a norma dell'art.11, commi 1 e 5, l. n. 241/90, sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ». Successivamente sono state ricondotte agli accordi amministrativi le convenzioni urbanistiche e di lottizzazione (su cui, *ex multis*, Cass., S.U., 15 dicembre 2000, n. 1262), le convenzioni sanitarie (Tar Puglia, Lecce, sez. II, 25 luglio 2003, n. 5351; Cons St., sez. IV, 26 gennaio 2004, n. 241; Tar Puglia, Bari, sez. I, 27 settembre 2006, n. 3313). In particolare secondo Cass., S.U., 23 dicembre 2005, n. 28501 « le convenzioni stipulate tra le unità sanitarie locali e le case di cura e le altre strutture private minori, sono negozi bilaterali aventi natura pubblicistica che danno vita a concessioni amministrative »; secondo Cons. St., sez. V, 15 febbraio 2010, n. 813 « le convenzioni fra le unità sanitarie locali e le case di cura o le strutture private (ambulatori, laboratori, gabinetti specialistici, centri di diagnostica strumentale) stipulate ai sensi dell'art. 44, hanno natura di contratti di diritto pubblico che danno vita a rapporti qualificabili come concessioni amministrative ». Più stabile appare il riferimento giurisprudenziale all'art. 11 per gli strumenti di programmazione negoziata: Cons. St., sez. IV, 5 novembre 2004, n. 7180, per i contratti d'area; Cass., S.U., 14 gennaio 2005, n. 12725, per i contratti di programma; Cass., S.U., 23 marzo 2009, n. 6960, per i patti territoriali; Cons. St., sez. IV, 10 maggio 2010, n. 3129 per gli accordi di programma. Sulla programmazione negoziata, si veda G.M. ESPOSITO, *Amministrazione per accordi e programmazione negoziata*, Napoli, 1999.

(62) Come ha affermato autorevole dottrina (G. GRECO, *Gli accordi amministrativi*, cit., p. 159), infatti, nell'art. 11 sarebbero oggi da ricomprendersi i cosiddetti

In questa prospettiva, la riconduzione dei rapporti concessori di servizio pubblico al modello generale dell'accordo amministrativo consente di costruire in chiave « unitaria » e consensuale il rapporto, senza tuttavia dover rinunciare, per questo, ad un regime sostanzialmente « pubblicistico » per la regolazione dello stesso (63). Con l'art. 11 si viene quindi a far coesistere, in un unico strumento giuridico, un rapporto privatistico e un rapporto pubblicistico (64). Il rapporto giuridico concessorio è infatti soggetto alle norme privatistiche in materia di contratti soltanto nella misura in cui le stesse siano *compatibili* con le norme pubblicistiche che garantiscono il perseguimento del pubblico interesse e, quindi, la « funzionalizzazione » del rapporto (65). Peraltro, la previsione della giurisdizione esclusiva per la fase costitutiva, interpretativa ed esecutiva dell'accordo, consente di superare facilmente i tradizionali problemi legati al riparto di giurisdizione tra giudice amministrativo e giudice ordinario in relazione alle diverse « vicende » del rapporto (66).

« accordi necessari « tipici », e cioè tutti quei casi di « convenzioni e contratti già tipizzati dalle discipline di settore e non posti in alternativa al provvedimento »; in questo senso anche P.L. PORTALURI, *Potere amministrativo e procedimenti consensuali (studi sui rapporti a collaborazione necessaria)*, Milano, 1998. Sul punto si veda A. PIOGGIA, *La concessione di pubblico servizio come provvedimento a contenuto convenzionalmente determinato*, cit., p. 622 ss. secondo la quale all'art. 11 confluiscono « tutte le fattispecie consensuali nelle quali l'amministrazione interviene, non usando della propria autonomia privata, ma nell'esercizio di un potere funzionalizzato al fine pubblico indicato dalla norma ».

(63) Per la riconduzione della concessione di servizio pubblico agli accordi sostitutivi del provvedimento, Cons. St., sez. V, 13 marzo 2000, n. 1327. In dottrina, *ex multis*, G. GRECO, *Accordi amministrativi*, cit., p. 162; ma anche S. GIACCHETTI, *Gli accordi dell'art. 11 della legge n. 241 del 1990 tra realtà virtuale e realtà reale*, in *Dir. proc. amm.*, 1997, p. 519 che rinvia nelle convenzioni accessive ai rapporti concessori la più antica forma di accordo integrativo del provvedimento.

(64) Secondo F. MERUSI, *Il coordinamento e la collaborazione di interessi pubblici e privati dopo le recenti riforme*, in *Dir. amm.*, 1993, p. 36, l'art. 11 della l. 241 segna la fine della costruzione a doppio grado, non essendovi più motivo di « ricercare situazioni giuridiche differenziate riferibili alle varie fasi del rapporto »: il rapporto giuridico sarebbe unitario.

(65) In particolare, E. BRUTI LIBERATI, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico*, Milano, 1996, p. 237 ss.

(66) Problemi che, tradizionalmente, hanno scandito e orientato lo stesso dibattito tra le tesi pubblicistiche e le tesi privatistiche, favorendo peraltro l'adesione della giurisprudenza dominante alla ricostruzione a « doppio grado » dei rapporti

Nella stessa direzione, anche i contratti di servizio che regolano numerosi rapporti concessori, sono frequentemente ricondotti dalla dottrina e dalla giurisprudenza alla figura degli accordi amministrativi (67). Trattandosi, infatti, di « contratti ad oggetto pubblico » essi « ricadrebbero nella categoria degli accordi sostitutivi di provvedimento, in quanto sostitutivi del provvedimento concessorio precedentemente sussistente e regolante i rapporti gestore-Amministrazione » (68). Rispetto a tali « accordi necessari », quindi, sarebbe stato lo stesso legislatore ad imporre la conclusione di un accordo in sostituzione del provvedimento (69). E in tali casi la figura dell'accordo consente alla giurisprudenza di

concessori. Sull'incidenza che ha avuto la questione del riparto di giurisdizione per l'affermazione della ricostruzione a doppio grado, si v. M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, cit., p. 255 ss.

(67) Il contratto di servizio ha avuto origine nell'ordinamento comunitario con il Regolamento CE n. 1893/1991 concernente i trasporti per ferrovia, su strada e per via navigabile. Quanto all'ordinamento italiano il d.lgs. n. 422/1997 ha trasposto il modello europeo del contratto di servizio nel settore dei trasporti, in attuazione del regolamento n. 1191: in particolare l'art. 19 ha previsto il contratto di servizio come strumento di regolamentazione dell'esercizio dei servizi di trasporto pubblico locale, al di là dello strumento e della forma con cui gli stessi siano affidati. Per quanto concerne i servizi pubblici locali, con l'art. 35, l. n. 448/2001 (che ha riformato gli artt. 113 e 113-bis TUEL) è stato introdotto, in via generale, l'obbligo di contratto di servizio per la regolazione dei rapporti tra P.A. e soggetto erogatore del servizio pubblico in relazione ad ogni ipotesi di affidamento di servizio pubblico locale: il contratto di servizio deve essere allegato al bando di gara, nella fase di scelta del soggetto gestore. In dottrina, sulla natura del contratto di servizio pubblico, si veda D.U. GALETTA-M. GIOVINAZZI, *Trasporti terrestri*, in M.P. CHITI-G. GRECO, *Trattato di diritto amministrativo europeo. Parte speciale*, IV, Milano, 2007, II ed., p. 2227 ss.; riconosce la natura contrattuale, da ultimo, A. MOZZATI, *Contributo allo studio del contratto di servizio*, Torino, 2010. In giurisprudenza prevale l'interpretazione che riconduce il contratto di servizio all'accordo: chiaramente Tar Piemonte, sez. II, 10 giugno 2010, n. 2750, con nota di M.P. GENESIN, in *Foro amm.-TAR*, 2010, p. 3081 ss.

(68) Sempre Tar Piemonte, n. 2750/2010, cit., secondo cui « accanto ai contratti di diritto privato, dove è comunque possibile e tradizionalmente accettato riconoscere all'Amministrazione il potere di autonomia privata, vengono a delinearsi fattispecie a struttura bilaterale, nelle quali l'Amministrazione svolge un potere unilaterale non privatistico; vengono a delinearsi accordi pubblicistici e convenzioni pubblicistiche »

(69) La sostituzione necessaria, quindi, sarebbe imposta dal legislatore: « In questa ipotesi, la sostituzione del modulo concessorio, quale tipico strumento provvedimentale ampliativo di natura unilaterale, con il modulo bilaterale è attuata direttamente dal legislatore, ma non per questo ne viene modificata ed inficiata la natura giuridica e l'appartenenza alla categoria degli accordi ex art. 11 che, come è

legittimare, in un unico rapporto consensuale, la presenza di un potere pubblicistico dell'amministrazione che « converge e si affianca all'autonomia privata della parte » (70).

In definitiva, il riferimento allo strumento dell'**accordo amministrativo**, inteso quale **modello negoziale di diritto pubblico**, consentirebbe di costruire il **rapporto in chiave pubblicistica** (o comunque non integralmente privatistica), **senza dover per questo ricorrere alla tradizionale costruzione a doppio grado della « concessione-contratto »**: in un unico rapporto contrattuale, ma di diritto pubblico, si potrebbero garantire l'applicazione del regime di diritto privato e le esigenze pubblicistiche di funzionalizzazione del rapporto stesso. Tale impostazione mira in definitiva a legittimare, anche nel nostro ordinamento, lo spazio per la figura del contratto di diritto pubblico (71).

noto, costituiscono forme alternative, ritenute più moderne e comunque più flessibili, di esercizio di una potestà che rimane, tuttavia, genuinamente pubblica » (Tar Piemonte, n. 2750/2010, cit.).

(70) Così, Tar Piemonte, n. 2750/2010, cit., che aggiunge: « Nell'atto bilaterale, consensuale, convergono poteri diversi per natura e disciplina, ma coincidenti nel regolamento di interessi (precetto) cui l'atto intende dare vita. L'identità di contenuto precettivo rende possibile che il consenso sia reso nell'esercizio di poteri diversi, il potere amministrativo della parte pubblica e l'autonomia privata della controparte. Nulla osta alla fusione, o alla convergenza, di poteri diversi ».

(71) Tuttavia, in giurisprudenza si assiste ancora ad una certa confusione tra i concetti di « accordo amministrativo », « contratto di diritto pubblico », « concessione-contratto », « concessione concessoria » e « contratto di servizio »: tali termini sono adoperati senza alcuna differenza sostanziale per evocare un medesimo regime giuridico che si caratterizzerebbe per il fatto di non essere riconducibile interamente al diritto privato, stante l'incidenza su « oggetti » o « rapporti » di diritto pubblico. Emblematica, in questa direzione, appare la pronuncia del Tar Calabria, Reggio Calabria, sez. I, 14 novembre 2006, n. 1718: « Gli accordi contrattuali che accedono all'accreditamento, al pari delle convenzioni stipulate nel sistema dell'assistenza sanitaria di cui alla Legge n. 833/1978 (Cass. Civ., 28 aprile 1995, n. 4683; 27 aprile 1995, n. 4679; 24 novembre 1994, nn. 9970 e 9971; 15 marzo 1993, n. 3053), sono assimilabili ai contratti di diritto pubblico (Cons. St., sez. IV, 10 novembre 2003, n. 7188) o ai contratti accessivi a provvedimenti (Tar Campania, Salerno, 6 febbraio 2004, n. 92) e sono dunque inquadrabili nello schema delle concessioni di pubblico servizio, per le quali permane la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ». Talvolta il giudice continua a richiamare il tradizionale schema della « concessione-contratto »: Tar Puglia, Bari, sez. III, 11 settembre 2007, n. 2103, secondo cui « la costruzione e/o la gestione dell'impianto d'illuminazione votiva nei cimiteri comunali costituisce concessione di servizio pubblico (sia pure a domanda individuale), necessariamente regolata nelle forme delle c.d. concessioni-contratto, e quindi

Ma al di là del riferimento all'accordo amministrativo, la *ratio* che sembra star dietro tanto alle tradizionali teoriche « unilateraliste » e « a doppio grado », quanto alle più recenti teoriche « contrattual-pubblicistiche » continua a rinvenirsi nel concetto di « funzionalizzazione » quale *proprium* del regime delle concessioni di pubblico servizio (72). Superata, infatti, la problematica dell'imperatività (73) e della autoritatività (74) della concessione amministrativa, nelle ricostruzioni dominanti del rapporto concessorio è rimasta comunque centrale l'idea del necessario perseguimento dell'interesse pubblico, e del conseguente controllo sul corretto esercizio del potere, connesso allo svolgimento di una « funzione distributiva dell'amministrazione » (75).

caratterizzate dalla combinazione di due atti: uno unilaterale (di natura provvedimentoale) della p.a. e uno bilaterale (o negoziale), rappresentato da una convenzione tra p.a. e privato concessionario, che danno vita ad una fattispecie complessa »; o ancora, in merito alla concessione di un servizio di bar in un ospedale, Tar Abruzzo, L'Aquila, sez. I, 9 giugno 2006, n. 408, secondo cui « nella specie ... si è in presenza di un atto concessorio in cui solo può trovare titolo il rapporto tra la P.A. e il privato che abbia ad oggetto l'attività di gestione del servizio di bar all'interno di locali della struttura immobiliare ospedaliera — come tale destinata a pubblico servizio e perciò rientrante tra i beni patrimoniali indisponibili ai sensi dell'art. 830 c.c. — atteso che il godimento di detti beni da parte del privato può avvenire solo mediante trasferimento disposto con concessioni-contratto, per cui le relative controversie non possono che appartenere alla giurisdizione esclusiva del G.A. (Cass., S.U., 14 novembre 2003, n. 17295; 21 novembre 1983, n. 6917) ». Infine, richiamano proprio la definizione di « concessione contratto » in materia di servizi idrici, Cons. St., sez. V, 5 marzo 2009, n. 1318 e Corte cost., 24 luglio 2009, n. 246.

(72) Sul punto E. BRUTI LIBERATI, *Consensus e funzione*, cit., *passim*, il quale pone al centro della ricostruzione sullo studio del contratto di diritto pubblico il tema della funzione che, lungi dall'essere relegato ai soli strumenti unilaterali, oggi troverebbe risposta anche in uno strumento consensuale di diritto pubblico.

(73) Chiaramente negata anche nell'ambito delle ricostruzioni pubblicistiche: basti pensare alla ricostruzione di D. SORACE-C. MARZUOLI, *Concessione amministrativa*, cit., p. 295 ss.

(74) Negata, ad esempio, pur nell'ambito di ricostruzioni unilateraliste della concessione amministrativa, anche da F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento*, cit., p. 24.

(75) Così B.G. MATTARELLA, *L'imperatività del provvedimento*, cit., p. 339 che sottolinea il permanere di una nozione di autoritatività legata al perseguimento dell'interesse pubblico. In senso critico rispetto a tale prospettiva A. ORSI BATTAGLINI, *Recensione a B.G. Mattarella. L'imperatività del provvedimento amministrativo. Saggio Critico, Padova, 2000*, in *Dir. pubbl.*, 2000, p. 795. Sulla necessaria funzionalizzazione e discrezionalità che deve caratterizzare la concessione, A. PIOGGIA, *La*

In particolare, l'esigenza di « funzionalizzazione » del rapporto — connessa, come si è detto, all'incidenza della convenzione su oggetti pubblici — ha tradizionalmente legittimato il riconoscimento in capo all'amministrazione, al di là di un'espressa previsione di legge (76), del potere di sospendere l'erogazione del servizio per gravi motivi di pubblico interesse (77), del potere di dichiarare la decadenza del concessionario in presenza di un obiettivo inadempimento (78) e, soprattutto, del potere di revocare la concessione per sopravvenuti motivi di interesse pubblico (79). Peraltro, come è stato osservato in dottrina, i poteri di revoca e di decadenza sono stati a lungo ricostruiti in maniera differente soprattutto per « regolare » un problema di riparto di giurisdizione (80). Nel tempo, tuttavia, l'attribuzione della giuri-

concessione di pubblico servizio come provvedimento a contenuto convenzionalmente determinato, cit., p. 622 ss.

(76) Veniva invece richiesta un'espressa previsione di legge o di contratto per la potestà di variare il contenuto del rapporto (*Ex multis*: Cass. S.U., 13 marzo 1972, n. 728, in *Foro it.*, 1972, I, p. 3237; Cons. St., sez. V, 24 marzo 1987, n. 207, in *Cons. St.*, 1987, I, p. 349); per la potestà di riscattare la concessione (*ex multis*, Cass., S.U., 2 maggio 1979, n. 2522, in *Foro it.*, 1980, I, 1, p. 110); e per la potestà di gestione del servizio in danno del concessionario (Cass., S.U., 20 gennaio 1970, n. 118, in *Foro it.*, 1970, I, p. 409; Cass., S.U., 15 maggio 1971, n. 1442 in *Giur. it.*, 1972, I, 1, p. 143).

(77) Ad es. Tar Emilia Romagna, Bologna, 18 gennaio 1983, n. 21, in *TAR*, 1983, I, p. 925.

(78) Il potere di dichiarare la decadenza del concessionario, in presenza di un grave inadempimento, senza rivolgersi al giudice è stato riconosciuto dalla giurisprudenza sin degli anni venti del secolo scorso: Corte App., Firenze, 7 aprile 1925, in *Giur. it.*, 1925, I, 2, p. 404; Cons. St., sez. IV, 17 febbraio 1942, in *Giur. it.*, 1942, III, p. 106. Più di recente, Cons. St., Sez. IV, 29 dicembre 1987, n. 836, in *Cons. Stato*, 1987, I, p. 1771.

(79) Sulla centralità della ricostruzione autoritativa per legittimare il potere di revoca, B.G. MATTARELLA, *L'imperatività*, cit., p. 341. In giurisprudenza la revoca è stata intesa come esercizio di un potere discrezionale, caratterizzato da valutazioni di opportunità nel perseguimento del pubblico interesse: *ex multis*, Cass., S.U., 10 maggio 1979, in *Giur. it.*, 1980, I, 1, p. 275; Cass., sez. I, 8 settembre 1983, n. 5527, in *Foro it.*, 1983; Tar Lombardia, Milano, sez. II, 20 ottobre 1994, n. 611, in *TAR*, 1994, I, p. 4396. Occorre rilevare che il giudice amministrativo ha progressivamente intensificato il controllo giurisdizionale sulle ragioni anche sostanziali che legittimano il ricorso a tale potere: si v. ad es. Cons. St., sez. VI, 18 dicembre 1963, n. 1051, in *Cons. Stato*, 1963, I, 2010 e, più di recente, Cons. Stato, sez. VI, 19 dicembre 1991, n. 1230.

(80) Come ha sottolineato M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, cit., p. 202 ss. il problema della natura degli atti, lungi dal rimanere confinato in una

sdizione esclusiva al giudice amministrativo su tutte le vicende del rapporto concessorio ha fatto perdere gran parte dell'utilità pratica alla distinzione tra le due figure (81).

La previsione di tali poteri pubblicistici rappresenta peraltro ancora oggi un tratto caratteristico della ricostruzione giurisprudenziale e dottrinarie del regime giuridico delle **concessioni di pubblico servizio**. Al di là dell'adesione alle teoriche che riconducono tale figura all'**accordo amministrativo** ovvero allo schema del **provvedimento cui accede un contratto**, l'esito cui pervengono tali orientamenti è quello di continuare a legittimare l'esistenza di un complesso di poteri e facoltà esorbitanti (variamente denominati), a presidio del corretto svolgimento del rapporto concessorio e, quindi, della rispondenza dell'attività gestita dal privato al pubblico interesse (82). E così, ad esempio, si continua a giustifi-

prospettiva meramente teorica, è stato tradizionalmente riconnesso alla questione del riparto di giurisdizione tra giudice amministrativo e giudice ordinario in sede di esecuzione del rapporto. La decadenza è stata intesa come situazione potestativa conoscibile dal giudice ordinario, chiamato a valutare la corrispondenza dei fatti alla fattispecie di inadempimento individuata dall'atto negoziale; la revoca della concessione per sopravvenuti motivi di pubblico interesse è stata invece intesa come potere discrezionale conoscibile dal giudice amministrativo sulla base dell'eccesso di potere. La vicenda giudiziaria del Casinò di Venezia ha consentito una puntuale descrizione dei diversi presupposti e delle diverse situazioni giuridiche nei due casi: Cass., S.U., 9 novembre 1967, n. 2705; ma anche Cass., S.U., 6 aprile 1970, n. 926, in *Foro it.*, 1970, I, p. 1355 ss.

(81) In questo senso E. BRUTI LIBERATI, *Le vicende del rapporto*, cit., p. 174 il quale, tuttavia, sottolinea che la differenza continuerebbe a rilevare sotto il profilo patrimoniale: la decadenza darebbe vita ad un diritto al risarcimento per il concedente, mentre la revoca ad un indennizzo in favore del concessionario.

(82) In questa prospettiva, non sembrano poi così lontane le parole di O. RANELLETTI, *Facoltà create dalle autorizzazioni e concessioni amministrative*, pt. III, cit., p. 256 ss., che, proprio con riferimento alla « vita della concessione » sottolineava la necessità di prevedere « un potere di vigilanza continua dell'autorità pubblica sull'esercizio, che fa il privato delle facoltà ottenute, ed un diritto della medesima di emanare tutte quelle prescrizioni, che ritiene opportune per conseguire quell'armonia nella *soddisfazione dell'interesse pubblico e del diritto privato* » (enfasi aggiunta, p. 265). E in questa prospettiva, « la revoca può essere sempre fatta o dichiarata, fatta se non si verifica, dichiarata se si verifica *ispo iure* (...) dalla stessa autorità concedente senza bisogno di incorrere ai tribunali, anche quando l'atto di concessione e le leggi e i regolamenti tacciano su ciò » (p. 279). Rispetto a tale funzione, « l'autorità amministrativa, avendo per proprio fine il raggiungimento degli scopi dell'ente pubblico, a cui appartiene, ha l'obbligo di fare tutto ciò che è necessario a raggiungere tali scopi, e quindi nel campo nostro avrà il *dovere* di modificare,

care l'esistenza di un potere di revoca della concessione conoscibile dal giudice amministrativo (83); si continua a legittimare un potere di decadenza distinto dal potere di revoca in ordine ai presupposti e all'obbligo di motivazione (84); si ritiene applicabile, al di là di un'espressa previsione nel regolamento convenzionale, il potere di recesso per sopravvenuti motivi di pubblico interesse di cui all'art. 11, co. 4 della l. n. 241/1990 (85). E si tratta di poteri che, come si dirà meglio in seguito con particolare riferimento al problema della tutela giurisdizionale sui rapporti concessori (*infra*, par. 7), sono soggetti alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. c)

sospendere, revocare, secondo i casi, la concessione, sia quando concorra, sia quando non concorra, la colpa del concessionario » (p. 283).

(83) Si veda Tar Sardegna, sez. I, 6 febbraio 2008, n. 124 secondo cui: « Rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo la controversia avente ad oggetto il provvedimento di revoca dell'originaria concessione di un pubblico servizio (con conseguente recesso dalla convenzione), disposto dall'Ente locale sulla base di sopravvenute ragioni di pubblico interesse (nella specie, la necessità di adottare una nuova forma di gestione del servizio di raccolta e trasporto dei rifiuti, ritenuta più rispondente all'interesse pubblico, attraverso l'implementazione del servizio di raccolta differenziata e la rideterminazione dell'ammontare del canone); tale controversia, infatti, verte sulla legittimità dell'esercizio, da parte dell'Ente, di poteri pubblicistici, a fronte dei quali il ricorrente è titolare di una posizione di interesse legittimo »

(84) Cons. St., sez. V, 15 marzo 2000, n. 1359: « È legittima e non abbisogna di diffusa motivazione sull'interesse pubblico la decadenza di una concessione amministrativa, disposta dalla p.a. per il sol fatto dell'inadempimento, provocato dall'inerzia del concessionario, degli obblighi derivanti dalle clausole transattive a suo tempo concordate con la p.a. medesima e non attuate entro il termine pattuito, in quanto tale vicenda è di per sé sufficiente a determinare la risoluzione immediata del rapporto concessorio, senz'uopo di accertamenti specifici della quantità e della qualità dell'inadempimento, ma a ciò bastando l'inutile decorso del termine predetto ». Secondo Cons. St., sez. IV, 3 ottobre 2000, n. 5235, il provvedimento dichiarativo della decadenza dalla concessione si dovrebbe limitare « alla verifica della sussistenza delle condizioni di legge per la perdita del beneficio originariamente concesso », mentre la revoca della concessione deve risultare connessa « alla valutazione della ricorrenza ed ai contenuti di merito del pubblico interesse ».

(85) Anche se con riferimento ad una convenzione concessoria su beni pubblici (cavi marmiferi) ricondotta all'art. 11 della l. n. 241/1990, si veda Tar Toscana, Firenze, sez. II, 30 dicembre 2011, n. 2077, secondo cui « la P.A., per sottrarsi legittimamente al vincolo di un accordo amministrativo, dispone — oltre che dei rimedi esportabili dalla disciplina civilistica del contratto — di alcuni rimedi tipizzati dal legislatore, quale il recesso di cui all'art. 11 co. 4 della legge n. 241/90, il ricorso ai quali implica lo scioglimento del rapporto scaturito dall'accordo ».

c.p.a. (che regola la giurisdizione sulle concessioni di servizio pubblico), ovvero, talvolta, ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. a), n. 2 c.p.a. (che regola la giurisdizione in materia di accordi amministrativi).

4. *I profili di incertezza nella « ricostruzione pubblicistica » del regime giuridico delle concessioni di pubblico servizio.*

Gli orientamenti giurisprudenziali e dottrinari sopra menzionati presentano molteplici profili di incertezza che incidono sulla concreta ricostruzione del regime giuridico applicabile ai rapporti concessori di servizio pubblico.

In primo luogo, non appare condivisibile — né foriero di alcuna utilità per la ricostruzione del concreto regime giuridico applicabile a tali rapporti — il riferimento all'accordo amministrativo (86). La previsione di cui all'art. 11 è infatti radicata in un « contesto procedimentale » che presuppone la partecipazione (o quanto meno l'apporto collaborativo) del privato destinatario dello svolgimento dell'azione amministrativa, rispetto al concreto esercizio di un potere discrezionale (87). Tale fattispecie non ha invece nulla a che vedere con le « vicende » che conducono alla stipulazione della convenzione concessoria. E infatti, mentre l'og-

(86) Numerosi sono i contributi dottrinari in materia di accordi amministrativi a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 11 della l. n. 241/1990. Limitandoci alle opere di carattere monografico, E. STICCHI DAMIANI, *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, Milano, 1992; E. BRUTI LIBERATI, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico*, cit.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa*, Torino, 1997; F. FRACCHIA, *L'accordo sostitutivo. Studio sul consenso disciplinato dal diritto amministrativo in funzione sostitutiva rispetto agli strumenti unilaterali di esercizio del potere*, Padova, 1998; P.L. PORTALURI, *Potere amministrativo e procedimenti consensuali*, cit.; G. MANFREDI, *Accordi e azione amministrativa*, Torino, 2001; G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, cit.; F. CANGELLI, *Potere discrezionale e fattispecie consensuali*, Milano, 2004.

(87) Il dato normativo appare, da questo punto di vista, insuperabile: l'articolo 11 della l. 241/1990 si trova innanzitutto nel capo III della legge che disciplina « La partecipazione al procedimento »; ma soprattutto, l'accordo può essere stipulato, ai sensi del comma 1 dello stesso articolo « in accoglimento di osservazioni e proposte presentate a norma dell'articolo 10 », articolo che, come è noto, regola i poteri e le facoltà con cui si estrinseca la partecipazione al procedimento da parte degli interessati.

getto dell'accordo amministrativo è l'esercizio del potere discrezionale, l'oggetto della convenzione è l'acquisizione sul mercato di un'utilità alle migliori condizioni e per il perseguimento di un interesse pubblico o di un fine istituzionale (88). Siamo, in quest'ultimo caso, dinanzi ad un rapporto necessariamente sinallagmatico che nulla condivide delle vicende della partecipazione e dell'istruttoria amministrativa (89).

Ma soprattutto, l'orientamento che eleva l'art. 11 a figura generale della consensualità amministrativa, pur essendo mosso dal tentativo di far coesistere momenti e prerogative pubblicistici con una struttura pattizia di diritto comune, non contribuisce neanche a far chiarezza sull'esatta portata delle regole applicabili al rapporto: in diverse ricostruzioni dottrinarie le norme in materia di imputabilità dell'adempimento contrattuale convivono, non senza incertezze, con i criteri che informano il corretto e ragionevole esercizio del potere (90). Proprio tale profilo, peraltro, costituisce una delle maggiori differenze tra l'accordo amministrativo e i modelli consensuali di diritto pubblico presenti in Francia e in Germania, cui molto spesso viene accostato il nostro accordo amministrativo. Tali strumenti, infatti, pur nella loro diversità,

(88) Sottolinea la diversità degli oggetti, delle prestazioni e dei poteri che caratterizzano l'oggetto dell'accordo, rispetto a quelle proprie dei contratti, A. MASSERA, *Lo Stato che contratta*, cit., p. 563, il quale, tuttavia, condivide il ricorso alla figura dell'accordo per la ricostruzione dei contratti di servizio e delle convenzioni accessive alle concessioni (p. 567).

(89) Da questo punto di vista, talvolta anche in giurisprudenza si sostiene che la convenzione o il contratto di servizio avrebbero sostituito il provvedimento concessorio (da ultimo, Tar Piemonte, n. 2750/2010, cit.). E tuttavia i rapporti concessori si sono fondati da sempre e necessariamente su strumenti consensuali: ma siamo fuori dalla *ratio* di « sostituzione » del provvedimento unilaterale a cui fa riferimento l'art. 11.

(90) Non a caso la stessa dottrina che per prima e con maggiore decisione ha affermato la riconducibilità delle concessioni di servizio pubblico agli accordi amministrativi, ha affermato che « non risulta ancora sufficientemente chiarito se nel corso dello svolgimento del rapporto possano sopraggiungere provvedimenti amministrativi idonei a modificare e, addirittura, a vanificare la posizione contrattuale del 'concessionario', ovvero se i vincoli contrattuali costituiscano un limite insormontabile all'esercizio di ulteriori manifestazioni di potestà amministrativa e, in talune circostanze, trasformino queste ultime in obblighi giuridici veri e propri, cui siano correlati diritti soggettivi perfetti »: così G. GRECO, *Le concessioni di pubblici servizi tra provvedimento e contratto*, cit., p. 383.

evocano un regime giuridico ben definito ed effettivamente alternativo sia al provvedimento che al contratto di diritto comune. Il contratto di diritto pubblico tedesco, a differenza dell'accordo amministrativo, presenta una chiara e autonoma disciplina legislativa di tutti gli aspetti e le vicende del rapporto: si pensi al regime di invalidità e alla tutela del terzo (91). Quanto al *contrat administratif*, la giurisprudenza del *Conseil d'Etat*, a partire dagli anni trenta del secolo scorso, ha messo in piedi un vero e proprio « sistema » contrattuale di diritto pubblico alternativo a quello del contratto di diritto privato, con regole ben definite e antitetiche rispetto a quelle di diritto civile (92).

