GIUSTIZIA INSIEME

Diritto e Processo Amministrativo

I limiti della giurisdizione amministrativa sui rapporti di concessione

Nota a CGARS 16 ottobre 2020, n. 935 e Cons. St., sez. V, 17 dicembre 2020, n. 8100

di Saul Monzani

14 gennaio 2021

I limiti della giurisdizione amministrativa sui rapporti di concessione (nota a CGARS 16 ottobre 2020, n. 935 e Cons. St., sez. V, 17 dicembre 2020, n. 8100) di Saul Monzani

Sommario: 1. La concessione: fattispecie complessa tra la prospettiva “contrattualprivatistica” e la visione “unilateralpubblicistica”. – 2. I tratti distintivi della concessione: il trasferimento al concessionario del rischio economico e la necessità del mantenimento dell'equilibrio economico-finanziario. – 3. La giurisdizione sulla fase esecutiva del rapporto concessorio. I limiti della giurisdizione esclusiva indicati da Corte cost. 204/2004. – 4. La estensione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sulle controversie sorte nella fase esecutiva del rapporto di concessione, con la sola esclusione delle questioni meramente patrimoniali. – 5. Conclusioni: la necessità di un criterio di riparto della giurisdizione certo in un'ottica di effettività della tutela.

1. La concessione: fattispecie complessa tra la prospettiva “contrattualprivatistica” e la visione “unilateralpubblicistica”.

L'istituto della concessione, intesa genericamente come provvedimento creativo di diritti o di situazioni giuridiche attive, consiste, con riferimento all'ambito amministrativo, in uno strumento con cui la pubblica autorità provvede indirettamente alla gestione di determinate

attività di interesse collettivo agevolando e stimolando l'intervento privato tramite l'attribuzione ai privati di determinate facoltà relative all'utilizzazione di beni o alla gestione di imprese e servizi pubblici. In particolare, la concessione comporta un acquisto derivativo-costitutivo nel senso che il diritto del concedente si comprime e riduce, venendosi a riespandere nella sfera giuridica del concessionario, il quale acquista, pertanto, una posizione che deriva da quella del concedente, senza però subentrare del tutto nella titolarità del diritto o potere di quest'ultimo, ma acquisendo solo particolari facoltà[1].

In Italia, l'istituto della concessione è stato storicamente collocato, nei primi decenni dello Stato unitario, in una prospettiva contrattualprivatistica che comportava l'applicazione della normativa civilistica in tema di obbligazioni e contratti nonché il radicamento della giurisdizione del giudice ordinario[2]. In siffatta prospettiva, il rapporto di concessione presentava un carattere contrattuale, atteggiandosi a situazione giuridica per la cui creazione era necessario il concorso sinallagmatico della volontà della pubblica amministrazione e del privato, i quali, pertanto, erano chiamati a concorrere in posizione di parità giuridica all'instaurazione del rapporto, i cui effetti presupponevano, appunto, l'incontro di due volontà e le cui prestazioni erano collegate causalmente l'una all'altra[3].

Tale ricostruzione, in particolare, rispondeva ad esigenze di carattere non strettamente giuridico riconducibili alla necessità avvertita dallo Stato unitario, da un lato, di riconoscere il rilievo economico e politico dei concessionari, approntando un'adeguata tutela dei loro interessi, dall'altro lato, di assicurare la necessaria certezza e stabilità agli operatori che, proprio tramite lo strumento della concessione, consentivano lo svolgimento di attività indispensabili per lo sviluppo economico (realizzazione di infrastrutture, erogazione di servizi pubblici essenziali, conduzione di industrie che utilizzano risorse di spettanza pubblica).

Successivamente, a partire dalla fine dell'Ottocento del secolo scorso, in concomitanza con la progressiva emersione di un diritto pubblico-amministrativo nazionale, funzionale al rafforzamento dello Stato neo unitario attraverso strumenti d'azione autoritativi in grado di affermarne la sovranità, l'istituto della concessione amministrativa viene proiettato in una dimensione pubblicistica.

Da tale punto di vista, la concessione comincia ad essere vista quale mezzo di attribuzione ad un privato da parte dell'amministrazione pubblica, attraverso un atto autoritativo unilaterale, di un “vero nuovo diritto”[4]. In altri termini, secondo il punto di vista ora in considerazione, il rapporto concessorio viene ad esistenza tramite un atto costituito dalla sola volontà della pubblica amministrazione nel senso che le due dichiarazioni di volontà, ossia quella di

quest'ultima e quella del privato, rimangono distinte dando vita, rispettivamente, ad un atto principale, di per sé stesso costitutivo del rapporto, e ad un atto dotato di rilievo solo come presupposto o come condizione di efficacia, a seconda che intervenga prima o successivamente all'atto di concessione[5].

Per tale via, viene ad essere ribaltata la tradizionale prospettiva contrattualprivatistica la quale fondava una situazione che era caratterizzata dai seguenti elementi: la considerazione della concessione come contratto costitutivo di diritti soggettivi pieni in capo al concessionario, con conseguente giurisdizione del giudice ordinario, il fatto che agli atti amministrativi incidenti sul rapporto di concessione non era riconosciuta la capacità di degradare la posizione soggettiva del concessionario, il fatto che la revoca per pubblico interesse obbligava l'amministrazione ad un indennizzo congruo che ristorasse economicamente il concessionario.

Diversamente, la tesi di matrice pubblicistica emersa in seguito ha disvelato un inquadramento opposto: in tal senso, si era giunti a ritenere che il provvedimento unilaterale di concessione fosse da considerare atto discrezionale fondante posizioni giuridiche soggettive assimilabili, quanto alla loro tutela, agli interessi legittimi, con relativa giurisdizione del giudice amministrativo. Inoltre, in siffatta prospettiva, il rapporto derivante dalla concessione era visto come modificabile e revocabile attraverso atti imperativi emanati dall'amministrazione concedente, senza obbligo di indennizzo, salvo casi particolari[6].

Successivamente, mentre la dottrina rimane “affezionata” all'idea dell'atto amministrativo unilaterale[7], la giurisprudenza, nel tentativo di incoraggiare gli investimenti privati rispetto allo svolgimento di funzioni di interesse pubblico, fornisce una precisazione delle tesi “unilateralpubblicistiche” medesime, giungendo ad individuare due distinti segmenti all'interno della fattispecie concessoria: un atto di sovranità, dapprima, e la stipulazione di un vero e proprio contratto in un secondo momento, volto a regolare i profili patrimoniali in un contesto in cui l'amministrazione opera come contraente privato e ove sorgono obbligazioni e responsabilità, diritti e doveri giuridici la cui violazione è suscettibile di dar luogo ad azioni giudiziarie presso il giudice ordinario[8].

Si registra, così, tramite la costruzione giudiziale della concessione-contratto, una certa evoluzione, da un lato, verso la progressiva separazione del contratto dal provvedimento, con espansione del ruolo del primo e, di conseguenza, del diritto comune, e, dall'altro lato, verso la distinzione, sotto il profilo della giurisdizione, tra controversie in tema di atti autoritativi,

affidate al giudice amministrativo, e di profili contrattuali, attribuite alla giurisdizione ordinaria, fino alla ricomprensione nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 133 del Codice del processo amministrativo.

2. I tratti distintivi della concessione: il trasferimento al concessionario del rischio economico e la necessità del mantenimento dell'equilibrio economico-finanziario

Ad influire sulla considerazione dell'istituto della concessione in ambito nazionale, è intervenuto anche l'ordinamento euro-unitario, il quale, fin dalla direttiva 71/305/CEE, ha definito la stessa come un “contratto” analogo a quello di appalto, con la sola peculiarità per cui la controprestazione dei lavori o dei servizi effettuati consiste, non in un corrispettivo in denaro, bensì nel diritto di gestire l'opera realizzata o i servizi svolti, traendone, per tale via, un utile economico (art. 3, punto 1).

