

Il progressivo riconoscimento della natura contrattuale dell'istituto concessorio. Prospettive di indagine alla luce dell'evoluzione storica della concessione tra tentazioni privatizzanti e perseguimento dell'interesse pubblico

Viola Cappelli

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La qualificazione della concessione come contratto: dalla dottrina preorlandiana all'influenza comunitaria. – 2.1. Dal periodo postunitario del predominio del diritto comune all'approccio pubblicistico di Ranelletti. – 2.2. La stagione della concessione contratto e l'alternarsi dei due approcci: l'influenza comunitaria come risolutiva della questione. – 2.3. La concessione nel nuovo Codice dei contratti pubblici. – 3. L'inquadramento contrattualistico della concessione: ragioni e conseguenze. – 3.1. Le ragioni. – 3.2. Le conseguenze. – 4. Concessione – contratto e Codice dei contratti pubblici: questioni aperte. – 5. L'incompleta privatizzazione della concessione e gli spazi riservati alla sua natura pubblica. – 6. Conclusioni.

1. *Premessa*

Il presente contributo intende affrontare la questione della concessione nell'ottica della sua «oscillazione pendolare»¹ tra il diritto privato e il diritto pubblico, riservando particolare attenzione allo strumento della concessione di servizi. La collocazione giuridica dell'istituto è infatti da sempre in bilico tra un'impostazione che la riconduce nell'ambito dei provvedimenti autoritativi della pubblica amministrazione e una concezione che la fa invece risalire ai contratti pubbli-

¹ A. Botto, L. Iannotta, *La concessione di lavori pubblici nella sua oscillazione pendolare: dal privato al pubblico e ritorno*, in M. Cafagno, A. Botto, G. Fidone, G. Bottino, *Negoziazioni pubbliche. Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, Milano, 2013, 53 ss.

ci²: l'una o l'altra categorizzazione dipende dal diverso rilievo che la dottrina e la giurisprudenza hanno deciso di attribuire, di volta in volta, agli elementi caratterizzanti della concessione. Infatti, le diverse istanze alla base dell'inquadramento pubblicistico o privatistico dell'istituto riflettono l'approccio ideologico con cui storicamente è stata affrontata la questione, nel più ampio contesto della concessione del «rapporto tra i diritti del cittadino e le pretese del potere, nell'inesauribile rapporto tra autorità e libertà»³. Ancora oggi, nonostante la definizione di concessione come contratto a titolo oneroso contenuta nella direttiva 2014/13/UE e nel d.lgs. 50/2016, il dibattito dottrinale risulta diviso tra coloro che riconoscono la natura pubblicistica della concessione, considerandola un accordo amministrativo *ex art.* 11 della legge 241/1990⁴, e coloro che, abbracciando l'impostazione di derivazione europea, ne consacrano definitivamente la natura contrattuale⁵.

Va precisato, inoltre, che l'incerta collocazione giuridica della concessione deriva anche dai molteplici significati attribuiti allo strumento, che coinvolgono, come è stato fatto precisamente notare, una «vasta categoria di fattispecie differenti per oggetto, per contenuto e per effetti – concessioni di beni demaniali, di lavori, di servizi (pubblici e non, locali o meno), di onorificenze e di cittadinanza, finanche le vecchie concessioni edilizie (divenute ora permessi di costruire)»⁶: tutte queste fattispecie sono accomunate dalla presenza della pubblica amministrazione che eternalizza un'attività che sarebbe di sua competenza, in quanto diretta a soddisfare un interesse pubblico.

Per meglio sistematizzare una questione così complessa, si impone in primo luogo l'esigenza di ricostruire storicamente le varie impostazioni dogmatiche che si sono avvicendate attorno all'istituto della concessione di servizi. Questo sforzo interpretativo si rende necessario perché, lungi dall'aver un valore pura-

² Sulla difficoltà di catalogare lo strumento concessorio tra diritto pubblico e diritto privato, e sulla stessa sostenibilità di una tale rigida dicotomia, D. Sorace, C. Marzuoli, *Concessioni amministrative*, in *Dig. disc. pubbl.*, III, Torino, 1989, 290 ss.; B. Sordi, *Pubblica amministrazione, negozio, contratto: universi e categorie ottocentesche a confronto*, in *Dir. amm.*, 1995, 509 ss.