(91) Il contratto di diritto pubblico (*Verwaltungsvertrag*), infatti, con l'entrata in vigore nel 1976 della legge generale sul procedimento (*Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVfG*) ha ricevuto una disciplina giuridica assai minuziosa, soprattutto sotto il profilo del regime di invalidità, della tutela dei terzi e dei rapporti con il codice civile (par. 54 ss.). Sul tema si veda, dopo l'entrata in vigore della legge, W. HENKE, *Allgemeine Fragen des öffentlichen Vertragsrechts*, in *Jz*, 1984, p. 441; H. MAURER, *Der Verwaltungsvertrag - Problemen und Möglichkeiten*, in *DVBL*, 1989, p. 789; W. HOFLING-G. KRINGS, *Der verwaltungsrechtliche Vertrag: Begriff, Typologie Fehlerlehre*, in *JuS*, 2000, p. 505; M. WERNER, *Allgemeine Fehlerfolgenlehre für den Verwaltungsvertrag*, Baden-Baden, 2008; W. HOFFMANN-RIEM-E. SCHMIDT-ABMANN-A. VOBKUHLE, *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, München, 2008; H. MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, München, 2010. Per il dibattito sull'ammissibilità dell'istituto rimangono fondamentali P. LABAND, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, Tübingen, 1876; O. MAYER, *Zur Lehre von öffentlichrechtlichen Verträge*, in *Archiv für Öffentliches Recht*, 1888; G. JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Freiburg, 1892; W. APELT, *Der Verwaltungsrechtliche Vertrag*, Leipzig, 1920; F. FLEINER, *Institutionen des deutsche Verwaltungsrechts*, Tübingen, 1928; K. STERN, *Zur Grundlegung einer Lehre des öffentlich-rechtlichen Vertrag*, in *Verw. Arch.*, 1958; M. BULLINGER, *Vertrag und Verwaltungsgakt*, Stuttgart, 1962. Per la dottrina italiana, A. MASUCCI, *Trasformazioni dell'amministrazione e moduli convenzionali. Il contratto di diritto pubblico*, Napoli, 1988.

(92) Sul *contrat administratif* la letteratura è assai ampia: tralasciando le trattazioni generali di diritto amministrativo, ove comunque il tema riveste una grande importanza, si vedano G. JÈZE, *Les contrats administratifs de l'État, des départements, des communes et des établissements publics*, 3 vol., Paris, 1927-1934; G. PÉQUIGNOT, *Théorie générale du contrat administratif*, Montpellier, 1945; A. DE LAUBADÈRE-F. MODERNE-P. DEVOLVÉ, *Traite des contrats administratifs*, 2 vol., Paris, 1983; S. FLOGAITIS, *Les contrats administratifs*, London, 1988; R. DRAGO, *Le contrat administratif aujourd'hui*, in *Le contrat, Droits*, n. 12, 1990, p. 117 ss.; F. LICHÈRE, *Droits des contrats publics*, Paris, 2005; F. LOMBARD, *La cause dans le contrat administratif*, Paris, 2008; J. MARTIN, *Les sources de droit privé du droit des contrats administratifs*, 2 vol., Paris, 2008; L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, Paris, 2010; C. GUETTIER, *Droit des contrats administratifs*, Paris, 2011.

Tutto ciò non è avvenuto rispetto agli accordi amministrativi. A vent'anni dall'entrata in vigore della norma, tali strumenti rimangono un'entità ibrida tra il diritto pubblico e il diritto privato. Da questo punto di vista, è innanzitutto lo stesso dettato normativo a lasciare spazio a numerosi dubbi interpretativi (93). La giurisprudenza, d'altro canto, non ha supplito a tale situazione rendendosi artefice della costruzione di un regime autonomo di contrattualità di diritto pubblico, dotato di proprie regole rispetto al sistema civilistico: e ciò nonostante la presenza, nell'art. 11, di una *clausola di compatibilità* con il codice civile che avrebbe legittimato un simile ruolo pretorio (94). Anche tali incertezze impongono, quindi, di limitare e circoscrivere rigorosamente l'ambito di applicazione della norma alla *ratio* che si evince dal testo (e che si ricava altresì dalla collocazione della stessa nel capo sulla partecipazione al procedimento): favorire la conclusione negoziata dell'azione amministrativa discrezionale all'interno di un procedimento amministrativo tipico (95). Ogni tentativo di ergere tale figura a « modello generale » entro cui far confluire le manifestazioni più diversificate della consensualità amministrativa rischia, da un lato, di indebolire la forza precettiva e la potenziale carica innovativa che l'istituto deve ancora spiegare nella prassi

(93) E ciò in primo luogo in ragione delle grandi incertezze che continuano a caratterizzare il dibattito teorico e dottrinario sulla ricostruzione dell'istituto, se solo si pensa che attorno ad ogni singola disposizione della norma sono emerse interpretazioni completamente difformi: così per il riferimento ai « principi », alla « clausola di compatibilità », al « recesso per sopravvenuti motivi di pubblico interesse », al « perseguimento dell'interesse pubblico », alla « tutela prevista per il provvedimento ».

(94) Il più delle volte la giurisprudenza si limita a sottolineare la non riconducibilità degli accordi al contratto di diritto privato, senza tuttavia precisare in cosa si concretizzi, da un punto di vista del regime giuridico, tale diversità. Sul punto, M. D'ALBERTI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Torino, 2012, pp. 272-273 il quale sottolinea la centralità che dovrebbe acquisire la giurisprudenza nella costruzione del regime degli accordi amministrativi: e ciò anche alla luce dell'esperienza dei *contrats administratifs* ove il giudice è vero « *maître de sa jurisprudence* » rispetto all'utilizzo del diritto privato per ricostruire il regime di tali strumenti.

(95) In questo senso, V. CERULLI IRELLI, *Relazione conclusiva*, in *Annuario Aipda 2011. L'atto autoritativo. Convergenze e divergenze tra ordinamenti*, Napoli, 2012, p. 389, secondo cui gli accordi « sono manifestazioni del potere amministrativo, non sono atti negoziali, costituiscono una *modalità alternativa di chiusura del procedimento* » (enfasi aggiunta).

delle amministrazioni pubbliche; dall'altro, rischia di rendere lo stesso articolo 11 un « contenitore » privo di una sua connotazione giuridica pregnante, entro cui confluiscono rapporti del tutto eterogenei tra loro (96).

Da questo punto di vista, molte delle convenzioni concessorie ricondotte in via pretoria agli accordi continuano ad essere primariamente regolate dalla specifica disciplina convenzionale e integrate in larga parte dalla disciplina del codice civile (97). Molti dei poteri attribuiti all'amministrazione nella fase di esecuzione sono il più delle volte previsti dallo stesso regolamento convenzionale, risultando privo di qualsiasi utilità pratica il richiamo all'art. 11, perlomeno da un punto di vista sostanziale. La sola conseguenza rilevante che discende dall'applicazione dell'art. 11 sembra essere rappresentata dalla previsione della giurisdizione esclusiva su tutte le vicende, anche esecutive, del rapporto (98): il richiamo alla giurisdizione esclusiva in materia di accordi è infatti giudicato favorevolmente dal giudice amministrativo « dato l'intimo intreccio di situazioni giuridiche soggettive a diverso livello di protezione tipico degli accordi di cui all'art. 11 della l. n. 241 del 1990, situazioni costituenti nel loro complesso esattamente il tipo di problemi alla cui risoluzione è volta la previsione della giurisdizione esclusiva *in subiecta materia* » (99). E tuttavia, ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. c) c.p.a., in materia di rapporti concessori di pubblico servizio, a conoscere delle controversie indennitarie rimane comunque competente il giudice ordinario, mentre per gli accordi amministrativi quest'ultimo è competente per l'intera fase di « esecuzione » e, quindi, anche per i profili

(96) In senso critico rispetto « all'enfasi con la quale si tende troppo spesso a sottolineare la rilevanza giuridica degli accordi di cui all'art. 11 », A. ROMANO, *Riflessioni dal convegno: autoritarità, consenso e ordinamento generale*, in *Annuario AIPDA 2011*, ult. op. cit., p. 380.

(97) Sul punto appare significativa Cons. St., sez. IV, 23 dicembre 2010, n. 9347 in materia di adempimento di un rapporto concessorio di pubblico servizio relativo all'installazione e alla manutenzione degli apparecchi da gioco lecito.

(98) Cass., S.U., 8 luglio 2008, n. 18630 che ha ricostruito i patti territoriali come un modello misto tra art. 11 e art. 15 della l. n. 241/1990 per fondare la giurisdizione amministrativa relativamente alla cognizione delle reciproche obbligazioni assunte dalle parti.

(99) Così Cons. St., n. 9347/2010, cit.

indennitari (100). Pertanto, la riconduzione delle concessioni di concessione all'art. 11 non appare compatibile con la distinzione che lo stesso Codice del processo amministrativo riconosce, all'art. 133, tra l'ambito di giurisdizione amministrativa in materia di accordi e quello che caratterizza la concessioni di servizi pubblici (101).

Ma al di là del richiamo all'accordo, i profili di maggiore incertezza investono le stesse modalità con cui si tenta di far convivere regole privatistiche e regimi pubblicistici nello svolgimento e nell'esecuzione del rapporto concessorio di servizio pubblico. Da questo punto di vista, infatti, l'assoluta centralità che riveste il regolamento convenzionale liberamente stipulato tra le parti nelle vicende del rapporto concessorio conduce ad una larga applicazione delle regole civilistiche nella relativa fase di esecuzione: il « cuore » del rapporto concessorio è in larga misura affidato al diritto comune e, in particolare, alle norme in materia di inadempimento contrattuale. In numerose pronunce il giudice amministrativo afferma, infatti, che nella fase di esecuzione del rapporto convenzionale « debbano trovare applicazione piena ed integrale le regole civilistiche in materia di imputabilità dell'inadempimento » e che il rapporto concessorio debba essere assoggettato alle « comuni regole civilistiche in tema di adempimento-inadempimento nonché di obblighi di buona fede delle parti del contratto (art. 1375 c.c.) » (102). Non pare quindi dubitabile che, rispetto alle vicende esecutive del rapporto concessorio, debbano trovare applicazione, innanzitutto, le norme contenute nel Libro

(100) Art. 133, co. 1, lett. a), n. 1 c.p.a. che attribuisce alla giurisdizione esclusiva le controversie sulla « formazione, conclusione ed esecuzione degli accordi integrativi o sostitutivi di provvedimento amministrativo e degli accordi fra pubbliche amministrazioni ». Evidenzia alcuni profili di perplessità, soprattutto con riferimento alla compatibilità costituzionale della norma, da ultimo, M. RENNA, *Il regime delle obbligazioni nascenti dall'accordo amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2010, p. 27 ss.

(101) Sul rischio di un'abrogazione tacita v. F. FRACCHIA, *Concessioni amministrative*, cit., p. 271. Sul punto S. GIACHETTI, *Gli accordi dell'art. 11 della legge n. 241 del 1990 tra realtà virtuale e realtà reale*, in *Dir. proc. amm.*, 1997, p. 520 ss. evidenziava che la riconduzione dei contratti accessivi alle concessioni all'istituto dell'accordo amministrativo avrebbe fatto venir meno la norma di cui all'art. 5 della l. 6 dicembre 1971, n. 1034 in materia di riparto di giurisdizione sulle concessioni di pubblici servizi.

(102) Così Cons. St., n. 9347/2010, cit.

IV del codice civile, con particolare riferimento alle regole relative all'adempimento delle obbligazioni (Titolo I, Capo II) e ai contratti in generale (Titolo II) (103).

Da questo punto di vista, infatti, non può negarsi che il richiamo esplicito della giurisprudenza all'« applicazione diretta della disciplina dell'*inadempimento del contratto* » costituisce (quantomeno) un indice rivelatore del fatto che, ad esito della stipulazione della convenzione concessoria, sia venuto in essere un vero e proprio rapporto contrattuale da cui sono sorti diritti ed obbligazioni reciproci tra le parti (104). E infatti, l'« applicazione diretta della disciplina dell'*inadempimento del contratto* » deve presupporre necessariamente l'esistenza di un rapporto giuridico contrattuale. Il concessionario è quindi titolare di un fascio di rapporti di diritto comune (diritti e obblighi), cui corrispondono altrettante situazioni giuridiche di diritto comune da parte dell'amministrazione.

E tuttavia, le vicende concernenti la fase esecutiva della concessione, ancorché dominate e permeate nella prassi dalle regole che governano le obbligazioni contrattuali di cui al codice civile, risultano ancora in larga parte « intrecciate » e « ancorate », in molte delle ricostruzioni giurisprudenziali e dottrinarie, alle vicende del potere discrezionale. E ciò appare primariamente funzionale a garantire la possibilità dell'amministrazione di sottrarsi unilateralmente al rapporto obbligatorio e, al tempo stesso, di porre in essere un più intenso controllo sullo svolgimento dell'attività del concessionario.

Al di là del più dibattuto problema della revoca — che pure talvolta, ancorché espressione di un potere discrezionale, viene costruita dal regolamento convenzionale come una vera clausola

(103) Si veda Cons. Stato, sez. IV, 4 maggio 2010, n. 2568, ove si afferma che nell'ambito dei rapporti concessori « il giudice possa e debba fare applicazione diretta anche della disciplina dell'*inadempimento del contratto*, allorché una parte del rapporto contesti alla controparte un inadempimento degli obblighi di fare ». Sull'esteso ambito di applicazione delle regole e delle norme del codice civile ai rapporti obbligatori della p.a. nascenti da accordi amministrativi, si veda la puntuale ricostruzione di M. RENNA, *Il regime giuridico delle obbligazioni*, cit., spec. p. 52 ss.

(104) Sottolinea la centralità della nascita di un rapporto giuridico obbligatorio tra le parti, ancorché con riferimento alla stipulazione degli accordi amministrativi, M. RENNA, *Il regime delle obbligazioni nascenti dall'accordo amministrativo*, cit., p. 77.

risolutiva espressa (105) — , si assiste alla tendenza a sottoporre al regime dell'atto amministrativo discrezionale qualsiasi atto unilaterale che incide sull'esecuzione del rapporto concessorio: e ciò anche nei casi in cui si riconosce che lo stesso rapporto sia sostanzialmente governato dalle regole sull'adempimento del contratto (106). E così, ad esempio, si continua a ricostruire il potere di decadenza in chiave discrezionale, nonostante lo stesso potere sia « agganciato » ad un mero accertamento tecnico sul corretto adempimento del rapporto (107). E in chiave discrezionale e

(105) Con ciò risultando problematica la stessa *ratio* di una distinzione tra il potere di revoca e quello di decadenza. Sul punto, Tar Sicilia, Catania, sez. IV, 6 luglio 2009, n. 1230 secondo cui « la clausola della convenzione, che collega la revoca della concessione per la 'raccolta dei giochi pubblici' al ritardo dell'avvio della rete telematica, costituisce una clausola risolutiva espressa (tali essendo le clausole, le quali, nell'ambito del rapporto di natura privatistica originato dall'atto convenzionale, collegano all'inadempimento del privato la possibilità della P.A. di annullare o revocare l'erogazione, attuando un meccanismo sanzionatorio assimilabile alla clausola risolutiva espressa disciplinata dall'art. 1456 c.c.); da ciò consegue che l'eventuale adempimento posto in essere tardivamente rispetto al termine pattuito, ma anteriormente rispetto alla dichiarazione dell'interessato di volersi avvalere della clausola risolutiva espressa, esclude l'operatività della clausola stessa ed impedisce il venir meno del rapporto può essere resa, senza necessità di formule rituali, anche in maniera implicita, purché inequivocabile (...) ma non può, in nessun caso, avere effetto se la controparte ha già adempiuto alle proprie obbligazioni contrattuali, anche se ciò è avvenuto oltre i termini previsti nel contratto per l'adempimento stesso, che fino a quando il creditore non dichiara di volersi avvalere della detta clausola il debitore può adempiere, seppure tardivamente, la sua obbligazione ».

(106) Sul punto si veda Tar Lazio, Roma, sez. II, 26 novembre 2009, n. 11851 che ha legittimato la coesistenza di un potere discrezionale di irrogazione delle penali con la « piena ed integrale applicazione delle regole civilistiche in materia di imputabilità dell'inadempimento, di prova del danno cagionato e di congruità e proporzionalità della relativa penalizzazione » e che, a tal fine, ha ricondotto la convenzione concessoria all'accordo amministrativo di cui all'art. 11.

(107) Sulla ricostruzione del potere di decadenza in termini autoritativo-discrezionali (ancorché in materia di concessione di beni): si veda Tar Calabria, Catanzaro, sez. I, 14 aprile 2011, n. 519 secondo cui « gli atti di concessione mineraria importano un immanente controllo da parte dell'Amministrazione concedente, relativamente al permanere delle condizioni necessarie al suo mantenimento; condizioni che, se implicano l'accertamento in ordine al venir meno dei requisiti di capacità e di idoneità, determinano la declaratoria di decadenza, che assume natura e valenza di atto ricognitivo, mentre, se implicano l'accertamento in ordine ad inadempimenti da parte del concessionario a specifici obblighi a lui particolarmente imposti, determinano una comminatoria di decadenza, che assume natura e valenza di atto sanzionatorio. Invero, in entrambe le ipotesi considerate, viene involta

autoritativa viene ricostruito anche l'atto con il quale l'amministrazione concedente si avvale della « clausola di disdetta » pattiziamente determinata che impedisce la tacita rinnovazione della concessione (108).

Ma uno degli esempi più significativi della « torsione » pubblicistica che sembra contraddistinguere la ricostruzione di molti atti unilaterali che incidono sul rapporto concessorio è rappresentato dal potere di irrogazione delle penali (109). Come affermato chiaramente dal Consiglio di Stato, infatti, la previsione contrat-

esplicazione di *discrezionalità amministrativa circa la verifica delle condizioni anzidette* e, particolarmente, nel caso di comminatoria di decadenza di una concessione per inadempimento di obblighi, avente natura e funzione sanzionatrice, che va, di norma, preceduta dalla contestazione degli addebiti e dalla diffida a porre fine all'inadempienza riscontrata » (enfasi aggiunta).

(108) Riconosce chiaramente la natura provvedimento dell'atto di disdetta, Cons. St., sez. V, 16 settembre 1994, n. 996. Alla base dell'indirizzo che tende ad accomunare la disdetta alle diverse ipotesi della revoca per sopravvenute esigenze di interesse pubblico e della decadenza sanzionatoria della concessione, conseguente all'inadempimento del gestore risiede l'argomento secondo cui l'atto esprimerebbe sempre una *scelta discrezionale del soggetto concedente*, strettamente correlata alla valutazione dell'interesse pubblico alla prosecuzione del rapporto; sul punto si veda anche Cons. St., sez. V, 18 dicembre 1997, n. 1580 secondo cui « similmente alla revoca o alla pronuncia di decadenza, ha natura di *atto amministrativo autoritativo* anche la 'disdetta' che, sulla base dell'accordo accessivo alla concessione di un bene pubblico, l'amministrazione comunica al concessionario per impedire la rinnovazione automatica del rapporto, quando essa si basi sull'ormai prossima scadenza del rapporto e sulla *inopportunità* della rinnovazione » (enfasi aggiunta). In senso contrario, si veda, tuttavia, Cons. St., sez. V, 13 marzo 2000, n. 1327 secondo cui « la clausola convenzionale che prevede la rinnovazione tacita del rapporto e la possibilità della disdetta non presenta alcun tratto caratteristico dei provvedimenti amministrativi. Al contrario, la struttura, la funzione e gli effetti della clausola di disdetta afferente ad una convenzione costitutiva di una concessione di servizi corrispondono, senza apprezzabili differenze morfologiche, alla fisionomia tipica delle clausole dei comuni contratti di durata ».

(109) Il Consiglio di Stato, chiamato ad esprimersi in via consultiva sullo schema di una convenzione concessoria per l'esercizio del gioco lecito (Cons. St., sez. III, 13 novembre e 4 dicembre 2007, parere n. 3926), ha affermato che la clausola penale prevista in favore dell'Amministrazione dei Monopoli di Stato nella convenzione in caso di inadempienze e ritardi nell'esecuzione, lungi dal costituire una sanzione amministrativa pecuniaria, non può tuttavia considerarsi « assimilabile in toto alle clausole penali tipiche dei rapporti privatistici (...) ma assume solo una funzione coercitiva indiretta, essendo essa indipendente dalla sussistenza o meno di un danno effettivo, ed operando ogniquale volta si verifichi il dato obiettivo dell'inadempimento ».

tuale che attribuisce all'amministrazione la possibilità di irrogare una penale in caso di inadempimento del concessionario rimetterebbe l'esercizio di tale potere « alla potestà discrezionale dell'amministrazione concedente, e, indi, dell'esercizio di funzioni autoritative, non investenti l'area dei diritti soggettivi »; in tali ipotesi « la controversia radica specificamente la verifica di legittimità delle modalità con le quali detta potestà è stata esercitata » (110). In sostanza, ancorché dipendente dall'esistenza di un inadempimento il cui accertamento sarebbe governato — per espressa ammissione del giudice — dal diritto comune, il potere discrezionale sanzionatorio « precipiterebbe » sul rapporto convenzionale per garantire un miglior perseguimento dell'interesse pubblico (111). Mentre infatti lo scopo delle clausole penali civilistiche sarebbe « quello di liquidare preventivamente il danno e, contemporaneamente, avere un mezzo indiretto di coazione inteso ad assicurare l'adempimento dell'obbligazione », nell'ambito delle convenzioni concessorie la penale avrebbe « solo una funzione coercitiva indiretta, essendo essa indipendente dalla sussistenza o meno di un danno effettivo, ed operando ogniqualvolta si verifichi il dato obiettivo dell'inadempimento » (112). L'adozione delle penali, quindi — pur essendo espressione di un potere discrezionale — sarebbe comunque subordinata all'accertamento (e alla contestazione) di un addebito direttamente imputabile al concessionario e di un danno concretamente arrecato all'amministrazione (113).

(110) Così Tar Lazio, sez. II, 14 aprile, 2008, n. 3173.

(111) In questa prospettiva il giudice amministrativo (Cons. St., sez. IV, 20 maggio 2011, n. 3023) ha recentemente precisato che la disciplina delle penali sarebbe finalizzata a rendere « assai limitata la possibilità che il concessionario possa sottrarsi alle conseguenze contrattualmente previste » e che, quanto ai presupposti, l'amministrazione non possa ricorrere a tale strumento sanzionatorio « anche quando nessun addebito sia imputabile [al concessionario] per il mancato conseguimento del risultato previsto, ovvero perfino se sia stata l'Amministrazione stessa a non aver posto le premesse necessarie affinché il concessionario possa a sua volta successivamente adempiere ». E ciò « pur tenendo conto che nel nostro ordinamento l'onere della prova si distribuisce diversamente nella responsabilità contrattuale (art. 1218 c.c.) rispetto a quella extracontrattuale (art. 2043 c.c.) ».

(112) Così, ancora, Cons. St., sez. III, 13 novembre e 4 dicembre 2007, parere n. 3926.

(113) In questa prospettiva Cons. St., n. 3023/2011, cit., respinge la tesi sostenuta nella sentenza di primo grado appellata in base alla quale le clausole penali previste nella convenzione, non potendo essere assimilate interamente alle

E tuttavia, non appare convincente la ricostruzione di tali potestà in chiave autoritativa e discrezionale (114). Se la decadenza — tanto ricognitiva quanto dichiarativa — ha primariamente ad oggetto l'accertamento delle inadempienze del concessionario non vi è (e non vi deve essere) spazio per valutazioni discrezionali (115). Se anche la revoca viene talvolta « ancorata » dalla convenzione ad un ritardo nell'adempimento della prestazione (116), allora essa non condivide più nulla del potere pubblicistico autoritativo di cui all'art. 21 *quinquies* della l. n. 241/1990. E ancora, se non si può prescindere dalla prova dell'effettivo inadempimento e dalla dimostrazione del danno per porre in essere la penale si sta negando, in radice, l'esistenza di un potere pubblicistico in grado di alterare l'equilibrio del rapporto (117). Come è possibile conciliare nell'ambito di un unico rapporto convenzio-

clausole penali tipiche dei rapporti privatistici (« rappresentando solo una funzione coercitiva indiretta »), potrebbero trovare applicazione « indipendentemente dall'esistenza di un danno effettivo » e allorquando si verifichi solamente « il dato obiettivo dell'inadempimento ». Pertanto, la (sia pur) legittima previsione di strumenti sanzionatori in caso di inadempimento del concessionario non può consentire all'amministrazione di farne applicazione « anche quando nessun addebito sia ad esso imputabile per il mancato conseguimento del risultato previsto, ovvero perfino se sia stata l'Amministrazione stessa a non aver posto le premesse necessarie affinché il concessionario possa a sua volta successivamente adempiere ».

(114) Sul problema della natura giuridica e del regime applicabile agli atti dell'amministrazione che incidono sui rapporti negoziali, si veda G. GRECO, *I contratti della pubblica amministrazione tra diritto comune e diritto privato. I contratti ad evidenza pubblica*, Milano, 1986, p. 89 ss. che distingue i provvedimenti amministrativi dagli « atti amministrativi negoziali »: questi ultimi sono « atti a regime amministrativo, ad effetti civilistici e a contenuto negoziale » (p. 98). Sul punto anche F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento*, cit., spec. p. 20.

(115) Sulla distinzione tra valutazione discrezionale e accertamento tecnico rimane insuperabile l'insegnamento di M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939.

(116) Sul punto si veda Tar Sicilia, Catania, sez. IV, 6 luglio 2009, n. 1230 che, a fronte di un regolamento convenzionale che riconduce alla revoca profili concernenti l'esatto svolgimento del rapporto e il corretto adempimento dello stesso, giunge a ricostruire tale potestà come una vera e propria « clausola risolutiva espressa ».

(117) Da questo punto di vista, quindi, non vi è ragione per definire l'atto con cui si fa valere una penale o si accerta un inadempimento un atto amministrativo e richiamare le categorie classiche dell'eccesso di potere, nelle forme della ragionevolezza e della proporzionalità, se poi esso viene valutato alla stregua dei presupposti che governano la disciplina dell'adempimento contrattuale.

nale l'« applicazione piena ed integrale delle regole civilistiche in materia di imputabilità dell'inadempimento, di prova del danno cagionato e di congruità e proporzionalità della relativa penalizzazione » e l'esistenza di un potere discrezionale del soggetto pubblico (118)? Quest'ultimo, infatti, per definizione viene a negare la possibilità di un'applicazione del diritto comune, venendo ad alterare sensibilmente la certezza del sinallagma contrattuale. Dove vi è un potere pubblico non vi è diritto soggettivo (119). E, quindi, non vi può essere un giudizio fondato sui canoni dell'adempimento contrattuale (120).

5. *Servizio pubblico e strumenti contrattuali: il (falso) problema dell'« oggetto pubblico ».*

Molte delle perplessità e dei profili di incertezza che caratterizzano l'attuale regime giuridico delle concessioni di servizio pubblico appaiono connessi alla necessità di legittimare necessariamente l'esistenza di un regime speciale e autonomo rispetto a quello proprio dei contratti di diritto comune. Al di là del richiamo all'accordo amministrativo o alla figura della « concessione-contratto », le esigenze di « funzionalizzazione » dei rapporti concessori di pubblico servizio sembrerebbero imporre, di per sé, l'esistenza di un « regime esorbitante » e di « poteri eccezionali » in capo all'amministrazione, non riconducibili al terreno del diritto privato (121).

Il perno della ricostruzione « pubblicistica » del rapporto concessorio ruota attorno alla nozione di « servizio pubblico », cui invece non fa riferimento la normativa comunitaria in materia di

(118) Come sostenuto, invece, con riferimento alle penali da Cons. St., n. 3023/2011, cit.

(119) G. GUARINO, *Potere giuridico e diritto soggettivo*, Napoli, 1990. Sul punto anche A. ROMANO, *Amministrazione, principio di legalità e ordinamenti giuridici*, in *Dir. amm.*, 1999, p. 1 ss.

(120) Sul punto si tornerà, più dettagliatamente, nel par. 7.

(121) Appare chiaro il nesso tra esigenze di « funzionalizzazione » e regime esorbitante in E. BRUTI LIBERATI, *Le vicende del rapporto di concessione*, cit., p. 165, secondo cui le deroghe alla disciplina di diritto civile per la ricostruzione del rapporto concessorio, « sono ammissibili solo se richieste dal carattere funzionalizzato dell'agire amministrativo ovvero da specifiche esigenze di funzionalizzazione del rapporto ».

concessione di servizi (122). Da questo punto di vista è stato sottolineato che la concessione di servizi e la concessione di servizio pubblico si porrebbero tra loro in un rapporto di *genus ad speciem* che ricalcherebbe la distinzione comunitaria tra i servizi di cui all'art. 57 TFUE e i servizi di interesse economico generale di cui all'art. 106 TFUE (123). E così, mentre la concessione di pubblico servizio avrebbe ad oggetto solo la gestione di un servizio pubblico, la concessione di servizi riguarderebbe tutte le tipologie di servizi rivolti al pubblico (124).

E tuttavia, l'incidenza della concessione su di un « oggetto pubblico indisponibile », come è considerato il servizio pubblico, può dirsi veramente di ostacolo alla ricostruzione privatistica del regolamento che disciplina il rapporto concessorio? In primo

(122) Sulla trasformazione della nozione e sull'evoluzione della disciplina dei servizi pubblici, M. CLARICH, *Servizio pubblico e servizio universale: evoluzione normativa e profili ricostruttivi*, in *Dir. pubbl.*, 1998, p. 181 ss.; D. SORACE, *Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità*, in *Dir. pubbl.*, 1999, p. 371 ss.; N. RANGONE, *I servizi pubblici*, Bologna, 1999; F. SALVIA, *Il servizio pubblico: una particolare conformazione dell'impresa*, in *Dir. pubbl.*, 2000, p. 535 ss.; G. NAPOLITANO, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Padova, 2001; L.R. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, Padova, 2001; F. MERUSI, *La nuova disciplina dei servizi pubblici*, in *Annuario AIPDA 2001*, Milano, 2002, p. 63 ss.; G. CORSO, *La nuova disciplina dei servizi pubblici*, in *Riv. quad. serv. pubbl.*, 2002, n. 12, p. 9 ss.; G. CARTEL, *Il servizio universale*, Milano, 2002; E. SCOTTI, *Il pubblico servizio. Tra tradizione nazionale e prospettive europee*, Padova, 2003; G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, 2005. Sul concetto di servizio pubblico, anche con riferimento al dibattito sulla natura del titolo concessorio, si veda G. CAIA, *Funzione pubblica e servizio pubblico*, in L. MAZZAROLLI-G. PERICU-A. ROMANO-F.A. ROVERSI MONACO-F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, III ed., Bologna, 2001, vol. I, p. 923 ss.

