



Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo  
[www.amministrativamente.com](http://www.amministrativamente.com)

**Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo**

Pubblicata in internet all'indirizzo [www.amministrativamente.com](http://www.amministrativamente.com)

**Direzione scientifica**

Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei, Julián Espartero Casado

**Direttore Responsabile**

Marco Cardilli

**Redazione**

Giuseppe Egidio Iacovino, Carlo Rizzo

**FASCICOLO N. 4/2019**

estratto

Iscritta nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009

ISSN 2036-7821

#### Comitato scientifico

Annamaria Angiuli, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Enrico Carloni, Guido Clemente di San Luca, Andry Matilla Correa, Gianfranco D'Alessio, Ambrogio De Siano, Ruggiero Dipace, Luigi Ferrara, Pierpaolo Forte, Gianluca Gardini, Biagio Giliberti, Emanuele Isidori, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Alberto Palomar Olmeda, Attilio Parisi, Luca Raffaello Perfetti, Fabio Pigozzi, Alessandra Pioggia, Helene Puliat, Francesco Rota, Leonardo J. Sánchez-Mesa Martínez, Ramón Terol Gómez, Antonio Felice Uricchio.

#### Comitato editoriale

Jesús Avezuela Cárcel, Giuseppe Bettoni, Salvatore Bonfiglio, Vinicio Brigante, Manuel Delgado Iribarren, Giuseppe Doria, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Jakub Handrlica, Margherita Interlandi, Laura Letizia, Gaetano Natullo, Carmen Pérez González, Marcin Princ, Giuliano Taglianetti, Salvatore Villani.

#### Coordinamento del Comitato editoriale

Valerio Sarcone.



## Brevi riflessioni sull'istituto della concessione alla luce del diritto comunitario

di **Francesco Zammartino** e **Rosa Lucia De Monaco**

(Professore associato di Diritto amministrativo)

(Dottore in Scienze economiche, giuridiche e comportamentali)

### Sommario

1. Introduzione 2. Breve quadro ricostruttivo dell'istituto a livello europeo 3. L'istituto della concessione nella disciplina europea: il difficile rapporto tra interesse pubblico e vicende di natura economica 4. Profili processuali e di giurisdizione: quali scenari

### Abstract

In the last decades, a recurring affirmation to almost all the studies reserved by the doctrine on the subject of concessions is that of a substantial generality of the notion. Sometimes accused of being characterized by a high degree of indeterminacy, or qualified as a generous expression, the notion of concession therefore represents one of those figures of public law with the most uncertain borders.



## 1. Introduzione

Negli ultimi decenni costituisce affermazione ricorrente a quasi tutti gli studi riservati dalla dottrina al tema delle concessioni quella di una sostanziale genericità della nozione.

Talvolta accusata di essere caratterizzata da un elevato grado di *indeterminatezza*, ovvero qualificata come generosa espressione, la nozione di concessione rappresenta, quindi, ancora una di quelle figure del diritto pubblico dai confini più incerti<sup>1</sup>.

Individuare le ragioni di questo stato di fatto non rappresenta, di per sé, un compito facile.

Anzitutto, ci si trova in presenza di una formulazione che il legislatore è venuto man mano utilizzando in un numero ormai significativi di casi senza offrire, se non una definizione dell'istituto, delle indicazioni univoche e concordanti atte a consentirne una ricostruzione sistematica in termini di diritto positivo.

Basti rilevare, per esempio, come la stessa espressione risulta sicuramente mutuata dal campo della scienza economica e finanziaria nel corso del XX secolo. In questo ambito, infatti, il rapporto fra concedente e concessionario è stato (ed è) regolato prevalentemente dal diritto privato.

Utilizzandosi spesso le norme disposte consensualmente nelle clausole contrattuali, il rapporto tra amministrazione e concessionario ha subito delle variazioni; la disciplina sostanzialmente paritaria e consensuale delle concessioni, infatti, si tramuta di frequente in una posizione di sovraordinazione del concessionario, e l'amministrazione non sempre risulta sufficientemente capace di esercitare la vigilanza e i poteri di controllo sullo svolgimento delle attività del concessionario<sup>2</sup>.

Si pensi alle concessioni di pubblico servizio nelle quali si rilevano gli estremi di veri e propri rapporti giuridici patrimoniali, atteso che la tipicità dell'oggetto non può certo condurre a evitare il fatto che il concedente e il concessionario si accordino a

- 
- Il presente lavoro è frutto di una riflessione comune, pur potendosi attribuire a Francesco Zammartino la stesura dei paragrafi 1 e 3, e a Rosa Lucia De Monaco 2 e 4.