³ A. Botto, L. Iannotta, *op. cit.*

⁴ Su tutti, si ricordino M.A. Sandulli, R. De Nicolis, R. Garofoli, *Trattato sui contratti pubblici, IV – Le tipologie contrattuali, Parte II – Le procedure di affidamento, l'aggiudicazione, le tipologie contrattuali, – Le concessioni di lavori pubblici*, Milano, 2008; S. D'Ancona, *La revoca e il recesso nelle concessioni amministrative*, in M. Cafagno, A. Botto, G. Fidone, G. Bottino, *op. cit.*, 601 ss.; G. Greco, *Le concessioni di pubblici servizi tra provvedimento e contratto*, in *Dir. amm.*, 1999, 381 ss.; Id., *Gli accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003. In giurisprudenza, Cons. Stato, sez. V, 13 marzo 2000, n. 1262. Per un'articolata ricostruzione in senso critico si veda A. Molinterni, *Il regime giuridico delle concessioni di pubblico servizio tra specialità e diritto comune*, in *Dir. Amm.*, 4, 2012, 567 ss.

⁵ *Ex multis*, E. Picozza, *Le concessioni nel diritto dell'Unione Europea. Profili e prospettive*, in M. Cafagno, A. Botto, G. Fidone, G. Bottino, *op. cit.*, 18 ss.; A. Luminoso, *Codice dell'appalto privato*, Milano, 2010; B. Giliberti, *La concessione di pubblico servizio tra sistematiche nazionali e diritto comunitario*, in *Dir. Amm.*, 2011, 1, 183 ss., 207; R. Caranta, *I contratti pubblici*, Torino, 2012; A. Molinterni, *op. cit.*

⁶ M. Ceruti, *Le concessioni tra contratto, accordo e provvedimento amministrativo*, in *Urbanistica e appalti*, 2016, 6, 637 ss., 638.

mente descrittivo, permetterà di condurre il successivo ragionamento sulle istanze alla base della progressiva attrazione della concessione nell'ambito di influenza del diritto privato: il riferimento è al tortuoso percorso che ha condotto dalla concezione della concessione come provvedimento amministrativo a quella della concessione come contratto, per il tramite di una fase intermedia che riconosceva all'istituto una duplice natura amministrativa e privatistica. Chiarite le ragioni e le conseguenze alla base dell'approccio contrattualistico, ci si interrogherà sulle eventuali questioni lasciate aperte dal d.lgs. 50/2016, per comprendere se esso, nel disciplinare lo strumento concessorio, risenta dell'oscillazione tra diritto pubblico e privato. Infine, nel solco del disegno così tracciato, l'indagine porterà a domandarsi se, nell'attuale configurazione dell'istituto, esistano ancora – quantomeno a livello interpretativo – degli spazi riservati alla sua natura pubblicistica.

2. *La qualificazione della concessione come contratto: dalla dottrina preorlandiana all'influenza comunitaria*

Indubbiamente non è questa la sede per una trattazione esaustiva del percorso storico attraverso il quale si è giunti alla consacrata qualificazione della concessione come contratto, ma la rilevanza delle voci dottrinali che hanno affrontato il problema non sembra poter essere trascurata. Per questi motivi, di seguito si cercherà di fornire una panoramica generale delle principali articolazioni del dibattito, con un particolare *focus* sulla descrizione della cosiddetta impostazione contrattualistica: questo permetterà di comprendere quali siano state le principali questioni applicative cui si è cercato di trovare soluzione tramite la qualificazione dell'istituto della concessione di servizi come contratto e in che modo queste siano state affrontate e recepite nel quadro dell'attuale configurazione dell'istituto.

