

BIAGIO GILIBERTI

Professore associato di diritto amministrativo presso l'*Universitas Mercatorum*
bgiliberti@gop.it

CONTRIBUTO ALLA RIFLESSIONE SULLA NATURA GIURIDICA DELLE CONCESSIONI DI PUBBLICO SERVIZIO

CONTRIBUTION TO A LEGAL THEORY ON THE LEGAL NATURE OF PUBLIC CONCESSIONS

SINTESI

L'analisi muove dall'osservazione di una discrasia; una discrasia che si rinviene tra le tradizionali ricostruzioni nazionali (che attribuiscono all'istituto delle concessioni natura di provvedimenti unilaterali e – nelle ricostruzioni più recenti – di convenzioni di diritto pubblico) e il diritto positivo dell'Unione (che, in materia di evidenza pubblica, non esita a qualificare le concessioni di servizi in termini di contratti). Senza ripiegare acriticamente sulle qualificazioni provenienti dal diritto sovranazionale (come è noto, poco legato al valore delle definizioni in nome dell'effetto utile negli stati membri), ci si è chiesti se quella discrasia non potesse essere ragione di una revisione critica dei convincimenti nazionali; se, in altre parole, le differenti dottrine susseguitesi nel corso del tempo non necessitassero di un aggiornamento. Con questo spirito, le singole ricostruzioni sono state ripercorse a partire da quella originaria che qualifica le concessioni come provvedimenti unilaterali fino a quella che le intende quali convenzioni di diritto pubblico; ciò è stato fatto al fine di verificare quali fossero state le esigenze che, nel passato, hanno condotto gli autori ad aderire marcatamente a ricostruzioni pubblicistiche. E' stato in tal modo posto in luce che, sullo sfondo di visioni eminentemente ideologiche che ricostruiscono i rapporti tra Stato e cittadini in termini di autorità/sudditanza, la ricostruzione pubblicistica delle concessioni, ha avuto a fondamento essenzialmente tre esigenze: la peculiarità del loro oggetto (funzionalizzato alla cura del pubblico interesse), la necessità che l'amministrazione mantenga in corso di rapporto il costante governo della vicenda concessoria mediante poteri di revisione unilaterale; l'esigenza, avvertita come essenziale, di un controllo giurisdizionale da esercitarsi nelle forme del giudizio amministrativo. Ciascuno di questi argomenti viene assoggettato a revisione critica, evidenziando come nessuno di essi si sottragga alla possibilità di una ricostruzione civilistica dell'istituto e che anzi quest'ultima costituisca ricostruzione maggiormente veritiera sotto il profilo strutturale (il rapporto giuridico nasce in virtù del reciproco consenso delle par-

ti) e maggiormente conforme all'esigenza di ancorare l'attribuzione di pubblici poteri (la revoca, in particolare) al principio di legalità dell'azione amministrativa.

ABSTRACT

The analysis starts from the observation of an imbalance; an imbalance among the traditional national legal theories (which consider the institution of concessions the nature of unilateral measures and – in the latest stances – the nature of public agreements) and the EU positive law (which, in public issues, defines the concessions of services as contracts). Leaving aside the definitions drawn from the supranational law (that as known, cares more for its the useful effect in the Member States than for the value of definitions), we wondered whether we could start from that imbalance to carry out a critical review of the national beliefs; in other words, whether the different jurisprudence that followed one another in time needed some updating. In the light of the above, each single legal theory has been examined from the original one, that defines the concessions as unilateral measures, until the one that considers them as public agreements; this process has been carried out in order to verify the needs that in the past led the authors to expressly accept the public nature of concessions. This way, it has been pointed out that, according to stances based on an authoritative relationship between State and citizens, the public nature of concessions came out essentially from three needs: the peculiarity of their subject-matter (aimed at the care of public interest), the need for the administration to maintain the continuous, exclusive management of the concessions by means of powers of unilateral review; the essential need for a jurisdictional control to be exercised by administrative judges. Each of the above issues is subject to critical review, which shows that none of them may escape a civil definition and rather that the latter is a truer definition under a structural viewpoint (the juridical relationship is created thanks to the mutual consent of the parties) and more in line with the need to link the assignation of public powers (revocation in particular) to the principle of lawfulness of the administrative action.

PAROLE CHIAVE: concessioni amministrative, sistematiche nazionali, diritto dell'Unione, natura giuridica, convenzioni di diritto pubblico, diritto civile speciale.

KEYWORDS: administrative concessions, national legal theories, EU law, juridical nature, public agreements, special civil law.

INDICE: 1. Posizione delle questioni – 2. Sulle diverse ricostruzioni delle concessioni di pubblico servizio – 3. Sul carattere funzionalizzato delle concessioni di pubblico servizio e sul fondamento del potere di revoca – 4. Sulla natura contrattuale delle concessioni di pubblico servizio

1. Posizione delle questioni

La costruzione teorica delle concessioni di pubblico servizio è molte volte mutata nel corso degli anni¹. Nella definizione dei tratti salienti dell'istituto si è passati dalle originarie teorie moniste, che ricostruivano le concessioni quali provvedimenti unilaterali, a quelle ibride della c.d. concessione contratto, per poi vedere evolvere l'elaborazione sistematica di dottrina e giurisprudenza nella teorica degli accordi di diritto pubblico (convenzioni pubblicistiche).