Successivamente, la direttiva 2014/23/UE ha fornito, per la prima volta, una normativa di base da applicare uniformente alle concessioni di lavori e a quelle di servizi, le quali sono identificate, rispettivamente, come quei contratti a titolo oneroso in cui la pubblica amministrazione affidi l'esecuzione di lavori o l'espletamento di servizi ad un operatore economico a fronte di un corrispettivo a favore di quest'ultimo che consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera realizzata o il servizio affidato, eventualmente accompagnato da un prezzo.

Ebbene, proprio in relazione all'elemento da ultimo evidenziato, un fattore che connota in via precipua l'istituto della concessione è stato individuato in ambito euro-unitario nel trasferimento del rischio economico di gestione al concessionario**[9]**.

La giurisprudenza della Corte di giustizia risulta univoca nel senso appena indicato: in tale ottica è stato infatti specificato che “ai fini della qualificazione come concessione...è necessario che l'amministrazione aggiudicatrice trasferisca integralmente, o almeno in misura significativa, al concessionario il rischio nel quale essa incorre”**[10]**. Da tale punto di vista, il rischio di gestione deve essere inteso come rischio di esposizione all'alea del mercato, il quale può tradursi nel rischio di concorrenza da parte di altri operatori, di squilibrio tra domanda ed offerta, di insolvenza dei soggetti che devono pagare il prezzo dei servizi forniti, di mancata copertura delle spese di gestione mediante le entrate, di responsabilità per danni, mentre i rischi legati ad una cattiva gestione o ad errori di valutazione da parte dell'operatore economico non sono

determinanti ai fini classificatori in considerazione, essendo insiti in qualsiasi tipo di contratto **[11]**.

La giurisprudenza nazionale mostra di aver recepito l'orientamento predetto, venendo ad individuare, a sua volta, come elemento ritenuto distintivo della concessione il trasferimento del rischio economico in capo al privato, nell'ambito di un rapporto complessivo trilaterale che coinvolge l'Amministrazione concedente (che resta titolare della funzione trasferita), il concessionario e il pubblico**[12]**.

Da un altro punto di vista, occorre osservare come l'ordinamento euro-unitarioo, tenendo conto che tramite l'istituto in esame il concessionario assume responsabilità e rischi in luogo della pubblica amministrazione, ha ritenuto di lasciare alle stazioni appaltanti una "ampia flessibilità" nel definire ed organizzare la procedura di selezione del concessionario stesso, pur nel rispetto dei principi generali di parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza (considerando n. 68 ed art. 3 della direttiva 2014/23/UE,). In tale ottica, pare che la priorità per la pubblica amministrazione, nel caso delle concessioni, più che sul rispetto rigoroso di una precisa modalità di scelta del contraente, debba concentrarsi sull'esigenza di assicurare un "elevato livello di qualità, sicurezza, accessibilità e la promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utenza" (art. 2 della direttiva in questione)**[13]**.

Nel nostro ordinamento, il vigente Codice dei contratti pubblici risulta maggiormente rigoroso rispetto al quadro normativo euro-unitario, giungendo, di fatto, ad una piena equiparazione tra concessioni e contratti in termini di procedura di scelta del contraente, con ciò eliminando quei margini di maggiore libertà nel campo delle concessioni rispetto agli appalti che ancora si rinvengono nel contesto europeo**[14]**.

Tuttavia anche il legislatore nazionale sembra preoccuparsi che la prestazione di attività di interesse pubblico da parte del concessionario, proprio per garantirne la qualità, sicurezza e accessibilità, avvenga in un contesto di equilibrio economico-finanziario, ovvero di convenienza economica, intesa come capacità del progetto di creare valore nell’arco dell'efficacia del contratto e di generare un livello di redditività adeguato per il capitale investito, e di sostenibilità finanziaria, intesa come capacità del progetto di generare flussi di cassa sufficienti a garantire il rimborso del finanziamento" (art. 3, comma 1, lett. fff), del Codice dei contratti pubblici).

Così, la necessità di mantenimento dell'equilibrio economico finanziario viene a costituire un ulteriore elemento che caratterizza l'istituto in commento o, meglio, rappresenta il presupposto per la corretta allocazione del rischio operativo, quale aspetto, come si è visto, peculiare della

fattispecie concessoria.

La posizione centrale che assume il predetto equilibrio nell'ambito della regolamentazione tra le parti, nonchè della garanzia circa la corretta prestazione nei confronti degli utenti dell'attività di interesse pubblico, è testimoniato anche dalla possibilità, da parte della stazione appaltante, di stabilire un prezzo (pur non superiore al quarantanove per cento del costo dell'investimento complessivo, comprensivo di eventuali oneri finanziari), consistente in un contributo pubblico ovvero nella cessione di beni immobili (art. 165, comma 2, del Codice) nonchè la previsione di un meccanismo di revisione dell'equilibrio economico-finanziario stesso, ove esso sia venuto meno per fatti non riconducibili al concessionario nel corso del rapporto concessorio (art. 165, comma 6, del Codice).

L'istituto concessorio, in definitiva, risulta permeato, nel suo complesso, da una dimensione e connotazione pubblicistica, costituendo uno strumento attraverso il quale vengono svolte, tramite un soggetto privato, funzioni di interesse pubblico direttamente nei confronti degli utenti ed instaurando un rapporto con essi.

Ne consegue che la pubblica amministrazione concedente è chiamata necessariamente a svolgere un'attività autoritativa in funzione di regolazione, non solo nella fase genetica del rilascio del titolo concessorio, ma anche e soprattutto per tutta la durata del rapporto, in cui deve essere garantita la rispondenza ai canoni del servizio pubblico dell'attività svolta, il che produce corrispondenti effetti anche in punto di giurisdizione, come ci si appresta ad illustrare.

3. La giurisdizione sulla fase esecutiva del rapporto concessorio. I limiti della giurisdizione esclusiva indicati da Corte cost. 204/2004

Il profilo relativo alla giurisdizione sulle controversie che si collocano nella fase esecutiva del rapporto concessorio, con particolare riferimento alle disposizioni di cui all'art. 133, comma 1, lett. b), per quanto riguarda i beni pubblici, e lett. c) relativamente ai pubblici servizi, del Codice del processo amministrativo, è sempre stato dibattuto e controverso.

Come è noto, l'introduzione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo risale al r.d. 30 dicembre 1923, n. 2840, poi trasfuso nel r.d. 26 giugno 1924, n. 1054 – Testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato, con riferimento alle controversie in materia di pubblico impiego, le quali,

in quanto caratterizzate da un intreccio indissolubile tra diritto soggettivo ed interesse legittimo, sono state attribuite in blocco alla cognizione del giudice amministrativo, il quale, per tale via, è giunto a conoscere anche di questioni di diritto, ovvero di rapporti nel cui perimetro non vi era, o non vi era soltanto, esercizio di potere amministrativo**[15]**.

La l. 6 dicembre 1971, n. 1034, istitutiva dei tribunali amministrativi regionali, all'art. 5, ricomprese nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie in materia di concessioni di beni o di servizi pubblici, che non riguardassero esclusivamente canoni e altri corrispettivi.

Successivamente, il Governo, esercitando la delega parlamentare conferita con la legge 15 marzo 1997, n. 59, emanava il d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80, i cui articoli 33, 34, 35, poi riformulati dalla legge 21 luglio 2000, n. 205, "disegnavano" una giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo per blocchi di materie, con riferimento ai pubblici servizi nonchè all'edilizia e urbanistica, prevedendo una cognizione del giudice amministrativo estesa anche alle questioni patrimoniali conseguenziali, abilitandolo a disporre nelle controversie rientranti nelle predette materie il risarcimento del danno, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica.

In tema, è poi intervenuta la paradigmatica sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 6 luglio 2004**[16]**, la quale ha statuito l'illegittimità costituzionale dei caratteri attribuiti alla giurisdizione esclusiva attraverso gli interventi legislativi del 1998 e del 2000, ovvero l'incompatibilità con la Carta fondamentale di una giurisdizione esclusiva basata sulla pura e semplice presenza, in un determinato settore dell'ordinamento, di un rilevante pubblico interesse.