<sup>1</sup> Sulle concessioni, *ex plurimis*, 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; F. GULLO, *Provvedimento e contratto nelle concessioni amministrative*, Padova, 1965; G. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche – Ammissibilità e caratteri*, Milano, 1984, pp. 71 ss.; M. D'ALBERTI, voce «Concessioni amministrative», in *Enc. giur.*, Roma, 1988, VII, p. 1; D. SORACE - C. MARZUOLI, voce «Concessioni amministrative», in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1989, III, pp. 280 ss.; E. CROCI - G. PERICU, voce «Sovvenzioni (diritto amministrativo)», in *Enc. dir.*, Milano, 1990, XLIII, pp. 243 ss.; M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1993, II, 651 ss.; A. ROMANO, *Profili della concessione di pubblici servizi*, in *Dir. amm.*, 1994, pp. 459 ss.; F. BENVENUTI, *Appunti di diritto amministrativo*, in *Scritti Giuridici*, Milano, 2006, pp. 524-525; F. FRACCHIA, *Concessione amministrativa*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, vol. I, Milano 2007, pp. 250 ss.; A. MOLITERNI, *L'affidamento delle concessioni di servizi tra principi generali e regole di dettaglio*, in *Dir. amm.*, IV, 2012, p. 567; M.A. SANDULLI, *Le concessioni aeroportuali di gestione totale fra tradizione e prospettive*, in *Federalismi.it*, 2014.

<sup>2</sup> Si rinvia a M. D'ALBERTI, *Concessione e concorrenza*, Roma, AGCM, 1998.



che fra di loro scaturisca un rapporto giuridico patrimoniale, inteso quale rapporto giuridico suscettibile di valutazione economica. Sia che l'affidamento di un pubblico servizio si stabilisca attraverso la stipula di un contratto di appalto, sia che ciò succeda per il tramite di una concessione, rimane la circostanza che la volontà del concedente e del concessionario s'incrociano nell'accettare obbligazioni biunivoche valutabili economicamente<sup>3</sup>.

Ora, può essere interessante rimarcare, a questo proposito, che se una nozione così ampia e generica non si presta ad essere trasferita meccanicamente in sede giuridica<sup>4</sup>, a meno di non voler risolvere l'intera attività amministrativa in quella di produzione ed erogazione di pubblici servizi<sup>5</sup>, è anche vero però che — proprio movendo dalla considerazione dell'origine economicistica della nozione di servizio pubblico — si è venuta sviluppando una corrente dottrinale che non riconosce alla nozione in parola il valore di istituto giuridico, individuando in essa un'attività economica suscettibile di provocare specifici procedimenti giuridici che hanno per fine di definire i soggetti più idonei a gestire l'attività medesima<sup>6</sup>.

Come è facilmente individuabile, si è quindi in presenza di una nozione la cui natura si è arricchita di nuovi significati, e a cui il dibattito dottrinale negli ultimi anni non sembra aver contribuito a fare chiarezza<sup>7</sup>.

Non è questa, per economia di tempo, la sede per riannodare le fila di una compiuta ricostruzione della nozione; in sintesi, tuttavia, si può affermare che da un lato le concessioni, che comunque hanno come effetto quello di ampliare la sfera giuridica del destinatario, vengono talvolta inquadrare come atto avente natura provvedimento, poiché è solo l'Amministrazione ad essere depositaria della miglior cura dell'interesse pubblico, e solo un provvedimento amministrativo può avere "oggetto pubblico"; dall'altro lato, non mancano sostenitori della natura contrattuale della concessione, poiché altrimenti non sarebbe possibile spiegare la necessità del consenso del privato ai fini della nascita del rapporto concessorio<sup>8</sup>.

Infine, talune ricostruzioni inquadrano l'istituto nell'ambito degli accordi di cui all'art. 11 della l.n. 241/1990<sup>9</sup>.

<sup>3</sup> In tema si cfr., G. DI GASPARE, *Servizi pubblici locali in trasformazione*, Padova, 2001.

<sup>4</sup> M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. II, Milano, 1983, pp. 429 ss.

<sup>5</sup> Si cfr. B. MAMELI, *Concessioni amministrative*, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di S. CASSESE,, Milano, 2006, vol. II, pp. 1111 e ss.

<sup>6</sup> M. D' ALBERTI, *Le concessioni amministrative. Aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 1981; contra, F. G. SCOCA, *La concessione come strumento di gestione dei servizi pubblici*, F. ROVERSI MONACO, Rimini, 1988.

<sup>7</sup> F. BENVENUTI, *Disegno dell'Amministrazione Italiana*, Padova, 1996, p. 343

<sup>8</sup> E. PICOZZA, *Le concessioni nel diritto dell'Unione Europea. Profili e prospettive*, in M. CAFAGNO - A. BOTTO - G. FIDONE - G. BOTTINO (a cura di), *Negoziazioni pubbliche. Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*. Milano, 2013, p. 37.