Ad oggi, si tende ad escludere che le concessioni di pubblico servizio possano venir qualificate come contratti, per ragioni sinteticamente riconducibili alle caratteristiche del loro oggetto (attività assoggettata a regime amministrativo), alla necessità che l'amministrazione mantenga in corso di rapporto il costante governo della vicenda concessoria mediante poteri di revisione unilaterale ed alla esigenza, avvertita come essenziale, di un controllo giurisdizionale da esercitarsi nelle forme del giudizio amministrativo².

Allo stesso tempo, l'evoluzione del quadro normativo di matrice comunitaria sembra offrire indicazioni per una nuova riflessione sul tema dal momento che, nel contesto delle norme in materia di evidenza pubblica per l'affidamento di lavori, servizi e forniture delle amministrazioni e di altri soggetti aggiudicatori, le concessioni di servizi vengono qualificate come contratti³.

¹ Per una sintetica ricostruzione dell'intero dibattito in tema di concessioni: B. MAMELI, *Concessioni amministrative*, in *Dizion. dir. pubbl.*, vol. II, 2006, 1111 ss. Per una completa disamina del tema in esame dall'ottica di visuale dell'affidamento di beni pubblici cfr. B. TONOLETTI, *Beni pubblici e concessioni*, Padova, Cedam, 2008. Per un attento inquadramento delle concessioni amministrative nel più ampio contesto degli accordi di diritto pubblico e per una puntuale analisi delle linee evolutive di questi istituti si faccia capo a G. MANFREDI, *Accordi e azione amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2001.

² Temi di recente nuovamente affrontati da A. MOLITERNI, *Il regime giuridico delle concessioni di pubblico servizio tra specialità e diritto comune*, in *Dir. Amm.*, 2012, 567.

³ Tale era la qualificazione che ne dava l'art. 3 del d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163 e che trova conferma nell'art. 3, co. 1 del d. lgs. 18 aprile 2016, n. 50: «*uuu) «concessione di lavori», un contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto in virtù del quale una o più stazioni appaltanti affidano l'esecuzione di lavori ovvero la progettazione esecutiva e l'esecuzione, ovvero la progettazione definitiva, la progettazione esecutiva e l'esecuzione di lavori ad uno o più operatori economici riconoscendo a titolo di corrispettivo unicamente il diritto di gestire le opere oggetto del contratto o tale diritto accompagnato da un prezzo, con assunzione in capo al concessionario del rischio operativo legato alla gestione delle opere; vv) «concessione di servizi», un contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto in virtù del quale una o più stazioni appaltanti affidano a uno o più operatori economici la fornitura e la gestione di servizi diversi dall'esecuzione di lavori di cui alla lettera ll) riconoscendo a titolo di corrispettivo unicamente il diritto di gestire i servizi oggetto del contratto o tale diritto accompagnato da un prezzo, con assunzione in capo al concessionario del rischio operativo legato alla gestione dei servizi».* Per un inquadramento generale dell'istituto nell'ambito delle direttive comunitarie in materia di evidenza pubblica, non si prescinda da G. GRECO, *La direttiva in materia di "concessioni"*, in *Riv. It. Dir. Pubb. Comun.*, 2015, 1095. Si veda altresì G. FIDONE, *Le concessioni di lavori e servizi alla vigilia del recepimento della direttiva 2014/23/UE*, in *Riv. It. Dir. Pubb. Comun.*, 2015, 101.

Il tema di indagine si delinea, dunque, chiaramente: occorre verificare se, prendendo spunto dalle norme comunitarie, scovre dai gravami concettuali delle dense riflessioni svoltesi in più di un secolo in Italia, non si dia la possibilità di ritornare criticamente – come peraltro già fece convincentemente illustre dottrina⁴ – sulle tradizionali concezioni e verificare se, anche nell’impianto sistematico nazionale, si possa accedere ad una prospettiva che qualifichi le concessioni di pubblico servizio come contratti.

2. Sulle diverse ricostruzioni delle concessioni di pubblico servizio

Come accennato in precedenza, le diverse sensibilità storiche hanno favorito l’elaborazione di idee affatto divergenti in ordine alle concessioni di pubblico servizio.

Originariamente la riflessione in dottrina si assestò su di una ricostruzione provvedimentale⁵, in ciò favorita dall’idea, allora imperante, dello Stato-autorità, che opera nell’ordinamento secondo moduli unilaterali ed imperativi. In questa sistematica, l’adesione del privato venne concepita come mera condizione di efficacia e non come vero e proprio consenso, a segnalare una posizione di questi dimidiata rispetto all’autorità pubblica e certamente non negoziabile. Una simile prospettiva venne mantenuta anche dopo l’avvento della Costituzione ma sulla base di argomenti differenti. Si ritenne, infatti, che la sistematica provvedimentale si spiegasse in ragione della necessità di preservare la primazia dell’amministrazione in corso di rapporto, possibile solo attraverso l’adesione ad un’idea unilaterale della sua fonte (in quanto tale suscettibile di

⁴ Cfr. M. D’ALBERTI, *Concessioni amministrative*, Napoli, Jovene, 1981.