In tale ottica, si è rilevato che l'art. 103, comma 1, Cost., nel momento in cui dispone che "Il Consiglio di Stato e gli altri organi di giustizia amministrativa hanno giurisdizione per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione degli interessi legittimi e, in particolari materie indicate dalla legge, anche dei diritti soggettivi", non ha conferito al legislatore ordinario un'assoluta ed incondizionata discrezionalità nell'attribuzione al giudice amministrativo di materie devolute alla sua giurisdizione esclusiva, bensì gli ha riconosciuto il potere di indicare "particolari" materie, rispetto a quelle già devolute alla giurisdizione generale di legittimità, nelle quali la tutela contro la pubblica amministrazione investe "anche" diritti soggettivi. Ciò comporta, secondo la Consulta, che l'attribuzione alla cognizione del giudice amministrativo di una determinata controversia non può comunque prescindere dall'apprezzamento della concreta situazione giuridica soggettiva coinvolta. Ne consegue che la giurisdizione esclusiva presuppone, secondo la Corte, l'esercizio di un potere amministrativo, con la corrispondente insorgenza in capo al privato di una situazione di interesse legittimo, sia pure con riferimento ad

fattispecie complesse in cui vengono in considerazione "anche" posizioni di diritto soggettivo. Viceversa, la cognizione del giudice amministrativo non potrebbe fondarsi esclusivamente sul dato oggettivo della ricomprensione in una determinata materia ritenuta, in generale, di interesse pubblico.

Con precipuo riferimento al tema dei pubblici servizi, la Consulta ha censurato il fatto che il riferimento ad una materia, quella dei pubblici servizi appunto, dai confini non compiutamente delimitati, e soprattutto ad ogni controversia che ricada in tale ambito presuppone un criterio di attribuzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo che prescinde del tutto dalla natura delle situazioni giuridiche soggettive coinvolte, radicandosi inammissibilmente la giurisdizione in questione sul dato, puramente oggettivo, del normale coinvolgimento del pubblico interesse in un dato settore**[17]**.

Per effetto della predetta sentenza, la latitudine della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo è stata precisata, secondo una formulazione giunta sostanzialmente intatta fino al vigente Codice del processo amministrativo di cui al d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 (art. 133, comma 1, lett. c), in modo da ricomprendere, per quanto qui rileva, non tutte le controversie in materia di pubblici servizi, bensì le controversie 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.

Sempre con riferimento alla giurisdizione riguardante le controversie in tema di concessioni di servizi, o anche di beni, pubblici, la giurisprudenza "tradizionale" ha ritenuto che la cognizione del giudice amministrativo si estenda tendenzialmente anche a tutta la fase esecutiva, ad eccezione delle sole questioni meramente patrimoniali che non coinvolgano alcun aspetto del contenuto del rapporto concessorio. In tale ottica, si è argomentato che la giurisdizione del giudice amministrativo sussiste ogniqualvolta sorga una controversia che ponga in discussione il rapporto stesso nel suo aspetto genetico e funzionale sotto il profilo del corretto adempimento dei rispettivi diritti ed obblighi dell'Amministrazione e del concessionario, venendo comunque in rilievo, in tali ipotesi, l'esercizio di poteri autoritativi e discrezionali da parte della prima**[18]**.

D'altro canto, si registra, più di recente, l'emergere di una diversa posizione per cui le controversie relative alla fase esecutiva di una concessione sarebbero da devolversi alla cognizione del giudice ordinario, in quanto a quest'ultimo spetta di giudicare sull'esatto adempimento di diritti ed obblighi reciproci delle parti, e sui relativi effetti, svolgendo

un'indagine che può contemplare anche la possibilità di valutare, incidentalmente, la legittimità degli atti amministrativi incidenti sulla determinazione del corrispettivo. In tale ottica, resterebbe ferma la giurisdizione del giudice amministrativo nella fase esecutiva nei casi in cui l'Amministrazione, successivamente all'aggiudicazione definitiva, intervenga con atti autoritativi incidenti sulla procedura di selezione del concessionario, ad esempio disponendone l'annullamento d'ufficio o comunque esercitando poteri autoritativi tipizzati dalla legge**[19]**.

Quest'ultimo orientamento trarrebbe origine da quanto statuito con la sentenza n. 204 del 2004 della Corte costituzionale ed, in particolare, dall'affermato principio per cui la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo postula l'esercizio in concreto di un potere autoritativo, il quale, secondo la prospettazione ora in esame, difetterebbe, perlomeno in linea di principio, una volta esaurita la fase pubblicistica relativa alla scelta del concessionario e sia sorto, tra le parti, il vincolo contrattuale. In tale ottica, pertanto, nei casi in cui il *petitum* sostanziale che anima una controversia in tema di concessione riguardi l'accertamento del corretto adempimento alle obbligazioni assunte dalle parti nell'ambito del rapporto concessorio, anche ai fini del risarcimento del danno, non si ravviserebbe l'esercizio di alcun potere, con conseguente giurisdizione del giudice ordinario, al quale si può chiedere di valutare la corrispondenza al vero dei fatti dedotti a sostegno della domanda, di qualificarli giuridicamente e di trarne le conseguenze sul piano privatistico, vertendosi in tema di diritti soggettivi vantati in posizione di parità del privato concessionario nei confronti dell'Amministrazione concedente**[20]**.

4. La estensione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sulle controversie sorte nella fase esecutiva del rapporto di concessione, con la sola esclusione delle questioni meramente patrimoniali

Contraddicendo le finalità che la stessa istituzione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo si propone di risolvere**[21]**, la riserva al giudice ordinario delle sole questioni concernenti canoni, indennità e altri corrispettivi ha reso incerti i confini della giurisdizione in materia di concessioni, probabilmente anche per la difficoltà di isolare, in un qualunque contenzioso, la questione sul corrispettivo da contestazioni riguardanti in qualche modo il rapporto. Al di fuori dell'ipotesi del mero errore di calcolo o del comportamento meramente omissivo del pagamento, è difficile che questioni sull'*an* o sul *quantum debeatur* possano

prescindere dall'accertamento del rapporto sottostante.

Le decisioni rese dal Consiglio di giustizia amministrativa per la regione siciliana, con riferimento alle concessioni di servizi pubblici, nonchè dal Consiglio di Stato, in merito alle concessioni di beni pubblici, con le sentenze che si commentano con le presenti note, si segnalano per il deciso recupero della posizione "tradizionale", incline ad estendere la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo alla fase esecutiva del rapporto concessorio, con la sola eccezione delle questioni meramente patrimoniali.

In primo luogo, si è ritenuto che nel momento in cui si assume come riferimento la concezione del contratto quale spartiacque tra fase pubblicistica e privatistica, nonchè tra giurisdizione amministrativa ed ordinaria, si finisce per offuscare la diversità di struttura tra appalto, da un lato, e concessione, dall'altro lato. In particolare, così facendo, non si terrebbero in debito conto le peculiarità che (tuttora) connotano quest'ultima, quale strumento attraverso il quale vengono svolte da un privato direttamente nei confronti dei cittadini funzioni di interesse pubblico, così da permeare il rapporto tra Amministrazione concedente, privato concessionario e utenti, in una dimensione triangolare, di forti caratteri pubblicistici, i quali non si esauriscono, come avviene nel caso dell'appalto, nella fase di selezione del contraente, ma permangono anche con riferimento al periodo di esecuzione, ove si tratta di assicurare la corretta erogazione o fruizione secondo i canoni del servizio universale, ovvero in una logica volta a garantire eguaglianza, imparzialità, continuità, diritto di scelta e partecipazione[22].

Nella prospettiva ora in esame, se non è dubitabile, applicando l'ordinario criterio di riparto della giurisdizione, che le controversie insorte nella fase esecutiva di un appalto siano da devolversi alla giurisdizione del giudice ordinario, fatto salvo solo l'esercizio, dopo la sottoscrizione del contratto, di un potere autoritativo che incida sul procedimento di selezione del contraente[23], tale regola non può essere riportata, pedissequamente, al diverso istituto della concessione.