<sup>9</sup> G. GRECO, *Le concessioni di pubblici servizi tra provvedimento e contratto*, in *Dir. amm.*, 1999, p. 385.; M.A. SANDULLI - R. DE NICTOLIS - R. GAROFOLI, *Trattato sui contratti pubblici*, IV - *Le tipologie contrattuali*, Parte II - *Le*



## 2. Breve quadro ricostruttivo dell'istituto a livello europeo

Dinnanzi al quadro appena delineato, non sembra affatto peregrino domandarci lo stato dell'arte dell'istituto nel diritto europeo.

C'è da dire che solo di recente il diritto comunitario ha inteso disciplinare organicamente l'istituto delle concessioni; infatti, in passato, oggetto di interesse del legislatore comunitario sono state principalmente le concessioni di lavori pubblici, la cui disciplina era contenuta nella direttiva 93/37/CEE, che si limitava, però, solo a imporre una pubblicità preliminare per il loro affidamento, senza intervenire incisivamente come avvenuto, invece, in tema di disciplina degli appalti pubblici<sup>10</sup>.

Una tappa importante in tema di concessioni, in ambito comunitario, è rappresentata dalla Comunicazione interpretativa della Commissione del 12 aprile 2000 che ha visto tra gli attori del confronto sul tema gli operatori economici, i rappresentanti di interessi collettivi, le autorità pubbliche e i privati.

In tale Comunicazione si prendeva atto della circostanza che le concessioni «sono uno strumento che alcuni Stati membri usano da tempo, soprattutto per realizzare e finanziare grandi lavori d'infrastruttura».

Veniva specificato che la caratteristica propria delle concessioni, che la distingueva dagli appalti pubblici, era la delega di servizi d'interesse generale effettuata da questo tipo di cooperazione. Tracciata poi la linea di confine tra la concessione di lavori e quella di servizi<sup>11</sup> veniva rilevato che il trattato non limita la facoltà degli Stati membri di ricorrere a delle concessioni, purché le modalità della scelta siano compatibili con il diritto comunitario<sup>12</sup>.

La comunicazione in questione, dunque, sottolineava che l'affidamento delle concessioni dovesse essere comunque rispettoso dei principi comunitari, e in particolare, dei principi che presiedono alla tematica degli affidamenti, soffermandosi su quelli di *parità di trattamento*, di *trasparenza*, di *proporzionalità* e di *mutuo riconoscimento*.

In essa venivano, infine, definite le caratteristiche del rischio e dell'alea di gestione che mediante tale istituto sarebbero state trasferite in capo al concessionario, e veniva

---

*procedure di affidamento, l'aggiudicazione, le tipologie contrattuali*, Capitolo 15 - *Le concessioni di lavori pubblici*, Milano, 2008, *passim*; cfr., inoltre, Cons. Stato, Sez. V, 27 gennaio 2006, n. 236.

<sup>10</sup> Si rinvia a L. ALLA, *La concessione amministrativa nel diritto comunitario*, Milano, 2005, pp. 15 ss.

<sup>11</sup> Viene rilevato che "un contratto di concessione che contempra la realizzazione di lavori solo a titolo accessorio o riguardi unicamente la gestione di un'opera esistente, va trattato come una concessione di servizi".

<sup>12</sup> In tal senso, G. GARRONE, *La concessione di opera pubblica negli ordinamenti italiano e comunitario*, Napoli, 1993; G. BALOCCO, *Concessione di beni pubblici tra affidamento diretto e obbligo di gara*, in *Urb. app.*, 2006, n. 7, pp. 851 ss..



altresì rilevata la possibilità per il concessionario di ottenere il corrispettivo attraverso i proventi corrisposti dall'utente<sup>13</sup>.

Tale comunicazione veniva richiamata dalla giurisprudenza del giudice nazionale per fornire una definizione delle concessioni dei servizi pubblici e per sottolineare la loro distinzione dagli appalti di pubblici servizi. Tale distinzione, di rilevanza pratica, quindi utile non unicamente a fini descrittivi, acquistava infatti una particolare importanza per la determinazione della disciplina applicabile alle due fattispecie.

Era, dunque, necessario stabilire, nell'ordinamento interno, alla luce della disciplina sovranazionale, se alle concessioni di servizi fosse applicabile la normativa prevista in tema di appalti, e se, quindi, nella scelta dell'affidatario del servizio pubblico, l'amministrazione fosse tenuta ad applicare una procedura a evidenza pubblica.

Veniva riconosciuto<sup>14</sup> che tale argomento era stato trattato dalla Commissione Europea, nell'anzidetta Comunicazione interpretativa del 12 aprile 2000, e, successivamente, dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri, con la circolare n. 3944/2002 del 1 marzo 2002.