⁵ Cfr. O. RANELLETTI, *Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Giur. it.*, 1894, IV, 7; ID., *Facoltà create dalle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Riv. it. sc. giur.*, XIX, 1895, 3; 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, Cedam, 1936; G. MIELE, *La manifestazione di volontà del privato nel diritto amministrativo*, Roma, Anonima Romana Editoriale, 1931; E. GUICCIARDI, *Le transazioni degli enti pubblici*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1936, 223. Quale indice della tensione attorno alla natura dell’istituto in oggetto cfr. da subito C. VITTA, *Concessioni (Diritto Amministrativo)*, in *Nov. Dig. It.*, vol. III, 1959, 920 ss. La natura provvedimentale delle concessioni di pubblico servizio ha, tuttavia, continuato ad esser sostenuta anche in costanza di Costituzione. Sull’attitudine della ricostruzione provvedimentale delle concessioni a garantire il costante monitoraggio del pubblico interesse, si veggia: E. SCOTTI, *Il pubblico servizio (tra tradizione nazionale e prospettive europee)*, Padova, Cedam, 2003. Cfr. anche A. ROMANO, *La concessione di pubblico servizio*, in *La concessione di pubblico servizio*, (a cura di) G. PERICU, A. ROMANO, V. SPAGNOLO VIGORITA, Milano, Giuffrè, 1995, 11. Più recentemente la tesi provvedimentale delle concessioni risulta sostenuta da F. LIGUORI, *I servizi pubblici locali*, Torino, Giappichelli, 2004, 104 ss.

modifiche ugualmente unilaterali, a mezzo dell'istituto della revoca).

Nel mentre tali argomenti venivano svolti maturava, tuttavia, anche la consapevolezza dell'importanza di accordare al privato la necessaria stabilità dei profili patrimoniali del rapporto. Quest'esigenza si tradusse nella sistematica della concessione-contratto, per la quale il rapporto ha fonte al contempo in un atto unilaterale di concessione e in un contratto, che disciplina i profili patrimoniali degli obblighi reciprocamente assunti dalle parti⁶.

Fu questo un momento in cui si ritenne di aver chiuso il cerchio delle necessità di concedente e concessionario: salvaguardare la facoltà dell'amministrazione di incidere sulla concessione per ragioni di pubblico interesse; garantire al privato l'applicazione del diritto comune quale strumento di disciplina dei profili patrimoniali del rapporto concessorio.

Tanto la tesi provvedimentale che quella della concessione-contratto, pur offrendo un ordine concettuale stimolante, non sembrano riposare su argomenti del tutto convincenti. La prima nella misura in cui pretende di fondare la genesi del rapporto su di un atto unilaterale, salvo poi non poter prescindere a tal fine dal consenso del privato. La seconda – come è stato osservato da autorevolissima dottrina⁷ – in ragione della difficoltà logica di affidare la nascita del rapporto concessorio contestualmente a due differenti fonti (l'atto unilaterale ed il contratto).

Resta inteso che non sfugge che le due sistematiche in esame risentissero, da una parte, della necessità di tener fermo un controllo giudiziale sulle decisioni di istituire e regolare il servizio nelle forme del diritto amministrativo e, dall'altra, di garantire all'amministrazione la primazia nel rapporto concessorio mediante il riconoscimento di un suo generale potere di revoca (con il che la presenza di un momento unilaterale in sede di genesi del sinallagma si ritenne indispensabile)⁸.

⁶ Sul punto si veggia fra tutti M.S. GIANNINI, *Dir. Amm.*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1970, 744 nonché ID, *L'attività amministrativa*, Roma, Jandi Sapi, 1962, 18 e 132 ed anche E. SILVESTRI, *Concessione amministrativa*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, 37.

⁷ A fronte della sua chiarezza concettuale, nel concreto della pratica giudiziale, la tesi della concessione-contratto si dimostrò di non agevole applicazione stante la difficoltà di individuare un convincente diaframma tra vicende dal profilo sostanzialmente economico, come tali regolate dal diritto civile e questioni attratte in una dimensione prettamente pubblicistica, in quanto relative a pretese ed aspettative dell'utenza. Ciò ha portato la dottrina (A. ROMANO, *La concessione di pubblico servizio*, cit., 79) ad osservare che «questa concezione, malgrado l'apparente persuasività, in realtà lascia insoluti, se non addirittura insolubili, troppe questioni, e troppe questioni non secondarie: dalla precisazione delle relazioni che intercorrerebbero tra l'uno e l'altro, alla distinzione degli affetti giuridici che discenderebbero dal primo, da quelli che deriverebbero dall'altro».

⁸ Non si prescinda sul punto da R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2006, 5 «in realtà, il rapporto tra esigenze di garanzia del privato concessionario ed

Ciò non di meno, tali esigenze non impedirono alla dottrina di prendere realisticamente atto del fatto che il rapporto concessorio sorge per via di un accordo tra le parti⁹. Ciò, tuttavia (fatta eccezione per le teoriche innanzi richiamate) non ha avuto come ulteriore evoluzione l'affermazione dell'appartenenza delle concessioni al *genus* dei contratti, ed anzi autorevolissima dottrina ha molto chiaramente affermato di nutrire serie perplessità ed anzi di dover escludere una simile possibilità¹⁰.

È stato, infatti, osservato che ogni assimilazione delle concessioni ai contratti è resa critica e deve escludersi per via della funzionalizzazione a pubblici fini di cui sarebbero intrise le concessioni. La funzionalizzazione – si dice – determina la rilevanza degli scopi dell'agire della sola amministrazione (a fronte della generale irrilevanza dei motivi individuali delle parti nei contratti) e la supremazia di quest'ultima in corso di rapporto, esplicantesi nel riconoscimento di connaturali di poteri di modifica e revoca unilaterali (a fronte della stabilità del sinallagma dei negozi privati, salvo deroghe eteronomamente o autonomamente disposte).