(123) L. BERTONAZZI-R. VILLATA, *Servizi di interesse economico generale*, in M.P. CHITI-G. GRECO, *Trattato di diritto amministrativo europeo. Parte speciale*, cit., p. 1857, secondo cui « il rapporto tra concessione di servizi e concessione di pubblico servizio si atteggia pertanto a guisa di rapporto di *genus ad speciem*, giacché tutte le concessioni di pubblici servizi sono concessioni di servizi, mentre vi sono concessioni di servizi che non si traducono in concessioni di pubblici servizi, non avendo ad oggetto servizi di interesse generale rivolti alla collettività ». Sui servizi di interesse economico generale si veda l'approfondita ricostruzione di D. GALLO, *I servizi di interesse economico generale*, Milano, 2010.

(124) In questa prospettiva, C. SGUBIN, *La difficile applicazione del diritto comunitario agli istituti tra appalto e concessione*, in www.giustamm.it, 2009, n. 6. Sottolinea la centralità della differenziazione dell'oggetto nell'appalto di servizi rispetto alla concessione di servizi, R. VILLATA, *Pubblici servizi*, cit., p. 89.

luogo, occorre sottolineare che il fatto che l'oggetto sia pubblico di per sé non impedisce — come ci aveva insegnato la più autorevole dottrina — la ricostruzione del rapporto in termini contrattuali (125). Tale interpretazione appare viepiù confermata a seguito delle modifiche introdotte alla legge sul procedimento dalla l. n. 15/2005: la lettura dell'art. 1, comma 1-bis della l. n. 241/1990 mette in luce, innanzitutto, il definitivo superamento di qualsiasi incompatibilità astratta tra l'utilizzo dello strumento contrattuale e l'incidenza su un oggetto pubblico (126). Il regime di diritto pubblico è infatti giustificato (*rectius*: necessitato) soltanto nel caso in cui si debbano esercitare funzioni autoritative, per la loro intrinseca natura (attività di ordine e di repressione degli illeciti), ovvero per mancanza del necessario consenso dell'amministrato (come nel caso dell'espropriazione) (127). A partire da tale riferimento, risulta evidente che l'affidamento di un'attività di natura « materialmente » imprenditoriale per assicurare l'erogazione di un pubblico servizio trova il suo naturale terreno d'azione nel campo del diritto comune e, soprattutto, nell'accordo con il privato concessionario (128).

(125) Sul punto rimane insuperabile l'insegnamento di Giannini il quale, rigettando la categoria del « contratto di diritto pubblico », introduce la nozione di « contratti ad oggetto pubblico »: M.S. GIANNINI, *L'attività amministrativa*, cit., p. 87 ss. e, più di recente, Id., *Diritto amministrativo*, cit., vol. II, p. 426. E tuttavia anche nella teorica gianniniana veniva comunque recuperato un « momento di pubblicità » facendo riferimento ad un atto preliminare che rendesse disponibile l'oggetto.

(126) Secondo l'art. 1, comma 1-bis della l. n. 241/1990 « la pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente ». Su tale norma N. PAOLANTONIO, *Articolo 1, comma 1 bis. Principi generali dell'attività amministrativa*, in N. PAOLANTONIO-A. POLICE-A. ZITO, (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione*, Torino, 2005; F. TRIMARCHI BANFI, *L'art. 1, comma 1 bis della l. n. 241 del 1990*, in *Foro amm. - Cons. St.*, 2005, p. 947 ss.; D. DE PRETIS, *L'attività contrattuale della p.a. e l'articolo 1 « bis » della legge n. 241 del 1990: l'attività non autoritativa secondo le regole del diritto privato e il principio di specialità*, in F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *Tipicità e atipicità nei contratti pubblici*, Bologna, 2007.

(127) Sullo spazio che residua, in via necessaria al diritto pubblico, e sulle condizioni e i requisiti per preferire strumenti di diritto privato in via sostitutiva, si veda, da ultimo, V. CERULLI IRELLI, *Diritto privato dell'amministrazione pubblica*, cit., spec. p. 239 ss.

(128) Già A. DE VALLES, *I servizi pubblici*, in V.E. ORLANDO, (a cura di), *Primo Trattato completo di diritto amministrativo*, vol. VI, pt. 1, Milano, 1930, p. 613 ss. aveva evidenziato che determinate attività, aventi caratteristiche materiali perfetta-

A conferma di ciò basti considerare, innanzitutto, l'esistenza di numerosi servizi pubblici imprenditoriali che, soprattutto in ambito locale, sono oggetto di affidamento mediante contratti di appalto e a seguito di gara (129): la specificità dell'oggetto « servizio pubblico », quindi, non sembra incidere sulla natura giuridica dello strumento utilizzato dall'amministrazione (130).

Peraltro, sempre in ambito locale, la stessa distinzione tra appalto e concessione di servizio pubblico appare assai incerta e sempre meno fondata sulla particolare natura « finalistica » dell'attività oggetto di affidamento (131). Solo raramente, infatti, la giurisprudenza pone l'accento sugli specifici obblighi e responsabilità

mente simili ai servizi pubblici imputabili, direttamente o indirettamente, alla pubblica amministrazione erano poste in essere da privati e sottoposte ad una disciplina che non si fondava su un provvedimento di concessione: tali attività erano definite di « servizio pubblico improprio ». Sul punto si veda anche F. MERUSI, *Servizio pubblico*, in *Nss. D.I.*, XVII, Torino, 1970, p. 218.

(129) Si tratta anzi dell'ipotesi « privilegiata » dall'ordinamento italiano, soprattutto in un'ottica di limitazione delle forme di gestione dei servizi pubblici in « autoproduzione » attraverso il meccanismo dell'*in house providing*. Sulla riforma del regime di affidamento dei servizi pubblici locali G. DI GASPARE, *I servizi pubblici locali in trasformazione*, Padova, 2010; C. DE VINCENTI-A. VIGNERI, *I servizi pubblici locali tra riforma e referendum*, Rimini, 2011; con particolare riferimento agli effetti derivanti dall'abrogazione referendaria del 12/13 giugno 2011, sia consentito il rinvio a A. MOLITERNI, *L'Acqua, i servizi pubblici locali e lo strumento referendario*, in www.treccani.it, 2011.

(130) In questo senso B. GILIBERTI, *Le concessioni di pubblico servizio tra sistematiche nazionali e diritto comunitario*, in *Dir. amm.*, 2011, p. 186.

(131) In questa prospettiva si veda A. MASSERA, *Lo Stato che contratta e che si accorda*, cit., p. 75, il quale, nel rilevare l'avvicinamento della concessione (anche di servizio pubblico) alle tipologie contrattuali dell'azione amministrativa, sottolinea che « una volta passata in secondo piano la rilevanza del momento attinente alla peculiare *destinazione* della prestazione economica, anche l'elemento distintivo della concessione come modalità principale di affidamento di un'attività che è comunque di interesse pubblico all'impresa privata non poteva rimanere immutato ». E, ancora, « una volta che è prevalso l'indirizzo volto a non porre al centro della distinzione della disciplina dei rapporti in questione l'elemento *finalistico*, cioè la destinazione della prestazione in oggetto, e quindi per converso ad assimilare 'servizi pubblici' in quanto servizi 'per il pubblico' con 'servizi pubblici' in quanto servizi 'per l'amministrazione' (...), puntando piuttosto all'elemento economico-finanziario, la conseguenza è che la distinzione rilevante viene ad essere non tanto quella tra appalto di servizi (all'amministrazione) e concessione di servizi (al pubblico), quanto quella tra appalto di servizi (comunque) pubblici e concessione di servizi (comunque) pubblici, conformemente alla definizione contenuta per la prima volta nella dir. 2004/18 (art. 1, par. 3) » (p. 77).

del servizio in capo al concessionario di servizio pubblico (132). Sempre più spesso, invece, è dato risalto all'eventuale presenza di un corrispettivo a carico degli utenti, quale indice sintomatico dell'assunzione di un rischio di gestione da parte del concessionario. E così, il rapporto relativo a un servizio pubblico di raccolta e smaltimento di rifiuti a livello locale — che nessuno nega essere un'attività di servizio pubblico — è stato ricostruito come appalto di servizio pubblico, anche in ragione della mancanza di un corrispettivo a carico degli utenti (133). Allo stesso tempo, però, il criterio del corrispettivo non viene ritenuto indispensabile al fine di qualificare un rapporto in termini concessori laddove ci si trovi dinanzi ad un servizio erogato ad una « comunità indifferenziata di utenti »: è il caso del servizio di gestione, manutenzione e sorveglianza del patrimonio stradale (Grande viabilità) del Comune di Roma che il Consiglio di Stato ha ricostruito come rapporto concessorio di servizio pubblico (in luogo di un appalto di lavori) nonostante la prestazione fosse interamente finanziata dall'ente locale (134).

Né viene a incidere sul regime giuridico del rapporto il fatto che la prestazione oggetto di affidamento sia prestata alla collettività ovvero all'amministrazione (135). Tale profilo rileva, infatti,

(132) Si veda ad es. Cons. St., sez. V, 16 dicembre 2004, n. 8090 che, in ragione di ciò, ha qualificato in termini concessori il servizio pubblico di illuminazione stradale, dichiarando la giurisdizione amministrativa sulla controversia concernente la risoluzione del contratto da parte del Comune.

(133) Cass., S.U., ord. 22 agosto 2007, n. 17829 ove il contratto è qualificato come appalto e non come concessione di pubblico servizio, in ragione del fatto che non si era realizzata alcuna delega traslativa di poteri dal Comune al privato: quest'ultimo, peraltro, non poteva pretendere alcun prezzo dagli utenti per il servizio prestato.

(134) Cons. St., sez. V, 15 gennaio 2008, n. 36 secondo cui « l'elemento distintivo della concessione (ovvero l'assunzione del rischio di gestione) non resta escluso dalla circostanza che il costo del servizio non sia fatto gravare sugli utenti, in quanto questo elemento assume rilievo soltanto quando il servizio pubblico, per le sue caratteristiche oggettive è divisibile fra quanti, in concreto ne beneficiano direttamente (Cons. St., sez. V, 30 aprile 2002 n. 2294, citata nella Relazione del Comune alla Commissione europea) ».

(135) Generalmente proprio il profilo dell'eventuale insaturazione di un rapporto trilaterale a vantaggio degli utenti viene reputato decisivo al fine di individuare un rapporto concessorio. Sul punto si veda, *ex multis*, R. DE NICTOLIS, *Oggetto del contratto, procedure di scelta del contraente e selezione delle offerte*, in

(eventualmente) solo sul diverso contenuto della prestazione oggetto dell'obbligazione (136). Ma soprattutto tale criterio appare assai incerto, posto che — come si è visto — non è escluso che vi siano appalti di servizi pubblici rivolti sostanzialmente all'utenza (137), così come concessioni di servizio pubblico qualificate come tali dall'ente locale, ma che in realtà ben potrebbero essere configurate come appalti di servizi rivolti all'amministrazione (138). Esemplificativo, da questo punto di vista, è il caso dell'erogazione di una serie di prestazioni assistenziali riabilitative domiciliari — e quindi alla collettività — con compenso erogato dall'Azienda sanitaria per ciascuna prestazione, che il Consiglio di Stato, pur avendo qualificato come « espletamento di un servizio pubblico », ha ritenuto estraneo alla disciplina della concessione di servizi e ricondotto ad un contratto di diritto privato (139).

In definitiva, al di là delle diverse interpretazioni, se un'attività di servizio pubblico può essere erogata sulla base di contratti di diritto privato e, in particolare, secondo lo schema dell'appalto

Urb. app., 2006, n. 9, p. 1003, secondo cui la concessione di servizi si distinguerebbe dall'appalto di servizi in quanto il servizio sarebbe prestato a favore della collettività e non dell'amministrazione. E tuttavia, come è stato correttamente evidenziato in dottrina (F. MASTRAGOSTINO, *La concessione di servizi*, cit., p. 109), non è escluso che possa ricorrere la figura dell'appalto di servizi anche in presenza di servizi rivolti al pubblico, « allorché il rischio economico della gestione o la parte più significativa di esso resti a carico dell'amministrazione concedente ». Sul punto, si veda anche R. CARANTA, *I contratti pubblici*, cit., p. 178.

(136) Sul punto si vedano le considerazioni di A. MASSERA, *Lo Stato che contratta*, cit., p. 155, che con riferimento al rapporto concessorio, sottolinea che « la multipolarità propria dello spazio del mercato qui viene presa in diretta considerazione *ex ante* e *sub species* della relazione triangolare committente-imprenditori candidati alla gestione dell'opera o del servizio-utenti fruitori delle utilità rese dall'uno o dall'altro allo scopo di tipizzare la fattispecie, senza che ciò impedisca che questa a sua volta venga tendenzialmente assimilata alla bipolarità della relazione committente-appaltatore ».

(137) Come nel caso della gestione del servizio di raccolta e trasporto dei rifiuti solidi urbani (Cass., S.U., ord. 22 agosto 2007, n. 17829).

(138) Come nel caso del servizio di manutenzione del manto stradale cittadino (Cons. St., sez. V, 15 gennaio 2008, n. 36).

(139) E ciò in ragione del fatto che « nella fattispecie in parola la remunerazione delle prestazioni assistenziali riabilitative domiciliari di cui trattasi consiste in un compenso da erogare da parte dell'Azienda sanitaria per ciascuna prestazione »: così Cons. St., sez. V, 19 marzo 2009, n. 1623.

pubblico (140), non vi sono ostacoli teorici a qualificare anche lo strumento concessorio di affidamento di un servizio pubblico in termini contrattuali (141). La concessione di servizio pubblico, quindi, potrebbe essere ricostruita come quello strumento contrattuale che consente all'amministrazione di affidare la gestione di un servizio pubblico trasferendo sul privato l'alea e la responsabilità connessa all'esercizio di tale attività. La differenza con l'appalto, quindi, andrebbe ritrovata principalmente sul piano della diversa forma di remunerazione del privato concessionario e non tanto sulla natura del rapporto instaurato o sul trasferimento di poteri o compiti pubblicistici (142).

Tale argomento risulta avvalorato anche da un'altra considerazione. Rispetto ai pubblici servizi, il problema dell' « oggetto pubblico » si è venuto spesso ad intrecciare (e confondere) con la problematica della « riserva d'attività » in capo ai pubblici poteri e, soprattutto, con una nozione « soggettiva » di pubblico servizio (143). Nei suoi *Principii di diritto amministrativo italiano*, Santi Romano afferma che il diritto all'esercizio del servizio pubblico « non spetta che agli enti pubblici », mentre spetta « ai privati solo quando quest'ultimi gliel'abbiano conferito »; e tale

(140) Come chiaramente riconosciuto dalla giurisprudenza: si veda Cass., S.U., ord. 22 agosto 2007, n. 17829 ove si parla espressamente di « un contratto di appalto di pubblici servizi ».

(141) Come già sottolineato da autorevole dottrina, non è escluso che in materia di servizi pubblici si possa realizzare un assetto di rapporti analogo, quanto all'oggetto, a quello proprio del contratto di appalto: sul punto U. POTOTSCHNIG, *Concessione e appalto nell'esercizio dei pubblici servizi*, in *Ius*, 1953, p. 393 ss.

(142) In questo senso, chiaramente A. MASSERA, *Lo Stato che contratta*, cit., p. 79, secondo cui l'assimilazione tra prestazioni di servizi e prestazioni di servizio al pubblico, facendo venir meno la prospettiva « finalistica », fa emergere una differenziazione soprattutto nel profilo della « triangolarità delle relazioni intraprese » che diviene una componente strutturale delle seconde: e tuttavia tale profilo viene principalmente ad incidere sulla presenza di un rischio di gestione del servizio che è trasferito « 'a carico completo o pressoché completo' sull'operatore economico, come connotato tipizzante la concessione rispetto all'appalto, pur nella comune attrazione nell'area della contrattualità pubblica e sotto la copertura dei medesimi principi ».

(143) Su cui F. MERUSI, *Servizio pubblico*, cit., p. 219 ss. che sottolinea la centralità del momento dell'« assunzione » di una determinata attività da parte dell'ente pubblico e, conseguentemente, della mutevolezza della nozione in relazione alle diverse fasi della coscienza pubblica.

conferimento non può che avvenire mediante una concessione (144). E anche più di recente, le ricostruzioni che hanno accolto una concezione pubblicistica dell'istituto concessorio continuano ad evidenziare il profilo del « trasferimento temporaneo di compiti *riservati* all'amministrazione » e l'incidenza su « attività sottratte alla comune circolazione giuridica » (145).

E tuttavia, il superamento della tradizionale concezione soggettiva di servizio pubblico — dapprima a seguito dell'entrata in vigore degli artt. 41 e 43 della Costituzione (146) e poi in virtù del processo di integrazione comunitaria e di liberalizzazione dei mercati (147) — ha contribuito a far venire meno quel nesso inscindibile tra servizio pubblico, inteso come attività propriamente pubblica, e concessione di servizio pubblico, intesa quale strumento di delegazione di tale attività: nei mercati liberalizzati gli strumenti concessori tradizionali sono stati sostituiti da strumenti autorizzatori a basso contenuto di discrezionalità (148).

In questo contesto, il superamento dell'« equazione » tra servizio pubblico e attività riservata (149) e, soprattutto, la più netta separazione dell'attività di erogazione del servizio dalla funzione di indirizzo, controllo e regolazione dello stesso — sulla base

(144) COSÌ S. ROMANO, *Principii di diritto amministrativo italiano*, II ed., Milano, 1906, p. 180.

(145) COSÌ G. GRECO, *Le concessioni di pubblici servizi*, cit., p. 384; nello stesso senso, G. FALCON, *Convenzioni e accordi amministrativi*, in *Enc. giur.*, cit., p. 3 e, più di recente, F. FRACCHIA, *Concessione amministrativa*, cit., p. 257 ss.

(146) Il riferimento è a M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1950, p. 171 ss. e poi, più compiutamente, a U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, Padova, 1964, i quali traggono spunto dal dettato costituzionale per evidenziare che il servizio pubblico si caratterizzerebbe per il fatto che una determinata attività economica sia sottoposta ai programmi e ai controlli di cui all'art. 41, comma 3 Cost. e, soprattutto, che lo stesso preesiste all'eventuale pubblicizzazione e rimane tale anche in caso di affidamento della gestione ai privati. Sul punto M. D'ALBERTI, *Lezioni di diritto amministrativo*, cit., p. 136-137 il quale evidenzia che la concezione oggettiva ha trovato « alimento » in Italia sulla base dell'art. 43 Cost.

(147) Sui processi di liberalizzazione nel settore dei servizi pubblici, S. CASSESE (cura di), *La nuova costituzione economica*, Roma-Bari, 2011; M. D'ALBERTI, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, cit.

(148) Sul punto N. RANGONE, *I servizi pubblici*, cit., p. 265 ss.; F. FRACCHIA, *Concessione amministrativa*, cit., p. 263.

(149) Evidenziato chiaramente da N. RANGONE, *I servizi pubblici*, cit., p. 228 ss.

dell'esperienza anglosassone delle *public utilities* (150) — hanno condotto ad una trasformazione della nozione di pubblico servizio in chiave « funzionale » e « oggettiva » (151): il servizio pubblico si viene infatti oramai a connotare per un insieme di prestazioni di natura privata, organizzate dai pubblici poteri, sottoposte ad un determinato statuto giuridico e indirizzate ad una comunità più o meno ampia di utenti (152). Ma la produzione dei servizi è di per sé un'attività economica che deve essere svolta secondo le leggi dell'impresa e in regime di concorrenza (153). Pertanto, lo strumento concessorio unilaterale « ad oggetto pubblico » potrebbe continuarsi a giustificare solo nell'ambito di attività effettivamente riservate allo Stato ai sensi dell'art. 43 della Costituzione (154).

(150) Su cui T. PROSSER, *Public Service Law: Privatization's Unexpected Offspring*, in *Law and Contemporary Problems*, 2000, p. 63 ss.

(151) Sulla ricostruzione della nozione di servizio pubblico in chiave oggettiva, si veda, da ultimo, Cons. St., sez. VI, 19 giugno 2012, n. 4870 secondo cui la nozione di servizio pubblico è connaturata alla presenza di una « previsione legislativa che, alternativamente, ne preveda l'istituzione e l'organizzazione all'Amministrazione », al di là della natura giuridica del soggetto gestore. Oltre alla natura pubblica delle regole è altresì necessario che le utilità derivanti dall'esercizio dell'attività « siano dirette a vantaggio di una collettività, più o meno ampia, di utenti (in caso di servizi indivisibili) o comunque di terzi beneficiari (in caso di servizi indivisibili) ».

(152) Anzi, come è stato evidenziato in dottrina, nella maggior parte dei casi i servizi pubblici non sono altro che attività private, talvolta svolte anche in regime di concorrenza, soggette tuttavia a regole e a obblighi speciali: G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, cit., p. 147. Peraltro, a conferma del fatto che si possa considerare servizio pubblico anche un'attività privata svolta in regime di concorrenza, la direttiva servizi (dir. 2006/123/CE) non esclude che anche i servizi di interesse economico generale siano soggetti alla normativa in materia di libertà di stabilimento come gli altri servizi privati: come è stato infatti evidenziato la direttiva servizi si applica formalmente anche ai SIEG, non essendo stata accolta l'ipotesi di una « deroga generale sulla politica sociale » (così, D. GALLO, *I servizi di interesse economico*, cit., p. 441).

(153) Così D. SORACE, *Servizi pubblici e servizi (economici)*, cit., p. 407.

(154) Sul punto M. D'ALBERTI (a cura di), *Concessioni e concorrenza*, Roma, 1998, p. 162 il quale mette in luce il fatto che la grande diffusione di concessioni, non solo per attività riservate ma anche per attività libere nel nostro ordinamento, appare del tutto inaccettabile; viene sottolineato che « le ragioni dell'universalità del servizio e l'argomento fondato sui controlli a fini sociali previsti dall'art. 41 Cost. non valgono a giustificare l'impiego della concessione amministrativa »; e ancora, « solo la riserva giustifica la concessione », mentre in tutti gli altri settori le concessioni andrebbero sostituite con « strumenti di diritto comune ». Sull'art. 43 Cost., si veda

Ma in assenza di una situazione di monopolio non v'è ragione di « concedere » lo svolgimento di un'attività economica imprenditoriale, poiché essa trova già riconoscimento nell'art. 41 Cost (155). E anche nel caso in cui sia necessario attribuire una situazione di vantaggio o un'esclusiva (parziale o totale) all'impresa a fronte delle difficoltà strutturali che impediscono lo sviluppo di un mercato realmente competitivo — come si verifica in ambito locale (156) — appare sufficiente ricreare una condizione di concorrenza « per il mercato » (157), lasciando poi che sia uno strumento negoziale a regolare le vicende e le obbligazioni che dovranno sorgere tra l'amministrazione e il privato.

In definitiva, poiché ciò che assume rilievo nel servizio pubblico è soprattutto l'imposizione in capo al soggetto gestore di obblighi di servizio pubblico, ossia di obblighi di trasparenza, non discriminazione, economicità, regolarità e continuità nell'erogazione (158), tali obiettivi possono (e devono) essere assicurati mediante strumenti negoziali e in via consensuale (159). L'aspetto

in particolare S. CASSESE, *Legge di riserva e articolo 43 della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1960, p. 1344 ss. e F. GALGANO-S. RODOTÀ, *Rapporti economici (art. 41-44)*, in *Commentario alla Costituzione a cura di G. Branca*, Bologna, 1982.

(155) In questo senso, R. CAVALLO PERIN, *Riflessione sull'oggetto e sugli effetti giuridici della concessione di pubblico servizio*, cit., p. 115, il quale, tuttavia, giunge comunque ad affermare che con l'atto di concessione si viene a realizzare « l'effetto traslativo della posizione economica e giuridica della pubblica amministrazione con riferimento ad un determinato servizio pubblico (sostituzione) ». Sul punto si veda anche F. MERUSI, *Servizio pubblico*, cit., p. 221, il quale sottolinea che nella concessione di servizio pubblico « il servizio altro non sarebbe che un'attività economica 'programmata' attraverso una particolare disciplina amministrativa (...), fondata sull'art. 41, co. 3 Cost. ». Nello stesso senso F. TRIMARCHI BANFI, *Organizzazione economica ad iniziativa privata e organizzazione economica ad iniziativa riservata negli artt. 41 e 43 della Costituzione*, in *Pol. dir.*, 1992, p. 3 ss. che sottolinea il riconoscimento, in via generale e astratta, in capo a tutti i soggetti della libertà di iniziativa economica privata di cui all'art. 41 Cost.

(156) In questo senso F. MERUSI, *La nuova disciplina dei servizi pubblici*, cit., p. 73 ss. Sul tema, da ultimo, G. FONDERICO, *Il comune regolatore. Le private e i diritti esclusivi nei servizi pubblici locali*, Pisa, 2012.

(157) E ciò in virtù dello stesso art. 3 della direttiva 2004/18/CE che impone agli Stati membri il rispetto del principio di non discriminazione in caso di conferimento di « diritti speciali o esclusivi di esercitare un'attività di servizio pubblico »

(158) Su cui, da ultimo, M. D'ALBERTI, *Lezioni di diritto amministrativo*, cit., p. 132, anche per il riferimento alla genesi del concetto di *service public*.

(159) Così D. SORACE, *Servizi pubblici e servizi (economici)*, cit., p. 413.

di *doverosità* (160) nell'erogazione del servizio è comunque il frutto della spontanea accettazione da parte del privato e, quindi, trova *naturalmente* la propria fonte di legittimazione in un atto paritetico.

Tutti questi elementi conducono, quindi, ad un ridimensionamento della « mitologia » della necessaria natura pubblicistica del rapporto basata sull'idea del conferimento al privato di « utilità pubblicistiche » rientranti nella sola disponibilità dell'amministrazione (161). Non è l'attività di erogazione del servizio a rientrare nell'esclusiva disponibilità dell'amministrazione; necessariamente pubblica è l'attività di regolazione di tale attività a presidio del corretto assolvimento degli obblighi di servizio pubblico (162); ma il rapporto di regolazione e di vigilanza sul servizio pubblico può ben trovare (e nella prassi trova) la propria fonte costitutiva nell'atto convenzionale e, quindi, nel libero consenso manifestato tra le parti (163). Al diritto pubblico, invece, è principalmente (e

(160) Sulla doverosità come caratteristica distintiva del servizio pubblico rispetto agli altri servizi, A. ROMANO, *Profili della concessione di pubblici servizi*, cit., p. 478.

(161) Aspetto che, più di ogni altro, ha tradizionalmente giustificato una ricostruzione teorica alternativa a quella contrattuale, stante l'assunto dell'incomerciabilità e della non negoziabilità dell'oggetto pubblico: sul punto F. CAMMEO, *Le concessioni per l'illuminazione pubblica*, cit., p. 473 ss.; S. ROMANO, *Principii di diritto amministrativo italiano*, cit., p. 180; G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo, Principi generali*, I, Milano, 1948, p. 223; F. LEDDA, *Il problema del contratto*, cit., p. 123 ss.

(162) Sul concetto di regolazione A. OGUS, *Regulation. Legal Form and Economic Theory*, Oxford, 1994; T. DAINTITH, *Regulation*, in *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. XVII, *State and Economy*, Tübingen, 1997; G. TESAURO-M. D'ALBERTI (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, Bologna, 2001; B. DU MARAIS, *Droit Public de la Régulation économique*, Paris, 2004; M. D'ALBERTI, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, cit.; R. BALDWIN-M. CAVE, *Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice*, II ed., Oxford, 2011. In particolare sulla regolazione dei servizi pubblici, si veda anche E. BRUTI LIBERATI-F. DONATI (a cura di), *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Torino, 2010; L. DE LUCIA, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, Torino, 2003.

(163) A conferma di ciò, sovente si rinviengono nel dispositivo della convenzione previsioni che esplicitamente affermano (o danno atto del fatto) che il rapporto sia stato *costituito* « dalla convenzione » stessa. Sulla presenza all'interno del regolamento convenzionale o nel capitolato di una vera e propria « clausola concessoria » mediante cui l'amministrazione conferisce l'utilità al privato, a prescindere da un atto unilaterale, si veda M. D'ALBERTI, *Le concessioni*, cit., spec. p. 294.

necessariamente) demandata una *funzione* di organizzazione « a monte » del servizio e di « evidenza pubblica » per la scelta del soggetto privato.

6. *Diritto privato speciale e pubblico interesse nell'esecuzione del rapporto concessorio di pubblico servizio.*

La particolare « natura » o « valenza » pubblica dell'attività oggetto di conferimento nelle concessioni di pubblico servizio, non appare quindi in grado di imporre *ex se* un regime giuridico pubblicistico per la regolazione del rapporto: soprattutto nell'ambito dei servizi pubblici imprenditoriali, l'*utilità* concretamente trasferita al privato non risulta infatti dissimile rispetto a quella conferita ad un normale appaltatore dell'amministrazione.

È chiaro, tuttavia, che sussiste una differenza tra il regime che si costituisce a seguito di un appalto e quello che consegue all'affidamento di una concessione di pubblico servizio: ma essa non si rinviene nella particolare natura dell'atto di conferimento, quanto piuttosto nel diverso contenuto degli obblighi cui è astretto il concessionario di pubblico servizio. A differenza degli appalti pubblici di lavori o di servizi, infatti, nell'ambito dei servizi pubblici la titolarità del servizio — intesa come compito *politico* di assicurare la fruizione alla collettività del servizio — rimane in capo all'ente pubblico anche nella fase esecutiva del rapporto.