Più in particolare, la Presidenza del Consiglio dei Ministri con la circolare n. 3944/2002, forniva elementi interpretativi che chiarivano la normativa comunitaria applicabile nella materia alla luce della comunicazione interpretativa della Commissione europea sulle concessioni del 12 aprile 2000 e della più recente giurisprudenza comunitaria<sup>15</sup>.

Veniva sottolineato che il tratto distintivo delle concessioni di lavori pubblici rispetto agli appalti di lavori consisteva proprio nel conferimento di un diritto di gestione dell'opera che avrebbe consentito al concessionario di riscuotere direttamente dall'utente i proventi, a titolo di controprestazione della costruzione dell'opera, per un determinato periodo di tempo. Chiaramente il diritto di gestione avrebbe implicato anche il trasferimento della responsabilità di gestione.

In tale contesto normativo la distinzione tra concessione e appalti di lavori pubblici non rilevava, comunque, ai fini della tutela giurisdizionale poiché l'art. 31-bis, comma 4, della legge n. 109 del 1994 equiparava le due figure sotto tale aspetto<sup>16</sup>.

Anche nella suddetta circolare veniva evidenziato che al concessionario di servizio non viene riconosciuto un prezzo ma solo il diritto ad ottenere la remunerazione dell'attività svolta attraverso la possibilità di gestire il servizio per un determinato periodo.

---

<sup>13</sup> L'esempio espressamente riportato nella Comunicazione di concessione di lavori pubblici è il contratto mediante il quale uno Stato attribuisce ad una società il diritto di costruire e di gestire un'autostrada, permettendole di remunerarsi attraverso la riscossione di un pedaggio nei confronti dell'utente.

<sup>14</sup> C. d. S., Sez. V, 30/4/2002, n. 2294.

<sup>15</sup> Corte di giustizia, sentenza 7 dicembre 2000, causa C-324/98, Teleustria c. Post & Telekom Austria.

<sup>16</sup> Tale disposizione prevede che "ai fini della tutela giurisdizionale le concessioni in materia di lavori pubblici sono equiparate agli appalti".



Proprio in considerazione di ciò la Corte di giustizia aveva escluso che le concessioni di servizi potessero rientrare nella sfera di applicazione della direttiva in materia di appalti, ed in particolare della direttiva n. 93/38 CE, qualora la controprestazione fornita dall'amministrazione all'impresa privata consista nell'ottenimento da parte di quest'ultima del diritto di sfruttare, ai fini della sua remunerazione, la propria prestazione<sup>17</sup>. In presenza di un appalto pubblico di lavori quando il costo dell'opera grava sostanzialmente sull'autorità aggiudicatrice e il contraente non si remunera attraverso i proventi riscossi dagli utenti.

Le modalità di remunerazione dell'operatore era utilizzato, come nel caso della concessione di lavori, come criterio utile a stabilire l'assunzione del rischio di gestione.

Per quanto riguarda la specifica disciplina applicabile alle concessioni, la circolare chiariva che, la direttiva lavori (93/37/CEE) trovava applicazione solo per le concessioni di lavori, ma non per le concessioni di servizi.

Veniva comunque evidenziato che era indispensabile rispettare sempre i principi del diritto comunitario, desunti dal Trattato e dalle pronunce della Corte di Giustizia. Il ricorso all'istituto concessorio da parte degli Stati, perciò, pur non essendo puntualmente disciplinato, non rendeva libera la scelta del soggetto a cui affidare la concessione.

Conseguentemente, anche nell'eventualità di concessioni non assoggettate alle prescrizioni dettate da specifiche direttive o norme interne, la scelta del concessionario doveva essere a valle di una procedura competitiva e concorrenziale ispirata ai principi dettati dal trattato istitutivo, in modo da consentire, anche attraverso idonee forme di pubblicità, la possibilità da parte delle imprese interessate di esplicitare le proprie *chances* partecipative.

Nel sistema comunitario, infatti, il ricorso alla scelta diretta del concessionario, in deroga ai summenzionati principi, può avvenire solo in via eccezionale, per far fronte a ragioni tecniche ed economiche che impediscano l'individuazione di un soggetto diverso da quello prescelto. Ciò accade anche in costanza della proroga delle concessioni già rese, essendo sancita dal diritto comunitario l'equiparazione tra il rilascio di nuova concessione e proroga della concessione in scadenza.

Un ulteriore tentativo di regolazione organica della materia in ambito comunitario fu avviato in occasione dell'approvazione delle Direttive del 2004 ma si concluse con un sostanziale *nulla di fatto*<sup>18</sup>, a fronte dell'opposizione di quei Paesi (con la Francia in prima linea) i quali temevano che un tentativo in tal senso li avrebbe privati di adeguati spazi di manovra in particolare per quanto riguarda la disciplina dei servizi di interesse economico generale (SIEG) di cui all'art. 106 del TFUE.