Si è ritenuto allora che si tratti di convenzioni pubblicistiche¹¹, con tale espressione volendosi significare quei negozi, cui si ricollega direttamente ed esclusivamente l'effetto giuridico concessorio, ai quali le parti addiventano esercitando facoltà giuridiche differenti: l'adesione del privato quale espressione di autonomia privata, quella dell'amministrazione quale potere funzionalizzato alla cura del pubblico interesse. Di qui l'implicita soluzione anche del tema del fondamento del potere di risoluzione del rapporto per ragioni di pubblico interesse, che si ritiene possa operare sull'originario atto amministrativo di con-

inserimento di un singolo atto nell'ambito della categoria degli atti amministrativi non è sempre privo di contraddizioni. Anche qui un esempio per tutti può essere sufficiente: il passaggio da una concezione contrattuale ad una ricostruzione della concessione di beni e servizi pubblici come atto amministrativo è servito sia ad assicurare la tutela giurisdizionale dei terzi aspiranti alla medesima concessione, sia a giustificare l'attribuzione all'amministrazione di un generale potere di revoca pur nei casi non previsti dal disciplinare di concessione e, nello stesso tempo, a garantire un controllo di legittimità sulla consistenza dei motivi di interesse pubblico posti a fondamento della stessa revoca».

⁹ Cfr. G. GRECO, *Le concessioni di pubblici servizi tra provvedimento e contratto*, in *Dir. amm.*, 1999, 385, per il quale, peraltro, «la fonte del rapporto concessorio è un accordo (una convenzione) e non un provvedimento». Cfr. anche G. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche*, 1984, Milano, Giuffrè, *passim*.

¹⁰ Ci si riferisce alle tesi rinvenibili in G. GRECO, *Le concessioni di pubblici servizi*, cit., 381 ss.; G. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche* cit., *passim*. Si parla di contratti di diritto pubblico in E. BRUTI LIBERATI, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico tra amministrazione e privati*, Milano, Giuffrè, 1996, *passim* nonché ID., *Accordi pubblici*, in *Enc. Dir.*, V° aggiornamento, Milano, 2001, 2 ss..

¹¹ Il riferimento, con ogni evidenza è a G. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche*, cit., *passim*.

senso alla convenzione concessoria¹².

Per altri¹³, viceversa, nulla osta a che si parli delle concessioni quali espressione di potestà amministrativa, esercitata non unilateralmente ma mediante un accordo di affidamento¹⁴. S'ammette, così, che l'accordo sia comunque soggetto ad un generale potere di revoca dell'amministrazione, quale manifestazione, di secondo livello, della potestà sul pubblico servizio già esercitata al momento della stipula della convenzione con il privato¹⁵.

3. Sul carattere funzionalizzato delle concessioni di pubblico servizio e sul fondamento del potere di revoca

Come appena riferito, parte della dottrina, nell'assunto del rilievo giuridico che gli scopi individuali dell'agire dell'amministrazione avrebbero nelle concessioni di pubblico servizio, è propensa a distinguerle dai contratti di diritto comune, elevando le concessioni ad autonoma categoria sistematica oppure risolvendole nel *genus* degli accordi di diritto pubblico.

Tale posizione – come pur si è detto altrove¹⁶ – non appare condivisibile, nella misura in cui si attribuisce all'amministrazione a titolo di motivi individuali dell'agire, ciò che pare piuttosto doversi ricondurre all'oggettiva funzionalizzazione di una data attività alla cura di determinati interessi, allorquando disposta da norme. In altri termini, piuttosto che di motivi individuali della pubblica amministrazione, parrebbe più corretto parlare di finalità oggettive poste dall'ordinamento¹⁷; la questione, allora, emancipata da riverberi soggettivistici,

¹² Ancora cfr. G. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche*, cit., 310.

¹³ Sul punto cfr. G. GRECO, *Le concessioni di pubblici servizi*, cit., 382.

¹⁴ In termini cfr. E. BRUTI LIBERATI, *Accordi pubblici*, cit., 16.

¹⁵ Sul punto cfr. G. GRECO, *Le concessioni di pubblici servizi*, cit., 395. in termini, E. BRUTI LIBERATI, *Accordi pubblici*, cit., 25 laddove si afferma che «l'amministrazione contraente dispone, quindi, nell'ambito dei contratti pubblicistici, di talune potestà unilaterali svincolate da una specifica disposizione di legge o di contratto, che le consentono di sciogliersi dal vincolo convenzionale ovvero di sospenderne provvisoriamente l'efficacia».

¹⁶ Sia consentito il rinvio a B. GILIBERTI, *Le concessioni di pubblico servizio tra sistematiche nazionali e diritto comunitario*, in *Dir. Amm.*, 2011, 183 ss.

¹⁷ Sul punto il rinvio è ovviamente a F. BENVENUTI, *L'amministrazione oggettivata: un nuovo modello*, in *Riv. trim. scienza dell'amministrazione*, 1978, 6, in cui l'autore chiarisce che titolare della sovranità è l'ordinamento non la persona dello Stato, sicché la personalità giuridica dello Stato si risolve in un mero espediente organizzativo, quale centro di imputazione formale di effetti a fini di organizzazione appunto e certezza giuridica. Sul pensiero dell'autore si veda anche U. ALLEGRETTI, *La verità è nell'assunto. Stato e istituzioni nel pensiero di F. Benvenuti*, in *Jus*, 2000, 399. Ed ancora non si prescinde da G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1969. Cfr. anche L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, Cedam, 1986, 230 in

sembrerebbe doversi incentrare sulla verifica di quali riflessi lo statuto normativo della funzione sia in grado di produrre sui negozi in cui la stessa rilevi, giustificando, se del caso, l'individuazione di uno statuto incompatibile con quello proprio dei contratti.