Proprio l'immanenza di rilevanti interessi pubblici sulle attività oggetto di affidamento è stata la ragione che ha da sempre legittimato un « rafforzamento » degli strumenti pubblicistici per la tutela del corretto svolgimento del rapporto nella fase esecutiva dello stesso. Il *pubblico interesse* — dovendo essere perseguito anche dopo la costituzione del rapporto — imporrebbe la *previsione di poteri pubblicistici in fase di controllo*, cui si fronteggiano situazioni di interesse legittimo, conoscibili dal giudice amministrativo (164). Si tratta di poteri funzionali a due esigenze impre-

(164) La tematica è stata tradizionalmente legata all'« immanenza » del pubblico interesse anche nella fase di svolgimento dell'attività oggetto di concessione, secondo lo schema « potere pubblicistico discrezionale/interesse pubblico » cui corrisponderebbe il binomio « giudice amministrativo/interesse legittimo ». Proprio le esigenze di controllo sull'esercizio del servizio pubblico o sulla gestione del bene pubblico, richiedendo la previsione di poteri speciali dell'amministrazione, impedi-

scindibili a tutela dell'interesse pubblico: da un lato, la garanzia di un controllo pervasivo del concessionario sulla corretta esecuzione del rapporto; dall'altro, la possibilità per la parte pubblica di sciogliersi anticipatamente dallo stesso per motivi di pubblico interesse (165). Significativo, da questo punto di vista, è che anche la dottrina che ha ricostruito la concessione in termini contrattuali non ha affatto escluso lo spazio per una revoca che « precipiterebbe » sul rapporto contrattuale come « *factum principis* » (166).

Secondo gli orientamenti dominanti, quindi, il principio della necessaria « funzionalizzazione » del rapporto concessorio (anche rispetto alla fase esecutiva) imporrebbe la presenza di poteri e presidi pubblicistici « esterni » ed « esorbitanti » rispetto al regolamento convenzionale al fine di assicurare il miglior perseguimento del pubblico interesse (167). Ed è stata proprio la previ-

rebbero di ascrivere le convenzioni a logiche schiettamente privatistiche: cfr. G. GRECO, *La concessione di pubblici servizi*, cit., p. 394 che ricostruisce la concessione come contratto di diritto pubblico dal momento che i poteri unilaterali dell'amministrazione prescindono dalla previsione contrattuale espressa.

(165) Tradizionalmente le ricostruzioni unilaterali o pan-pubblicistiche, a partire da Ranelletti, sono state spinte dalla necessità di legittimare alcune prerogative o potestà « eccezionali » di carattere pubblicistico in capo all'amministrazione a tutela dell'interesse pubblico: sul potere di revoca della concessione, C. VITTA, *La revoca della concessione di pubblici servizi*, in *Foro it.*, 1953, IV, 193 ss. Come è stato evidenziato in dottrina (M. D'ALBERTI, *Concessioni amministrative*, in *Enc. giur.*, cit., p. 11), da sempre la ricostruzione pubblicistica dello strumento concessorio è stata funzionale al riconoscimento di un potere pubblicistico di revoca incidente sul rapporto. Anche G. PERICU, *La concessione*, cit., p. 84 ss., individua nella revoca l'istituto « chiave » per la ricostruzione della natura del rapporto. Sul punto anche G. GRECO, *La concessione*, cit., p. 394.

(166) Così M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, cit., p. 354 il quale dopo aver costruito in chiave contrattuale l'istituto concessorio, rigettando la costruzione della concessione-contratto, non esclude lo spazio per una « clausola implicita di revocabilità », ovvero per un provvedimento unilaterale incidente sul rapporto: in particolare secondo l'A. « si potrebbe altrimenti tentare di configurare il provvedimento di revoca come '*factum principis*', non imputabile all'amministrazione come parte contraente, poiché espressione di poteri estranei a quelli negoziali, ma riferibile all'amministrazione come autorità e dunque rilevante, nei confronti del rapporto contrattuale, non come atto ma come fatto esterno, produttivo di una automatica rottura funzionale del vincolo sinallagmatico ».

(167) Il problema della « funzionalizzazione » è al centro dei più recenti contributi che si sono occupati del tema della contrattualità dell'azione amministrativa: M. DUGATO, *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per con-*

sione di tali poteri, più che l'esistenza di un oggetto pubblico, a rappresentare il principale ostacolo ad una ricostruzione privatistica del rapporto concessorio (168). Orbene, posto che le ragioni sottese all'esercizio di tali poteri non appaiono rinunciabili, è davvero necessario ricorrere alle categorie del pubblico potere, della discrezionalità amministrativa e dell'eccesso di potere per assicurare le legittime esigenze di controllo della rispondenza di un'attività imprenditoriale ad uno statuto legale convenzionalmente determinato?

Da questo punto di vista, è lo stesso riferimento al principio della necessaria « funzionalizzazione » del rapporto ad apparire fuorviante. Come ha evidenziato attenta dottrina (169) occorre distinguere il concetto di « funzionalità » da quello di « funzionalizzazione » (170). In virtù di quest'ultimo, infatti, l'interesse pubblico contribuisce non solo a limitare qualsiasi attività dei pubblici poteri, ma anche a condizionare « tutto quanto viene a contatto

tratti, Milano, 1996; E. BRUTI LIBERATI, *Consenso e funzione*, cit.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Contributo allo studio del principio contrattuale*, cit.; A. BENEDETTI, *I contratti della pubblica amministrazione tra specialità e diritto comune*, Torino, 1999; S. VINTI, *Limiti funzionali all'autonomia negoziale della pubblica amministrazione nell'appalto di opere pubbliche*, Padova, 2008.

(168) Sul punto M. RAMAJOLI, *Orientamenti giurisprudenziali in materia di rapporto concessorio*, in A. ROMANO-G. PERICU-F. ROVERSI MONACO (a cura di), *La concessione di servizio pubblico*, cit., p. 357 ss. sottolinea la centralità del problema dei poteri in fase di controllo nella ricostruzione della concessioni.

(169) C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1982, p. 133 ss.; e più di recente, C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela*, Milano, 2008, p. 178 ss.

(170) Sulla nozione di « funzione » nel diritto amministrativo rimane fondamentale F. BENVENUTI, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, I, p. 1 ss. (ora in *Scritti giuridici*, II, p. 991 ss. e poi pubblicata in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, p. 118 ss). La nozione venne poi affinata negli scritti successivi di Benvenuti: in particolare, in *Semantica di funzione*, in *Jus*, 1985, 1, p. 3 ss. (ora in *Scritti giuridici*, V, p. 3875 ss.) e in *Funzione (teoria generale)*, in *Enc. giur.*, XIV, Roma, 1988, p. 1 ss. (ora in *Scritti giuridici*, V, p. 4081 ss.). Sulla necessaria funzionalità dell'azione amministrativa A. ROMANO, *Introduzione*, in L. MAZZAROLLI-G. PERICU-A. ROMANO-F.A. ROVERSI MONACO-F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, cit., vol. I, p. 59 secondo cui l'ordinamento impone alla p.a. « la necessaria funzionalità del suo essere e del suo agire; che è anche matrice di quei suoi doveri che trovano espressione nei riferimenti alla sua imparzialità e al suo buon andamento ».

con l'amministrazione che lo impersona » (171). Al contrario, la funzionalità dell'azione amministrativa « non rende automaticamente funzionalizzata qualsiasi espressione della medesima »; e proprio l'attività di diritto privato della p.a. si può ben atteggiare come « funzionale (in quanto sottoposta al principio di legalità indirizzo) » senza per questo divenire « funzionalizzata » (172).

Ma soprattutto, nell'ambito dell'esecuzione dei rapporti convenzionali dell'amministrazione emerge non tanto un problema di *interesse pubblico*, quanto, piuttosto, un problema di interesse della *parte pubblica* (173): per le controversie che riguardano l'inadempimento degli impegni assunti con riferimento a rapporti di durata è, infatti, irrilevante la categoria dell'interesse pubblico, posto che l'assetto degli interessi dovrebbe essere oramai definito e non più disponibile alle parti (174). Ciò che quindi diviene necessario è che vengano attentamente regolate le concrete modalità di esercizio del servizio, assunto come « pubblico », dall'ente politico. Ma una volta individuato il miglior contraente, non vi sono ostacoli ad una regolamentazione contrattuale del rapporto. Peraltro, è stato sottolineato che il problema della funzione, intesa come « cura di interessi alieni » non appare caratterizzare solamente il campo del diritto pubblico: anche il diritto privato, infatti, prevede strumenti, nozioni e ricostruzioni dogmatiche che consentono ad alcuni soggetti di esercitare funzioni nell'interesse di terzi e al giudice di controllarne il corretto esercizio in aderenza allo scopo normativamente individuato (175). Il problema della

(171) Così C. CUDIA, *Funzione amministrativa*, cit., p. 179 e s. secondo la quale le teoriche che ritengono che la « funzionalizzazione » rappresenti il « significato profondo dell'amministrazione » giungono a ritenere che tale connotato condizioni l'« attività amministrativa, che sia di tipo pubblicistico o privatistico, che si svolga mediante atti giuridici o anche mediante comportamenti di fatto, in tal modo diversificando radicalmente la p.a. dai soggetti privati ».

(172) Così ancora C. CUDIA, *ult. op. cit.*, p. 184 che riprende la tesi di C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, cit., sul carattere necessariamente funzionale di tutta l'attività della p.a.

(173) F. LEDDA, *Il problema del contratto*, cit., p. 112 ss. In una prospettiva non dissimile anche C. MARZUOLI, *Principio di legalità*, cit., p. 135.

(174) Così, G. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche*, cit., p. 216.

(175) In questo senso B.G. MATTARELLA, *L'imperatività*, cit., p. 425, il quale evidenzia che l'unica differenza tra funzioni pubbliche e funzioni private risiederebbe nel fatto che le prime non sono svolte nell'interesse di singoli individui, ma bensì

« funzionalizzazione » o del « vincolo di scopo », quindi, non appare di per sé decisivo per connotare in un determinato senso il regime e la struttura di un rapporto giuridico: e ciò considerato anche che il principio di legalità in chiave sostanziale, inteso appunto come « vincolo di scopo », ben può risultare compatibile anche con l'attività di diritto privato (176).

Ma al di là di tali considerazioni, proprio l'analisi del reale atteggiarsi dei rapporti giuridici concessori evidenzia come la maggior parte delle motivazioni, nonché dei presupposti che legittimano l'esercizio dei poteri unilaterali della p.a. nella fase esecutiva, concernono principalmente, anche se non esclusivamente, il rispetto delle obbligazioni pattuite dal concessionario e risultanti dal regolamento contrattuale. Centrale non è quindi la ponderazione dell'interesse pubblico primario o secondario che fronteggia interessi privati, bensì l'accertamento delle inadempienze dinanzi alle quali emergono solo diritti e obblighi reciproci.

In questa prospettiva appare, quindi, inopportuno il richiamo alle categorie dell'autotutela se il principale interesse della p.a. è

di una collettività. Sul punto si veda anche la ricostruzione di A. PIOGGIA, *Giudice e funzione amministrativa. Giudice ordinario e potere privato dell'amministrazione datore di lavoro*, Milano, 2004 la quale, con riferimento al sindacato del giudice ordinario sul potere datoriale privatistico dell'amministrazione, mette in luce che la nozione di attività e di controllo sul potere unilaterale non sono propri solo del diritto pubblico. Sul punto, da ultimo, G. SIGISMONDI, *Eccesso di potere e clausole generali. Modelli di sindacato sul potere pubblico e sui poteri privati a confronto*, Napoli, 2012 il quale evidenzia la possibilità di individuare tratti comuni tra modelli di sindacato sul potere pubblico e sui poteri privati.

(176) In questo senso C. MARZUOLI, *Principio di legalità*, cit., p. 142 ss. secondo cui « l'attività dell'amministrazione è funzionale solo perché rivolta al perseguimento di un interesse (non dell'amministrazione ma) del pubblico e a prescindere dall'esistenza in ordine all'attività di qualsiasi profilo di autorità ». Secondo l'A. l'interesse pubblico non entra nella struttura del contratto ma rimane esterno e predeterminato dall'ordinamento; il vincolo di scopo, invece, inteso non come interesse pubblico, né come motivo dell'atto, ma come un « aspetto del principio di legalità indirizzo » (p. 150) vale anche per l'attività di diritto privato della p.a. e impone all'amministrazione di perseguire scopi predeterminati e « obiettivati in una regola » (p. 185). La violazione di tale vincolo può condurre alla nullità dell'atto per violazione di norme imperative ai sensi dell'art. 1418, comma 1 c.c. (p. 186). Sul punto si veda anche M. DUGATO, *Atipicità e funzionalizzazione*, cit., secondo cui i fini da perseguire per la p.a. « non cambiano indipendentemente dagli strumenti adottati per la loro realizzazione » (p. 19) e che giunge ad ammettere la nullità del contratto dell'amministrazione per violazione del vincolo scopo (p. 58 ss.).

alla legittimità del comportamento del concessionario da un punto di vista della correttezza e della buona fede contrattuale (177). Come sottolineato già da autorevole dottrina, infatti, dovrebbe essere escluso lo spazio per una legittimazione generale del potere pubblicistico di autotutela della p.a. incidente sul rapporto concessorio (178). Tale argomentazione appare viepiù avvalorata dalla necessità di preservare la stabilità dei rapporti economici, anche a tutela del principio di concorrenza. Nella prassi, peraltro, siamo dinanzi ad un potere di revoca anomalo che, lungi dal trovare diretta legittimazione nella previsione generale di cui all'art. 21 *quinquies* della l. n. 241/1990 come per qualsiasi atto amministrativo, è solitamente previsto dalla legge istitutiva del regime concessorio, ovvero dallo stesso regolamento convenzionale e che sempre più difficilmente appare distinguibile dalla decadenza.

Un potere generale di revoca discrezionale nel perseguimento del pubblico interesse, sganciato dall'effettivo inadempimento contrattuale e configurabile come vero *ius poenitendi* (179), si dovrebbe oggi ammettere negli stessi limiti con cui è possibile, per l'amministrazione, revocare un'aggiudicazione, un bando di gara, ovvero mettere in discussione la stessa scelta organizzatoria fatta « a monte » di ricorrere al mercato per l'erogazione di un determinato servizio (180): solo rispetto a tale ipotesi troverebbe ap-

(177) Si veda in tal senso Cons. St., sez. V, 15 novembre 2010, n. 8040.

(178) In questa direzione, nell'ambito di una ricostruzione della concessione in chiave non autoritativa, ancorché provvedimentale, appare significativo quando sostenuto già da D. SORACE-C. MARZUOLI, *Concessioni amministrative*, cit., spec. p. 293 ss.: in tale contributo si esclude la possibilità di riconoscere un potere generale di revoca, non solo dinanzi a contratti di diritto pubblico, ma più in generale rispetto a manifestazioni unilaterali dell'azione amministrativa. La revoca deve necessariamente essere prevista solo da leggi speciali o di settore, mentre le parti possono prevedere una facoltà di recesso unilaterale dal rapporto così come nei rapporti di durata.

(179) M.S. GIANNINI, *L'attività amministrativa*, cit., p. 91.

(180) Su tali profili già F. GULLO, *Provvedimento e contratto nelle concessioni amministrative*, cit., *passim*. In giurisprudenza, si veda ancora Tar Sardegna, Cagliari, sez. I, 6 febbraio 2008, che fa rientrare nella giurisdizione del giudice amministrativo la controversia avente ad oggetto il provvedimento di revoca dell'originaria concessione di un pubblico servizio (con conseguente recesso dalla convenzione), disposto dall'Ente locale sulla base della « necessità di adottare una nuova forma di gestione del servizio di raccolta e trasporto dei rifiuti, ritenuta più rispondente all'interesse

plicazione, anche sotto il profilo indennitario, l'art. 21 *quinquies* (181). In questa prospettiva, quindi, neanche il richiamo all'art. 11 può legittimare un'applicazione generalizzata — e in via analogica — del « recesso per sopravvenuti motivi di pubblico interesse »: tale potere pubblicistico, infatti, deve essere limitato alle ipotesi che condividono precisamente la *ratio* e il regime dell'art. 11, secondo un'interpretazione restrittiva e aderente al dettato normativo. E cioè in quei casi in cui l'amministrazione, nell'ambito di un procedimento amministrativo, ha deciso spontaneamente, o aderendo a un'istanza del privato, di rinunciare all'esercizio di un potere *originariamente* di natura discrezionale, per « scendere » a patti con l'amministrato. Solo rispetto a tale ipotesi si giustifica la possibilità di una « riespansione » delle vicende del potere (182).

Ma al di fuori di tali ipotesi, un potere di scioglimento unilaterale dal rapporto convenzionale dovrebbe necessariamente essere previsto dal legislatore (come nel caso delle concessioni di lavori pubblici), ovvero dal regolamento convenzionale, e costruito come clausola risolutiva espressa (183); ma soprattutto esso

pubblico, attraverso l'implementazione del servizio di raccolta differenziata e la rideterminazione dell'ammontare del canone); tale controversia, infatti, verte sulla legittimità dell'esercizio, da parte dell'Ente, di poteri pubblicistici, a fronte dei quali il ricorrente è titolare di una posizione di interesse legittimo ».

(181) Sul punto appare di assoluto interesse Cons. St., sez. III, 11 luglio 2012, n. 4116, secondo cui « in materia di contratti pubblici, anche dopo l'intervento dell'aggiudicazione definitiva, non è precluso all'Amministrazione appaltante di revocare l'aggiudicazione stessa, in presenza di un *interesse pubblico individuato in concreto*, del quale occorre dare atto nella motivazione del provvedimento di autotutela. In particolare è legittima la revoca disposta per mancanza di risorse economiche idonee a sostenere la realizzazione dell'opera ». Sul tema si veda tuttavia A. GIANNELLI, *Esecuzione e rinegoziazione degli appalti pubblici*, Napoli, 2012, la quale esclude la possibilità di legittimare in capo alla p.a. un potere generale di revoca dell'aggiudicazione (p. 52 ss.).

(182) Peraltro, come è stato sostenuto in dottrina (S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Contributo allo studio*, cit., p. 158), non è da escludersi che anche questo potere di recesso possa essere interpretato come manifestazione, nei rapporti di durata, della clausola *rebus sic stantibus* e che, quindi, possa essere destinato ad operare per tali rapporti solo in ragione di eventuali inadempienze.

(183) In questo senso già D. SORACE-C. MARZUOLI, *Concessioni amministrative*, cit., p. 297, nonostante la ricostruzione in chiave provvedimentale del rapporto. Sul punto si veda anche Tar Sicilia, Catania, Sez. IV, 6 luglio 2009, n. 1230 che, a fronte di un regolamento convenzionale che riconduce alla revoca profili concernenti

dovrebbe essere « agganciato », non tanto ad una nuova valutazione dell'interesse pubblico, quanto alla sussistenza di un effettivo inadempimento delle parti che impedisca la prosecuzione del rapporto. Ciò assottiglierebbe la stessa utilità della tradizionale distinzione tra revoca e decadenza, consentendo una ricostruzione unitaria — e in chiave potestativa — di tutte le ipotesi di scioglimento anticipato del rapporto concessorio (184).

Pertanto, al di là del *nomen iuris* (185), tanto le attuali ipotesi di decadenza che quelle di recesso andrebbero rigorosamente costruite come esplicitazione di un diritto potestativo assegnato ad una parte dallo specifico regolamento contrattuale o dalla legge, in conformità con la previsione di cui all'art. 21 *sexies*, l. n. 241/1990 (186). Non si è quindi dinanzi a strumenti sanzionatori, bensì dinanzi ad ordinari strumenti di distribuzione tra le parti dei

l'esatto adempimento del rapporto, giunge a ricostruire tale potestà come una vera e propria « clausola risolutiva espressa ».

(184) Sul punto appare significativo un (isolato) orientamento giurisprudenziale (Cons. St., sez. V, 13 marzo 2000, n. 1327) che al fine di ricostruire in chiave paritetica l'atto di disdetta da una concessione ha sottolineato che « nemmeno la natura *unilaterale* dell'atto può ritenersi indice univoco del suo asserito carattere autoritativo e pubblicistico, posto che anche il recesso relativo ad un ordinario rapporto contrattuale presenta la struttura unilaterale tipica delle manifestazioni di volontà espresse nell'esercizio di *diritti potestativi* ».

(185) Come è stato sottolineato in dottrina il *nomen iuris* utilizzato dal legislatore o nella prassi non è assolutamente vincolante per l'interprete nella determinazione delle categorie giuridiche: sul punto, in particolare, U. FORTI, *Atto e procedimento amministrativo (note critiche)*, in AA.VV., *Studi in onore di O. Ranalletti*, vol. I, Padova, 1931, p. 443 e S. ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, III ed., Padova, 1937 secondo cui « non di rado, con lo stesso nome si designano atti di natura sostanzialmente diversa che non si debbono confondere sotto una unica figura »; nello stesso senso A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1940, rist. 1964, p. 152 rileva che « troppo frequenti sono i casi in cui è stato riscontrato l'impiego di un medesimo *nomen iuris* per designare categorie giuridiche tra loro ben differenti, perché di un tale criterio ci si possa senz'altro fidare ». E come evidenziato da Cass., S.U., 9 novembre 1967, n. 2705, in *Giur. it.*, 1969, I, 1, p. 167 ss. « indagare quale potere sia stato obiettivamente esercitato » serve a stabilire « quale tipo di atto sia stato posto in essere ».

(186) Sottolineava l'affinità della dichiarazione di decadenza con i poteri privatistici interni al rapporto contrattuale già Cass. S.U., 9 novembre 1967, n. 2705, in *Foro it.*, 1968, I, p. 1605. In senso contrario, e quindi per la necessaria ricostruzione della decadenza come espressione di un potere amministrativo, E. BRUTI LIBERATI, *Le vicende del rapporto di concessione di pubblico servizio*, cit., p. 165.

rischi e dei costi contrattuali (187). Nelle ipotesi di recesso si applicherebbe la clausola *rebus sic stantibus* (di cui all'art. 1467 c.c.) connessa al mutamento della situazione di fatto, o alla sopravvenienza di ragioni d'interesse pubblico. E tuttavia, così come nell'ambito degli appalti di lavori, l'immanenza dell'interesse pubblico nella fase di recesso non verrebbe necessariamente a determinare l'assoggettamento di tale potere al regime degli atti amministrativi (188). Si tratterebbe di un'incidenza unilaterale sul rapporto che andrebbe ricostruita come manifestazione negoziale speciale (ma non pubblicistica) della parte pubblica a tutela dello stesso sinallagma contrattuale (189). E ciò dal momento che nella disponibilità della p.a. non vi sarebbe il rapporto concessorio in quanto tale, bensì il rispetto dell'equilibrio sinallagmatico e delle relative implicazioni patrimoniali: come è stato efficacemente evidenziato, l'equilibrio sinallagmatico funge infatti da limite all'esercizio di potestà pubblicistiche (190).

Simili considerazioni valgono anche per il potere di irrogazione della penale. Non vi sono ragioni per legittimare una ricostruzione in chiave autoritativa e discrezionale di un istituto che, invece, ben può essere ricondotto all'art. 1382 c.c. (191). E infatti,

(187) In questo senso F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, vol. II, *Le obbligazioni e i contratti*, t. 1, Padova, 2004, p. 63 ss.

(188) In senso contrario, secondo parte della dottrina, il diritto potestativo verrebbe surclassato dall'interesse legittimo; le manifestazioni di volontà negoziale sono « funzionalizzate » e quindi sottoposte al regime della discrezionalità (sul punto F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento*, cit., p. 26).

(189) Secondo S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Il principio contrattuale*, cit., p. 158, ss. tali ipotesi sarebbero applicabili anche in materia di accordi amministrativi.

(190) G. GRECO, *Le concessioni di lavori e di servizi nel quadro dei contratti di diritto pubblico*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2000, n. 5, p. 993 ss.

(191) Norma che, come è noto, consente alle parti di prevedere un patto accessorio al contratto (la clausola penale, appunto) non solo con funzione di coercizione dell'adempimento, ma anche per predeterminare la misura del risarcimento in caso di liquidazione. In questo senso si veda, *ex multis*, Cass., sez. II, 10 giugno 1991, n. 6561 e Cass., sez. III, 6 novembre 1998, n. 11204, secondo cui la penale, oltre ad assolvere la funzione di liquidare preventivamente la prestazione risarcitoria, vale a rafforzare il vincolo contrattuale. Tale duplice finalità ha trovato riscontro nel dibattito dottrinario che, talvolta, ha messo in luce il profilo sanzionatorio-punitivo dell'istituto, funzionale a garantire l'adempimento di una parte nei confronti dell'altra: A. MAGAZZÙ, *Clausola penale*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, p. 186 ss. (spec. p. 188); A. MARINI, *La clausola penale*, Napoli, 1984; ID., *Clausola*

in caso di ricostruzione del potere di sanzione in chiave discrezionale potrebbe essere sufficiente anche il solo dubbio dell'inadempimento e potrebbe non essere richiesta la prova dello stesso. Diversamente, la giurisprudenza ha precisato che la sanzione, pur essendo ricostruita in chiave autoritativo-discrezionale, non può essere irrogata « quando nessun addebito sia ad esso imputabile per il mancato conseguimento del risultato previsto », ovvero nel caso in cui « sia stata l'Amministrazione stessa a non aver posto le premesse necessarie affinché il concessionario possa a sua volta successivamente adempiere ». È quindi evidente che viene a sgretolarsi la stessa matrice discrezionale del potere, se si richiede che esso sia rigorosamente agganciato ai presupposti civilistici dell'inadempimento contrattuale (192). Né può essere ricostruita in termini di discrezionalità nell'*an* la valutazione che l'amministrazione fa, alla stregua di qualsiasi soggetto di diritto comune, circa l'utilità o la necessità di avvalersi di tale strumento, ovvero di procedere allo scioglimento anticipato del rapporto, posto che si tratta di una decisione che non chiama in causa nessuna ponderazione di interessi. Quanto infine alla tutela dinanzi ad un possibile esercizio abusivo del potere di applicazione della penale da parte dell'amministrazione, **già il codice civile consente al giudice di intervenire ai sensi dell'art. 1384 per ridurre**

penale, in *Enc. giur.*, VI, Roma, 1990, p. 3; G. DE NOVA, *Clausola penale*, in *Dig. disc. priv.*, II, Torino, 1989, p. 378; Cass., sez. III, 26 giugno 2002, n. 9295, in *Giur. it.*, 2003, p. 450. Altri ne sottolineano soprattutto il profilo risarcitorio: F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, XIII ed., Napoli, 2007, p. 648, secondo cui l'istituto configurerebbe una « precostituzione pattizia della liquidazione di un danno presunto »; in questo senso anche C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni (art. 1218-1229)*, in *Commentario del Codice civile a cura di Scialoja e Branca*, Roma-Bologna, 1979, p. 222; Cass., sez. III, 3 novembre 1999, n. 2941, in *Giust. civ.*, 2000, I, p. 1118.

(192) Ed è proprio sconfessando l'orientamento sulla natura discrezionale del potere sanzionatorio che il Tar Lazio (n. 3173/2008, cit.) aveva ritenuto legittima la sanzione contestata, avallando un'applicazione della penale ispirata al criterio meramente civilistico della determinazione forfettaria e preventiva dei danni risarcibili delle penali, indipendentemente da una verifica, in esercizio del potere discrezionale (e correlato al pubblico interesse), della natura incolpevole dell'inadempimento da parte del concessionario e del danno effettivo arrecato agli interessi pubblici. E, tuttavia, proprio l'equiparazione della penale all'art. 1382 c.c. è stata la causa dell'annullamento della sentenza da parte del Cons. St., sez. IV, 2 agosto 2011, n. 4583.

equamente la penale inflitta da una parte a danno dell'altra (193), senza che sia necessario far riferimento all'esercizio del pubblico potere e ai canoni della ragionevolezza e della proporzionalità in funzione limitativa dello stesso (194). Pertanto, non si ravvisano esigenze pratiche tali da giustificare la trasformazione di un istituto tipicamente civilistico in chiave autoritativo-discrezionale (195). Siamo, infatti, dinanzi ad un diritto potestativo riconosciuto ad una delle parti e finalizzato a rafforzare il vincolo contrattuale. Le esigenze sottese all'attribuzione all'amministrazione del potere di irrogazione delle penali nei confronti del concessionario non sono « qualitativamente » diverse da quelle che informano i rapporti giuridici di diritto comune (196): ciò che

(193) Secondo l'art. 1384 c.c. il giudice può ridurre equamente la penale « se l'obbligazione principale è stata eseguita in parte ovvero se l'ammontare della penale è manifestamente eccessivo, avuto sempre riguardo all'interesse che il creditore aveva all'adempimento ».

(194) La vicenda non appare dissimile, ad esempio, da una controversia inerente l'applicazione delle penali in materia di appalto di lavori, ove la Cassazione (Cass., S.U., 22 dicembre 2011, n. 28342) ha precisato che nelle ipotesi di valutazione della giusta commisurazione di una clausola penale « nessun interesse legittimo emerge dalla causa che attiene a meri diritti soggettivi, sorti dal contratto, che non possono essere affievoliti o trasformati in interesse legittimo per l'esercizio eventuale della facoltà di riduzione della penale stessa dalla P.A. stazione appaltante, che esercita la propria discrezionalità tecnica nel valutare l'eventuale esimente dall'inadempimento dell'appaltatore per la consegna ritardata dell'opera, nell'esercizio di una facoltà e non di un potere, che è limitata nel caso l'impresa dia prova che il ritardo nella consegna dell'opera non è dipeso in tutto o in parte da sua colpa ». La fattispecie, pur attenendo ad un appalto di lavori è di assoluto interesse poiché il giudice, pur facendo riferimento in senso « atecnico » alla discrezionalità tecnica della p.a. nel valutare l'eventuale esimente dell'inadempimento dell'appaltatore, conferma che si è dinanzi all'esercizio di un diritto potestativo e non di un potere pubblico.

(195) E ciò anche in virtù del fatto che non è escluso che il giudice ordinario possa esercitare su atti privati dell'amministrazione un sindacato così dissimile da quello posto in essere dal giudice amministrativo nei confronti del pubblico potere: sul tema, chiaramente, G. SIGISMONDI, *Eccesso di potere e clausole generali*, cit., e, con specifico riferimento al tema della privatizzazione del rapporto d'impiego della p.a., A. PIOGGIA, *Giudice e funzione amministrativa*, cit.

(196) Proprio in materia di penali, M.S. GIANNINI, *L'attività amministrativa*, cit., p. 52, nell'ambito dei contratti di appalto evidenziava che « le clausole penali sono possibili anche in rapporti interprivati, e non si vede per quale ragione quello che in un contratto interprivato è un atto di esercizio di un atto del creditore, in questi contratti debba divenire un provvedimento amministrativo ».

rileva, anche in un'ottica di miglior perseguimento dell'interesse pubblico, è che sia correttamente adempiuto il patto convenzionale tra le parti (197).

In definitiva, il problema della « funzionalizzazione » del rapporto al pubblico interesse anche rispetto alla fase esecutiva non può impedire una ricostruzione di tali poteri in chiave privatistica (198).