<sup>17</sup> Corte di giustizia, sentenza 7 dicembre 2000, causa C-324/98, cit., punto n. 58

<sup>18</sup> Così C. CONTESSA, *Le nuove regole dell'affidamento delle concessioni*, in *Urbanistica e appalti*, 2016, 8-9, p. 933.





Va rilevato, infatti, che il legislatore europeo del 2004, in merito alla differenziazione tra appalto e concessione non si è espresso. Mentre infatti è stata chiarita in maniera inequivocabile la natura contrattuale della concessione, la differenziazione di tale istituto dall'appalto è stata effettuata in termini molto generici. Tale normativa definiva sia gli appalti che le concessioni come contratti a titolo oneroso – stipulati per iscritto tra uno o più operatori economici e una o più amministrazioni aggiudicatrici aventi per oggetto l'esecuzione/progettazione di lavori o la prestazione di servizi – la differenza tra un appalto pubblico e una concessione veniva rintracciata, anche in tale successivo intervento, nel corrispettivo della prestazione. Quindi, in base alla direttiva 2004/18/CE, mentre l'appalto comportava un corrispettivo versato direttamente dall'amministrazione aggiudicatrice al prestatore, nel caso di una concessione il corrispettivo della prestazione consisteva nel diritto di gestire l'opera o i servizi, potendo essere accompagnato, o meno, da un prezzo.

L'elemento del rischio veniva ulteriormente valorizzato quale caratteristica tipizzante delle concessioni dalla Comunicazione della Commissione sui partenariati pubblico-privati del 15 novembre 2005<sup>19</sup>. La conclusione era dunque nel senso di auspicare una normativa riguardante sia le concessioni di lavori sia quelle di servizi, che fornisse una delimitazione chiara tra concessioni e appalti pubblici. Sul punto si richiama la famosa pronuncia "Parking Brixen"<sup>20</sup>, in cui viene espressamente chiarita la centralità dell'elemento del rischio di gestione nella costruzione della nozione di concessione, qualificando di conseguenza l'affidamento della gestione di un parcheggio pubblico come concessione di servizi proprio sulla base della presenza di un rischio di gestione in capo al concessionario. Sulla scorta del percorso, piuttosto accidentato, riepilogato sinteticamente, si è così faticosamente giunti alla proposta di direttiva sulle concessioni del 20 dicembre 2011<sup>21</sup>

### 3. *L'istituto della concessione nella disciplina europea: il difficile rapporto tra interesse pubblico e vicende di natura economica*

Solo con il processo di riforma degli affidamenti pubblici intervenuto nel 2014, il Legislatore comunitario ha inteso ricostruire una disciplina organica della materia, svincolando l'istituto della concessione, ai fini della definizione, dagli appalti<sup>22</sup>.

<sup>19</sup> Comunicazione della Commissione sui partenariati pubblico-privati e sul diritto comunitario in materia di appalti pubblici e concessioni (COM/2005/569) in *www.eur-lex.europa.eu*

<sup>20</sup> Corte giustizia UE, sez. I, 13 ottobre 2005, n. 458, in *Foro amm.* - CDS, 2005, 10, 2804.

<sup>21</sup> Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sull'aggiudicazione dei contratti di concessione (COM/2011/897). in *www.europarl.europa.eu*. A riguardo v. M. COZZIO, *Prime considerazioni sulle proposte di direttive europee in tema di Public Procurement* e S. LEVSTIK, *Proposta di direttiva sulle concessioni: una prima analisi ricognitiva*, in M. CAFAGNO - A. BOTTO - G. FIDONE - G. BOTTINO (a cura di), Milano, 2013.

<sup>22</sup> Tra gli altri, si vedano i commenti di M. RICCHI, *La nuova direttiva comunitaria sulle concessioni e l'impatto sul Codice dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, 7, 2014, p. 745; L. TORCHIA, *La nuova direttiva europea in materia di appalti servizi e forniture nei settori ordinari (The new EU directive on procurement services and supplies in the ordinary sectors)*. Relazione per il LXI Convegno di Studi Amministrativi "La nuova disciplina dei contratti pubblici fra



La definizione contenuta nel considerando 11 della direttiva UE 26 febbraio 2014, n. 23, secondo cui «le concessioni sono contratti a titolo oneroso mediante i quali una o più amministrazioni aggiudicatrici o uno o più enti aggiudicatori affidano l'esecuzione di lavori o la prestazione e gestione di servizi a uno o più operatori economici», sembra propendere per l'archiviazione definitiva della teoria pan-pubblicistica affermando la natura contrattuale dell'istituto, che deve essere caratterizzato dalla corrispettività e dall'onerosità («il corrispettivo consista unicamente nel diritto di gestire i lavori/servizi oggetto del contratto o in tale diritto accompagnato da un prezzo»).