Da questo punto di vista, tre appaiono i momenti in cui la funzione rileva, quello della decisione di istituire il servizio (nel contesto anche delle procedure di selezione del contraente), quello della facoltà del contraente prescelto di denunciare la violazione delle norme sulla funzione in seno al rapporto contrattuale e quello dei poteri unilaterali di modifica e recesso in corso di rapporto.

Quanto ai primi due, in dottrina si rinviene la netta prevalenza dell'idea per cui la decisione di istituire il servizio e la previsione di procedure ad evidenza pubblica comporti unicamente un'implementazione delle regole vigenti in sede prenegoziale (rispetto alle previsioni codicistiche sulla responsabilità precontrattuale) ed un elemento di sola specialità rispetto ai contratti, dato proprio dalla potenziale attitudine delle impugnazioni sugli esiti della procedura a travolgere il rapporto contrattuale. Sotto ogni altro aspetto, ed in particolare quello della possibilità del privato di denunciare vizi della funzione in corso di rapporto, si ritiene che i contratti amministrativi refluiscano nello statuto generale dei contratti di diritto comune, sicché la violazione di prescrizioni eteronome – salvo deroghe di legge (si pensi alla disciplina della revisione prezzi nell'ambito del d. lgs. 50/2016) – viene ricondotta nelle categorie proprie delle patologie civilistiche ed ascritta alla giurisdizione ordinaria¹⁸. Nella sostanza, dunque, può dirsi che la questione della rilevanza dell'agire funzionalizzato in ambito negoziale venga comunemente sistematizzata secondo le categorie del diritto civile, con ciò confermando la valenza di quest'ultimo quale strumento di regolazione.

cui, se non si erra, la dimensione oggettiva dell'ordinamento, emerge in seno al procedimento, quale meritorio portato dell'attività di precomprensione e sintesi di fattispecie astratta e realtà, con il risultato della *«desoggettivizzazione emergente nella fase di intermediazione della precomprensione, respingendo ogni visione esclusivamente imperniata sul ruolo attivo svolto dal soggetto, e tendente a sottacere il condizionamento di esso dagli interessi della comunità»*.

¹⁸ Cfr. R. CARANTA, *I contratti pubblici*, Torino, Giappichelli, 413, che richiamando G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, in F.G. COCA, F.A. ROVERSI MONACO, G. MORBIDELLI, *Sistema del diritto amministrativo italiano*, Torino, Giappichelli, 2004, 166 ss., osserva che *«una volta effettuata la scelta del contraente e stipulato il contratto, si apre una fase regolata dal diritto civile in cui la p.a. dismette la veste di autorità ed è in condizione di esercitare poteri negoziali di natura civilistica»*. In altri termini, *«è la procedura ad evidenza pubblica che (per ragioni storiche e di funzionalizzazione) si innesta in una fattispecie nel complesso di autonomia privata e così in un istituto essenzialmente privatistico»*. Per S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa*, Torino, Giappichelli, 1997, 146 *«l'atto di adesione al regolamento contrattuale è un atto amministrativo che "incrociandosi" con un'altra manifestazione prenegoziale dà luogo ad un regolamento negoziale che è a tutti gli effetti un contratto regolato dal codice»*.

Non per caso questa sistematica è stata ritenuta appagante solo con riguardo ai contratti in cui l'amministrazione figura al pari di un qualunque contraente privato (ad esempio allorquando si approvvigioni di servizi e forniture); per le concessioni, viceversa, si è continuato a nutrire un intendimento differente, rimarcandone la peculiarità (e, dunque, la irriducibilità al regime dei contratti) data dall'ontologica titolarità di congeniti poteri di primazia dell'amministrazione in corso di rapporto¹⁹. Ciò, però, finendo per minimizzare, per non dire trasfigurare, il rilievo proveniente dall'analisi strutturale dei momenti genetico e regolativo del rapporto una volta sorto che come si è visto sembra rilevare nei termini anzidetti.

Come osservato in precedenza, e venendo alla terza delle questioni poste in precedenza, le tesi della natura provvedimentale della concessione e quella della concessione-contratto riescono a sistematizzare il riconoscimento dei poteri di revoca dell'amministrazione in corso di rapporto con singolare coerenza logica. Ammettendosi, infatti, che il rapporto abbia fonte nel provvedimento unilaterale di concessione, si riconosce in capo all'amministrazione un generale potere di revoca, potendo questa, al ricorrere di motivate ragioni di pubblico interesse, riedire in senso inverso l'originario potere di cura del servizio²⁰.

Si tratta, tuttavia, di posizione non esente da annotazioni critiche. Ed invero, laddove si assuma (come ormai ritiene possibile e doveroso la più parte della dottrina) la prospettiva per cui il rapporto concessorio ha fonte convenzionale, non sembra possibile far discendere altra conseguenza se non quella per cui nella vicenda in esame non vi sia margine per un intrinseco ed innominato potere di revoca. È ben noto²¹, infatti, che il potere di revoca presupponga una fonte unilaterale durevole suscettibile di venir revocata, che nelle conces-

¹⁹ D'altronde come indicato da attenta dottrina (P.L. PORTALURI, *Potere amministrativo e procedimenti consensuali*, Milano, Giuffrè, 1998, 72) è questo uno dei punti cardine nella verifica della reale dimensione paritetica di un ordinamento: «ciò che realmente caratterizza un ordinamento più o meno improntato a forme di amministrazione per accordi [...] è il modo in cui viene risolto il problema del rapporto del rapporto tra potere amministrativo e definizione consensuale della fattispecie: di come cioè l'aver consentito forme di regolazione negoziale degli interessi reagisce sul principio di inconsumabilità tendenziale del potere stesso».