L'amministrazione è in grado di esercitare la propria azione nel perseguimento del pubblico interesse, alternativamente, mediante strumenti privatistici e pubblicistici. E il problema del controllo della « parte pubblica » sull'attività di pubblico interesse non si atteggia in maniera differente rispetto a quanto avviene

(197) In questo senso appaiono molto interessanti le conclusioni cui perviene Cass., S.U., ord. 22 agosto 2007 n. 17829, anche se il presupposto argomentativo del giudice è la ricostruzione del servizio di smaltimento dei rifiuti come appalto di servizio pubblico e non come concessione di servizio pubblico: il giudice esclude la natura provvedimentale delle penali, dal momento che « le 'penalità', di cui il Comune di Acireale ha preteso il pagamento per le 'irregolarità contrattuali', di cui all'art. 15 del capitolato speciale di appalto, nonostante la parola 'sanzione' usata in contratto per definire tali penali, sono da ritenersi previste nella clausola contrattuale inquadrabile nell'art. 1384 c.c., non avendo rilievo a qualificare la penalità come sanzione amministrativa, il fatto che essa è stata poi accertata da determinazione dirigenziale di funzionari dell'ente locale. Secondo il Comune di Acireale la richiamata circostanza dimostrerebbe che, a base delle sue pretese per le inadempienze generiche e specifiche di cui al citato art. 15 del capitolato speciale di appalto, vi sarebbe una attività provvedimentale della amministrazione, nell'esercizio dei suoi poteri di vigilanza e controllo sul servizio, da ritenere riservata alla cognizione dei Giudici amministrativi. Certamente gli accertamenti consentiti all'ente locale in contraddittorio con la controparte non possono qualificarsi atti facenti prova piena o di fede pubblica, e le penalità applicate, per il principio di legalità sancito anche in rapporto alle sanzioni amministrative (L. 24 novembre 1981, n. 689, art. 1) non esprimono assolutamente il potere pubblico autoritativo dell'ente locale di accertare violazioni e irrogare sanzioni amministrative ». L'inserimento della penale rientra nell'esercizio dell'autonomia negoziale del Comune che avendo « predisposto lo schema di contratto pubblico con la previsione della penale, ha in effetti utilizzato uno strumento tipico dell'autonomia privata, servendosi di facoltà regolata dalla legge, che impone particolari tutele a favore della parte più debole che, anche nel caso, dovevano adottarsi (art. 1341 c.c. e segg.) e, di conseguenza, deve negarsi che oggetto di questa causa sia un atto autoritativo della P.A. o un provvedimento di vigilanza e controllo del servizio, che, anche ai sensi del nuovo del citato d.lgs. n. 163 del 2006, art. 244, comma 2, dovrebbe ritenersi riservato alla cognizione della giustizia amministrativa in materia di pubblici servizi ».

(198) In questo senso F. CUDIA, *Funzione amministrativa*, cit., spec. p. 184.

nell'ambito degli ordinari rapporti di durata di natura privatistica, ove sovente si riconoscono potestà speciali affidate ad una parte dalla legge, ovvero dal contratto per tutelare le esigenze del corretto svolgimento del rapporto (199). Il problema della « necessaria libertà » dal vincolo contrattuale al fine di consentire all'amministrazione di adeguare il rapporto al mutare del pubblico interesse ben può trovare risposta in un diritto comune che, d'altro canto, si caratterizza sempre più per la previsione di poteri unilaterali incidenti sul contratto (200). Simili poteri, tuttavia, anche quando sono attribuiti alla p.a., devono comunque essere destinati ad operare « all'interno del rapporto stesso, come gli strumenti di autotutela schiettamente privatistici » (201).

7. *Il problema della tutela giurisdizionale sui rapporti concessori di servizio pubblico.*

Ma la questione dell'esatta ricostruzione del regime giuridico dei rapporti concessori di pubblico servizio, lungi dal rimanere confinata in una prospettiva di diritto « sostanziale », ha da sempre avuto (e continua ad avere) delle rilevanti implicazioni sul piano della tutela giurisdizionale.

Il processo di contrattualizzazione della « concessione di servizi » ad opera del diritto comunitario ha condotto, infatti, ad un avvicinamento dei criteri di riparto di giurisdizione del contratto di concessione a quelli tradizionali in materia di appalto pubbli-

(199) Si pensi al potere di recesso unilaterale contemplato dall'art. 1671 c.c. per l'appalto.

(200) Come sottolineato da G. DE NOVA, *Recesso*, in *Dig. disc. priv.*, Torino, 1997, XVI, p. 315 il recesso unilaterale, contrariamente alla formulazione letterale dell'art. 1372, è divenuto la regola della disciplina dei contratti: e ciò non solo nelle ipotesi di espressa previsione da parte del contratto, ma anche in virtù di un'applicazione analogica da parte della giurisprudenza.

(201) Così A. MASSERA, *Lo Stato che contratta*, cit. p. 453, secondo cui si tratterebbe pertanto di « una delle manifestazioni di asimmetria che talora (e sempre più spesso) vengono in evidenza nell'ambito di una relazione che solo astrattamente e in linea di principio è affermata come assolutamente paritaria, dando luogo a poteri conformativi di una delle parti senza comportare quegli effetti 'degradatori' che sono tradizionalmente esaltati nella prospettiva amministrativistica ».

co (202). E difatti, ai sensi dell'art. 120, comma 1 c.p.a., ad essere devolute alla giurisdizione esclusiva sono solo gli atti di affidamento delle procedure di gara « *relativi* a pubblici lavori, servizi e forniture ». La norma non fa riferimento alla sola procedura di affidamento degli appalti, ma a tutte le procedure di affidamento di contratti pubblici disciplinati dal Codice: ne discende che, per differenza, al giudice ordinario rimane devoluta la cognizione delle controversie concernenti la fase esecutiva tanto dei contratti di appalto quanto dei contratti di concessione (203). E a conferma di ciò anche la più recente giurisprudenza non sembra disconoscere la giurisdizione del giudice ordinario su molte delle vicende esecutive che interessano i contratti di concessione di servizi (204).

E tuttavia allorché si rilevi la presenza di un « servizio pubblico » quale oggetto dell'affidamento — e, quindi, si ricostruisca il rapporto come una concessione di pubblico servizio — viene in considerazione, ai fini del riparto di giurisdizione, la disposizione speciale di cui all'art. 133, comma 1, lett. c) c.p.a. che affida alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo « 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 ... ». In questa prospettiva, la « nuova sta-

(202) In questa prospettiva, si veda l'art. 30, comma 7 del d.lgs. n. 163/2006 secondo cui alle concessioni di servizi « si applicano le disposizioni della parte IV » e, quindi, anche l'art. 244 che fa rinvio al Codice del processo amministrativo per l'individuazione delle materie riservate alla giurisdizione esclusiva.

(203) Peraltro si può giungere a tale conclusione anche attraverso l'esame dell'art. 241, comma 1 del d.lgs. n. 163/2006 secondo cui sono devolvibili agli arbitri (e quindi anche al giudice ordinario) « le controversie su diritti soggettivi, derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici *relativi* a lavori, servizi, forniture, concorsi di progettazione e di idee (...) ». Anche qui si fa riferimento a tutti i contratti pubblici e, quindi, ai sensi dello stesso Codice, anche al « contratto di concessione ».

(204) In questa prospettiva si veda, da ultimo, Tar Emilia Romagna, Bologna, sez. II, 12 settembre 2012, n. 554 che attribuisce al giudice ordinario la cognizione dei profili concernenti il corretto adempimento dell'esecuzione di una concessione di servizi (gestione piscina comunale, bar, pista di pattinaggio e servizi annessi).

gione » della giurisdizione esclusiva inaugurata dalla **giurisprudenza costituzionale del 2004 (205)** non sembra aver determinato un significativo spostamento nei criteri di riparto della giurisdizione rispetto a quanto previsto dall'art. 5 della l. 6 dicembre 1971, n. 1034 (206). Nell'interpretazione fornita dalla giurisprudenza, infatti, la giurisdizione amministrativa continua a ricoprire *grosso modo* tutte le vicende concernenti la vigilanza del concessionario e il controllo sul « corretto adempimento del rapporto concessorio » (207), mentre **sono devolute alla giurisdizione ordinaria le**

(205) Tra i commenti alla sentenza della Corte Costituzionale 6 luglio 2004, n. 204 si veda L. MAZZAROLI, *Sui caratteri e i limiti della giurisdizione esclusiva: la Corte costituzionale ne ridisegna l'ambito*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2005, p. 214 ss.; F. SATTA, *La giustizia amministrativa tra ieri, oggi e domani: la sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 2004*, in *Foro Amm. - Cons. St.*, 2004, n.7/8, p. 1903 ss.; A. TRAVI, *La giurisdizione esclusiva prevista dagli art. 33 e 34 d.lgs. 31 marzo 1998 n. 80, dopo la sentenza della Corte costituzionale 6 luglio 2004, n. 204*, in *Foro it.*, 2004, pt. 1, p. 2598 ss.; M. CLARICH, *La « tribunalizzazione » del giudice amministrativo evitata*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, n. 9, p. 969 ss.; A. POLICE, *La giurisdizione del giudice amministrativo è piena, ma non è più esclusiva*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, n. 9, p. 974.

(206) Già l'art. 5 della legge Tar escludeva dalla giurisdizione esclusiva del G.A. le controversie in materia di servizi pubblici concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi, pur facendo riferimento ad ogni fase dei relativi « rapporti ». L'entrata in vigore dell'art. 33 del d.lgs. n. 80/1998, come modificato dalla legge n. 205/2000, ha creato non pochi problemi applicativi, posto che la giurisdizione esclusiva in materia di servizi pubblici sembrava essere estesa a tutti i comportamenti, persino materiali, della P.A. (e non solo agli atti e/o provvedimenti), ivi comprese le questioni meramente patrimoniali, stante la parziale abrogazione, per i servizi pubblici, del citato art. 5 della legge n. 1034/71. Sul punto si veda A. SANDULLI, *La tutela giurisdizionale « nelle controversie in materia di pubblici servizi »*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2001, p. 79 ss..

(207) In questo senso, da ultimo, Cons. St., sez. VI, 4 luglio 2011, n. 3997, secondo cui « nell'esegesi dell'art. 33, d.lgs. n. 80 del 1998, ricadono nella giurisdizione del giudice amministrativo in materia di pubblici servizi anche le controversie inerenti il corretto adempimento del rapporto concessorio (escluse le questioni inerenti indennità, canoni e altri corrispettivi) e le controversie inerenti la vigilanza e il controllo sul concessionario; tuttavia, ne esulano i comportamenti meramente materiali non riconducibili, neppure in via mediata, all'esercizio del potere. Trattandosi di giurisdizione esclusiva sulle « controversie in materia di pubblici servizi relative a concessioni di pubblici servizi », si deve ritenere che, purché vi sia una concessione di servizio pubblico, possono, in sede di giurisdizione esclusiva, essere contestati eventuali inadempimenti sia dalle parti della concessione, sia da soggetti terzi ». Nell'ambito della concessione di beni, è stato chiarito che la giurisdizione esclusiva del G.A. investe anche i rapporti nascenti dal contratto che eventualmente acceda alla concessione (c.d. concessione contratto), « stante la loro diretta realiz-

sole controversie in materia di indennità, canoni e altri corrispettivi non soggetti al potere discrezionale della pubblica amministrazione (208). E da questo punto di vista, peraltro, proprio l'esigenza di porre a fondamento della giurisdizione esclusiva un momento di « esercizio del potere » (209), ha favorito — e al tempo stesso contribuisce a spiegare — la tendenza del giudice amministrativo, da un lato, a ricostruire in termini autoritativi atti e momenti negoziali che hanno ad oggetto il controllo paritetico sulla corretta esecuzione del rapporto (210) e, dall'altro, a quali-

zazione di interessi pubblici », purché « non abbiano ad oggetto indennità, canoni ed altri corrispettivi », ossia questioni meramente patrimoniali che esulano dall'esercizio, anche mediato, di un pubblico potere (*ex plurimis*, Cass., S.U., 27 maggio 2009, n. 12251).

(208) Secondo la Corte di Cassazione, infatti, (sentenze n. 27618 del 21 novembre 2008, e n. 13338 del 1° gennaio 2010) il presupposto per la giurisdizione ordinaria è l'inesistenza di una discrezionalità amministrativa nella determinazione dell'entità del credito controverso.

(209) Secondo le Sezioni Unite « appartiene alla giurisdizione del giudice amministrativo la controversia che investe il potere dell'Amministrazione relativo all'organizzazione ed alle modalità di attuazione di un 'servizio pubblico', trovando al riguardo applicazione l'art. 33 d.lgs. 31 marzo 1998 n. 80 (nel testo risultante dalle sentenze della Corte cost. n. 204 del 2004 e n. 191 del 2006), il quale, nella materia dei pubblici servizi, attribuisce al giudice amministrativo la giurisdizione ove si sia in presenza dell'esercizio di potestà pubblicistiche » (*ex plurimis*, Cass., S.U., 27 luglio 2011, n. 16391). Nello stesso senso, il Consiglio di Stato ha chiarito che la scelta legislativa della giurisdizione esclusiva in tali rapporti è giustificata dal fatto che l'esercizio, anche mediato, del potere dà vita ad un inestricabile intreccio di diritti soggettivi ed interessi legittimi, che per ciò solo escludono la giurisdizione del giudice ordinario che, invece, residua nei rapporti meramente patrimoniali: in questo senso Cons. St., sez. VI, 14 ottobre 2010, n. 7505; Cons. St., sez. VI, 4 luglio 2011, n. 3997.

(210) In questo senso si veda il caso della decadenza o dell'irrogazione delle penali che vengono ricostruiti come espressione di poteri amministrativi nonostante abbiano ad oggetto il giudizio sul corretto adempimento delle obbligazioni. In questa prospettiva appare significativo che, prima del 2004, non mancassero orientamenti che pur ricostruendo in chiave paritetica l'atto incidente sul rapporto, non avevano problemi a ricondurre (anche) tali vicende alla giurisdizione esclusiva, in quanto giurisdizione su diritti e interessi, al di là del problema del potere: secondo Cons. St., sez. V, 13 marzo 2000, n. 1327 « l'espressa previsione legislativa di una giurisdizione esclusiva in materia di concessioni di beni e servizi pubblici (...) nasce proprio dall'implicito riconoscimento della circostanza che nell'esecuzione del rapporto possono assumere rilievo le posizioni di diritto soggettivo delle parti, correlate ad atti di natura privatistica. Se si considera che (nella originaria formula dell'articolo 5) le pretese meramente patrimoniali erano riservate alla cognizione del giudice

ficare lo strumento convenzionale alla base della concessione come « accordo amministrativo », rispetto al quale la giurisdizione si estende con maggiore « sicurezza » — anche se non senza problemi di costituzionalità (211) — su tutte le vicende concernenti l'« esecuzione » del rapporto (212). Trova quindi conferma quanto sostenuto da quella dottrina che ha evidenziato che sarebbe proprio la particolare tipologia del riparto vigente nel nostro ordinamento, saldamente ancorata alla natura degli atti e delle situazioni giuridiche, ad avere determinato alcune forzature nell'interpretazione delle stesse categorie concettuali di diritto sostanziale (213).

ordinario, risulta evidente che la giurisdizione esclusiva amministrativa può trovare spazio solo in relazione a controversie originate da atti paritetici dell'amministrazione comunque incidenti sul rapporto » (enfasi aggiunta). Sul punto, si veda in senso critico rispetto alla pronuncia della Corte costituzionale, anche con riferimento alla rievocazione del concetto di « autoritatività » rispetto alla materia dei pubblici servizi B.G. MATTARELLA, *Il lessico amministrativo della Consulta ed il rilievo dell'attività amministrativa*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, n. 9, p. 974 ss.; A. PAJNO, *Giurisdizione esclusiva ed « arbitrato » costituzionale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, n. 9, p. 983 ss.; L. TORCHIA, *Biblioteche al macero e biblioteche risorte: il diritto amministrativo nella sentenza n. 204/2004 della Corte costituzionale*, in *Foro amm. - Tar*, 2004, n. 12 (suppl.), p. 119 ss.

(211) Come rilevato opportunamente da M. RENNA, *Il regime giuridico delle obbligazioni*, cit., p. 82 ss.

(212) In particolare in *Cons. St., n. 9347/2010, cit.* — avente ad oggetto un rapporto convenzionale tra i Monopoli di Stato e una concessionaria di pubblico servizio — è stato sostenuto che la vicenda inerente l'esecuzione delle convenzioni di servizio pubblico « rientra nella sfera di cognizione del giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva, ai sensi dell'art. 11, comma 5, della legge 7 agosto 1990, n. 241 ». Il riferimento alla giurisdizione esclusiva in materia di accordi è giudicato favorevolmente « dato l'intimo intreccio di situazioni giuridiche soggettive a diverso livello di protezione tipico degli accordi di cui all'art. 11 della legge nr. 241 del 1990, situazioni costituenti nel loro complesso esattamente il tipo di problemi alla cui risoluzione è volta la previsione della giurisdizione esclusiva *in subiecta materia* ». In questo modo la fase di esecuzione, pur essendo retta dalle regole civilistiche in materia di adempimento contrattuale, diviene pienamente sindacabile dal giudice amministrativo che può « fare applicazione diretta anche della disciplina del contratto allorché una parte del rapporto contesti alla controparte un inadempimento degli obblighi di fare ».

(213) In questo senso, G. ROSSI, *Diritto pubblico e diritto privato nell'attività della pubblica amministrazione alla ricerca della tutela degli interessi*, in *Dir. pubbl.*, 1998, p. 684 secondo cui « è erroneo concentrare il problema sul giudice competente », posto che i problemi ricostruttivi sono determinati soprattutto « dal tipo di

In questa prospettiva, l'attuale formulazione dell'art. 133, comma 1 lett. c), e il relativo orientamento « estensivo » fornito dalla giurisprudenza, pongono alcuni problemi interpretativi che vengono direttamente ad incidere sull'effettività e sulla coerenza del sistema di tutela giurisdizionale in materia di rapporti concessori.

In primo luogo, rispetto all'attuale formulazione dell'art. 133, comma 1, lett. c), appare foriera di incertezze, e per certi versi priva di razionalità, la tradizionale distinzione tra i profili indennitari e gli altri profili concernenti l'esecuzione del rapporto. Tale previsione, infatti, rischia di determinare una pericolosa (e artificiale) segmentazione delle vicende che contraddistinguono, in maniera unitaria, la fase esecutiva del rapporto concessorio e la fase di adempimento delle relative obbligazioni, accrescendo peraltro i rischi di conflitti di giurisdizione. E ciò tenuto anche conto che non tutte le vicende « patrimoniali » sono conferite al giudice ordinario, posto che permangono in capo alla giurisdizione amministrativa non solo i profili risarcitori, ma anche i profili indennitari caratterizzati dalla presenza, in sede di commisurazione dell'importo, di margini di discrezionalità amministrativa (214).

Ma soprattutto, l'esistenza di un duplice criterio di riparto di giurisdizione allorché si configuri un rapporto come appalto di servizio pubblico o come concessione di servizi (regolati entrambi dall'art. 120 c.p.a.), ovvero allorché si riconosca la presenza di una concessione di servizio pubblico (regolata dall'art. 133, comma 1, lett. c), c.p.a.), accentua la problematicità della mancanza (o dell'instabilità) sul piano sostanziale, di chiari e univoci criteri di distinzione tra gli istituti della « concessione di servizio pubblico », della « concessione di servizi » e dell' « appalto di servizio pubblico » (215).

riparto della giurisdizione, basato sulla natura degli atti e delle situazioni soggettive che ha determinato forzature di ogni tipo » posto che « non si può rimettere la funzione di definire le categorie concettuali in materie delicate come le situazioni soggettive a chi, decidendo la questione, decide anche della propria competenza ».

(214) Su cui, in particolare, Cass., S.U., 1 giugno 2010, n. 13338.

(215) Come si è visto al precedente par. 5, la giurisprudenza fa riferimento alla figura della concessione di servizio pubblico, talvolta in ragione dell'esistenza di un corrispettivo a carico degli utenti, altre volte ancora evocando gli specifici obblighi cui sarebbe astretto il concessionario nella gestione del pubblico servizio, tal'altre rievocando l'idea del trasferimento di poteri pubblicistici.

E infatti, a fronte di un orientamento dominante che, interpretando estensivamente il concetto di « vigilanza » sul concessionario, tende a dilatare — anche mediante la pubblicizzazione di atti « paritetici » — la giurisdizione amministrativa su tutte le controversie concernenti il controllo sul « corretto adempimento del rapporto concessorio » (216), non mancano pronunce in cui, facendosi riferimento all'istituto della concessione di servizi, la fase esecutiva sul corretto adempimento del rapporto viene ricondotta alla giurisdizione ordinaria: e ciò nonostante l'incidenza di tali convenzioni su servizi *oggettivamente* pubblici, come è da considerarsi il servizio di gestione delle piscine comunali che è offerto all'utenza con i criteri di continuità, economicità e universalità e dietro pagamento di un corrispettivo (217).

(216) In questo senso, chiaramente, Cons. St., sez. VI, 4 luglio 2011, n. 3997, secondo cui « trattandosi di giurisdizione esclusiva sulle controversie in materia di pubblici servizi relative a concessioni di pubblici servizi, si deve ritenere che, purché vi sia una concessione di servizio pubblico, possono, in sede di giurisdizione esclusiva, essere contestati eventuali inadempimenti sia dalle parti della concessione, sia da soggetti terzi ».

(217) Sul punto si veda di recente Tar Emilia Romagna, Bologna, sez. II, 12 settembre 2012, n. 554, secondo cui « la controversia inerente una concessione di servizi (gestione piscina comunale, bar, pista di pattinaggio e servizi annessi) regolata da una convenzione — contratto stipulata tra l'ente proprietario e i concessionari, di cui questi ultimi, odierni ricorrenti, lamentano l'inadempimento da parte del Comune in relazione a diverse obbligazioni in tale atto previste è sottratta alla giurisdizione del giudice amministrativo. Difatti la materia dei pubblici servizi può essere oggetto di giurisdizione del G.A. solo ove in essa la pubblica amministrazione agisca esercitando il suo potere di supremazia, in connessione funzionale con la tutela dell'interesse pubblico affidatole, ma non quando la lite, vertendo su mere inadempimenti di singole prestazioni negoziali, riguardi unicamente il rapporto convenzionale tra le parti e le reciproche posizioni di diritto e obbligo, come nel caso di specie ». Non a caso alla base di tale pronuncia si colloca il convincimento che « la convenzione in parola, dalla quale scaturirebbero — a dire dei ricorrenti — gli inadempimenti sui quali è fondata l'azione risarcitoria, costituisca effettiva estrinsecazione di attività negoziale (e, pertanto, paritaria), non già utilizzo dello strumento giuridico privatistico per l'esercizio, secondo diverse modalità, del pubblico potere per la tutela di interessi generali ». E ciò nonostante la stessa venga ad incidere su un servizio pubblico e sia rivolta ai cittadini. Pertanto, anche in questi casi « restano assoggettate alla giurisdizione del G.O. le controversie, relative a situazioni di diritto soggettivo, in cui la pubblica amministrazione non sia coinvolta come autorità, ancorché le stesse scaturiscano da rapporti di tipo concessorio (v. Cons. St., sez. VI, 25 giugno 2008, n. 3226; Tar Emilia-Romagna, 31 gennaio 2011, n. 30; Tar Puglia, Bari, sez. III, 10 novembre 2010, n. 3876) ».

Al tempo stesso, con particolare riguardo ai servizi pubblici locali, può accadere che rapporti e questioni *materialmente* identici — attinenti alla corretta esecuzione della disciplina convenzionale che regola un pubblico servizio — siano conosciuti da giudici diversi sulla base della specifica ricostruzione del rapporto fatta dal giudice investito della controversia (218). E così, ad esempio, il giudice amministrativo, qualificando in termini concessori il servizio pubblico di illuminazione stradale — in ragione degli specifici obblighi e responsabilità del servizio in capo al gestore — ha dichiarato la giurisdizione amministrativa sulla controversia concernente la risoluzione del contratto da parte del Comune (219). Diversamente, la cognizione di una penale relativa alla gestione del servizio pubblico di raccolta e smaltimento di rifiuti a livello locale è stata attratta nella giurisdizione ordinaria in ragione del fatto che il giudice ha ricostruito tale rapporto come appalto di servizio pubblico, stante l'assenza di una traslazione di poteri autoritativi e considerata la mancanza di un corrispettivo a carico degli utenti (220). Sempre in materia di servizio pubblico di

(218) E ciò con grande pregiudizio per le esigenze di certezza e di effettività della tutela come rilevato già da C. VOLPE, *Servizi pubblici, concessione, risoluzione e giurisdizione: certezze e incertezze del sistema*, in *Urb. app.*, 2005, n. 5, p. 564 ss. Sul punto, appare stabile l'orientamento (Cass., S.U., ord. 22 agosto 2007, n. 17829) secondo cui « quando vi sia una controversia relativa alla esecuzione di un contratto di appalto di pubblici servizi e ai corrispettivi dovuti per la prestazione di essi, la stessa non rientra nella fattispecie di cui al d.lgs. n. 80 del 1998, art. 33, come successivamente modificato, che attiene solo alle concessioni e agli affidamenti di pubblici servizi, ovvero ad attività provvedimentali relative al servizio stesso e deve invece ritenersi applicabile il principio generale di cui all'art. 113 Cost., per il quale la tutela dei diritti soggettivi deve chiedersi al Giudice ordinario in conformità alla giurisprudenza costante di questa Corte (cfr. S.U. ord. 5 aprile 2007 n. 8519; ord. 27 febbraio 2007 n. 4425; sent. 26 luglio 2006, n. 16990; ord. 18 ottobre 2005 n. 20116, tra molte altre) e a quella più recente dei Giudici amministrativi (Cons. Stato, sez. V, 25 settembre 2006 n. 5617) ».

(219) Così, Cons. St., sez. V, 16 dicembre 2004, n. 8090.

(220) Anche in materia di pubblici servizi è stato affermato dalla Cass., S.U., ord. 22 agosto 2007, n. 17829 che « la controversia relativa al pagamento dei corrispettivi di un contratto di appalto di pubblici servizi non rientra nella previsione di cui all'art. 33 del d.lgs. n. 80 del 1998 come successivamente modificato, che attiene solo alle concessioni e agli affidamenti di pubblici servizi, ovvero ad attività provvedimentali relative al servizio stesso; al contrario, deve ritenersi applicabile il principio generale di cui all'art. 113 cost., per il quale la tutela dei diritti soggettivi

smaltimento rifiuti, mentre il giudice amministrativo di primo grado aveva rivendicato la giurisdizione amministrativa sull'inesatto adempimento di una prestazione e sulla riduzione di una penale, in sede di gravame il Consiglio di Stato, in ragione della qualificazione del rapporto come appalto di pubblico servizio, ha dichiarato sulle stesse vicende la giurisdizione del giudice ordinario (221). Diversamente, infine, nonostante la qualificazione del

va chiesta al g.o.». Nel caso di specie la Cassazione ha fondato la giurisdizione ordinaria qualificando come appalto, e non come concessione di pubblico servizio, il rapporto tra una società affidataria del servizio di raccolta e trasporto dei rifiuti solidi urbani ed assimilati ed il Comune dalla stessa convenuto in giudizio per accertare la illegittimità delle decurtazioni operate in suo danno; a detta qualifica la S.C. è pervenuta sia per il contenuto delle clausole convenzionali, sia per la considerazione che non si era realizzata alcuna «delega traslativa di poteri dal Comune al privato», il quale non poteva pretendere alcun prezzo dagli utenti per il servizio prestato, sia, infine, facendo leva sulla definizione normativa delle concessioni di pubblico servizio di cui all'art. 30 d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163.

(221) Cons. St., sez. V, 11 febbraio 2005, n. 381 secondo cui « il Collegio non ignora che con una propria recente decisione questa stessa Sezione la stabilito che la giurisdizione dell'AGO per le controversie afferenti la fase di esecuzione dei contratti pubblici permane nei soli settori ove non sia prevista la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, considerato che l'art. 33, comma 2, lett. b) D.Lgs. n. 80/1998 fa rientrare esplicitamente nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie tra le amministrazioni pubbliche e i gestori comunque denominati di pubblici servizi (Cons. St., sez. V, 12 ottobre 2004, n. 6574). Ritiene doveroso però rammentare che, in base ad un altro indirizzo parimenti consolidato e risalente, la cognizione delle controversie riguardanti l'*esecuzione dei contratti* aventi per oggetto l'appalto di un pubblico servizio, in base sia alla primitiva che alla successiva formulazione del comma 2 dell'art. 33 del D.Lgs. 31 marzo 1998 n. 80, è rimasta devoluta alla giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria (Cons. Stato, sez. V, 30 giugno 2003, n. 3868), sì che sono state ritenute estranee alla cognizione del giudice amministrativo sia la controversia relativa alla riduzione di un contratto di appalto di opera pubblica in corso di esecuzione (Cons. St., sez. V, 6 febbraio 2003, n. 628) sia quella in materia di c.d. rescissione in danno per gravi inadempimenti in sede di esecuzione del contratto (Cons. St., sez. V, 11 giugno 2001, n. 3127). E ciò ancora prima dei noti interventi della Corte costituzionale sull'art. 33 del D.Lgs. n. 80/1998 operati con la nota sentenza n. 204 del 2004 ». Nel caso di specie, oggetto delle contestazioni da parte della società era non solo l'applicazione delle penali per inesatto adempimento della prestazione oggetto dell'appalto, ma anche la domanda di riduzione delle penali medesime ai sensi dell'art. 1384 c.c. in ragione della cd. « emergenza rifiuti » nonché la domanda riconvenzionale per i maggiori oneri connessi alla chiusura della discarica originariamente individuata per il conferimento dei rifiuti: contestazioni tutte evidentemente connesse alla fase esecutiva del rapporto negoziale.

rapporto come concessione di servizio pubblico, il giudice amministrativo ha affermato la giurisdizione ordinaria relativamente all'esecuzione di un contratto di distribuzione di energia elettrica e gestione lampade votive del cimitero comunale, poiché la questione avrebbe riguardato la risoluzione per inadempimento del rapporto ai sensi dell'art. 1453 ss. c.c. (222)

Anche dall'esame di tale giurisprudenza risulta evidente che l'attuale previsione di cui all'art. 133, comma 1, lett. c) — unita all'incertezza della ricostruzione « sostanziale » dello stesso istituto della concessione di servizio pubblico (nonché del concetto di servizio pubblico) — rischia di pregiudicare gravemente la coerenza e l'effettività del sistema di tutela giurisdizionale sui rapporti concessori (223).