A quest'ultimo proposito, il fatto che, su impulso del diritto euro-unitario, la differenza tra appalto e concessione si sia andata riducendo, costituendo entrambi un "contratto a titolo oneroso"[24], non legittima, secondo l'orientamento ora in considerazione, una completa assimilazione tra i due istituti, e ciò in quanto tale avvicinamento riguarda sostanzialmente il procedimento di selezione del contraente, o del concessionario, superando una precedente impostazione per cui quest'ultimo, almeno per quanto riguarda la concessione di servizi, poteva essere individuato secondo un meccanismo rispettoso dei principi generali in tema di evidenza pubblica ma non necessariamente attraverso un vero e proprio procedimento ad evidenza

pubblica dettato con riferimento agli appalti. Ciò non toglie, però, che nella successiva fase esecutiva, pur se il Codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 s.m.i. detta una disciplina simile in ordine a modifica e risoluzione del contratto di concessione rispetto a quello d'appalto, il ruolo della pubblica amministrazione si atteggi diversamente: quale appaltatore, alla stregua delle regole privatistiche, in un caso, quale soggetto concedente una pubblica funzione rivolta direttamente ai cittadini, nell'altro, con la conseguenza di non potere ragionevolmente assimilare completamente le due fattispecie.

Inoltre, la posizione confutata dall'orientamento in commento non è sembrata fedele al dato normativo in tema di giurisdizione esclusiva, ovvero con la scelta legislativa di cui all'art. 113, comma 1, lett. c), di devolvere alla cognizione del giudice amministrativo le controversie in materia di concessioni di pubblici servizi, con specifico riferimento, tra gli altri aspetti, anche alla attività di “vigilanza e controllo nei confronti del gestore”, la quale, evidentemente, si esplica nella fase esecutiva del rapporto di concessione, ad ulteriore riprova della necessità, già evidenziata, che la pubblica amministrazione concedente svolga un'attività autoritativa in funzione di regolazione per tutta la durata del rapporto concessorio, proprio al fine di verificare costantemente la rispondenza ai canoni del servizio pubblico dell'attività svolta dal concessionario direttamente nei confronti degli utenti.

In altre parole, si registrerebbe, nel campo così delineato, quella commistione indissolubile tra posizioni di diritto soggettivo in capo al concessionario nella fase esecutiva del rapporto concessorio ed esercizio di potere autoritativo in funzione di regolazione da parte dell'Amministrazione concedente che rappresenta la ragione stessa della devoluzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo delle questioni che sorgano in tale ambito.

Infatti, così come si è illustrato in precedenza, l'istituto della concessione si caratterizza per la compresenza, in maniera sostanzialmente inscindibile, sia di profili autoritativi che consensuali, di qui la costruzione della "concessione-contratto", la quale connota proprio la fase dell'esecuzione, con ciò rendendo arduo ogni distinguo tra posizioni giuridiche soggettive coinvolte**[25]** e così da giustificare la devoluzione delle relative controversie alla giurisdizione esclusiva, quale istituto deputato a risolvere in radice ogni dubbio circa il giudice cui rivolgere la propria domanda di tutela o, in altri termini, ad "evitare la ricerca del giudice"**[26]**.

Risulterebbe con ciò esclusa la possibilità di ritenere sussistente la cognizione del giudice ordinario sulle controversie che sorgano nella fase esecutiva di un rapporto concessorio, sul presupposto che in tale fase, come avviene per gli appalti, non vi possa essere esercizio di potere, se non quello, di carattere procedimentale, che venga esercitato con un provvedimento di

secondo grado in relazione agli esiti della precedente fase di selezione del contraente. Dovrebbe cioè escludersi la possibilità di

ritenere che, una volta avviato il rapporto concessorio, le parti si trovino sempre in una posizione di parità, in quanto sarebbe precluso all'Amministrazione concedente esercitare un potere amministrativo, con la conseguente sussistenza di situazioni giuridiche di diritto soggettivo che, come tali, sarebbero da devolvere in caso di controversia alla cognizione del giudice ordinario, in ritenuto ossequio al criterio declinato dalla sentenza n. 204 del 2004 della Corte costituzionale per cui la sussistenza della giurisdizione amministrativa, anche in via esclusiva, postula comuque l'esercizio, in concreto, di un potere autoritativo.

Dalla peculiare struttura dell'istituto concessorio sembrerebbe potersi evincere che il potere autoritativo della pubblica amministrazione concedente permanga anche nella fase esecutiva, in funzione di regolazione, "saldandosi" in maniera indissolubile con il diritto soggettivo del concedente, così da generare quell'intreccio inestricabile tra diverse situazioni giuridiche soggettive che, si consenta di ribadirlo, costituisce la ragion d'essere della giurisdizione esclusiva.

Partendo dagli illustrati presupposti, il Consiglio di Giustizia Amministrativa, in tema di concessioni di pubblici servizi, si è espresso con riferimento ad una fattispecie in cui un'Amministazione pubblica comunale ha pronunciato la decadenza senza indennizzo della concessione in capo ad un gestore di parcheggi pubblici avendo ritenuto sussistenti inadempimenti quali il mancato adeguamento del capitale sociale del soggetto concessionario, come previsto nel programma economico-finanziario; la cessione dell'85% del capitale sociale della società concessionaria da parte della compagine controllante nell'ambito di un concordato preventivo con cessione di tutti i beni ai creditori che ha coinvolto quest'ultima, senza alcuna previa autorizzazione o comunicazione all'ente concedente; il venire meno, o comunque il ridimensionamento, delle garanzie prestate a favore del Comune concedente; la precaria situazione economico-patrimoniale della società concessionaria.

Prendendo atto di ciò, il collegio giudicante, "impregiudicata ogni valutazione in punto di fondatezza delle motivazioni addotte dal Comune" a sostegno del pronunciato, ed impugnato, provvedimento di decadenza, ha osservato che l'intervento dell'ente concedente è da ritenersi espressione del potere di controllo e vigilanza detenuto dal medesimo "al fine di assicurare alla collettività di riferimento la fruzione del servizio pubblico nei modi preventivati". In particolare, si è osservato che le tematiche della sostenibilità della concessione e di affidabilità del contraente coinvolgono l'interesse pubblico sotteso al rilascio di una concessione, in quanto costituiscono il presupposto della continuità dell'erogazione del servizio, nonchè della qualità con la quale il

medesimo è espletato, il tutto in una prospettiva pubblicistica nella quale l'adeguatezza delle condizioni economico-finanziarie del concessionario risultano strumentali al perseguimento dell'interesse pubblico.

In definitiva, secondo la pronuncia ora in considerazione, l'Amministrazione concedente, nel pronunciare la decadenza dalla concessione, ha fatto uso di un potere autoritativo che si giustifica ed è finalizzato ad assicurare la continuità di un servizio pubblico, con conseguente giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sulla controversia con il concessionario che ne è derivata.

Una siffatta conclusione appare fruttodella considerazione delle peculiarità che connotano, rispetto all'appalto, l'istituto della concessione, tenendo conto di come quest'ultima instauri un "rapporto di diritto pubblico" fra Amministrazione concedente e concessionario, rivestendo, la prima, una posizione autoritativa che si compendia in una situazione di interesse legittimo del secondo. In tale prospettiva, si è argomentato che, in caso di concessione, la funzione pubblica non si esaurisce nel momento in cui, attraverso il provvedimento amministrativo di aggiudicazione della procedura ad evidenza pubblica esperita, venga individuato il concessionario, bensì, affondando le proprie radici in una riserva di amministrazione, quindi in un settore di interesse pubblico, la predetta funzione si estende alla regolamentazione e controllo della prerogativa concessa.

Così, la giurisdizione del giudice amministrativo in via esclusiva finisce per riguardare, secondo la sentenza ora in commento, tutta la fase esecutiva del rapporto concessorio, con l'unica eccezione delle controversie di carattere meramente patrimoniale che non abbiano alcuna implicazione sul contenuto del rapporto stesso, che però, come si è già detto, paiono in concreto difficilmente configurabili.