²⁰ Cfr. E. SILVESTRI, *Concessione amministrativa*, cit., 384, laddove è sostenuto che «anche nel silenzio della legge, l'amministrazione può sempre revocare le concessioni di beni o di servizi, inizialmente valide ed opportune, quando esse non corrispondano più alle esigenze pubbliche e ne ostacolano la realizzazione. Alla potestà di organizzare i pubblici servizi non può non accompagnarsi come strumento indispensabile un potere di modifica e di revoca che consenta di adeguare costantemente l'azione amministrativa alle esigenze pubbliche. La revoca opera immediatamente sull'atto unilaterale della pubblica amministrazione, cioè sull'atto deliberativo o programmatico».

²¹ Cfr. R. VILLATA, M. ROMAJOLI, *Il provvedimento*, cit., 585 «Mediante la revoca si elimina un atto ad efficacia durevole, facendone venir meno appunto l'efficacia [...]. Ulteriore tratto caratterizzante della revoca è dunque avere ad oggetto provvedimenti che spiegano ancora i loro effetti».

sioni ricostruite convenzionalmente non è dato rinvenire. Il punto, sia pur nella prospettiva del pragmatismo giurisprudenziale, sembra peraltro condiviso dai giudici²².

Ciò detto, è altrettanto noto che²³ gli autori che hanno dimostrato la natura convenzionale delle concessioni di pubblico servizio, non esitano ad affermare che l'amministrazione avrebbe, comunque, un potere di revisione unilaterale del rapporto. Si tratta di prospettiva che deve essere vagliata alla luce

²² Si veda da ultimo T.A.R. Toscana, Firenze, sez. I, 2 febbraio 2018, n. 187: «L'art. 21-quinquies l. n. 241 del 1990, codificando in termini generali l'istituto della revoca, trova spazio all'interno delle procedure di affidamento dei contratti pubblici fino al momento della stipula del contratto, che chiude la fase pubblicistica ed apre quella negoziale, tendenzialmente paritetica, avviata la quale la revoca cede il passo, in presenza di sopravvenuti motivi di opportunità della stazione appaltante, all'esercizio del diritto di recesso (cfr. Cons. Stato, Ad.Pl., 20 giugno 2014, n. 14). Il ritiro di un'aggiudicazione legittima postula la sopravvenienza di ragioni di interesse pubblico (o una rinnovata valutazione di quelle originarie) particolarmente consistenti e preminenti sulle esigenze di tutela del legittimo affidamento ingenerato nell'impresa che ha diligentemente partecipato alla gara, rispettandone le regole e organizzandosi in modo da vincerla, ed esige, quindi, una motivazione particolarmente convincente circa i contenuti e l'esito della necessaria valutazione comparativa dei predetti interessi (per tutte, cfr. Cons. St., sez. III, 29 novembre 2016, n. 5026; id., sez. V, 19 maggio 2016, n. 2095). Nel bilanciamento dei contrapposti interessi, la sopravvenuta impossibilità di avvalersi della prestazione dell'altra parte, come è causa di risoluzione del contratto già stipulato (cfr. Cass. civ., Sez. III, 20 dicembre 2007, n. 26958), così giustifica la revoca dell'aggiudicazione, dovendosi ritenere recessivo l'affidamento riposto dall'aggiudicatario sulla stipula ed esecuzione del contratto. La tutela dell'affidamento non può giungere, infatti, al punto di imporre alla stazione appaltante di avvalersi di una prestazione oramai divenuta inutilizzabile, e la forzosità della stipula del contratto non può rivestire un ruolo latamente sanzionatorio di comportamenti eventualmente colposi imputabili alla stazione appaltante, i quali se del caso possono assumere rilievo sul diverso piano del risarcimento dei danni».

²³ Diversamente G. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche*, cit., per il quale, ricondotte le concessioni nel novero delle convenzioni pubblicistiche, «l'esistenza del potere di revoca non costituisce certo un problema: esso, infatti, non potrebbe che essere riferito all'atto amministrativo di adesione al regime concessorio convenzionalmente statuito, e corrisponderebbe perciò alla regola generale prima delineata, sulla scorta dei normali principi relativi all'esercizio del potere amministrativo». La possibilità per l'amministrazione di tornare sulla valutazione di pubblico interesse e di porre conseguentemente nel nulla l'atto di adesione medesimo, «non può, ci pare, non ammettersi, nell'ipotesi del sopraggiungere di nuove, obiettive circostanze di fatto o di diritto [...]. Acquistano qui rilievo, infatti, quella inesauribilità e quella irrinunciabilità [...] che caratterizzano la funzione amministrativa. Le nuove circostanze giustificano un nuovo disporre nell'interesse pubblico, un disporre che stavolta – a meno che le parti non si accordino su una nuova disciplina complessiva – è del tutto unilaterale: non solo cioè nella provenienza dell'atto di esercizio del potere, ma altresì nella produzione dell'effetto giuridico, che pone in definitiva nel nulla la precedente disciplina convenzionale» (274). La ricostruzione appena richiamata è stata resa oggetto di considerazione critica in P.L. PORTALURI, *Potere amministrativo e procedimenti consensuali*, cit., 168 ss., che ha posto in evidenza che «nella tesi di Falcon non pare potersi scorgere un effettivo superamento delle teorie del doppio grado (da lui pur criticate), almeno nella parte in cui queste non svincolano il principio di disciplina del rapporto a genesi consensuale dal regime tipico dei rapporti a genesi provvedimentale. Quale differenza, insomma, vi sarebbe tra la configurazione della fattispecie in questione – propria delle teorie del doppio grado – nei termini di “una sequenza di provvedimento amministrativo e contratto di diritto privato, come fattispecie distinte, anche se collegate nella produzione del rapporto giuridico, ovvero nei termini di un convergenza di due distinte (e qualitativamente diverse) manifestazioni di volontà su di un medesimo disegno di interesse; se poi ciò che rileva per la funzionalizzazione della fattispecie, e in definitiva per la individuazione del relativo regime giuridico, è in entrambe le ipotesi il solo provvedimento amministrativo?».