Rispetto al passato, con le direttive del 2014 si è finalmente giunti anche ad introdurre un regime comune alla concessioni, anche quelle di servizi, la cui regolazione, rispetto alle concessioni di lavori era scarna e incerta. La direttiva ha rappresentato, dunque, un punto di approdo significativo<sup>23</sup>.

Il nuovo codice dei contratti pubblici, dedica un'apposita parte ai contratti di concessione e il legislatore delegato ha recepito doviziosamente i principi e criteri direttivi della legge delega e le regole poste dalla direttiva europea, fornendo un'organica sistemazione alla materia delle concessioni di lavori e di servizi, distinguendole dagli appalti<sup>24</sup>, ponendo l'accento sul rischio operativo, caratteristica, come detto, tradizionale dell'istituto<sup>25</sup>.

La chiarezza definitoria dell'ultimo intervento euronitario sembra, però, non tener conto delle difficoltà che si riscontrano nel tracciare il limite, nell'utilizzo di tale istituto, tra la cura e il perseguimento dell'interesse pubblico e le vicende di natura economica, regolate dal diritto civile, che interessano il privato concessionario, che ha ragione di perseguire prioritariamente il proprio interesse<sup>26</sup>.

Per il diritto comunitario, tenendo in disparte la fase a evidenza pubblica di scelta della parte privata, sussiste un rapporto di pariteticità tra la P.A. e il concessionario<sup>27</sup>, e la stessa Direttiva concessioni (v. considerando 75, dir. 2014/23/UE) si occupa

---

*esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*", Varenna, 17-19 settembre 2015 in *Diritto amministrativo*, 2015, fasc. 2-3, pp. 291-34; M. CERUTI, *Le concessioni riscoprono le proprie origini nel rischio operativo: riflessioni su presente, passato e futuro dell'istituto*, in *Appalti e contratti*, 2016, fasc. 11, pp. 22-32.

<sup>23</sup> "Al di là delle concessioni di lavori - già note da alcuni lustri nell'esperienza nazionale -) il "Codice" del 2006 dedicò un solo articolo (il 30) alla materia delle concessioni di servizi, limitandosi peraltro in massima parte a recepire i pregressi acquis giurisprudenziali formati sul tema", così C. CONTESSA, *Le nuove regole dell'affidamento delle concessioni*, op. cit. p. 934.

<sup>24</sup> V. FERRARO, *La concessione e il diritto europeo: il complesso equilibrio tra la tutela della concorrenza e la specialità del regime dei contratti della Pubblica Amministrazione*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl. Com.* 2016, pp. 259 e ss.

<sup>25</sup> G. F. CARTEI, *Il contratto di concessione di lavori e servizi: novità e conferme a 10 anni dal Codice DeLise in Urbanistica e appalti*, 2016, fasc. 8-9, pp. 939-947.

<sup>26</sup> "Tutte le nostre concessioni tradizionali dovrebbero rientrare nell'ambito applicativo della Direttiva" così G. GRECO, *La direttiva in materia di "concessioni"*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, V, 2015, p. 1095.

<sup>27</sup> B. RAGANELLI, *Pubblico, privato e concessioni in Europa: alcuni limiti della disciplina*, in AA.VV., *Negoziazioni pubbliche. Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, Milano, 2013, pp. 210-248.



specificamente della rinegoziazione del “contratto” ad opera delle parti in costanza di rapporto concessorio, circostanza che non potrebbe verificarsi ove l’Amministrazione abbia il potere di incidere unilateralmente nella sfera giuridica del concessionario.

Circa la disciplina dell’istituto si dovrebbe confermare quanto stabilito anche dalla giurisprudenza interna, secondo cui, debbano trovare applicazione le norme contenute nel Libro 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)<sup>28</sup>.

Nell’ambito dell’istituto concessorio i poteri attribuiti alla P.A., secondo tale ricostruzione di derivazione comunitaria, sarebbero destinati ad operare all’interno del rapporto stesso, come gli strumenti di natura strettamente privatistica<sup>29</sup>.

Non si può disconoscere, per quel che qui è d’interesse, che l’influenza della disciplina euronitaria su quella interna, in considerazione anche del divieto di *gold plating* sancito dal processo di riforma avvenuto con le Direttive del 2014, sarà decisiva ai fini dell’inquadramento giuridico dell’istituto.