Il Consiglio di Stato, nella seconda sentenza che si segnala con le presenti note, esprimendosi su di una controversia relativa all'applicazione di una penale contrattuale da parte dell'Amministrazione concedente a carico del soggetto privato concessionario di un bene pubblico (nel caso una piscina comunale), ha preso le mosse dai medesimi presupposti rispetto a quanto statuito dal Consiglio di giustizia amministrativa, giungendo a conclusioni conformi ed, anzi, ancora maggiormente orientate ad enfatizzare il ruolo centrale dell'interesse pubblico nella regolamentazione, anche contrattuale, tra le parti di un rapporto concessorio avente ad oggetto un bene, o anche un servizio, pubblico**[27]**.

Infatti, in ordine ai presupposti, i giudici amministrativi, nell'occasione in questione, hanno ribadito come la concessione di beni pubblici costituisca un istituto in cui è immanente l'interesse dell'Amministrazione concedente ad un corretto utilizzo e gestione del bene affidato in uso speciale al concessionario, con la conseguenza che alla prima devono ritenersi riservati i poteri autoritativi necessari ad assicurare che la gestione privata del bene rimanga coerente con il superiore interesse pubblico. Per tale via, secondo la posizione ora in considerazione, nella fase esecutiva del rapporto concessorio viene a fondarsi in capo al concessionario una posizione di interesse legittimo al corretto esercizio dei poteri autoritativi spettanti all'Amministrazione stessa.

Muovendo da tale ordine di idee, il Consiglio di Stato ne ha fatto conseguire che i rimedi spettanti all'autorità concedente per reagire all'inadempimento del privato concessionario non possono essere assimilabili a quelli spettanti alla parte di un contratto di diritto comune, anche se previsti nel testo contrattuale della concessione, tenendo conto, da questo punto di vista, che l'interesse pubblico può comunque essere perseguito attraverso l'utilizzo di strumenti privatistici (quali la previsione di una penale conseguente alla mancata apertura della piscina comunale nei termini previsti dal contratto di concessione).

5. Conclusioni: la necessità di un criterio di riparto della giurisdizione certo in un'ottica di effettività della tutela

Nonostante l’esplicita previsione della giurisdizione esclusiva e delle questioni che rimangono riservate al giudice ordinario, il confine della giurisdizione in materia di concessioni continua a presentare profili d’incertezza.

Nel complesso e problematico quadro giurisprudenziale che si è in precedenza ricostruito, la soluzione che prospettano le sentenze commentate è quella secondo la quale, laddove la pubblica amministrazione concedente faccia valere le previsioni contrattuali al fine di regolare il rapporto con il concessionario nell'ottica di garantire la corretta erogazione del servizio, o la corretta fruizione del bene pubblico, da parte degli utenti, così perseguendo l'interesse pubblico, sia pure attraverso strumenti privatistici, le eventuali controversie che dovessero insorgere andrebbero comunque attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, con la sola esclusione delle questioni di carattere meramente patrimoniale che non incidano su tale aspetto (destinate, pertanto, ad avere carattere residuale o addirittura "eccezionale", secondo quanto

statuito dal Consiglio di Stato).

La precisazione espressa dal legislatore per cui sono da intendersi escluse dalla giurisdizione esclusiva in tema di concessioni (di beni o servizi) le (sole) dispute in materia di indennità, canoni ed altri corrispettivi varrebbe a circoscrivere l'ipotesi ai soli casi che non interferiscano minimamente con la funzione regolatoria attribuita all'Amministrazione.

L'interpretazione così proposta tende a collocarsi entro le coordinate emerneutiche dettate dalla Corte costituzionale nella paradigmatica sentenza n. 204 del 2004, trattandosi di devolvere alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo una particolare materia, ovvero quella relativa alle concessioni, di servizi o di beni, nella quale la tutela contro la pubblica amministrazione investe "anche" diritti soggettivi, ovvero quelli del concessionario sorti a seguito della stipulazione del contratto di concessione, ma, evidentemente, non solo, venendo in rilievo, come detto, pure il potere autoritativo di regolazione della pubblica amministrazione stessa, il quale si estende per tutta la durata del rapporto concessorio. Non si tratterebbe di devolvere al giudice amministrativo tutte le controversie che si collochino in tale materia, ma solo quelle che intercettino in qualche modo l'esercizio del potere da parte della pubblica amministrazione, tenendo conto, però, che tale potere non si limita alla fase del selezione del concessionario, bensì si estende alla fase esecutiva relativamente alla prerogativa di regolazione e controllo spettante all'Amministrazione concedente.

Non si può fare a meno di sottolineare che l'allargamento della giurisdizione esclusiva a tutte le questioni che insorgano nella fase dell'esecuzione rende doveroso per il giudice amministrativo procedere all'accertamento diretto dai fatti, facendo uso dei strumenti istruttori introdotti dagli art. 63 ss. del Codice del processo amministrativo**[28]** evitando quanto più possibile di rifugiarsi in un sindacato sulla ragionevolezza della decisione amministrativa, il quale, assumendo come punto di riferimento la realizzazione dell'interesse pubblico, potrebbe celare il rischio di non garantire l'equidistanza del giudice dalle rappresentazioni delle parti**[29]**.

Concludendo le riflessioni che si sono fin qui condotte, si può rilevare come il tema del riparto di giurisdizione sulle controversie insorte nella fase esecutiva di un rapporto di concessione di beni o servizi pubblici potrebbe probabilmente trovare, o meglio ritrovare, una composizione, a tutto vantaggio delle parti coinvolte e del loro diritto costituzionale ad una tutela giurisdizionale effettiva, recuperando lo spirito che aveva determinato l'introduzione dell'istituto della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

In tale prospettiva, occorrerebbe ricordare che l'istituzione della predetta giurisdizione mira a risolvere in radice i problemi di individuazione del giudice cui rivolgersi in quelle fattispecie caratterizzate da un intreccio indissolubile tra diritto soggettivo ed interesse legittimo, il che avviene tipicamente, come si è cercato di illustrare, nel caso delle concessioni e con riferimento proprio alla fase esecutiva.

Da questo punto di vista, la verifica circa l'esercizio del potere amministrativo andrebbe comunque riferita più alla materia che alla singola controversia, nel senso di potere ammettere già in sede legislativa che in determinati, circoscritti, ambiti si ravvisa tipicamente una sovrapposizione tra diverse situazioni giuridiche soggettive che non consentono all'interprete di distinguere tra una e l'altra, pur non facendone derivare, in ossequio ai dettami espressi dalla Corte costituzionale, l'attribuzione in blocco alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo di qualsivoglia controversia che ricada in un dato settore a prescindere dalla situazione giuridica soggettiva dedotta (tale regola appare rispettata, relativamente alle fattispecie esaminate nel presente commento, grazie all'esclusione, operata sempre in via legislativa sulla base di quanto statuito dalla Consulta, delle controversie aventi valenza esclusivamente patrimoniale, nel senso, pur residuale, fin qui indicato).

Per tale via, si potrebbe giungere ad un ridimensionamento del vivace dibattito che si rinviene in giurisprudenza sul tema, a tutto vantaggio del soggetto che chieda tutela giurisdizionale, al quale sarebbe bene offrire sul piano legislativo una regola di attribuzione della giurisdizione certa, che non vari a seconda del singolo caso e dello specifico apprezzamento che ne venga fatto in sede giudiziale, così come sta tuttora avvenendo nel panorama giurisprudenziale. , In tale modo, dovrebbe evitarsi di imporre una affannosa, difficile ed aleatoria ricerca del giudice cui rivolgere le proprie domande, la quale può impegnare il ricorrente per molto tempo prima ancora di potere discutere delle proprie richieste nel merito, rischiando di compromettere seriamente l'effettività della tutela. Quest'ultima, invero, declinata con precipuo riferimento al tema oggetto delle presenti riflessioni, presuppone, da un lato, una ragionevole tempestività nel rendere la decisione sulle domande proposte e, dall'altro, impone un'adeguata protezione delle specifiche situazioni giuridiche coinvolte, il che potrebbe e dovrebbe avvenire, perlomeno auspicabilmente, nell'ambito del giudizio amministrativo nelle materie e con riferimento alle controversie attribuite alla giurisdizione esclusiva, secondo le coordinate che si è fin qui tentato di tracciare.

[1] E. Silvestri, *Concessione amministrativa* (*ad vocem*), in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, 371.