delle riflessioni svolte in dottrina sulle relazioni tracciabili tra compiti e poteri.

L'intento si anticipa è quello di verificare se sia corretto ritenere che, nel contesto di interesse, l'attribuzione di compiti organizzativi in capo all'amministrazione non implichi necessariamente la titolarità di poteri amministrativi, i quali, pertanto, onde poter operare in corso di rapporto, necessitano di uno specifico fondamento autonomo o eteronomo.

In questi termini, può dirsi allora, trattandosi della nozione di potere, che alla ricostruzione che rinviene potere anche in seno ad atti bilaterali, ritenendosi che lo stesso possa risolversi anche solo nella facoltà di concorrere ad una modificazione giuridica²⁴, pare doversi preferire quella che ne individua l'essenza nell'autoritatività²⁵. Ciò in quanto è nell'attitudine ad incidere unilateralmente nella sfera giuridica altrui (anche se esplicantesi solo nella riserva amministrativa di sintesi degli esiti del procedimento) che si scorge supremazia, con i rischi che ne conseguono e la necessità di una rigida e tassativa coerenza con il principio di legalità.

Se, nel solco delle brevi considerazioni appena svolte, si considera il momento in cui sorge un sinallagma concessorio, potrà osservarsi che, a corredo dell'attribuzione all'amministrazione della cura del servizio, non pare darsi alcuna autoritatività, dal momento che il rapporto concessorio sorge in ragione

²⁴ Cfr. G. MIELE, *Potere, diritto soggettivo e interesse*, in *Riv. dir. comm.*, 1945, 114 ss. secondo il quale il potere si connota quale forza attiva di cui l'ordinamento investe un soggetto in guisa da produrre, mediante un suo comportamento volontario, una modificazione giuridica. Alla figura del potere, Miele non reputa coesistente l'unilateralità dell'esercizio, poiché è «*potere giuridico anche quello di concorrere a produrre una modificazione giuridica*» (118).

²⁵ Cfr. N. PAOLANTONIO, *Principi generali dell'attività amministrativa*, Art. 1, comma 1 bis, in *La pubblica amministrazione e la sua azione*, N. PAOLANTONIO, A. POLICE E A. ZITO (a cura di), Torino, Giappichelli, 2007, in cui si rinviene l'affermazione per cui «*dire che elemento essenziale del potere è la forza autoritativa, equivale ad escludere che possano venire in rilievo poteri (amministrativi) privi di codesto connotato*» (99); «*La capacità di porre un precetto scaturisce infatti da quella "forza" che alla situazione "potere" è attribuita dall'ordinamento, e che si traduce a sua volta in termini di pervettività della fattispecie, rispetto alla quale una volontà terza non può che collocarsi all'esterno. Non si riesce ad immaginare un atto consensuale nel quale sia un solo soggetto a dettare la disciplina degli interessi di tutti i partecipanti alla convenzione: se questo accade, è perché tale disciplina è espressione di una volontà che si impone su tutte le altre; se invece v'è consenso, nessun interesse individuo assume il sopravvento su quello altrui, e la regolazione del rapporto non può rappresentare il frutto di un precetto eteroimposto*» (103); «*in conclusione, il potere amministrativo è sempre autoritativo*» (105). Ed ancora si veda N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, Giuffrè, 2001 19: «*il termine "poteri amministrativi di tipo autoritativo" postulerà sempre un riferimento a tutte quelle ipotesi in cui una Pubblica Amministrazione sia portatrice di una posizione di supremazia, rilevante all'esterno dell'apparato in cui essa si sostanzia e suscettibile di tradursi in una compressione o limitazione dello spazio giuridico a disposizione dei destinatari della sua azione*». Si avrà potere, dunque, allorché l'amministrato subisca una limitazione «*della propria autonomia di azione o di disposizione senza prestarvi il proprio diretto consenso: ed è proprio questo profilo di eteroimposizione di un vincolo che rappresenta, in definitiva, il tratto caratterizzante dell'agire autoritativo della Pubblica Amministrazione, quale che siano le forme ed i momenti in cui esso trova espressione*» (20).

dell'accordo tra concedente e concessionario. Di qui l'evidente difficoltà a giustificare la sussistenza di un potere di revoca, dal momento che nella vicenda in esame nemmeno parrebbe invocabile quella teorica per la quale il fondamento del potere di autotutela sul rapporto andrebbe ricercato in quello originario di genesi dello stesso. Nel caso di interesse, infatti, il potere di agire unilateralmente sulla concessione in corso di rapporto presenta i caratteri della autoritatività e dell'imperatività, elementi, tuttavia, non rinvenibili in capo all'amministrazione all'atto di adesione al sinallagma concessorio.