Inquadramento giuridico dell’istituto cui non sembra abbia ultimamente contribuito la Corte di Lussemburgo, la quale con la sentenza del 14 luglio del 2017 ricorda che ai sensi dell’art. 4 punto 6 della Direttiva servizi, è “autorizzazione” “qualsiasi procedura che obbliga un prestatore o un destinatario a rivolgersi ad un’autorità competente allo scopo di ottenere una decisione formale o una decisione implicita relativa all’accesso ad un’attività di servizio o al suo esercizio”.

Ciò induce a pensare che la Corte faccia rientrare nell’alveo dell’autorizzazione pure la concessione, giacché titolo rilasciato dall’autorità competente per accedere ad una attività di servizio.

La concessione, scaturente oramai da un rapporto giuridico unitario di natura contrattuale, al contrario, dovrebbe incidere inevitabilmente su una serie di prerogative tradizionalmente riconosciute all’Amministrazione e- unilateralmente-imposte al concessionario<sup>30</sup>.

Invero, non si può disconoscere che da tale ricostruzione – di derivazione comunitaria, come detto- discendono conseguenze rilevanti anche in tema di giurisdizione e di autotutela.

<sup>28</sup> V. C.d.S., sez. IV, 4 /5/2010, n. 2568, in Riv. giur. ed., 2010, 4, I, p. 1156.

<sup>29</sup> Cfr. A. MOLITERNI, *Il regime giuridico delle concessioni di pubblico servizio tra specialità e diritto comune*, in *Dir. amm.*, 4, 2012, p. 567. Si tenga in considerazione che “per i contratti, accordi o convenzioni, che dir si voglia, le diverse valutazioni dell’amministrazione non possono quindi portare alla autotutela provvedimento o procedimentale tramite un atto di secondo grado, ma devono essere fatte valere attraverso gli strumenti negoziali o giudiziali”, così M. CERUTI, *Le Concessioni tra Contratto, Accordo e Provvedimento Amministrativo*, in *Urbanistica e appalti*, 2016, 6, p. 637.

<sup>30</sup> Il nuovo Codice ha espressamente incluso l’applicazione dell’art. 1453 del codice civile.



#### 4. Profili processuali e di giurisdizione: quali scenari

Se da un punto di vista sostanziale l'intervento del Legislatore comunitario ha dato l'avvio a un processo di armonizzazione e ridefinizione dell'istituto, nei termini in cui si è detto, e teso senz'altro ad avvicinare la disciplina nazionale a quella euronitaria, dal punto di vista processuale, e in punto di giurisdizione, sussistono delle profonde incertezze.

Le controversie relative a rapporti di concessione di beni e di servizi pubblici, a prescindere dalla natura delle posizioni giuridiche interessate sono state tradizionalmente devolute alla giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo<sup>31</sup>, si considerino gli artt. 5-7 della L. 6 dicembre 1971, n. 1034<sup>32</sup>.

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione nel tempo hanno confermato la sussistenza di tale giurisdizione anche nell'ipotesi in cui sia richiesta la risoluzione del contratto per inadempimento degli obblighi assunti, sia che l'ente concedente non faccia ricorso a poteri autoritativi per revocare la concessione, bensì faccia valere, ad esempio, una clausola di disdetta<sup>33</sup>, sia nell'ipotesi in cui il concessionario chieda la risoluzione del rapporto per pretese inadempienze dell'ente concedente, nonché la condanna di quest'ultimo al ristoro dei danni relativi<sup>34</sup>.

Recentemente, riferendosi al servizio pubblico di raccolta e smaltimento dei rifiuti urbani la giurisprudenza della Corte di Cassazione<sup>35</sup> ha ribadito che le relative controversie – ivi comprese quelle aventi ad oggetto il risarcimento dei danni – appartengono alla giurisdizione del giudice amministrativo sin da epoca anteriore all'entrata in vigore dell'art. 4, comma 1, d.l. 23/05/2008, n. 90 (conv. mod. legge 14/07/2008, n. 123), norma che – sebbene abrogata dall'art. 4 coord. cod. proc. amm. (all. 4) – è riprodotta nell'art. 133, comma 1, lett. p), cod. proc. amm., nulla essendosi innovato rispetto al passato, con la suesposta sequenza di disposizioni, in ordine al riparto della giurisdizione in detta materia<sup>36</sup>, pure con riguardo all'art. 133, comma 1, lett. c), cod. proc. amm..

Per cui la Corte costituzionale ha ricordato che vengono attratte nella giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo le controversie relative ai comportamenti costituenti espressione di un potere amministrativo<sup>37</sup>. Il che comporta che la cognizione del giudice amministrativo, in sede di giurisdizione esclusiva, può avere

<sup>31</sup> Sulla legittimazione da parte dei terzi estranei al rapporto concessorio all'impugnazione degli atti a valle di tale rapporto e sulla relativa giurisdizione Cfr., *ex plurimis*, C.d.S., VI, 04/07/2011, n. 3997; Cass. civ. sez. un., 28/1/2011, n. 2062.