In questa prospettiva sarebbe quindi auspicabile, in una prospettiva *de iure condito*, una più attenta ricostruzione in chiave paritetica della maggior parte delle potestà che vengono ad incidere

(222) Tar Campania, Napoli, 5 novembre 2010, n. 23132, che con riferimento alla risoluzione di un contratto di distribuzione di energia elettrica e gestione lampade votive del cimitero comunale ha affermato che « la fattispecie, che indubbiamente concerne non già il momento genetico ma quello esecutivo del rapporto tra le parti del presente giudizio, va inquadrata nell'ambito della disciplina della risoluzione per inadempimento disciplinata dagli artt. 1453 ss. c.c., la quale, contrariamente a quanto opinato da parte ricorrente, trova applicazione anche nel caso in esame; non vale, infatti, a provare il contrario il fatto che il contratto avesse ad oggetto la *regolamentazione di un rapporto concessorio*, in tesi non riconducibile allo schema dei contratti a prestazioni corrispettive al quale fa riferimento la lettera dell'art. 1453 c.c., poiché la risoluzione per inadempimento è rimedio previsto in caso di alterazione del nesso di corrispettività tra attribuzioni patrimoniali contrapposte che può aversi pure in contratti unilaterali (come nel classico esempio del mutuo oneroso) e che sussiste anche nel rapporto concessorio che, come nel caso in esame, vede l'amministrazione attribuire alla ditta concessionaria la gestione esclusiva del servizio e ricevere, come controprestazione, il versamento di una percentuale degli incassi e l'esecuzione di lavori per la realizzazione di un impianto destinato, alla scadenza del contratto, a rimanere di esclusiva proprietà della amministrazione medesima (art. 13, comma 2, capitolato d'onori). Quanto alla presenza di una clausola penale (art. 7 capitolato d'onori), la determinazione preventiva e convenzionale del danno da inadempimento non esclude l'attivazione dei rimedi sinallagmatici ».

(223) Sottolinea l'inidoneità della previsione normativa sulla giurisdizione esclusiva, soprattutto poiché fondata su una « nozione indeterminata come quella di servizio pubblico », G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato*, cit., p. 194. Sul punto, si veda anche A. TRAVI, *La giurisdizione amministrativa al bivio*, in *Giorn. dir. amm.*, 2000, p. 576 ss.

sulla fase esecutiva del rapporto: in questo modo, una lettura coerente dell'art. 133, comma 1, lett. c) con l'art. 7 c.p.a. — e, quindi, alla luce del « sentiero del potere » tracciato dalla giurisprudenza costituzionale —, dovrebbe condurre a superare l'attuale attribuzione al giudice amministrativo di molte delle vicende e controversie concernenti l'esatto adempimento delle obbligazioni che poco hanno a che vedere con l'esercizio di un potere autoritativo. E ciò considerato anche che, per un verso, il riferimento alle « controversie in materia di pubblici servizi relative a concessioni di pubblici servizi », non appare più sufficiente ad identificare, *ex se*, un « momento » di autoritatività, posto che, sempre più spesso, e già in fase costitutiva, il « protagonista » della vicenda concessoria è un atto paritetico. D'altro canto, neanche il richiamo alla funzione di « vigilanza e controllo nei confronti del gestore » è in grado di rinviare di per sé all'esercizio di un'attività autoritativa, posto che tale funzione non si realizza necessariamente attraverso atti di diritto pubblico. Si è infatti dinanzi ad un concetto « neutro » che si presta ad essere posto in essere dalla pubblica amministrazione anche mediante strumenti negoziali e atti paritetici (224).

In una prospettiva *de iure condendo*, tuttavia, anche la giurisdizione su tali rapporti andrebbe invece impostata seguendo la distinzione tra « procedura di affidamento » e « fase di esecuzione », in maniera non dissimile da quanto previsto per tutti i contratti pubblici disciplinati dal d.lgs. n. 163/2006. Il concetto di *esecuzione*, infatti, meglio si concilia con la struttura bilaterale e obbligatoria del rapporto concessorio (225). Rispetto alla fase esecutiva potrebbero permanere nell'ambito della giurisdizione esclusiva solo quei poteri effettivamente ricostruibili come poteri

(224) Si pensi, ad esempio, all'esperienza dei contratti di programma in materia di servizio postale e ferrovie che, come è stato evidenziato in dottrina (M. D'ALBERTI, *Lezioni di diritto amministrativo*, cit., p. 262) si caratterizzano anche per il fatto che « il contratto (...) regola i controlli che il ministero vigilante può esercitare sull'impresa: tantoché la dottrina francese (...) ha parlato di contrattualizzazione dei controlli ».

(225) A riprova di ciò esso è richiamato dal legislatore non solo in materia di contratti di appalto, ma anche in materia di « accordi amministrativi » dove tuttavia le spiccate esigenze di funzionalizzazione conducono ad attribuire la relativa cognizione al giudice amministrativo, non senza problemi di costituzionalità, come evidenziato da M. RENNA, *Il regime delle obbligazioni*, cit., p. 82 ss.

autoritativi: e quindi, principalmente, la revoca della « *scelta organizzatoria* » di procedere all'affidamento della concessione. Tutte le altre vicende esecutive del rapporto convenzionale, poiché afferenti sostanzialmente ad un giudizio sul corretto adempimento di obbligazioni, dovrebbero essere espressamente attribuite al giudice ordinario (226). Il recesso, la decadenza, la risoluzione per inadempimento, l'applicazione di una penale, l'atto di disdetta riguarderanno sempre — sia negli appalti che nei contratti di concessione — diritti soggettivi nell'esecuzione di un rapporto di diritto comune e giammai, invece, lesione di interessi legittimi, correlati all'esercizio di un potere (227). Peraltro, la centralità rivestita dal momento dell'esecuzione trova conferma nel fatto che, proprio al fine di superare le ambiguità insite nella tradizionale formula di riparto in materia di concessioni, il giudice senta talvolta la necessità di richiamare la norma concernente la giurisdizione sugli accordi che attribuisce l'intera fase di « *esecuzione* » del rapporto al giudice amministrativo (228).

(226) Da questo punto di vista, si potrebbe prendere spunto dal riparto di giurisdizione in materia di sovvenzioni (ove tuttavia non esiste una disciplina *ad hoc* sulla giurisdizione esclusiva) su cui recentemente sono intervenute le Sezioni Unite della Corte di Cassazione (20 luglio 2011, n. 15867) chiarendo che « in materia di contributi e sovvenzioni pubbliche, il riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo deve essere attuato distinguendo la fase procedimentale di valutazione della domanda di concessione nella quale la legge, salvo il caso in cui riconosca direttamente il contributo o la sovvenzione, attribuisce alla p.a. il potere di riconoscere il beneficio, previa valutazione comparativa degli interessi pubblici e privati in relazione all'interesse primario, apprezzando discrezionalmente l'*an*, il *quid* ed il *quomodo* dell'erogazione, e al richiedente la posizione di interesse legittimo, da quella successiva alla concessione del contributo, in cui il privato è titolare di un diritto soggettivo perfetto, come tale tutelabile dinanzi al giudice ordinario, attenendo la controversia alla fase esecutiva del rapporto di sovvenzione e all'inadempimento degli obblighi cui è subordinato il concreto provvedimento di attribuzione ».

(227) In materia di penali su appalti di lavori, come si è visto, la giurisprudenza è pacifica nell'attribuire la giurisdizione al giudice ordinario (Cass., S.U., 22 dicembre 2011, n. 28342).

(228) E, tuttavia, si è già detto che tale soluzione non appare ammissibile poiché è da escludere la possibilità di ergere gli accordi a modello generale della consensualità amministrativa, al di là delle ipotesi in cui vi sia un provvedimento amministrativo e discrezionale da sostituire. In questa prospettiva è proprio (e solo) la particolare natura dell'accordo amministrativo, inteso quale strumento di partecipazione radicato nell'istruttoria procedimentale, a legittimare un'alterazione dei

A prescindere, quindi, del dibattito teorico sulla natura giuridica — autoritativa, negoziale o contrattual-pubblicistica — dello strumento utilizzato, nel momento in cui sorge un'obbligazione si viene a creare uno *iato* con l'esercizio del pubblico potere che rende assai problematica la stessa previsione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (229). Rispetto a tale fase, si pone infatti principalmente un problema di adempimento delle obbligazioni, ed è proprio tale elemento che dovrebbe giustificare il naturale radicamento della giurisdizione ordinaria (230).

Tale impostazione avrebbe il merito di ridurre le attuali incertezze sul riparto di giurisdizione, soprattutto in materia di servizi pubblici locali, e, al tempo stesso, consentirebbe di superare l'anomala frammentazione della giurisdizione sulle vicende concernenti la fase esecutiva del rapporto a seconda che ci si trovi dinanzi a controversie strettamente patrimoniali o meno: il che talvolta rappresenta una « forzatura » considerato che il problema della corretta esecuzione investe il rapporto obbligatorio nella sua unitarietà, toccando aspetti sia patrimoniali, sia non patrimoniali (231).

normali criteri di riparto mediante la previsione della giurisdizione esclusiva su tutto il rapporto. E tuttavia si tratta di una previsione eccezionale che, in assenza di un'espressa previsione di legge, non può trovare applicazione a rapporti che nulla condividono della *ratio* ispiratrice e sistematica degli accordi amministrativi.

(229) M. RENNA, *Il regime giuridico delle obbligazioni*, cit., p. 82 ss.

(230) Ancora Cass., S.U., 22 dicembre 2011, n. 28342 che, seppure in relazione ad un appalto pubblico, evidenzia il nesso tra adempimento e giurisdizione ordinaria proprio in relazione ad una clausola penale: « In sostanza, nella controversia del giudizio principale, si tratta di valutare una clausola penale come strumento di commisurazione anticipata del danno (Cass, S.U., 4 febbraio 2009, n. 2634), tenendo presente che la stessa è sempre e comunque riducibile, ove ecceda in misura palese dalla concreta entità del pregiudizio (Cass., 21 aprile 2010, n. 9504) e che presuppone l'*inadempimento*, di cui di regola deve conoscere il giudice ordinario ».

(231) Si pensi ad una decadenza o ad un recesso per inadempimento (che potrebbero rientrare, secondo l'impostazione dominante, nella giurisdizione amministrativa) e alla quantificazione dell'indennizzo conseguente a quell'inadempimento (conoscibile invece solo dal giudice ordinario). In questo senso, da ultimo, Cons. St., sez. VI, 4 luglio 2011, n. 3997. Inoltre, anche all'interno delle stesse controversie patrimoniali sono oggi escluse dalla giurisdizione ordinaria le vicende in cui si ravvisi la presenza di un spazio di discrezionalità per l'amministrazione: Cass. S.U., 12 ottobre 2011, n. 20939 ha precisato che « spettano, infatti, in base ai criteri generali del riparto di giurisdizione, alla giurisdizione ordinaria solo quelle controversie sui

Né la prospettiva del riparto di giurisdizione alla stregua della distinzione tra fase di affidamento e fase esecutiva rappresenterebbe una diminuzione di tutela per i terzi (232). I concorrenti, infatti, ben possono agire a tutela dei propri interessi « aggredendo » le fasi dell'evidenza pubblica. Gli amministrati, invece, si vedrebbero sicuramente preclusa la possibilità di agire in sede di giurisdizione esclusiva nell'ambito di « controversie in materia di pubblici servizi relative a concessioni di pubblici servizi » (233). E tuttavia, ricostruendo lo schema del rapporto concessorio secondo l'istituto del contratto a favore di terzi, gli stessi ben potrebbero far valere in sede civile le proprie ragioni nei confronti del concessionario inadempiente, in un giudizio che vedrebbe come parte necessaria anche l'amministrazione concedente.

Ma le incertezze evidenziate in tema di riparto di giurisdizione hanno delle ricadute di assoluto rilievo sul concreto atteggiarsi del sindacato del giudice amministrativo sulle vicende esecutive del rapporto concessorio. Troppo spesso, infatti, l'attrazione di diritti soggettivi nella giurisdizione esclusiva — giustificata formalmente dall'intreccio inestricabile con gli interessi legittimi — conduce ad una sovrapposizione dei piani e del metodo, propri del giudizio sull'eccesso di potere, con quelli concernenti il giudizio sull'inadempimento delle obbligazioni (234). Talvolta il giudice amministrativo sembra dar vita ad un giudizio ibrido che, sul piano sostanziale, tiene conto delle regole civilistiche in materia di adempimento del contratto, ma che, dal punto di vista formale,

profili in esame che abbiano contenuto meramente patrimoniale, senza che assuma rilievo un potere di intervento della P.A. a tutela di ipotesi generali, mentre restano nella giurisdizione amministrativa quelle che coinvolgono l'esercizio di poteri discrezionali inerenti alla determinazione del canone, dell'indennità o di altri corrispettivi ».

(232) Sul necessario ridimensionamento della problematica dei « terzi » che deve seguire, e non precedere, la questione della qualificazione del rapporto sostanziale C. CUDIA, *Funzione amministrativa*, cit., p. 190.

(233) Per questo orientamento, *ex multis*, Cons. St., sez. VI, 4 luglio 2011, n. 3997; Cass., S.U., 28 gennaio 2011, n. 2062 secondo cui la P.A. è resistente principale ed il concessionario litisconsorte necessario.

(234) E alla luce di ciò gli atti negoziali di decadenza vengono valutati anche sotto il profilo dell'eccesso di potere, prestando attenzione al profilo della motivazione e dell'istruttoria: sul punto si vedano le considerazioni critiche di F. TRIMARCHI BANFI, *Il diritto privato dell'amministrazione pubblica*, in *Dir. amm.*, 2004, p. 45 ss.

continua a far ricorso alle categorie tradizionali che contraddistinguono il giudizio sull'eccesso di potere. In questa prospettiva, ad esempio, la ricostruzione del potere di irrogazione della penale come potere sanzionatorio pubblicistico e discrezionale consente al giudice di scrutinare l'operato dell'amministrazione dal punto di vista del difetto di motivazione, del difetto di istruttoria e della violazione dei principi di proporzionalità e ragionevolezza. E così, il fatto che la p.a. non abbia dimostrato di aver subito un pregiudizio a seguito dell'inadempimento diviene un problema di difetto di motivazione e di istruttoria, così come diviene un problema di erronea « ponderazione di tutti gli elementi che hanno caratterizzato la complessiva vicenda e che hanno inciso sull'alea negoziale » il fatto che il creditore abbia colpevolmente concorso al ritardo nell'esecuzione della prestazione pattuita (235). Il sindacato giurisdizionale diviene quindi funzionale soprattutto alla « verifica di legittimità delle modalità » con cui la potestà di controllo sul concessionario è stata esercitata (236).

In definitiva, la tendenza a sottoporre al regime dell'atto amministrativo qualsiasi atto unilaterale della p.a. che incide sull'esecuzione del rapporto — giustificata soprattutto per regolare il riparto di giurisdizione — rischia di spostare il « cuore » del controllo dall'esame sui fatti e dal giudizio sui diritti soggettivi, al sindacato sull'esercizio del potere, ove assume primario rilievo la

(235) Così Cons. St. n. 3023/2011, cit.: tale circostanza, peraltro, venendo ad incidere « sul sinallagma contrattuale e sul nesso di causalità che lega la condotta della società alle prescrizioni convenzionali ed al presunto inadempimento addebitato », impedisce di qualificare come « inadempimento la mancata esecuzione di una prestazione rivelatasi impossibile non per volontà delle parti ».

(236) Così Tar Lazio n. 3173/2008, cit., (punti 5-7) che, annullando le misure adottate dell'Azienda dei Monopoli di Stato, contesta proprio il fatto che « il provvedimento manifesta che l'amministrazione non ha effettuato alcuna ponderazione della singola vicenda in trattazione, e che le determinazioni di cui si compone sono frutto non della debita azione continua di vigilanza sull'operato dei concessionari, che presiede e, al contempo, legittima, secondo l'applicazione degli elementari canoni della materia, il potere sanzionatorio ad essa rimesso, soprattutto quando, come nella specie, esso assume carattere discrezionale, richiedendo l'apprezzamento del complessivo andamento del rapporto, bensì di un operato automatico ed *una tantum*, che involve, per ciò stesso, nell'assoluta irrazionalità dell'azione amministrativa, che risulta, così attuata, del tutto *inidonea a perseguire il fine concreto* sotteso al potere esercitato e svincolata dalla riferibilità all'attualità ed alla fattibilità dell'interesse pubblico pretesamente fatto valere ».

coerenza e la logicità della motivazione, la proporzionalità, la ragionevolezza e l'adeguata ponderazione del pubblico interesse: e così anche la decadenza, il recesso o l'applicazione di una penale diventano espressione di ponderazione di pubblico interesse, da verificare mediante il giudizio sull'eccesso di potere (237). E la necessità di ricostruire in chiave autoritativa e discrezionale gli atti di controllo del concedente (anche al fine di radicare la giurisdizione amministrativa) rischia di determinare un potenziale *vulnus* all'effettività della tutela, posto che le regole civilistiche di adempimento dell'obbligazione sono, per un verso, sottratte alla giurisdizione ordinaria e, quindi, alla funzione nomofilattica della Corte di cassazione e, per altro verso, plasmate e intrecciate con le vicende dell'esercizio del potere.

In questa prospettiva, quindi, al di là del problema del riparto di giurisdizione — che, evidentemente, si pone soprattutto in una prospettiva *de iure condendo* — dal punto di vista della « qualità » del sindacato sul rapporto concessorio, andrebbe comunque superata la *fictio* per cui il giudice amministrativo si trova a giudicare sull'adempimento dell'obbligazione contrattuale mediante lo « schermo » del potere funzionalizzato (238). E, infatti, la previsione della giurisdizione esclusiva non può condurre alla trasformazione di una cognizione su diritti e obblighi, in un sindacato modellato sull'esercizio del potere discrezionale (239). Il sindacato

(237) Sulla ricostruzione anche della dichiarazione di decadenza come « valutazione discrezionale sulla convenienza di proseguire il rapporto con il privato » si veda E. BRUTI LIBERATI, *Le vicende del rapporto di concessione*, cit., p. 175, il quale tuttavia sottolinea che, a differenza della revoca, questa presuppone comunque l'accertamento di un inadempimento.

(238) In questo senso si veda C. CUDIA, *Funzione amministrativa*, cit., p. 183 secondo cui la strumentalità dell'attività amministrativa a interessi pubblici « non implica che tale carattere si estenda sempre e necessariamente ai singoli atti, diventando, appunto, paradigma della loro legittimità ». E ancora « la scindibilità tra funzione e funzionalizzazione (...) mostra come il perseguimento dell'interesse pubblico non si traduca di necessità in un metro su cui misurare la validità di ogni singolo provvedimento »; d'altronde la rinuncia al « modello pubblicistico » di sindacato sul potere unilaterale consente di evitare che « l'esistenza di un vincolo di scopo condizioni in punto di validità qualsiasi espressione dell'attività amministrativa » (p. 185).

(239) In maniera non dissimile, anche se con riferimento al sindacato sugli accordi, S. GIACHETTI, *Gli accordi amministrativi*, cit., p. 520 ss. contesta il giudizio fondato sull'eccesso di potere, sottolineando il fatto che « il giudice amministrativo

sulla proporzionalità e sulla ragionevolezza dell'esercizio del potere di vigilanza e di controllo deve cedere il passo ad un sindacato rigoroso sui fatti, sulle sopravvenienze, sull'inadempimento, sull'equilibrio del sinallagma, alla luce dei canoni di buona fede e correttezza che orientano il controllo del giudice sull'esatto e non abusivo adempimento delle obbligazioni ai sensi dell'art. 1218 c.c. (240). E ciò, considerato che il principale « interesse » dell'amministrazione in fase di controllo su tali rapporti è alla corretta esecuzione delle previsioni convenzionali. Il potere della p.a. in fase di controllo ed esecuzione del rapporto (se esiste) è limitato all'accertamento di presupposti fattuali previsti dalla legge o dal contratto e, semmai, chiama in causa valutazioni tecniche che nulla condividono del potere discrezionale (241): su tali basi il sindacato deve essere penetrante e caratterizzato da un pieno accesso ai fatti e agli accertamenti tecnici posti in essere dall'amministrazione (242).

dovrebbe giudicare degli accordi e dei relativi provvedimenti con lo stesso metro con cui il giudice civile giudica dei contratti; e ciò con riferimento a pretese che, essendo relative ad atti convenzionali (e quindi paritetici), dovrebbero potersi fare valere nei termini di prescrizioni anziché in quelli di decadenza ». Non a caso, l'autore confida nella capacità della giurisdizione esclusiva per blocchi di materie (antecedente alla pronuncia della Corte cost. n. 204/2004) di favorire una rielaborazione sistematica delle categorie del diritto amministrativo liberata dai connotati dell'autoritatività.

(240) Sull'applicabilità e sulla prevalenza dei principi civilistici di buona fede e correttezza rispetto a tutta l'attività dell'amministrazione pubblica, si veda M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo e principi generali*, in ID. (a cura di), *Le nuove mete del diritto amministrativo*, Bologna, 2010, p. 67 ss. e ora anche M. D'ALBERTI, *Lezioni di diritto amministrativo*, cit., p. 51 ss.

(241) Sulla distinzione tra discrezionalità amministrativa e valutazione tecnica, M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, cit., *passim*.

(242) Sul tema del sindacato giurisdizionale sulla tecnica, si veda V. BACHELET, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, 1967; F. LEDDA, *Potere, tecnica, sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Dir. proc. amm.*, 1983, p. 371; V. CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, p. 468; C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985; D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995. Sul problema dell'estensione del sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecnico-complesse in materia di regolazione economica, sia consentito il rinvio a A. MOLITERNI, *Vigilanza creditizia e diritto amministrativo nella fase di avvio della procedura di amministrazione straordinaria delle banche*, in *Foro amm. - Cons. St.*, 2011, n. 6, p. 1928 ss.

8. *Considerazioni conclusive: il contratto e la regolazione dei servizi pubblici.*

La problematica del regime giuridico applicabile nella fase di esecuzione dei rapporti concessori rappresenta una valida lente di ingrandimento per l'osservazione e l'analisi delle continue relazioni, dei frequenti intrecci e delle reciproche interferenze tra diritto pubblico e diritto comune nell'« ordinamento amministrativo ». Da questo punto di vista, al di là del dibattito teorico sulla natura delle concessioni amministrative, proprio il momento dell'esecuzione della concessione di servizio pubblico e della relativa tutela giurisdizionale fa emergere, in tutta la sua problematicità, il perenne conflitto tra diritto pubblico e diritto comune nella ricostruzione dell'istituto.

Come si è visto, dinanzi al dato incontrovertibile della natura paritetica delle relazioni che si instaurano tra amministrazione e concessionario, la scienza giuridica non ha comunque rinunciato ad individuare un « presidio pubblicistico » quanto meno rispetto alla fase costitutiva del rapporto che, al tempo stesso, consentisse di rendere maggiormente flessibile il rapporto convenzionale a fronte delle esigenze della parte pubblica in fase di esecuzione e, soprattutto, giustificasse l'affidamento della cognizione sulle relative controversie al giudice amministrativo. Tale « presidio » inizialmente è stato rinvenuto nell'atto costitutivo unilaterale e discrezionale cui accedeva un contratto di diritto privato per la regolazione dei profili patrimoniali del rapporto. Successivamente, di fronte alla difficoltà di giustificare la nascita di un rapporto bilaterale e, soprattutto, l'assunzione di obbligazioni da parte del privato mediante uno strumento unilaterale, le esigenze di carattere pubblicistico hanno trovato risposta nella categoria del contratto di diritto pubblico, prima, e in quella dell'accordo amministrativo, più di recente.

Occorre evidenziare che le ragioni che hanno impedito una ricostruzione privatistica del regime giuridico del rapporto concessorio di pubblico servizio sono mutate nel tempo. La concezione ideologica della *necessaria* regolazione pubblicistica dei rapporti tra p.a. e cittadino — all'infuori dei rapporti di mera gestione patrimoniale ove solo poteva trovare ingresso il diritto

privato (243) — è infatti stata prevalente agli esordi del Novecento sulla scia della Scuola orlandiana, ma ha iniziato a divenire recessiva già a partire dalla metà del secolo scorso (244). E tuttavia, anche nelle concezioni più aperte all'ingresso del diritto comune nell'agire della p.a., è rimasta centrale la problematica

(243) Nelle ricostruzioni classiche di inizio Novecento, la distinzione netta tra le attività di gestione e le attività d'imperio trova fondamento nell'esercizio di due funzioni dello Stato profondamente diverse tra loro che legittimano il ricorso a strumenti diversi. Non a caso il termine «atto di gestione» è indistintamente utilizzato da Santi Romano come «atto di diritto privato» (S. ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1937, p. 233). In tale contesto, l'attività *iure gestionis* è un'attività contingente, residuale: è attività meramente strumentale e funzionale alla gestione dei rapporti patrimoniali cui lo Stato, come qualsiasi persona pubblica, deve necessariamente provvedere. L'attività istituzionale propria dello Stato è, invece, l'attività d'imperio: quest'ultima prevale sull'attività di gestione e ne influenza la stessa ricostruzione. E secondo Cammeo (F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1960, p. 51) «il diritto pubblico è il *diritto comune*, ordinario, per i rapporti fra individuo e Stato, come quello che risponde alla natura dei soggetti e dei rapporti; il diritto privato non può apparire come regolatore di quei rapporti se non in via eccezionale, il che può formularsi così: i rapporti fra individuo e Stato debbono presumersi regolati dal diritto pubblico, se non v'è espressa o chiara ragione in contrario. In secondo luogo questa ragione chiara non può darsi se non in quanto l'amministrazione si presenti in un dato rapporto di fronte al cittadino, nelle stesse condizioni sociali di *eguaglianza* in cui i cittadini stanno fra loro sotto l'impero del diritto privato». E tuttavia, già Cammeo non disconosce che «la distinzione fra diritto privato e diritto pubblico è imminente un fatto storico e contingente e ciò che nello Stato moderno è di diritto pubblico può essere in passato di diritto privato».

(244) In particolare, A. AMORTH, *Osservazioni sui limiti all'attività amministrativa di diritto privato*, cit., p. 488 ss., secondo cui il principio della sottomissione dell'amministrazione pubblica al diritto non comporta che «il raggiungimento delle finalità costituenti la destinazione fondamentale degli enti pubblici avvenga necessariamente attraverso atti o negozi giuridici di diritto pubblico». Tale obiettivo, come dimostra chiaramente il diritto positivo, «può compiersi anche mediante atti e negozi di diritto privato». In questa prospettiva l'A. propone tre modelli di attività: l'attività amministrativa di diritto pubblico; l'attività amministrativa di diritto privato; l'attività privata. In una prospettiva non dissimile, M.S. GIANNINI, *L'attività amministrativa*, cit., p. 7 ss. sostiene che l'attività amministrativa si può svolgere secondo due moduli fondamentali: l'attività *disciplinata* dal diritto privato e quella *disciplinata* dal diritto amministrativo. Obiettivo chiaro dell'autore è di rigettare l'elaborazione della dottrina classica in base alla quale le amministrazioni curerebbero interessi pubblici solamente mediante atti di diritto amministrativo. Si tratta secondo Giannini di una concezione «decisamente inaccettabile», dal momento che «un interesse pubblico può essere curato tanto da un negozio privato che con un provvedimento amministrativo».

dell'*oggetto pubblico* e del conferimento di funzioni e responsabilità pubblicistiche in capo al privato (245). Tali elementi hanno a lungo giustificato, più di ogni altro aspetto, una ricostruzione comunque ancorata al diritto pubblico dei rapporti concessori di pubblico servizio.

Oggi queste motivazioni, pur continuando ad essere presenti nella retorica argomentativa della scienza giuridica, sembrano essere passate in secondo piano: le ragioni che escludono una ricostruzione privatistica del rapporto si rinvergono soprattutto nella necessità, da un lato, di tutelare adeguatamente i terzi, e, dall'altro, di giustificare la presenza di strumenti maggiormente incisivi per la p.a. in chiave di controllo dell'attività del concessionario (246). E ciò in ragione della necessaria natura « funzio-

(245) Significativi appaiono da questo punto di vista i contributi di Giannini e Ledda che muovono entrambi dal comune rigetto di qualsiasi spazio per una teorica del contratto di diritto pubblico. Secondo il primo — nonostante l'iniziale convincimento secondo cui non vi sarebbe alcuna necessaria relazione tra il carattere pubblico dell'oggetto e il carattere dell'atto di disposizione il quale potrebbe essere anche un atto di diritto privato (M.S. GIANNINI, *L'attività amministrativa*, cit., p. 32) — nel « contratto ad oggetto pubblico » sarebbe comunque necessario un collegamento tra il contratto ed un provvedimento amministrativo dispositivo del bene; in definitiva, il provvedimento concentrerebbe su di sé i profili pubblicistici che poi trovano una regolazione patrimoniale nel contratto ad esso accessivo (M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., vol. II, p. 429). Nella teorica del Ledda (F. LEDDA, *Il problema del contratto nel diritto amministrativo*, cit., p. 108 ss. e p. 140 ss.), invece, il rapporto di tipo concessorio si instaurerebbe mediante un provvedimento autoritativo al quale seguirebbe un contratto con cui le parti rielaborano il contenuto dell'atto di concessione. In tal modo l'obbligazione nascente dal primo viene trasfusa in un negozio di diritto privato autonomo che vede nel rapporto di diritto pubblico precedentemente sorto un elemento della sua causa. Il negozio diviene, quindi, pensabile solo in funzione di un precedente provvedimento le cui vicende influiscono ovviamente sulla validità del primo, ma che consentono per questo l'applicazione di norme di diritto privato (p. 120). Solo attraverso una tale ricostruzione, che viene definita a doppio grado, sarebbe possibile porre a confronto due obbligazioni di natura diversa: quelle di diritto pubblico, di gestione del servizio, e quelle di diritto civile, derivanti dagli aspetti patrimoniali di questa (p. 109).

(246) Sul punto appaiono emblematiche le considerazioni di A. MASSERA, *Lo Stato che contratta e che si accorda*, cit., p. 33 che dopo aver evidenziato tutti i profili positivi di una contrattualizzazione dell'azione amministrativa mette in evidenza i rischi di un pervasivo « *government outsourcing* »; in particolare, secondo l'A. è necessario accertare se, mediante l'utilizzo di forme consensuali « possano risultare compromesse quelle funzioni essenziali alle quali essi [i pubblici poteri], attraverso

nalizzata » al pubblico interesse che contraddistinguerebbe tali rapporti, in quanto relativi all'erogazione di *servizi pubblici*.