La genesi bilaterale della concessione, dunque, segnala, per un verso, l'assenza di un'ontologica potestà unilaterale dell'amministrazione e, per altro, evidenzia l'essenzialità del principio di tipicità dei pubblici poteri, precludendo – si ritiene – la facoltà di ritenere che la peculiarità dell'oggetto ed il trasferimento di compiti propri dell'amministrazione al privato costituiscano fondamento per il riconoscimento di regole e poteri impliciti di preminenza dell'amministrazione nel corso della relazione concessoria.

Vi è da dire peraltro, con un approccio meramente empirico, che nulla esclude ovviamente che il potere dell'amministrazione di incidere sul rapporto concessorio possa costruirsi attraverso i meccanismi dell'autonomia negoziale ovvero di interventi legislativi specifici²⁶. E così, l'amministrazione, in assenza di una previsione normativa specifica, potrà curare l'esigenza del controllo costante del pubblico interesse inserendo nel contratto una clausola di recesso. Le soluzioni normative, per contro, potrebbero essere le più disparate, potendosi ad esempio pensare, ad esempio, ad un generale potere amministrativo di risoluzione del rapporto, ovvero ad una facoltà di recesso legale regolata da diritto civile o a forme di tutela dell'interesse privato alla stabilità del rapporto più intense, com'era sotto la vigenza del R.D. 2578/1925 con l'istituto del riscatto anticipato.

4. Sulla natura contrattuale delle concessioni di pubblico servizio

Tanto premesso, una volta che si convenga che lo statuto della concessione di pubblico servizio non può essere implicitamente desunto dalla specialità del suo oggetto o dal carattere pubblico di uno dei contraenti, che lo statuto contrattuale è in grado di recepire nelle categorie civilistiche la rilevanza della

²⁶ Come oggi previsto dall'art. 134 del d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163 in tema di recesso dai contratti di appalto di lavori pubblici.

funzione e che il fondamento di poteri di primazia debba costruirsi attraverso percorsi di espressa legalità o la scelta dei contraenti, ci si dovrà chiedere se sia possibile ritenere che la concessione di pubblico sia istituto strutturalmente ed ontologicamente diverso dai contratti.

Si deve, allora, verificare quali siano i meccanismi di definizione dei tipi contrattuali e dei singoli contratti, onde appurare se vi sia coincidenza con quelli della concessione di pubblico servizio e dall'altro, di aver riguardo alla definizione di contratto rinvenibile nel codice civile, al fine di verificare se la peculiarità dell'oggetto non renda le concessioni alcunché di diverso dai negozi volti a costituire rapporti giuridici "patrimoniali" (art. 1321 c.c.).

Quanto al primo profilo, nel solco di convinzioni diffuse in dottrina²⁷, pare doversi prendere atto del tramonto del dogma dei contratti quale regno della libertà negoziale. Ciò in favore della convinzione per cui, nell'ottica del governo delle dinamiche economico-sociali, il legislatore è intitolato a dettare regimi contrattuali imperativi e inderogabili, sicché il contratto teoricamente si configura quale sintesi di autonomia ed eteronomia. Impostata in questi termini la questione, pare allora possibile ritenere, alla luce di quanto si è venuto dicendo, che le concessioni di pubblico servizio, accomunate ai contratti dall'avere entrambe fonte in un accordo tra le parti, condividano con questi anche i meccanismi di determinazione della disciplina astratta e concreta.

Ma le concessioni di pubblico servizio integrano gli estremi di veri e propri rapporti giuridici patrimoniali. Ed invero, la peculiarità dell'oggetto, nel porre il tema teorico dell'individuazione di una regolamentazione specifica, non può certo portare ad eludere il fatto che il concedente ed il concessionario si accordano a che fra di loro sorga un rapporto giuridico patrimoniale, inteso quale relazione giuridica suscettibile di valutazione economica. Sia che l'affidamento di un pubblico servizio si determini mediante la stipula di un contratto di appalto, sia che ciò avvenga per il tramite di una concessione, resta il fatto che le volontà del concedente e del concessionario si incontrano nell'assumere obbligazioni reciproche valutabili economicamente.

Alla luce delle considerazioni svolte, pare allora possibile affermare che le concessioni di pubblico servizio hanno natura contrattuale, trattandosi di rapporti giuridici patrimoniali che sorgono in virtù di un accordo tra le parti, la cui

²⁷ Sul punto basterà il rinvio a A. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, Cedam, 1998, 661, laddove con riguardo ai rapporti tra autonomia negoziale ed eteronomia nella regolamentazione dei contratti, anche alla luce delle indicazioni offerte dal legislatore, si segnala che «mentre in passato il progresso è parso consistere nel trapasso dalla rigidità delle istituzioni legali alla mobilità del contratto, nella storia recente è indubbia una tendenza in senso contrario, con l'accettazione del regolamento imposto per affermare una più concreta tutela dei vari interessi della collettività».

disciplina si individua secondo i percorsi dell'autonomia e dell'eteronomia tipici dei contratti.

Certo la rilevanza del vincolo di scopo connesso alle concessioni può legittimare, a seconda delle condizioni della società e del mercato, la definizione da parte del legislatore di uno statuto peculiare, prevedendo poteri di primazia dell'amministrazione e regole derogatorie alla disciplina generale dei contratti e, tuttavia, un simile procedere, piuttosto che giustificazione teorica di una diversità ontologica tra contratti e concessioni, alla luce di quanto osservato, pare più correttamente evidenziare la facoltà del legislatore di definire il tipo astratto di uno specifico negozio.