[2] Sul punto cfr. M. D'Alberti, *Concessioni amministrative* (*ad vocem*), in *Enc. giur. Treccani*, VIII, Roma, 1988, 1 ss. dello stesso A. si v. anche *Le concessioni amministrative*, Napoli, 1981.

[3] E. Silvestri, *op. cit.*, 374.

[4] O. Ranelletti, *Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Giur. it.*, 1894, IV, 7. Dello stesso A. si v. anche Id., *Capacità e volontà nelle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Riv. it. sc. giur.*, XVII, 1894, 3, 315; Id., *Facoltà create dalle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Riv. it. sc. giur.*, XIX, 1895, 3; XX, 1895, 255; XXI, 1896, 77, 350; XXII, 1896, 177.

[5] E. Silvestri, *op. cit.*, 374.

[6] In tal senso cfr. M. D'Alberti, *Concessioni amministrative* (*ad vocem*), cit., 2.

[7] A. Amorth, *Osservazioni sui limiti all'attività amministrativa di diritto privato*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1938, 455; M. Gallo, *I rapporti contrattuali nel diritto amministrativo*, Padova, 1936, 99 ss.; G. Miele, *La manifestazione di volontà del privato nel diritto amministrativo*, Roma, 1931, 31 ss.

[8] Cass. civ., 12 gennaio 1910, in *Riv. dir. comm.*, 1910, 248. Nello stesso senso cfr. anche Cass. civ., 27 settembre 1915, in *Foro it.*, 1915, I, 1379; Cass. civ., 20 febbraio 1925, *ivi*, 1925, I, 591.

[9] La direttiva 2014/23/UE, e conseguentemente, in ambito nazionale, il Codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, segnatamente all'art. 3, comma 1, lett. zz), fanno specifico riferimento, quale elemento caratterizzante l'istituto della concessione, all'assunzione da parte del concessionario di un rischio "operativo", inteso come il rischio legato alla gestione dei lavori o dei servizi sul lato della domanda, ovvero in merito al numero di utenti che intendano usufruire dell'opera o del servizio, o sul lato dell'offerta, ossia relativamente ai costi, o di entrambi. Per effetto dell'assunzione del rischio in questione, in altri termini, non deve essere garantito a priori al concessionario il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi svolti, essendo il medesimo esposto alle fluttuazioni del mercato e ad una potenziale perdita che non sia puramente nominale o trascurabile.

[10] Corte di giustizia CE, sez. II, 10 novembre 2011, in C-348/10, *Norma A SIA e altro C. Latgales planooanas regions*, punto 45, in *Foro amm. CdS*, 2011, 3249. Nel senso che "si è in presenza di una concessione di servizi allorquando le modalità di remunerazione pattuite consistono nel diritto del prestatore di sfruttare la propria prestazione ed implicano che quest'ultimo assuma il rischio legato alla gestione dei servizi in questione" cfr. Corte di giustizia CE, sez. III, 15 ottobre 2009, in C-196/08, *Acoset*, punto 39, *ivi*, 2009, 2211, nonché Corte di giustizia CE, sez. II, 18 luglio 2007, in C-382/05, *Commissione CE c. Rep. ita*, punto 34, *ivi*, 2007, 1999. Su quest'ultima pronuncia si v., per un ulteriore commento, C.F. Coduti, *Appalto pubblico o concessione di servizi? La Corte enfatizza il criterio del rischio*, in *Rass. avv. Stato*, 2007, 64 ss.; S.R. Masera, *Appalto pubblico di*

servizi e concessione di servizi nella giurisprudenza comunitaria, in *Urb. e app.*, 2008, 581 ss.

[11] Corte di giustizia CE, sez. II, 10 novembre 2011, in C-348/10, *Norma A SIA e altro C. Latgales planooanas regions*, punti 48-49, cit.; Corte di giustizia CE, sez. III, 10 marzo 2011, in C-274/09, *Stadler*, punti 37-38, in *Foro amm. CdS*, 2011, 741.

[12] Sul punto, tra le tante, cfr. Cons. St., sez. VI, 4 maggio 2020, n. 2810, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. St., sez. V, 1 aprile 2019, n. 2128, *ivi*; Cons. St., sez. V, 21 marzo 2018, n. 1811, *ivi*; Cons. St., sez. VI, 16 luglio 2015, n. 3571, in *Foro amm.*, 2015, 1987; Cons. St., sez. V, 9 settembre 2011, n. 5068, in *Foro amm. CdS*, 2011, 2782; Cons. St., sez. V, 6 giugno 2011, n. 3377, *ivi*, 1973; Cons. St., sez. VI, 15 maggio 2002, n. 2634, *ivi*, 2002. Nel medesimo senso cfr., di recente, anche T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 18 marzo 2020, n. 3371, in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Lombardia Brescia, sez. I, 20 gennaio 2020, n. 45, *ivi*; T.A.R. Campania Napoli, sez. I, 28 novembre 2019, n. 5624, in *Foro amm.*, 2019, 1891.

[13] In effetti, l'ordinamento euro-unitario lascia libera l'amministrazione aggiudicatrice di organizzare come meglio crede la procedura per la scelta del concessionario, fatto salvo il rispetto dei principi di parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza nonchè degli obblighi applicabili in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dal diritto dell'Unione, dal diritto nazionale, da contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro (art. 30 della direttiva 2014/23/UE). Analogamente, anche per quanto riguarda i criteri di aggiudicazione, il legislatore europeo si limita a prescrivere il rispetto dei predetti principi generali (art. 41 della direttiva in commento), tramite la previsione di criteri "proporzionati, non discriminatori ed equi" (considerando n. 63), oltre a richiedere che essi "assicurino una valutazione delle offerte in condizioni di concorrenza effettiva in modo da individuare un vantaggio economico complessivo per l'amministrazione aggiudicatrice" (sempre ai sensi dell'art. 41 citato).

[14] Infatti, il Codice dei contratti pubblici vigente, pur avendo ribadito, all'art. 166, il "principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche" in merito alla procedura per la scelta del concessionario, prevede, all'art. 164, che alle procedure di aggiudicazione di contratti di concessione di lavori pubblici o di servizi si applicano, sia pure "per quanto compatibili", le disposizioni del codice stesso, relativamente ai principi generali, alle esclusioni, alle modalità e alle procedure di affidamento, alle modalità di pubblicazione e redazione dei bandi e degli avvisi, ai requisiti generali e speciali e ai motivi di esclusione, ai criteri di aggiudicazione, alle modalità di comunicazione ai candidati e agli offerenti, ai requisiti di qualificazione degli operatori economici, ai termini di ricezione delle domande di partecipazione alla concessione e

delle offerte, alle modalità di esecuzione.

[15] La letteratura in tema di giurisidizione esclusiva è vastissima. Tra gli altri si v., sull'istituto in generale, F. Satta, *Giurisdizione esclusiva (ad vocem)*, in *Enc. dir.*, Milano, 2001, Agg., V, 594 ss.; P.M. Vipiana, *Giurisdizione amministrativa esclusiva*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1991, VII, 440 ss.; A. Romano, *La giurisdizione amministrativa esclusiva dal 1865 al 1948*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 417 ss.; V. Parisio, A. Perini, (a cura di), *Le nuove frontiere della giurisdizione esclusiva. Una riflessione a più voci*, Milano, 2002; Aa.Vv., *Evoluzione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*, Atti del XLVIII Convegno di studi di Scienza dell'Amministrazione.Varenna, Villa Monastero 18-20 settembre 2003, Milano, 2004; P. Sandulli, *La tutela dei diritti dalla giurisdizione esclusiva alla giurisdizione per materia*, Milano, 2004.