Da questo punto di vista, non stupisce che la chiara contrattualizzazione — non solo nominalistica, come si è visto — delle « concessioni di servizi » ad opera delle direttive comunitarie e del Codice dei contratti pubblici sia stata circoscritta da molti ai soli rapporti concessori incidenti su servizi non pubblici (247): sulla scia di una distinzione tra servizi privati resi al pubblico e servizi pubblici — che richiamerebbe la differenza tra l'art. 57 TFUE e l'art. 106 TFUE (248) —, la dottrina prevalente ha quindi eretto una sorta di « barriera » rispetto all'ingresso nell'ordinamento giuridico nazionale di una concezione contrattuale (e connotata soprattutto in un'ottica economico-funzionale) dell'istituto concessorio, che potesse interferire con il regime tradizionale delle concessioni di pubblico servizio. La presenza di un servizio pubblico giustificerebbe (*rectius*: imporrebbe) la presenza di strumenti pubblicistici per il più efficace controllo e la più incisiva vigilanza sul concessionario che, tuttavia, « precipiterebbero » su un regolamento comunque di natura consensuale (249). Ciò determinerebbe una sorta di inestricabile intreccio tra le (ineliminabili) regole privatistiche sottostanti alla regolazione consensuale del rapporto e i principi e gli strumenti propri del diritto pubblico. E proprio la presenza di tale intreccio giustificerebbe, nonostante la sempre più vasta applicazione del diritto comune, il radicamento della giurisdizione amministrativa su tutte le vicende esecutive del rapporto.

Si tratta tuttavia di una prospettiva che, per quel che si è

l'amministrazione non possono sottrarsi: vale a dire per un verso mantenere le garanzie di adeguata protezione anche per i soggetti terzi nell'ambito di un rapporto, quale appunto quello amministrativo, che rimane pur sempre un rapporto (quasi) naturalmente multipolare, e per altro verso di fornire risposte parimenti adeguate alle sopravvenienze, prevedibili o meno, che mettano a rischio gli interessi pubblici e collettivi, e in definitiva di assicurare il loro ruolo irrinunciabile di decisori di ultima istanza e di responsabili finali della coesione sociale ».

(247) Da ultimo, R. VILLATA, *Pubblici servizi*, cit., spec. p. 106.

(248) L. BERTONAZZI-R. VILLATA, *Servizi di interesse economico generale*, cit., p. 1857; C. SGUBIN, *La difficile applicazione del diritto comunitario agli istituti tra appalto e concessione*, cit., *passim*.

(249) In questa prospettiva, G. GRECO, *Le concessioni di pubblici servizi*, cit., p. 394 ss.

cercato di dire in precedenza, non appare del tutto convincente e che, anzi, rischia di legittimare una serie di incoerenze nella ricostruzione del regime dei rapporti concessori nel « sistema » della contrattualità amministrativa.

Innanzitutto, poiché l'amministrazione — anche ai sensi dell'art. 1, comma 1-*bis* della l. n. 241/1990 — è in grado di esercitare la propria azione nel perseguimento del pubblico interesse sia mediante strumenti privatistici che attraverso mezzi pubblicistici, la definizione della natura del rapporto deve prescindere dal riferimento al « pubblico interesse » o dalla rilevanza pubblicistica dei compiti o degli oggetti affidati al privato, dovendosi, invece, fondare esclusivamente sull'analisi del regime giuridico realmente adottato dalle parti con la conclusione del negozio (250).

In questa prospettiva, appare evidente che, a seguito della stipulazione dei contratti di concessione (variamente denominati) aventi ad oggetto l'affidamento e la regolazione di pubblici servizi, sono sorti dei veri diritti e obbligazioni tra le parti. Siamo, infatti, dinanzi a negozi giuridici stipulati a seguito di una gara, preceduti

(250) Sulla scarsa utilità del riferimento al pubblico interesse per giustificare un diritto e un giudice speciale, si veda A. ORSI BATTAGLINI-C. MARZUOLI, *Unità e pluralità della giurisdizione: un altro secolo di giudice speciale per l'amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 1997, spec. p. 904 ss.; più di recente, C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela*, cit., spec. p. 187 ss. In giurisprudenza, Cons. St., sez. V, 13 marzo 2000, n. 1327, nel ricostruire l'atto di disdetta del rapporto concessorio come atto paritetico, afferma correttamente che « non può essere sopravvalutato il rilievo dell'interesse pubblico nelle determinazioni concernenti la *durata del rapporto* ». E poiché « la disdetta, quindi, si presenta come mera attuazione di una disciplina convenzionale, che si basa su un compiuto apprezzamento dei tratti essenziali del rapporto (...), la comunicazione della volontà di non proseguire il rapporto non è affatto caratterizzata dalla valutazione necessaria dell'interesse pubblico ». In definitiva « l'interesse pubblico enunciato dall'amministrazione non rappresenta il presupposto della disdetta, ma costituisce, semplicemente, uno dei *motivi*, di per sé non rilevante nell'ambito del rapporto tra amministrazione e gestore, della determinazione assunta dal concedente ». Da questo punto di vista, secondo il giudice, essendo « ormai consolidato il principio in forza del quale normalmente l'amministrazione può eseguire i compiti istituzionali affidateli dall'ordinamento, tanto mediante l'uso di strumenti autoritativi, quanto attraverso l'applicazione di istituti di diritto comune » e poiché « la *finalità* pubblicistica è presente in atti di diritto comune, che restano comunque disciplinati dalla normativa civilistica », ne discende che « l'attività delle amministrazioni, anche se formalmente connotata da aspetti civilistici, deve sempre rispettare il generale criterio di adeguata tutela dell'interesse pubblico, senza per questo trasformarsi in attività di carattere autoritativo ».

da un'aggiudicazione, ma, soprattutto, fortemente pervasi da una disciplina di diritto privato. La fase pubblicistica è limitata ad una funzione di « evidenza pubblica » non essendo più necessaria la costituzione, mediante una concessione traslativa, di un diritto di gestire il servizio: tale diritto, infatti, può bene essere — e nella maggior parte dei casi è — conferito dall'amministrazione mediante una clausola contrattuale (251).

Inoltre, si tratta di strumenti consensuali che non possono essere ricondotti né alla categoria del contratto di diritto pubblico, né a quella degli accordi amministrativi. L'art. 11, infatti, può trovare applicazione solo per quelle ipotesi che condividono la *ratio* ispiratrice e sistematica della norma che è quella di disciplinare, all'interno di un procedimento amministrativo discrezionale, la negoziazione partecipata del pubblico potere (252). Il contratto di concessione, la convenzione concessoria o il contratto di servizio — al di là del *nomen* utilizzato — non possono essere intesi come sostitutivi di un atto concessorio, poiché essi rappresentano la sole modalità di estrinsecazione del potere di affidare e regolamentare lo svolgimento di un servizio.

Per tali strumenti, quindi, la « norma base » non va rinvenuta nell'art. 11 della l. 241/1990, bensì nell'art. 1321 c.c.: il « regolamento contrattuale » riposa nel codice civile e permane nonostante le possibili deviazioni di diritto privato speciale che l'ordi-

(251) In questi termini, D. SORACE, *Il diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, 2010, p. 180 il quale evidenzia la natura necessariamente contrattuale dei rapporti che intercorrono tra amministrazione e concessionario, risultando tuttavia necessario verificare se « se i contratti di servizio pubblico possano considerarsi soggetti esclusivamente al diritto privato comune o se ad essi si applichi qualche disciplina derogatoria ».

(252) In questa prospettiva la dottrina più autorevole (A. ROMANO, *La concessione di un pubblico servizio*, cit., p. 74) aveva evidenziato che la possibilità di estendere le concessioni di pubblico servizio all'art. 11 chiama in causa non solo (o non tanto) il discusso problema della natura giuridica di tale strumento (*rectius*: del regime giuridico applicabile), quanto la questione dell'effettivo ambito di applicazione della stessa norma: « la possibilità di riscontrare anche per l'attribuzione ad un concessionario della gestione di un pubblico servizio, casi di equipollenza dell'accordo al provvedimento prevista in linea generale dall'art. 11 della L. n. 241/1990, sembra dipendere assai meno dall'esame dei caratteri dei vari tipi delle relative concessioni, e ben più dalla ricostruzione della effettiva portata di tale norma ».

namento pone a garanzia della funzionalità dell'azione amministrativa (253).

La riconduzione di tali strumenti nel *naturale* terreno privatistico e contrattuale non può di certo trovare un ostacolo nell'incidenza dei relativi rapporti su *servizi pubblici*. Già oggi, infatti, il servizio pubblico, inteso come servizio erogato al pubblico nel rispetto di determinati vincoli e principi che rispondono ai bisogni e alle esigenze di una collettività in un dato momento storico e in uno specifico contesto sociale, può essere erogato dai privati sulla base di contratti di appalto. La specificità del regime giuridico, quindi, non può essere rinvenuta nella presenza di un servizio pubblico: quest'ultimo esige sicuramente la previsione da parte dei pubblici poteri di una serie di garanzie a tutela della rispondenza di tale servizio al pubblico interesse. Ma ciò può avvenire anche mediante un contratto (254). Contrariamente all'esperienza francese, ove il sistema del regime giuridico dell'attività amministrativa, e del conseguente riparto di giurisdizione, è stato costruito attorno al concetto di *service public* (255), nel nostro ordinamento il servizio pubblico non impone *in re ipsa* uno strumento di regolazione alternativo al diritto privato.

Con ciò, tuttavia, non si vuol negare l'esistenza di una diffe-

(253) In questi termini S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Contributo allo studio*, cit., spec. p. 187 ss. con riferimento, tuttavia, agli stessi accordi amministrativi di cui all'art. 11 della l. n. 241/1990.

(254) Sul punto, chiaramente, V. RICCIUTO-A. NERVI, *Il contratto della pubblica amministrazione*, cit., p. 46 ove, individuata la caratteristica del servizio pubblico nella funzionalizzazione dell'attività economica al soddisfacimento dei bisogni di carattere generale, si sottolinea che il contratto che regola il rapporto tra concedente e concessionario rappresenta « lo strumento principale attraverso il quale si attua la funzionalizzazione dell'attività rispetto ai predetti obiettivi ».

(255) Peralto in Francia il sistema — di origine giurisprudenziale — dei *contrats administratifs* è indissolubilmente legato alla stessa nozione di *service public* che, come è noto, rappresenta il vero fondamento della costruzione del diritto amministrativo, inteso come diritto speciale soggetto alla giurisdizione del giudice amministrativo. Sulla peculiarità della nozione di *service public* in Francia in funzione della giustificazione di *règles exorbitantes du droit commun* si veda L. DUGUIT, *Les transformations du droit public*, Paris, 1913; sul legame con la costruzione del contenzioso amministrativo, R. CHAPUS, *Le service public et la puissance publique*, in *Riv. Droit Publ. Science Pol.*, 1968, p. 235. Per la comparazione tra la costruzione della nozione di servizio pubblico in Francia e in Italia, si veda F. MERUSI, *Servizio pubblico*, cit., p. 215 ss.

renziamento tra l'appalto e la concessione: ma tale differenziazione va individuata su un piano economico funzionale e non nella diversa natura giuridica dello strumento o nel preteso trasferimento di potestà pubblicistiche che caratterizzerebbe la concessione (256). Allorché l'amministrazione voglia trasferire sul settore privato il rischio economico dell'organizzazione e della gestione del servizio utilizzerà lo strumento del contratto di concessione. Potrà invece ricorrere al contratto di appalto laddove voglia affidare la mera esecuzione materiale di una prestazione (anche di erogazione di un servizio pubblico), rimanendo tuttavia titolare della relativa responsabilità organizzativa e gestionale (257).

In definitiva, il contratto di diritto comune rappresenta uno strumento sufficientemente flessibile (258) per essere concepito come strumento di *regolazione* delle attività economiche private in *funzione* del (ma non *funzionalizzato* al) pubblico interesse (259). **Una volta individuato il miglior contraente mediante**

(256) Così R. CARANTA, *I contratti pubblici*, cit., p. 167.

(257) In questo senso V. RICCIUTO-A. NERVI, *Il contratto della pubblica amministrazione*, cit., p. 39; R. CARANTA, *I contratti pubblici*, cit., p. 192. Sul punto si veda chiaramente, Cons. St., sez. VI, 15 maggio 2002, n. 2634, in *Foro amm. - Cons. St.*, p. 1309 ss. ove, con riferimento al medesimo servizio di trasporto pubblico con autolinee, si sottolinea che è solo l'eventuale assunzione del rischio gestionale a distinguere una concessione da un appalto di servizi.

(258) Come è stato sottolineato l'amministrazione ben può utilizzare « forme giuridiche generali » (G. MIELE, *La manifestazione del privato*, cit., p. 31) perché neutre rispetto al pubblico e al privato (come lo schema contrattuale) e, dunque, istituti non già di diritto privato ma di diritto comune. In questo senso anche M. SANTILLI, *Il diritto civile dello Stato*, Milano, 1985, p. 241 ss., ove si rileva che il diritto privato si presenta come una sistema capace di « espandersi, fino a colmare le lacune eventualmente lasciate aperte dal sistema » di diritto pubblico, pur non potendo divenire, comunque, un vero diritto comune rispetto alle questioni che caratterizzano in maniera specifica l'azione del soggetto pubblico.

(259) In questa prospettiva appare significativo quanto sostenuto già da F. MERUSI, *Servizio pubblico*, cit., p. 220 secondo cui le concessioni di servizio pubblico, a differenza delle concessioni traslative con cui si affida una « funzione propria », sarebbero utilizzate « come strumento per disciplinare l'attività economica privata, le quali non comportano la traslazione di nessun diritto o potere appartenente in esclusiva alla pubblica amministrazione ». Sull'utilizzo degli strumenti negoziali in chiave « regolatoria », più di recente, A. MASSERA, *Lo Stato che contratta e che si accorda*, cit., p. 25 secondo cui gli strumenti consensuali dell'amministrazione che « non vengono a costituire solo più oggetto della disciplina regolatoria (...) ma

meccanismi di evidenza pubblica, non vi sono ostacoli a che l'affidamento della concessione, la regolamentazione del rapporto, o la definizione del « programma di servizio pubblico » (260), trovino la propria fonte in un atto di diritto privato capace di astringere il concessionario al rispetto di obblighi e doveri sostanziali con l'esercizio di un'attività di pubblico servizio (261). E proprio in questa prospettiva, il contratto o la convenzione di servizio divengono gli atti principali di regolazione del servizio (262). In maniera non dissimile dall'esperienza che ha interessato i sistemi giuridici anglosassoni, il contratto si fa vero strumento di regolazione dei fatti economici (263).

Assistiamo, in tal modo, al compimento della parabola della concessione amministrativa intesa come atto amministrativo discrezionale (ancorché non imperativo) ed evocativo di un deter-

diventano piuttosto modalità della regolazione stessa, fino all'esito di condurre la gestione delle attività rilevanti fuori della sfera pubblica in senso stretto ».

(260) Per dirla con A. ROMANO, *Profili della concessione di pubblici servizi*, cit., p. 479.

(261) In questa prospettiva la concessione può essere intesa come uno strumento di regolazione dell'attività economica da parte del potere pubblico. Sul punto F. FRACCHIA, *Concessioni amministrative*, cit., p. 255, secondo cui tale rilievo « alimenta la tentazione di qualificarlo [il contratto], non già come mero atto che regolamenta i rapporti in seno a una concessione la cui fonte è in un differente provvedimento, che potremmo definire « affidamento » e dotato pur sempre di indole concessoria, ma quale fonte, appunto, della vicenda concessoria medesima »

(262) Da questo punto di vista appare di estremo interesse già la teorica del Forti (U. FORTI, *Le concessioni*, cit., p. 370 ss.) che, distinguendo la concessione di servizio pubblico da quella di lavori pubblici, anticipa, rispetto alla prima, la fondamentale distinzione tra esplicitazione diretta dell'attività e coinvolgimento dei privati con mera regolazione dell'attività (spec. p. 392 ss.). E tale regolazione, secondo il Forti, può bene avvenire con uno strumento contrattuale ancorché di diritto pubblico, rispetto alle quali le ipotesi di revoca sarebbero limitate ai casi di inadempimento. Anche su tali profili, M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, cit., p. 136 ss.

(263) Sul fenomeno della « *Regulation by contract* » rimane fondamentale T. DAINTITH, *Regulation by Contract: a New Prerogative?*, in *Current Legal Problems*, 1979, p. 41 ss.; più di recente, si veda H. COLLINS, *Regulating contracts*, Oxford, 1999; R. BOSCHEK, *The Nature of Regulatory Contracts*, in *World Competition*, 2003, 25(3), p. 203 ss.; P.V. JONES, *The New Public Contracting. Regulation, Responsiveness, Relationality*, Oxford, 2006; sulla regolazione contrattuale in materia ambientale, E.W. ORTS-K. DEKETELAERE (edited by), *Environmental Contracts*, London, 2001.

minato regime giuridico alternativo al diritto comune. Il concetto tradizionale di concessione di beni (o su beni (264)) e di servizi non appare più in grado di spiegare il reale atteggiarsi del fenomeno con cui l'amministrazione coinvolge i soggetti privati nella gestione di servizi o nella gestione e valorizzazione di beni pubblici. L'*atto di concessione* costitutivo (265) fa spazio al concetto di *rapporto concessorio* che trova nella disciplina convenzionale la forma necessitata di « regolamentazione contrattuale » di attività economiche private, funzionale ad assicurare alla collettività determinate utilità (266). L'« accento » si sposta, quindi, dalla natura dello strumento alla particolare natura dei doveri e delle responsabilità che sono convenzionalmente assunti dal privato affidatario in ragione della rilevanza pubblicistica di una determinata attività o di un bene. L'*idea mistica* (267) del trasferimento al privato di potestà pubbliche dovrebbe cedere il passo ad una concezione *realista* che guarda al contratto concessorio come allo strumento privilegiato per la regolazione da parte del potere pubblico di attività economiche che non sono sufficientemente assicurate dal mercato, né possono essere erogate direttamente

(264) Secondo la prospettiva suggerita da M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., vol. II, p. 672.

(265) Significativa appare la definizione di concessione data da G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, vol. I, *Principi generali*, Milano, 1958, p. 261, secondo cui il « carattere comune di tali provvedimenti è l'effetto, che è loro proprio, di conferire a una o più persone estranee all'amministrazione nuove capacità o nuovi poteri e diritti, dai quali resta ampliata la loro sfera giuridica ».

(266) L'espressione si rinviene già in Corte Cost., 19 giugno 1998, n. 226 ove si sottolinea che non appare possibile « disconoscere, al di là del dibattito sulla definizione in generale dell'istituto, che anche le concessioni di pubblico servizio partecipano di una *regolamentazione c.d. « contrattuale »* del contenuto dell'attività devoluta all'imprenditore privato ». Sul punto, si v. anche V. RICCIUTO-A. NERVI, *Il contratto della pubblica amministrazione*, cit., p. 47 secondo i quali, l'inquadramento dell'istituto della concessione in chiave contrattuale « induce a guardare alla concessione come ad uno strumento attraverso il quale il soggetto pubblico, mantenendo fermo il suo ruolo istituzionale di cura degli interessi della collettività regola lo svolgimento delle attività preordinate al soddisfacimento di tali interessi, secondo logiche prettamente imprenditoriali ».

(267) Per richiamare la felice espressione di R. CARANTA, *I contratti pubblici*, cit., p. 167, il quale sottolinea che « il diritto dell'Unione europea non vede l'aspetto, certo mistico ma caro alla dottrina italiana, ma anche a quella francese, e spagnola, del trasferimento di pubbliche potestà dal concedente al concessionario ».

dall'amministrazione, ma che tuttavia devono essere necessariamente garantite alla collettività, anche mediante un più intenso coinvolgimento delle risorse e delle potenzialità provenienti dal settore privato (268). E proprio tali elementi escludono che la funzione regolatoria possa essere assolta in via unilaterale e con strumenti di *command and control*, (269) essendo invece richiesta la collaborazione e la negoziazione tipica dei meccanismi di scambio (270). Il « programma » della concessione di pubblico servizio si fa necessariamente condiviso (271): e il contratto mira a superare, e a ricomporre, proprio l'evidente conflitto di interessi che sorge tra l'amministrazione concedente, titolare del servizio che deve essere assicurato alla collettività verso la quale è politi-

(268) Sottolineano la « funzione regolatoria » di attività economiche private ricoperta dal contratto di concessione, M. D'ALBERTI, *Concessioni amministrative*, in *Enc. giur.*, cit., p. 8; V. RICCIUTO-A. NERVI, *Il contratto della pubblica amministrazione*, op. cit., p. 44 ove si evidenzia che il contratto di servizio rappresenta lo strumento operativo attraverso il quale l'ente locale regola l'erogazione di un determinato servizio in favore della collettività locale di riferimento.

(269) Sottolinea l'incompatibilità tra le logiche del mercato, soprattutto nell'erogazione di beni e servizi, e le tradizionali logiche del « *command* », A. Massera, *Lo Stato che contratta e che si accorda*, cit., p. 15.

(270) Come affermato da G. BERTI, *Il principio contrattuale nell'attività amministrativa*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, Milano, 1988, II, p. 49 « in un mondo dominato dallo scambio (...) sarebbe assurdo pensare che l'amministrazione pubblica si debba, al contrario, ritirare in una sorta di esilio monacale, per custodire gelosamente le icone del potere imperativo, dell'atto unilaterale e via dicendo ». La problematica della negoziazione dei processi regolatori (o « *regulatory negotiation* ») è stata a lungo al centro del dibattito della scienza giuridica americana: in particolare, si veda P.J. HARTER, *Negotiating Regulations: A Cure for Malaise*, in *Georgetown Law Journal*, 1982, 71, p. 42 ss.; S. ROSE-ACKERMAN, *Consensus versus incentives: a skeptical look at regulatory negotiation*, in *Duke Law Journal*, 1994, 43, p. 1206 ss.; W. FUNK, *Bargaining toward the new millennium: regulatory negotiation and the subversion of the public interest*, in *Duke Law Journal*, 1997, 46, p. 1351 ss.; A. SHAPIRO, *Outsourcing Government Regulation*, in *Duke Law Journal*, 2003, 53, p. 389 ss.; R. STEWART, *Il diritto amministrativo nel XXI secolo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004, p. 1 ss.

(271) Sul punto si vedano le riflessioni di G. PERICU, *Il rapporto di concessione di pubblico servizio*, cit., p. 91 secondo cui « una forma di collaborazione tra potere pubblico e impresa privata che si sviluppa non attraverso una confusione di ruoli, ma con la definizione di un rapporto sostanzialmente consensuale, che muove da una netta distinzione delle rispettive responsabilità conseguenti ai diversi obiettivi perseguiti ».

camente responsabile, e il concessionario gestore dello stesso che mira, invece, a trarre il massimo profitto da tale attività (272).

In questa prospettiva, peraltro, l'utilizzo dello strumento privatistico del « contratto di concessione » o del « contratto di servizio » non spoglia l'amministrazione dei suoi poteri di vigilanza e di controllo sul corretto svolgimento del rapporto. Le esigenze di maggiore flessibilità e di più efficace controllo dell'effettiva aderenza dell'attività del privato al pubblico interesse potranno trovare risposta in quei poteri che già il diritto privato offre ai contraenti per « modellare » la distribuzione del rischio contrattuale tra le parti: recessi, risoluzioni, clausole risolutive, clausole penali possono egualmente consentire all'amministrazione di far valere le proprie esigenze a tutela del pubblico interesse (273). Ma si tratta di poteri speciali di natura privatistica che non sono comunque in grado di « spezzare » e di far venire meno il nucleo essenziale del contratto, e cioè la costituzione di diritti e obblighi reciproci giuridicamente vincolanti per le parti (274).

La tesi di fondo è che il « potere pubblicistico » dell'amministrazione concedente, anche in fase di regolazione del rapporto concessorio, si esaurisca e si consumi prima della predisposizione del regolamento contrattuale che rende assai difficile per il concessionario sottrarsi alle conseguenze degli obblighi assunti: si tratta, tuttavia, di una disciplina regolatoria liberamente pattuita

(272) Sottolinea la funzione di cooperazione o di scambio dei contratti anche nel terreno del diritto pubblico, F. LEDDA, *Il problema del contratto*, cit., p. 109. Sul contrasto di interessi tra il titolare (pubblico) del servizio e il gestore (privato) dello stesso, A. ROMANO, *Profili della concessione*, p. 497. Sul tema anche G. PERICU, *ult op. cit.*, p. 91 secondo cui « nel rapporto di concessione di pubblico servizio esistono interessi pubblici e interessi privati, che trovano il loro punto di mediazione nella disciplina convenzionale, pur restando posizioni di interesse che richiedono una specifica e differenziata tutela ».

(273) In questa prospettiva appare significativo quanto affermato da D. SORACE-C. MARZUOLI, *Concessioni amministrative*, cit., p. 296, i quali, dopo aver escluso un principio di generale revocabilità, precisano che ciò « non può ritenersi una inaccettabile limitazione dei poteri necessari affinché lo Stato possa curare adeguatamente l'« interesse pubblico » » dal momento che « una facoltà di recesso unilaterale da contratto (...) può sempre essere consensualmente stabilita ».

(274) Sulle differenze tra contratti di diritto comune e contratti pubblici con riferimento all'operatività di potero unilaterali e modifiche bilaterali incidenti sulla fase esecutiva del rapporto, da ultimo, A. GIANNELLI, *Esecuzione e rinegoziazione*, cit., *passim*.

dalle parti che, quindi, non è l'indice dell'immanenza di un potere pubblicistico in fase costitutiva ed esecutiva del rapporto, ma solo l'indice dell'autoregolamentazione del rapporto medesimo; autoregolamentazione che rappresenta il cuore dell'autonomia privata (275), ancorché finalisticamente limitata o orientata (276).

La p.a. si serve della sua posizione *dis-paritaria* (poiché titolare della funzione di regolazione e responsabile politicamente dell'erogazione del servizio) per imporre, in fase di programmazione, clausole contrattuali assai stringenti per il concessionario (277). Si tratta di una « forza contrattuale » esterna al contratto, che si riversa sul piano dell'imposizione di un determinato regime convenzionale in maniera non dissimile da quanto si verifica in altri territori del diritto privato (278): l'interesse pubblico, pur essendo al centro dell'attività di predisposizione dello

(275) Sull'autonomia privata come autoregolamento di interessi si veda, in particolare, E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, II ed., Torino, 1955, p. 44; sulla nozione di contratto anche come « regolamento di interessi » P. SCHLESINGER, *Complessità del procedimento di formazione del consenso ed unità del negozio giuridico*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1964, p. 1345 ss.; per la dottrina pubblicistica, F. LEDDA, *Il problema del contratto*, cit., spec. p. 132 ss. ove si sottolinea che il principio di autoregolamento vale per gli enti pubblici come per qualsiasi soggetto di diritto (p. 133). Più di recente, S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Contributo allo studio*, cit., p. 143 ss. pone in evidenza proprio la nozione oggettiva di contratto come « fonte di regolamento di interessi » cui le parti risultano vincolate, al fine di costruire anche gli accordi *ex art.* 11 l. 241/1990 in chiave contrattual-privatistica.

(276) Sul problema dell'autonomia privata della p.a. e sui vincoli e limiti funzionali, M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., vol. II, p. 62-63 il quale sottolinea che la stessa rappresenta un'autonomia « potenzialmente controllata » e che quindi si caratterizza per alcune limitazioni sostanziali che possono subire alcuni modi di esercizio di essa; e tuttavia si tratta di limiti che non sono affatto sconosciuti ai soggetti privati. Sul tema si veda anche S.A. ROMANO, *L'attività privata degli enti pubblici*, Milano, 1979, p. 59 ss.; C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, cit., e, più di recente, V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, cit., spec. p. 78 ss.

(277) Da questo punto di vista la necessità di una « forza giuridica » del concedente sul concessionario che sarebbe consequenziale alla scissione della fase di regolazione da quella di gestione, lungi dal trovare la propria sede naturale negli strumenti di diritto pubblico, può bene essere rinvenuta nel diritto comune. *Contra* A. ROMANO, *La concessione*, cit., p. 505, secondo cui è proprio questa scissione a dover implicare « il recupero della visione dell'amministrazione per atti: per gli atti che di quei poteri sono l'esercizio ».

(278) Si pensi alla stragrande maggioranza dei rapporti contrattuali di consumo, su cui G. ALPA, *Il diritto dei consumatori*, Roma-Bari, 2002.

schema di contratto e della successiva attività di aggiudicazione al miglior offerente, non viene ad incidere sulla causa del negozio (279), né fa venir meno la natura contrattuale del rapporto (280).

In questa prospettiva, quindi, diviene possibile pervenire ai medesimi risultati « funzionali » di controllo e di vigilanza sull'attività di pubblico interesse (281) mediante un contratto di diritto privato su cui si innestano poteri speciali, variamente denominati, ma comunque non in grado di alterare l'equilibrio contrattuale (282). E ciò considerato anche che — come è stato ampiamente dimostrato dalla scienza civilistica — il contratto non si fonda più sul mito della formale « paritarietà » delle parti, ma sul principio della libera autoregolamentazione degli interessi (283). E anche

(279) In questo senso F. TRIMARCHI BANFI, *I rapporti contrattuali con la p.a.*, in *Dir. pubbl.*, 1998, p. 42 che riprende la tesi di F. LEDDA, *Per una nuova normativa sulla contrattazione pubblica*, in AA.VV. *Studi in onore di Antonio Amorth*, vol. I, *Scritti di diritto amministrativo*, Milano, 1982, p. 334 secondo cui nei contratti della p.a. « l'interesse pubblico (...) non può conformare la funzione del contratto e modellarne la causa quasi per una preminenza naturale ». Sul punto, si veda anche A. MASSERA, *Lo Stato che contratta*, cit., p. 328 secondo cui diversamente opinando « si finirebbe per presupporre in buona sostanza che il soggetto privato contraente venga in qualche modo a partecipare alla cura dell'interesse pubblico che muove l'amministrazione ad agire, implicitamente ipotizzando, altresì, come corrispondente alla 'natura delle cose' una subordinazione allo stesso interesse dell'interesse privato; mentre l'interesse pubblico è per il soggetto privato piuttosto un dato di contesto (...) ».

(280) Come è stato sottolineato da R. CARANTA, *I contratti pubblici*, cit., « l'elemento pubblicistico, può esistere, ma se esiste è per così dire di contesto » (p. 168).

(281) Sottolinea la centralità della funzionalizzazione al perseguimento del pubblico interesse di tutta l'attività amministrativa, al di là del fatto che si svolga secondo forme di diritto pubblico o di diritto privato, B.G. MATTARELLA, *L'imperatività*, cit., p. 367.

(282) Si tratta delle previsioni di diritto privato speciale che l'ordinamento già pone a garanzia delle parti, in ragione dei variegati interessi di cui esse sono portatrici: in questo senso S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Contributo allo studio*, cit., p. 174 ss., anche se con riferimento agli accordi amministrativi.