<sup>32</sup> Cass. Civ. Sez. Un., 19/07/1995, n. 7816.

<sup>33</sup> Cass. Civ. Sez. Un., 11/5/1998, n. 4749.

<sup>34</sup> Cass. Civ. Sez. Un., 17/11/1998, n. 11578.

<sup>35</sup> Cass. Civ. Sez. Un., 26/9/2017 n. 22357.

<sup>36</sup> Cass. Civ. Sez. Un., 28/06/2013, n. 16304.

<sup>37</sup> Corte cost., sent. 13/01/2010 n. 35.



ad oggetto (nel necessario concorso degli altri requisiti enunciati), persino unicamente diritti soggettivi<sup>38</sup>.

Non può essere trascurata la circostanza che l'art. 133 del Codice del processo amministrativo, elenchi tra le "particolari materie" devolute alla giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo le controversie riguardanti le concessioni (ad eccezione di quelle concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi) e non gli appalti, se non per delimitati aspetti, mentre la fase dell'esecuzione del contratto di appalto è appannaggio della giurisdizione ordinaria. Sulla fase dell'esecuzione della concessione il Codice non si esprime.

Se il Legislatore, come osservato, non si è espressamente conformato alla definizione euronitaria di concessione è il caso, però, di rilevare che il Giudice amministrativo sembra aver sancito la natura contrattuale della stessa, quantomeno per quanto riguarda le conseguenze in tema di riparto di giurisdizione, e la assimilata al contratto di appalto per quel che concerne la fase esecutiva.

Di recente, analogamente a quanto accade in materia di contratto d'appalto, infatti, è stato riconosciuto che la giurisdizione del giudice amministrativo può configurarsi solo ove il preteso inadempimento del gestore riguardi una concessione di bene pubblico -secondo quanto previsto dall'art. 133, comma 1, lett. c), del c.p.a.- mentre nelle altre ipotesi citate (concessione di servizi e concessione di lavori), che non sono destinatarie di analoga previsione normativa, «la giurisdizione sulla fase esecutiva appartiene notoriamente al giudice ordinario in base al generale criterio di riparto "diritti/interessi" non essendo dato rinvenire, in relazione alle concessioni di servizi, alcuna norma di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sui profili esecutivi del rapporto»<sup>39</sup>.

Se in passato la dottrina e la giurisprudenza<sup>40</sup> ritenevano valida la clausola compromissoria soltanto per gli appalti, non anche per le concessioni, e dunque solo per i primi, ma non per le seconde, era possibile deferire ad arbitri le liti di esclusivo appannaggio della giurisdizione del giudice ordinario, lo scenario sembra essere mutato.

La recente giurisprudenza<sup>41</sup>, infatti, nell'istituto concessorio ravvisa la presenza di diritti soggettivi e non interessi legittimi, arrivando a sostenere la possibilità di deferire ad arbitri le controversie relative a beni pubblici considerando le fattispecie contrattuali di carattere negoziale.

Nelle decisioni menzionate non si fa affatto riferimento a controversie riguardanti indennità, canoni ed altri corrispettivi, si tratta dell'adempimento del contratto e

<sup>38</sup> Corte cost., sent. 23/09/2009 n. 259.

<sup>39</sup> TAR Sardegna, sez. I, 18/6/2019 n. 547.

<sup>40</sup> Cass. Civ. Sez. Un., 18/5/2000, n. 366, Foro It. 2001, I, 205 (con nota di L. Carrozza e F. Fracchia, *Controversie in tema di concessioni di costruzione e gestione di lavori pubblici: quale giurisdizione?*).

<sup>41</sup> C.d.S., Sez. IV, 2/7/2018, n. 4005 che riforma T.A.R. Piemonte, Sez. I, n. 746/2016.



delle relative obbligazioni. Ebbene, non può a questo punto riconoscersi che nel nostro ordinamento la concessione viene qualificata in termini pattizi, e che oramai al momento tipicamente procedimentale e autoritativo segue un momento negoziale<sup>42</sup>. L'adesione, dunque, nell'ordinamento interno alla tesi della natura contrattuale della concessione ridimensionerebbe anche la possibilità di riconoscere al concedente poteri di primazia impliciti nella propria natura soggettiva o nella peculiarità dell'oggetto dedotto in contratto.

---

<sup>42</sup> Anche la fase c.d. "autoritativa" posta a monte del contratto sembrerebbe temperata, posto che l'attuale disciplina mostra infatti aperture verso modelli flessibili quali il dialogo competitivo v. sul punto G. FIDONE, *Le concessioni di lavori e servizi alla vigilia del recepimento della direttiva 2014/23/UE*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, I, 2015, 101.