[16] Corte cost., 6 luglio 2004, n. 204, in *Giur. cost.*, 2004, 2181, la quale ha censurato la scelta legislativa di ricollegare la giurisdizione esclusiva del giudice amministativo all'intera materia dei pubblici servizi, senza distinguere, entro tale ambito, la natura delle posizioni giuridiche fatte valere, nonchè la scelta di estendere tale giurisdizione anche ai "comportamenti" della pubblica amministrazione nel campo urbanistico e/o edilizio, ovvero a fattispecie in cui non vi è esercizio di alcun pubblico potere. I commenti a tale storica sentenza sono molteplici: tra gli altri si v.: L. Mazzarolli, *Sui caratteri e i limiti della giurisdizione esclusiva: la Corte costituzionale ne ridisegna l'ambito*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 214 ss.; C.E. Gallo, *La giurisdizione esclusiva ridisegnata dalla Corte costituzionale alla prova dei fatti*, in *Foro amm. CdS*, 2004, 1908 ss.; F. Satta, *La giustizia amministrativa tra ieri, oggi e domani: la sentenza della Corte Costituzionale n. 204 del 2004*, *ivi*, 1903 ss.; F.G. Scoca, *Sopravvivrà la giurisdizione esclusiva?*,in *Giur. cost.*, 2004, 2209 ss.; C. Delle Donne, *Passato e futuro della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nella sentenza della Consulta n. 204 del 2004: il ritorno al "nodo gordiano" diritti-interessi*, in *Giust. civ.*, 2004, 2237 ss.; M.A. Sandulli, *Un passo avanti e uno indietro: il giudice amministrativo è giudice pieno, ma non può giudicare dei diritti (a prima lettura a margine di Corte cost. n. 204 del 2004)*, in *Riv. giur. ed.*, 2004, 1, 1230 ss.; F. Fracchia, *La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo: un istituto che ha esaurito le sue potenzialità?*, in *Servizi pubblici e appalti*, 2004, 3, 799; A. Travi, *La giurisdizione esclusiva prevista dagli artt. 33 e 34 d.lg. 31 marzo 1998 n. 80, dopo la sentenza della Corte costituzionale 6 luglio 2004 n. 204*, in *Foro it.*, 2004, 1, 2598 ss. Conformemente si v. anche Corte cost., 11 maggio 2006, n. 191, in *Giur. cost.*, 2006, 1921, con nota di S. Lariccia, *Alla ricerca dei provvedimenti amministrativi mediatamente riconducibili all'esercizio del potere pubblico: un nuovo avverbio per il dibattito tra i giudici, gli avvocati e gli studiosi della giustizia amministrativa italiana*, *ivi*, 1935 ss., in cui si è statuito che "Conformemente ai principi enunciati dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 204 del 2004, deve ritenersi conforme a Costituzione la

devoluzione alla giurisdizione esclusiva del g.a. delle controversie relative ai comportamenti collegati all'esercizio, pur se illegittimo, di un pubblico potere, mentre deve essere dichiarata costituzionalmente illegittima la devoluzione alla giurisdizione esclusiva del g.a. dei comportamenti posti in essere in carenza di potere o in via di mero fatto". Sul punto, in tema di servizio di gestione dei rifiuti, cfr. anche Corte Cost., 5 febbraio 2010, n. 35, in *Giur. cost*., 2010, 432, con nota di F.G. Scoca, *Riflessioni sulla giurisdizione esclusiva, ivi,* 439 ss. nonchè di R. Croce, *Sui confini della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ivi*, 445 ss. nonchè Corte Cost., 12 maggio 2011, n.167, in *Giur. cost.*, 2011, 2213.

[17] In senso critico rispetto alla regola di riparto della giurisdizione individuata dalla Corte costituzionale si v. tra gli altri, C.E. Gallo, *La giurisdizione esclusiva ridisegnata dalla Corte costituzionale alla prova dei fatti*, in *Foro amm. CdS*, 2004, 1908 ss., il quale sottolinea come, da un punto di vista concreto, il criterio in questione obblighi l'interprete ad inviduare nel singolo rapporto la sussistenza di una posizione di interesse legittimo o di diritto soggettivo, senza tenere conto che proprio la difficoltà di svolgere tale operazione ermeneutica in certe materie o comunque in certe situazioni costituisce la ragione che ha indotto alla istituzione della giurisdizione esclusiva. In altri termini, secondo l'A., nel caso in cui l'interprete sia in grado di giungere a definire se la posizione dedotta in giudizio abbia consistenza di interesse legittimo o di diritto soggettivo, allora non vi sarebbe più bisogno di ricorrere alla giurisdizione esclusiva, ben potendosi, a questo punto, individuare il giudice avente giurisdizione in base all'ordinario criterio di riparto. Sul punto, M.A. Sandulli, *Un passo avanti e uno indietro: il giudice amministrativo è giudice pieno, ma non può giudicare dei diritti (a prima lettura a margine di Corte cost. n. 204 del 2004),* cit., 1232, rileva come dalla presa di posizione della Corte costituzionale sembrerebbe di potersi ricavare che la giurisdizione esclusiva è costituzionale quando non si estende ai diritti soggettivi, sennonchè, l'art. 103 Cost. fa riferimento esplicitamente ai "diritti", per cui la pronuncia della Corte si rivolve, paradossalmente, nella "negazione stessa della giurisdizione sui diritti pur prevista dall'art. 103 Cost.".

[18] Cass. civ., sez. un., 9 agosto 2018, n. 20682, in *Foro it.*, 2018, I, 3539, con nota di A. Travi, in cui si è ricondotta alla giurisdizione del giudice amministrativo una controversia in tema di inadempimento degli obblighi reciproci dedotti in un contratto di concessione. In tale occasione, il giudice della giurisdizione ha ritenuto che siano da devolvere alla cognizione del giudice amministrativo le controversie circa la durata del rapporto di concessione o la stessa esistenza di tale rapporto o la rinnovazione della concessione, con estensione a tutte le posizioni soggettive il cui riconoscimento postuli l'identificazione del contenuto del rapporto concessorio e con esclusione, viceversa, delle questioni vertenti sul compenso del concessionario che non abbiano

dirette implicazioni sul contenuto della concessione. In conformità si v. anche Cass. civ., sez. un., 26 settembre 2017, n. 22357, in *www.dejure.it*, in cui si ribadisce la posizione per cui sussiste la giurisdizione del giudice amministrativo laddove si tratti di controversia riguardante rapporti costituiti o modificati da provvedimenti amministrativi, mentre resterebbe al giudice ordinario la cognizione delle questioni meramente patrimoniali (nella fattispecie decisa, veniva ricondotta alla giurisdizione del giudice amministrativo una controversia in tema di risoluzione del contratto d'appalto per inadempimento del contratto di concessione da parte dell'Amministrazione con richiesta di condanna al risarcimento dei danni consequenziali). Viceversa, Cass. civ., sez. un., 18 giugno 2020, n. 11867, in *www.dejure.it*, ha ritenuto che le controversie attinenti alla sola rideterminazione dei canoni concessori, in applicazione di una cogente disposizione normativa, dovuti per la concessione d'uso di un bene pubblico, appartengono alla giurisdizione ordinaria, avendo ad oggetto diritti soggettivi a contenuto patrimoniale (nel caso di specie la Suprema Corte ha rilevato come l'azione del Comune si era concretizzata in un mero accertamento tecnico – peraltro, sulla base delle schede di calcolo delle superfici fornite dallo stesso concessionario, e, quindi, privo di alcuna discrezionalità – all'esito del quale il medesimo Comune aveva semplicemente provveduto all'aggiornamento della misura del canone da riscuotere). In tempi meno recenti si v., conformemente, Cass. civ., sez. un., 12 ottobre 2011, n. 20939, in *Foro amm. **CdS***, 2011, 3068; **Id., 24 giugno 2011, n. 13903**, *ivi*, 2298; **Id., 18 novembre 2008, n. 27333**, in *Giust. civ. Mass.*, 2008; **Id., 12 gennaio 2007, n. 411**, in *Foro amm. **CdS***, 2007, 1123; **Id., 23 ottobre 2006 n. 22661**, *ivi*, 76; **Id., 4 luglio 2006 n. 15217**, *ivi*, 2006, 2999; **Id., 11 giugno 2001 n. 7861**, in *Urb. e app.*, 2001, 1103. Nel senso indicato si è espressa anche la giurisprudenza amministrativa: cfr. Cons. St., sez. V, 18 dicembre 2017, n. 5398, in *Foro amm.*, 2017, 2398, in cui si è ribadito che "le controversie relative alle vicende del rapporto concessorio, nelle ipotesi di concessione di servizio pubblico, rimang*ono nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo anche nella fase successiva alla stipula del contratto*"; nello stesso senso anche Cons. St., sez. V, 4 settembre 2017, n. 4183, *ivi*, 1828. In tema di v. anche Cons. St., sez. II, 8 ottobre 2020, n. 5981, in *www.giustizia-amministrativa.it*, in cui si è affermata la giurisdizione del giudice amministrativo quando si tratti di una controversia che non attenga al mero obbligo di pagamento del canone, bensì che coinvolga l'apprezzamento discrezionale della pubblica autorità circa i parametri da applicare per la sua determinazione. In dottrina cfr. M. Ceruti, *Il riparto di giurisdizione nell'esecuzione dei contratti pubblici: appalti e concessioni*, in *Urb. e app.*, 2018, 302; C. Mariani, *Sul riparto di giurisdizione in ordine all'esecuzione della concessione del servizio pubblico di gestione di giochi pubblici*, in *Foro amm.*, 2016, 31; G.F. Nicodemo, *Concessione di beni pubblici e giurisdizione: il g.a. conosce solo degli interessi legittimi*, in *Urb. e app.*, 2012, 4, 401; R. Proietti, *Concessioni: resta il nodo-giurisdizione*, in *Dir. e giust.*, 2004, 44, 12.