(283) In questa prospettiva è stato bene evidenziato dalla migliore dottrina civilistica che il concetto di autonomia privata deve essere declinato diversamente a seconda del contesto socio-economico in cui si manifesta e a seconda della diversa natura e della diversa forza socio-economica dei soggetti coinvolti: ciò potrà condurre ad un diverso apporto di regole eteronome alla regola formalmente adottata dai privati, anche al fine di correggere la disparità sostanziale dei contraenti (sul

lo stesso principio della indisponibilità unilaterale del vincolo contrattuale appare soffrire sempre più numerose eccezioni anche nella regolamentazione dei rapporti tra privati (284).

Il diritto comune, quindi, sembra già offrire alla p.a. strumenti giuridici in grado assicurare, nell'ambito dell'esecuzione di un rapporto contrattuale di durata, il miglior perseguimento degli specifici interessi di cui sono portatori le parti: anche di quella pubblica (285). E ciò, da un lato, attraverso previsioni che consentono di rafforzare il controllo sull'adempimento del rapporto; dall'altro, attraverso previsioni speciali che attribuiscono una facoltà di scioglimento anticipato dal contratto, in virtù di sopravvenienze che rendano la prosecuzione del rapporto non più compatibile con l'interesse attuale delle parti (286). I poteri unilaterali incidenti sul rapporto risultano essere in larga misura il frutto del

punto, P. BARCELLONA, *Diritto privato e società moderna*, Napoli, 1996, p. 393; e, in particolare, S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1964, p. 91 ss.). Ma la disparità non è di per sé in grado di far venire meno l'essenza dell'autonomia privata: sul tema, più di recente, D. MAFFEIS, *Il contraente e la disparità di trattamento delle controparti*, in *Riv. dir. priv.*, 2006, p. 310 ss. Sull'« oggettivizzazione » dell'idea di contratto per il venir meno del dogma della volontà e sulle « restrizioni della libertà contrattuale » anche in ragione di interventi eteronomi a tutela delle parti più deboli del rapporto, si veda E. ROPPO, *Il contratto*, Bologna, 1977, spec. al cap. V « *Le trasformazioni del contratto* », p. 265 ss. Più in generale, sulle trasformazioni del diritto privato, anche con riferimento ai nessi e alle relazioni con il diritto pubblico, rimane fondamentale M. GIORGIANNI, *Il diritto privato e i suoi attuali confini*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961, p. 2 ss.

(284) Sulle insidie alla naturale « forza di legge » del contratto, si veda G. DE NOVA, *Il contratto ha forza di legge*, Milano, 1993, p. 53. Più di recente, A. SCARPELLO, *La modifica unilaterale del contratto*, Padova, 2010; sulla comparazione tra i poteri unilaterali di modifica del rapporto propri dei contratti privati e i poteri della p.a. incidenti sull'esecuzione dei contratti pubblici, si veda A. GIANNELLI, *Esecuzione e rinegoziazione*, cit., p. 56 ss.

(285) Sul diritto privato come diritto comune a soggetti pubblici e privati e, più in generale, sulla piena legittimazione dei primi — in quanto soggetti ordinariamente dotati di piena capacità d'agire — a ricorrere a tutti gli strumenti negoziali civilistici per il perseguimento dei propri fini, si veda già M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, cit., p. 16. Sul tema, di recente, N. IRTI, *Prefazione* a V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, cit., p. IX.

(286) In questa prospettiva sia il codice civile, sia le leggi di settore offrono già molteplici esempi di previsioni speciali che, senza alterare la natura paritetica del rapporto, legittimano l'attribuzione di poteri eccezionali ad una sola delle parti per garantirne la più idonea tutela dell'interesse pratico od economico della stessa.

libero esplicarsi dell'autonomia negoziale, intesa come potere di autoregolamentazione degli interessi (287). Il fatto che tali poteri siano previsti in favore della parte pubblica non è di per sé sufficiente a trasformare in atti amministrativi ordinari strumenti negoziali di distribuzione tra le parti dei rischi e dei costi contrattuali (288). Le esigenze di stabilità dei rapporti economici assottigliano, infatti, gli spazi per la legittimazione generale di poteri unilaterali di revoca per motivi di pubblico interesse (289): e ciò anche al fine di evitare arbitri o favoritismi che possano alterare il gioco concorrenziale (290). E come correttamente evidenziato in dottrina, una volta ricondotto il potere di scioglimento unilaterale del rapporto concessorio (ricostruito sia come revoca, sia come recesso) ad una specifica previsione di legge, ovvero ad una libera pattuizione delle parti « non vi è ragione di distinguere le concessioni-contratto dagli altri contratti dell'amministrazione in relazione alla qualificazione delle prime come contratti di diritto

(287) Sul superamento della concezione di autonomia negoziale intesa come « signoria della volontà » si veda SALV. ROMANO, *Autonomia privata (appunti)*, Milano, 1957, spec. p. 62. Ma si veda anche P. BARCELLONA, *Diritto privato e società moderna*, cit., p. 326 ss., secondo cui l'autonomia contrattuale privata è il principio che sancisce il potere di autodeterminazione dei privati.

(288) In questo senso, F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, vol. II, *Le obbligazioni e i contratti*, cit., p. 63 ss.

(289) In questa direzione, già D. SORACE-C. MARZUOLI, *Le concessioni amministrative*, cit., spec. p. 295 ss.. Con riferimento ai contratti pubblici, A. GIANNELLI, *Esecuzione e rinegoziazione*, cit., p. 51 ss. sottolinea che il potere di recesso rappresenterebbe oggi il solo strumento in grado di « determinare uno scioglimento anticipato del rapporto contrattuale per effetto della iniziativa unilaterale del contraente pubblico » (p. 52).

(290) Sulla trasformazione del diritto dei contratti pubblici ad opera del diritto della concorrenza si veda M. D'ALBERTI, *Interesse pubblico e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2008, p. 297 ss. e, più in generale, sulla trasformazione delle categorie del diritto amministrativo, A. LALLI, *Disciplina della concorrenza e diritto amministrativo*, Napoli, 2008. Con specifico riferimento all'incidenza del diritto della concorrenza nella fase esecutiva del rapporto contrattuale, R. CAVALLO PERIN-G.M. RACCA, *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2010, p. 325 ss.; sulla tendenza alla limitazione dei poteri generali di *jus poenitendi* e *jus variandi* si veda R. CARANTA, *I contratti pubblici*, p. 165 e spec. p. 385 ss. il quale pone in rilievo l'interesse del diritto comunitario a non legittimare, per tale verso, un sostanziale aggiramento dei principi di non discriminazione e trasparenza.

pubblico o ad oggetto pubblico (...) e alla qualificazione degli altri come contratti di diritto privato » (291).

In definitiva, una volta che l'amministrazione decide di « scendere » sul terreno dell'autonomia privata — non più intesa come il « regno della volontà » e della necessaria paritarietà delle relazioni — anche l'esecuzione del rapporto viene ad essere retta dai criteri ordinari che governano l'esecuzione del rapporto obbligatorio (292). Nella disponibilità dell'amministrazione non vi è più il rapporto in quanto tale, bensì il controllo sul rispetto del sinallagma (293).

Un problema aperto, come si è visto, rimane quello del sistema di tutela giurisdizionale sull'esecuzione dei rapporti concessori (294). Come si è detto il dato positivo, facendo riferimento ad un modello unilaterale di concessione di pubblico servizio, continua a rappresentare una fonte di incertezza rispetto a molteplici « momenti » o « frammenti » della vicenda esecutiva del rapporto (295). A seconda che la vicenda riguardi servizi pubblici di rilievo nazionale, ovvero servizi pubblici locali, si potranno radicare sulle medesime tipologie di controversie giurisdizioni diverse. E ancora, a seconda che la vicenda esecutiva involga aspetti di natura patrimoniale o meno, si potrà determinare uno

(291) COSÌ, D. SORACE-C. MARZUOLI, *Concessioni amministrative*, cit., p. 297.

(292) Riecheggiano le parole di F. LEDDA, *Il problema del contratto*, cit., p. 111 secondo cui, « lo Stato che, deposta la corona, discende dall'empireo della potestà sovrana per contrattare con il cittadino, deve poi muoversi su un solido terreno. E il terreno non può essere che quello del diritto privato, cioè quello stesso su cui si manifesta la specifica rilevanza della disposizione dell'altro contraente ».

(293) Come è stato messo in evidenza in dottrina, G. GRECO, *Le concessioni di lavori e di servizi nel quadro dei contratti di diritto pubblico*, cit., p. 993 ss., l'equilibrio sinallagmatico, quindi, funge da « limite » all'esercizio di potestà pubblicistiche.

(294) Non a caso in dottrina (V. RICCIUTO-A. NERVI, *Il contratto*, cit., p. 45) si sottolinea che a dispetto dell'ormai evidente natura contrattuale della concessione, la qualificazione di una determinata fattispecie in termini di concessione di servizio pubblico assume rilevanza soprattutto sul piano del riparto di giurisdizione.

(295) Sul punto si vedano già le considerazioni critiche di F. GULLO, *Provvedimento e contratto nelle concessioni*, cit., *passim* ove si evidenzia la rigidità di un sistema di riparto tra Consiglio di Stato e giudici ordinari in merito agli atti amministrativi da un lato e agli atti paritari dall'altro che conduce ad una « vivisezione » giurisdizionale di atti e vicende sostanzialmente unitari e a formazione bilaterale, come sono le concessioni-contratto.

spostamento della giurisdizione, ancorché si verta sui medesimi fatti costitutivi (296).

A fronte di tali incertezze occorrerebbe ripensare la stessa configurazione dell'art. 133, comma 1, lett. c) del c.p.a., quanto meno rispetto alla fase esecutiva, che ha principalmente ad oggetto la cognizione di obbligazioni e, sempre meno, l'esercizio di un pubblico potere. In una prospettiva *de iure condendo*, la ricostruzione delle concessioni di servizio pubblico come *contratti di diritto privato speciale* dovrebbe condurre ad un avvicinamento al modello giurisdizionale in materia di appalti, ove si assiste ad una scissione netta tra fase pubblicistica e fase privatistica anche sotto il profilo della tutela giurisdizionale. Per le controversie che riguardano il corretto adempimento di un'obbligazione, sia che essa sorga da un contratto di appalto, sia che sorga da un contratto di concessione è, infatti, irrilevante il problema della « funzionalizzazione » del rapporto al pubblico interesse, posto che l'assetto del rapporto è ormai definito e non più disponibile dalle parti (297).

E tuttavia, anche muovendo dall'incerto dato positivo vigente, vi sarebbe comunque spazio per una ricostruzione giurisprudenziale che, facendo leva sull'art. 7 del c.p.a., giunga ad affidare al giudice amministrativo le sole controversie che effettivamente possono presentare qualche collegamento funzionale con l'esercizio del potere, lasciando invece al giudice ordinario tutte le vicende sull'adempimento del rapporto (298). Come insegna la

(296) Su cui si veda Tar Lazio, sez. III *ter*, ord. 1 giugno 2011, n. 4983. Ad esempio la contestazione dei corrispettivi per inadempimento sarebbe sindacabile dal giudice ordinario; la contestazione del recesso per gli stessi inadempimenti viene attratta dal giudice amministrativo poiché comunque caratterizzata dall'esercizio del potere discrezionale e dalla valutazione del pubblico interesse.

(297) Peraltro, come è stato evidenziato in dottrina da G. MORBIDELLI, *Verso un diritto amministrativo meno speciale*, in *Dir. pubbl.*, 1997, p. 821 ss. non è escluso che il giudice ordinario dinanzi all'attività di diritto privato dell'amministrazione possa comunque « verificare il percorso logico seguito dall'amministrazione » in maniera non dissimile da quanto si verifica in Gran Bretagna mediante il principio di *ultra vires*. Sul punto si veda anche G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato*, cit., p. 168 ss. il quale, prima del 2004, sottolineava il rischio insito nella devoluzione alla giurisdizione esclusiva di alcune fattispecie di diritto comune, soprattutto in termini di possibile limitazione del processo di « riduzione della specialità ».

(298) In questa prospettiva appare di assoluto interesse, da ultimo, la pro-

più autorevole dottrina, infatti, nel momento in cui si è dinanzi ad uno strumento contrattuale, allora si è di fronte ad un diritto (299). E se si hanno diritti, allora la pretesa non può che essere giustiziabile davanti al giudice ordinario (300).

Peraltro, al di là di tale prospettiva, occorre ribadire che il problema della giurisdizione non è comunque in grado di incidere sulla ricostruzione giuridica del rapporto, posto che non appare possibile ricavare argomenti di diritto sostanziale dal sistema della tutela giurisdizionale (301). Ancora oggi, infatti, nonostante l'intervento della Corte costituzionale, il sistema di tutela giurisdizionale nei confronti della p.a. offre esempi importanti di « scissione » tra la natura sostanziale del rapporto e la « scelta giurisdizionale ». Si tratta, talvolta, di vere soluzioni di « politica giurisdizionale »: si pensi al recente potere del giudice amministrativo di dichiarare l'inefficacia del contratto, o alle ipotesi di nullità — e quindi di assenza di potere — conoscibili dal giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva, o in sede di legittimità (302). Pertanto, il mantenimento della giurisdizione esclusiva su (quasi) tutto il rapporto concessorio non potrebbe comunque, di per sé,

nuncia del Tar Emilia Romagna, Bologna, sez. II, 12 settembre 2012, n. 554, secondo cui « la controversia inerente una concessione di servizi (gestione piscina comunale, bar, pista di pattinaggio e servizi annessi) regolata da una convenzione — contratto stipulata tra l'ente proprietario e i concessionari, di cui questi ultimi, odierni ricorrenti, lamentano l'inadempimento da parte del Comune in relazione a diverse obbligazioni in tale atto previste è sottratta alla giurisdizione del giudice amministrativo ».

(299) F. LEDDA, *Dell'autorità e del consenso nel diritto dell'amministrazione pubblica*, in *Foro amm.*, 1997, p. 1293.

(300) M. NIGRO, *Conclusioni*, in AA.VV., *L'accordo nell'azione amministrativa*, Roma, 1988, p. 89.

(301) In questa prospettiva appare significativa la denuncia di F. LEDDA, *Note sugli accordi « di diritto pubblico » e su alcuni temi contigui*, in AA.VV., *Scritti in onore di G. Guarino*, vol. II, Padova, 1998, p. 607, a giudizio del quale la scelta legislativa per la giurisdizione esclusiva sugli accordi amministrativi rischia di rappresentare un modo per eludere l'interrogativo circa la natura (diritti soggettivi o interessi legittimi) delle situazioni giuridiche soggettive sussistenti in capo al privato.

(302) Su cui F. ASTONE, *Nullità e annullabilità del provvedimento amministrativo. Profili sostanziali e tutela giurisdizionale*, Catanzaro, 2009; F. LUCIANI, *Contributo allo studio del provvedimento amministrativo nullo. Rilevanza ed efficacia*, Torino, 2010.

costituire un argomento valido per negare la ricostruzione privatistica dello stesso (303).

Ma al di là del problema del riparto di giurisdizione, quando anche il giudice amministrativo continuasse a conoscere di tutti gli aspetti del rapporto concessorio, in merito alle vicende relative all'esecuzione egli dovrebbe divenire effettivamente il giudice dei diritti e degli obblighi sorti a seguito della stipulazione del contratto (304). E ciò al fine di scongiurare una sorta di « pubblicizzazione » del diritto privato dell'amministrazione che, attraverso la rilevanza attribuita alla motivazione e al ragionevole esercizio del potere, determini una pericolosa « traslazione sull'atto negoziale del sindacato sull'atto amministrativo » (305).

In conclusione, come un secolo fa, le concessioni amministrative continuano ad essere al centro di « tensioni » divergenti tra diritto pubblico e diritto comune. Ma si tratta di « tensioni » che

(303) Sul punto, si vedano le riflessioni critiche di F. FRACCHIA, *Concessioni amministrative*, cit., p. 271 rispetto al rischio di ricavare ricostruzioni sostanziali a partire da norme processuali.

(304) E ciò dal momento che la Corte costituzionale, nell'attribuire alla giurisdizione esclusiva tutte le controversie in materia di concessioni di servizi pubblici, ha inteso far riferimento non soltanto alle controversie in cui la p.a. agisca come autorità ma anche a quelle « dove un potere non risulti esercitato, e quindi si faccia questione non di un interesse legittimo ma di un diritto soggettivo »: così L. MAZZAROLLI, *Sui caratteri e i limiti della giurisdizione esclusiva: la Corte costituzionale ne ridisegna l'ambito*, cit., p. 234. Sul punto si vedano le considerazioni di A. ORSI BATTAGLINI-C. MARZUOLI, *Unità e pluralità della giurisdizione: un altro secolo di giudice speciale per l'amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 1997, p. 602, ma anche di A. TRAVI, *Per l'unità della giurisdizione*, in *Dir. pubbl.*, 1998, p. 385, i quali escludono che la differenziazione tra giudice ordinario e giudice amministrativo possa essere giustificata sulla base di una diversa valutazione richiesta al giudice nei confronti dell'amministrazione, posto che in entrambi i casi il giudizio è esclusivamente in termini di legittimità.

(305) Così, in particolare, F. TRIMARCHI BANFI, *Il diritto privato dell'amministrazione pubblica*, cit., p. 49 che evidenzia la criticità di quegli orientamenti (ad es. Cons. St. n. 70 del 1982, in *Cons. St.*, 1982, I, p. 516) che ricostruiscono la decadenza come un atto conclusivo di un procedimento sanzionatorio e fanno quindi entrare la correttezza dell'istruttoria nel giudizio sull'inadempimento. Sul punto A. TRAVI, *Per l'unità della giurisdizione*, cit., p. 387 mette in luce il rischio che, « di fronte all'incidenza sempre maggiore del diritto comune rispetto all'attività amministrativa, la previsione di due giurisdizioni, oltre a moltiplicare le situazioni di incertezza e di sovrapposizione e quindi a rendere più complessa e problematica la tutela giurisdizionale del cittadino, rende sempre più concreto il pericolo che un medesimo diritto sia attuato in termini divergenti da ciascuno dei due giudici ».

risentono oggi soprattutto del difficile processo di integrazione dei sistemi e delle categorie giuridiche nazionali in un spazio ordinamentale « multilivello » che si caratterizza, invece, per la scarsa rilevanza attribuita alla distinzione pubblico-privato (306).

Dinanzi a tali incertezze, l'analisi del regime giuridico applicabile ai rapporti concessori di pubblico servizio rappresenta un'importante occasione per ridefinire il ruolo ricoperto dal diritto pubblico e dal diritto comune nell'attuale diritto dell'amministrazione pubblica (307). Superata definitivamente l'idea di un

(306) Sul punto J.B. AUBY-J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, *Droit Administratif Européen*, Bruxelles, 2007; P. CRAIG, *European Administrative Law*, Oxford, 2006; J. SCHWARZE, *European Administrative Law*, London, 2006; M.P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2011; G. DELLA CANANEA-C. FRANCHINI, *I principi dell'amministrazione europea*, Torino, 2010; E. PICOZZA, *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, Torino, 2004. In generale, sulle trasformazioni del metodo di studio e delle categorie del diritto pubblico anche alla luce del diritto comunitario, S. CASSESE, *Il sorriso del gatto, ovvero dei metodi dello studio del diritto pubblico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2006, p. 597 ss. ora in Id., *Il diritto amministrativo: storie e prospettive*, Milano, 2010, p. 516 ss., secondo cui il diritto europeo rappresenta il « nuovo *ius commune* che costringe *iura particularia* a dialogare e i giuristi a uscire dal loro guscio nazionale. Il positivismo normativistico è in difficoltà in un ordinamento cosiddetto multilivello, con una pluralità di fonti concorrenti. La dogmatica va, se non abbandonata, almeno integrata in sistemi giuridici che consentono la scelta del diritto ».

(307) Sul tema delle reciproche interferenze tra diritto pubblico e diritto comune nelle vicende del diritto amministrativo, rimangono fondamentali le pagine di M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964. Nella prospettiva civilistica si vedano R. NICOLÒ, *Diritto civile*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964 e M. GIORGIANNI, M., *Il diritto privato e i suoi attuali confini*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961, p. 2 ss. Sul punto si veda anche M. D'ALBERTI, *Attività amministrativa e diritto comune*, in U. ALLEGRETTI-A. ORSI BATTAGLINI-D. SORACE (a cura di), *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, Rimini, 1988, p. 433 ss., il quale intravede l'avvento di un « diritto fondato sui principi generali della legge comune, soprattutto in materia di rapporti obbligatori e contrattuali ». Sulla tendenza allo sviluppo di un « nuovo diritto comune » si veda anche G. ROSSI, *Diritto pubblico e diritto privato nell'attività della pubblica amministrazione alla ricerca della tutela degli interessi*, cit., p. 692 ss. In chiave comparatistica, sulle recenti tendenze del diritto amministrativo e dei suoi rapporti con il diritto comune si veda M. TAGGART, *The Province of Administrative Law Determined?* e A. AMAN jr., *Administrative Law for a New Century*, entrambi in M. TAGGART (edited by), *The Province of Administrative Law*, Oxford, 1997; J.B. AUBY, *La bataille de San Romano Réflexions sur les evolution recentes du droit administratif*, in *Actualité Juridique - Droit Administratif*, 2001, p. 911 ss.; R. STEWART, *Il diritto amministrativo nel XXI secolo*, cit., p. 1 ss.; e, da ultimo, S. CASSESE, *New paths for administrative law. A manifesto*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2012, 10, p. 603 ss.

dualismo di valori insito nella contrapposizione dicotomica pubblico-privato (308), e preso atto della piena fungibilità tra gli *strumenti* pubblicistici e privatistici per il perseguimento dei fini istituzionali dell'amministrazione (309) — e, quindi, della « *neutralità* » delle *tecniche* (di diritto pubblico e di diritto privato) per il perseguimento di qualsiasi tipo di interesse (310) —, diviene imprescindibile per la scienza giuridica indagare la natura *reale* dei rapporti giuridici che coinvolgono l'amministrazione, al fine di qualificarne il relativo regime (311): e ciò prescindendo da qualsiasi riferimento *aprioristico* alle categorie del *pubblico interesse* o

(308) Ben sottolineata da G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, cit., p. 27 ss., con riferimento soprattutto alla contrapposizione tra l'impostazione liberale di A.V. Dicey e la prospettiva di supremazia insita nella ricostruzione di M. Hauriou. Per la critica della distinzione fra norme di diritto privato e norme di diritto pubblico, H. KELSEN, *Diritto pubblico e diritto privato*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1924, p. 340 ss.; sul problema della « grande dicotomia » nella teoria generale del diritto, N. BOBBIO, *La grande dicotomia: pubblico/privato*, (1980-1982), ora in *Id.*, *Stato, governo, società. Per una teoria generale della politica*, Torino, 1985, p. 3 ss.

(309) F. MERUSI, *Il diritto privato della pubblica amministrazione alla luce degli studi di Salvatore Romano*, in *Dir. amm.*, 2004, p. 649 ss.; C. MARZUOLI, *Le privatizzazioni fra pubblico come soggetto e pubblico come regola*, in *Dir. pubbl.*, 1995, p. 393 ss.

(310) Sottolinea la *neutralità* delle tecniche privatistiche o pubblicistiche per il perseguimento di interessi pubblici o privati, N. IRTI, *Prefazione*, in V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica*, cit., p. X. In una prospettiva non dissimile F. BENVENUTI, *Suggerimenti in tema di contratto tra diritto privato e pubblico*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2007, p. 9, ha evidenziato, in uno scritto inedito del 1998, la *neutralità* del concetto di capacità giuridica anche là dove riferito ai pubblici poteri.

(311) Sulla tensione verso un « realismo costruttivo » nella scienza giuridica del secondo Novecento, M. D'ALBERTI, *Gli studi di diritto amministrativo: continuità e cesure fra primo e secondo Novecento*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, p. 1293 ss. secondo cui « cade, dunque, la pretesa del valore ontologico dei concetti giuridici. Si riduce gradualmente l'area delle nozioni ritenute 'invarianti'. Si attenua l'aspirazione ad una sistematica concettuale che possa rispecchiare un sistema obiettivamente dato (...). Ma, nell'indirizzo del realismo costruttivo, permane l'elaborazione dei concetti giuridici, caratterizzati da una duplice valenza, cognitiva e operativa, tale che la *contemplatio* è finalizzata alla soluzione del caso controverso o del problema concreto ». Sull'andamento degli studi e del metodo della scienza giuridica amministrativistica si vedano M.S. GIANNINI, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*, in *Studi sassaresi*, XVIII, 1940, p. 133 ss., ripubblicato in *Quaderni fiorentini*, 1973, p. 179 ss.; S. CASSESE, *Cultura e politica del diritto amministrativo in Italia*, Bologna, 1971; M. FIORAVANTI, *La scienza del diritto pubblico*, Milano, 2001; A. SANDULLI, *Costruire lo Stato*, cit.

dell'*oggetto pubblico* (312). L'acquisita consapevolezza della *mutevolezza* e della *storicità* della stessa distinzione tra diritto pubblico e diritto privato (313), lungi dal legittimare o favorire il ricorso a « figure ibride » o a « semplificazioni unificanti » (314), accentua infatti la necessità di « districare » — come si è tentato qui di fare in relazione alle concessioni di servizio pubblico — il continuo intreccio tra diritti e interessi, poteri e potestà, provvedimenti e negozi che compongono l'articolato panorama dell'odierno diritto delle amministrazioni pubbliche (315).

(312) In questo senso si veda A. ORSI BATTAGLINI-C. MARZUOLI, *Unità e pluralità della giurisdizione: un altro secolo di giudice speciale per l'amministrazione*, cit., p. 904 secondo cui « nel diritto amministrativo non vi sono, sotto nessun profilo (...), ragioni di specialità qualitativamente ulteriori o diverse rispetto a quelle che valgono per ogni ramo del diritto ». E soprattutto, con riferimento al riparto di giurisdizione, « se il giudice esercita un sindacato di legittimità, non si vede che ruolo possa avervi l'interesse pubblico; per l'altro se il giudice deve essere terzo ed imparziale, non si vede perché dovrebbe manifestare speciale sensibilità per l'interesse pubblico ». In giurisprudenza, Cons. St., sez. V, 13 marzo 2000, n. 1327, con riferimento alla ricostruzione della natura giuridica di un atto di disdetta da una convenzione concessoria, sottolinea che « la *finalità* dell'atto, e l'intensità del nesso teleologico con il migliore espletamento del servizio non è elemento determinante per stabilirne la natura ».

(313) Su cui F. LEDDA, *Il problema del contratto*, cit., p. 113 secondo il quale « la linea di confine tra pubblico e privato è essenzialmente mutevole e storicamente condizionata, essendo stabilita dal legislatore alla stregua di criteri che necessariamente variano nel tempo col variar dei bisogni e delle concezioni prevalenti ». Sul punto rimane fondamentale anche la voce di S. PUGLIATTI, *Diritto pubblico e diritto privato*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964. Più di recente, con specifico riferimento al diritto amministrativo, G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, cit., p. 235 ss. e di V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, cit., p. 239 ss.

(314) Ci riferiamo, in particolare, al richiamo all'art. 11 come ad una figura generale di diritto pubblico in grado di combinare le esigenze di funzionalizzazione con quelle tipiche dei rapporti negoziali, e a cui sarebbero da ricondursi i più diversi rapporti consensuali dell'amministrazione. Mette in guardia dal rischio di procedere per « *semplificazioni unificanti* », ancorché con riguardo al fenomeno delle autorità indipendenti, G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti ed autorità di garanzia*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1997, p. 645 ss.

(315) Così M. D'ALBERTI, *Recensione a G. Napolitano, Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004, p. 237. Sul punto riecheggia altresì il monito di Mario Nigro (M. NIGRO, *Convenzioni urbanistiche e rapporti fra privati*, in M. COSTANTINO, a cura di, *Convenzioni urbanistiche e tutela nei rapporti tra privati*, Milano, 1978, p. 31 ss.), il quale, con riferimento alle convenzioni urbanistiche — anche se si tratta di riflessioni facilmente estendibili a tutti i cd. « contratti ad oggetto pubblico » —, sottolineava la necessità di « sfuggire (...) alla

ABSTRACT: La concessione di servizio pubblico rappresenta un istituto “chiave” per comprendere l’evoluzione dei rapporti tra poteri pubblici e autonomie private e, al tempo stesso, per analizzare i nessi e le interferenze tra diritto pubblico e diritto comune nell’odierno “diritto delle amministrazioni pubbliche”. Lo scritto, muovendo da un esame dei principali orientamenti giurisprudenziali e dottrinari in materia, si pone l’obiettivo di evidenziare alcuni profili di criticità che caratterizzano l’attuale concezione pubblicistica del rapporto concessorio: particolare attenzione è dedicata alla fase dell’esecuzione e della relativa tutela giurisdizionale. Ripercorrendo le tradizionali argomentazioni giuridiche e culturali che hanno giustificato la ricostruzione della concessione come strumento alternativo al contratto di diritto privato (e in particolare la problematica dell’oggetto pubblico e della necessaria presenza di poteri “esorbitanti”), si tenta di dimostrare — anche sulla base delle importanti trasformazioni che il diritto europeo ha impresso al settore della contrattualità amministrativa e alla stessa nozione di servizio pubblico — la possibilità di concepire il rapporto concessorio in chiave paritetica e negoziale, senza per questo rinunciare alle imprescindibili esigenze di tutela dell’interesse pubblico, sottese all’erogazione di un pubblico servizio.

ABSTRACT: *Public utilities concession is a fundamental legal institute to understand the evolution of the relationship between public powers and private autonomies and, at the same time, to analyze the issue of public/private divide in administrative law. Starting from a critical examination of the main tendencies of the present judicial decisions and legal science, this work aims to shed light on some uncertainties related to the traditional idea of concession as a “public law” tool: particular attention is paid to the execution of concessions and the judicial review. After having analyzed the legal arguments on which the traditional definition of concession as “public law” instrument is based (such as the issue of “public object” and the presence of the so called “clauses exorbitantes du droit commun”), the work tries to demonstrate — also underlining the significant changes brought about by EU law in the field of public contracts and on the very definition of public service — the possibility to conceive public service concession as a private instrument, without prejudice to public interest and, consequently, to public service principles.*

tentazione di limitarsi a registrare la duplicità di elementi e di atti. È la tesi della ‘doppia’ attività, del ‘doppio’ procedimento, del ‘doppio’ regime ». Secondo l’A. si tratterebbe di « tesi meramente descrittiva » posto che « resta sempre da stabilire — ed è la cosa più importante — quale sia l’ordine di valore dei due apporti » (p. 44).