[19] Cass. civ., sez. un., 8 luglio 2019, n. 18267, in *Guida al diritto*, 2019, 32, 30, la quale, "In tema di concessione di costruzione e gestione di opera pubblica e di concessione di servizi pubblici", ha individuato la seguente regola di riparto della giurisdizione: la giurisdizione del giudice ordinario in materia di concessioni si estende, oltre alle questioni riguardanti indennità, canoni ed altri corrispettivi, anche alle vertenze che sorgono nelle fase esecutiva del rapporto concessorio con riferimento ai profili di corretto adempimento dei reciproci obblighi e alle relative conseguenze risarcitorie, situandosi, tali controversie, in un rapporto paritetico tra le parti, salvo solo l'esercizio anche nella fase esecutiva di poteri autoritativi tipizzati dalla legge da parte dell'Amministrazione. Conformemente si v. anche Cass. civ., sez. un., 18 dicembre 2018, n. 32728, in *Foro amm. CdS*, 2019, 1215.

[20] In tal senso cfr. anche Cass. civ., sez. un., 25 febbraio 2019, n. 5453, in *Diritto & Giustizia*, 2019, 38, 4, con nota di A. Greco, Project financing*: se si contesta la fase esecutiva è competente il giudice ordinario*. Analogamente si v. anche Cass. civ., sez. un., 27 novembre 2019, n. 31029, in *Foro amm.*, 2020, 398, in cui si è statuito che la controversia avente ad oggetto una sanzione amministrativa comminata da una ASL, sia pure "nell'ambito di vigilanza e controllo sulla congruità ed appropriatezza del servizio pubblico reso" da parte di una struttura privata operante in regime di accreditamento, va devoluta alla giurisdizione del giudice ordinario, "in quanto concerne prestazioni effettuate in esecuzione del rapporto, a carattere paritario e contenuto meramente patrimoniale, di concessione di pubblico servizio, non venendo in rilievo l'esercizio, da parte della pubblica amministrazione, di poteri autoritativi e discrezionali". In senso differente, ma sempre nel medesimo ambito, cfr. Cons. St., sez. III, 2 dicembre 2020, n. 7646, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Anche nel panorama della giurisprudenza amministrativa, comunque, si rinviene, di recente, la posizione "innovativa" per cui le controversie in ordine all'esatto adempimento del rapporto concessorio siano da devolvere alla cognizione del giudice ordinario, proprio perchè collocate nella fase privatistica di esecuzione del rapporto concessorio, senza esercizio di potere autoritativo: in tal senso si v. Cons. St., sez. V, 9 aprile 2020, n. 2348, in *Foro amm.*, 2020, 806, resa in una fattispecie in cui si è ricondotta alla giurisdizione del giudice ordinario una controversia in tema di risoluzione per inadempimento di una concessione (di servizi pubblici) e ciò sulla base del presupposto per cui l'atto dichiarativo di intervenuta risoluzione è espressione di un potere di natura privatistica avente come effetto tipico lo scioglimento del contratto, così da incidere sul diritto soggettivo del concessionario alla prosecuzione del rapporto. Conformemente cfr. anche Cons. St., sez. III, 13 ottobre 2020, n. 6181, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[21] Sul punto cfr. C.E. Gallo, *La giurisdizione esclusiva in materia di concessioni ridisegnata dalla Corte di Cassazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 505 ss.

[22] Secondo quanto previsto, per i servizi, da dir. p.c.m. 27 gennaio 1994 recante in tema di "Princìpi sull'erogazione dei servizi pubblici".

[23] Sul punto, tra le tante, Cass. civ., sez. un., 10 gennaio 2019, n. 489, in *Guida al diritto*, 2019, 14, 42; Cass. civ., sez. un., 5 ottobre 2018, n. 24411, in *Foro amm.*, 2019, 1009, su cui si v. A.L. Ferrario, *Giurisdizione amministrativa in materia di contratti della pubblica amministrazione: la giurisdizione esclusiva si arresta al provvedimento di aggiudicazione*, in *lamministrativista.it*, 2018; Cons. St., sez. III, 12 febbraio 2020, n. 1084, in *Foro amm.*, 2020, 235; Cons. St., sez. V, 24 gennaio 2020, n. 608, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. St., sez. V, 19 aprile 2019, n. 2543, in *Foro amm.*, 2019, 648.

[24] Così, Cass. civ., sez. un., 8 luglio 2019, n. 18267, cit., punto 5.3.

[25] Così C.E. Gallo, *op. ult. cit*.

[26] Così F.G. Scoca, *Sopravvivrà la giurisdizione esclusiva?*, cit., 2211.

[27] Rimarrebbero escluse dalle riportate riflessioni in tema di giurisdizione, secondo quanto espresso dal Consiglio di Stato nella sentenza in commento, le concessioni di lavori, da ritenersi, in ipotesi, assimilate all'appalto, sulla scorta dell'armonizzazione normativa di matrice euro-unitaria, con conseguente attribuzione al giudice ordinario delle controversie sorte in fase esecutiva. Sul punto cfr. anche Cons. St., sez. V, 16 gennaio 2013, n. 236, in *Foro amm. CdS*, 2013, 188.

[28] In tema si v., per tutti, A.M. Sandulli, *Riflessioni sull'istruttoria tra procedimento e processo*, in *Dir. soc.*, 2020, 203 ss.

[29] Sul punto, F. Francario, *Quel pastiacciaccio della questione di giurisdizione. Parte seconda: conclusione di un convegno di studi*, in *www.federalismi.it,* 16 dicembre 2020, in cui l'A. ammonisce circa la necessità che la differenziazione, che pure rimane ferma, tra le situazioni giuridiche soggettive, possa e debba fondare una tutela differenziata nell'ambito del processo amministrativo. In altri termini, occorre evitare, nella prospettiva ora in commento, di perdere di vista la specificità delle tutele in una sorta di ibridazione che rischierebbe di mutuare il peggio e i limiti dell'una e dell'altra. Dello stesso A. si v. anche *Quel pasticciaccio brutto di piazza Cavour, piazza del Quirinale e piazza Capodiferro (la questione di giurisdizione)*, in questa *Rivista*, 11 novembre 2020. In tale ordine di idee, il Consiglio di Stato, nella sentenza commentata, ha

ritenuto che la non riconducibilità dei poteri dell'Amministrazione a quelli propri di un rapporto paritetico, stante la immanenza dell'interesse pubblico sotteso all'attribuzione di una concessione, non si traduce in una diminuzione di tutela del contraente privato, bensì in un rafforzamento della medesima, tenuto conto della necessità che i provvedimenti adottati dall'autorità concedente in reazione dell'inadempimento del concessionario si collochino entro una cornice procedimentale che preluda ad una decisione adeguatamente motivata in punto di interesse pubblico perseguito nonchè all'esito di un contraddittorio con l'interessato.