2.1. *Dal periodo postunitario del predominio del diritto comune all'approccio pubblicistico di Ranelletti*

Nel periodo successivo all'Unità d'Italia, la prevalenza del diritto comune, testimoniata dalla presenza del solo giudice ordinario, si riverbera nell'utilizzo frequente dell'espressione contratto di concessione⁷: dunque, quella che poi sarà qualificata come concessione amministrativa, nel periodo postunitario è considerata a tutti gli effetti un rapporto contrattuale.

⁷ Per un'analisi della dottrina maggioritaria di fine ottocento: A. Massera, *I contratti*, in S. Cassese, *Trattato di diritto amministrativo*. Parte generale, 2^a ed., tomo 2, Milano, 2003, 1549 ss.

Tuttavia, il contesto culturale cambia rapidamente e si impone una concezione secondo la quale non residua più alcuno spazio per l'ammissibilità di quel «contratto amministrativo»⁸ teorizzato da Bonomi: secondo l'Autore, ai contratti pubblici andrebbe applicato il diritto comune, pur con alcune deroghe riconducibili proprio alla natura pubblica degli interessi che il contratto stesso intende realizzare⁹. Il contributo più consistente alla «transustanziazione della concessione da contratto a provvedimento amministrativo»¹⁰ è sicuramente quello di Oreste Ranelletti¹¹.

L'influenza dell'idealismo giuridico tedesco permea di sé l'opera dell'Autore, fondata sulla concezione per cui la pubblica amministrazione, che agisce nel perseguimento del superiore interesse pubblico, nel suo rapporto con l'interlocutore privato si pone come autorità: questa impostazione risulta sicuramente funzionale all'esigenza di permettere allo Stato di revocare e modificare i propri atti unilateralmente, senza alcun costo derivante dalla corresponsione di indennizzi. In particolare, bisogna sottolineare che l'interpretazione fatta propria da Ranelletti rispondeva ad una concreta necessità operativa altamente problematica alla fine dell'Ottocento: il riferimento è al passaggio dall'illuminazione a gas a quella elettrica. Questo episodio storico, lungi da avere un semplice valore nozionistico, rende bene l'idea della portata del problema dell'inquadramento giuridico della concessione: l'emersione di una nuova tecnologia meno costosa e più efficiente quale era quella dell'illuminazione elettrica imponeva una riflessione sul destino dei vincoli concessori esistenti¹². Esclusa l'applicazione della teoria della presupposizione¹³, inquadrare la concessione nell'ambito dei contratti non avrebbe permesso all'amministrazione di sciogliere liberamente il vincolo a causa della

⁸ Bonomi A., *Contratto amministrativo*, in *Dig. it.*, vol. VIII, pt. 3, Torino, 1898-1900, 422 ss.

⁹ *Ibidem*. «Il diritto comune regola questi rapporti e da esso si devia in parte, solo in quanto è necessario per adattarlo ad una persona che agisce per mezzo di rappresentanti, che è regolata da leggi speciali e nella quale si confondono interessi di ordine diverso, e più o meno generale, come sarebbero lo Stato, il Comune, l'Opera pia». R. Caranta, *op. cit.*, 3: «Riassumendo: ai contratti pubblici si applica il diritto comune, ma con deroghe, e, quindi, con un autonomo spazio di diritto amministrativo, deroghe necessarie alla tutela degli interessi del contraente pubblico, ma anche di un superiore interesse pubblico, quello della concorrenza».

¹⁰ R. Caranta, *op. cit.*, 9.

¹¹ O. Ranelletti, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, pt. I, *Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Giur. it.*, XLVI, 1894, IV, 7 ss.; Id., pt. II, *Capacità e volontà nelle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1894, 3 ss.; Id., pt. III, *Facoltà create dalle autorizzazioni e concessioni amministrative*, *ivi*, XIX, 1895, 3 ss.; *ivi*, XX, 255 ss.; *ivi*, XXI, 1896, 77 ss.; *ivi*, XXII, 1896, 177 ss. (ora in *Scritti giuridici scelti*, a cura di E. Ferrari e B. Sordi, III, Napoli, 1992, 35 ss.). Altri esponenti di autorevole dottrina che sostengono l'approccio pubblicistico sono: Orlando, Cammeo, Santi Romano.

¹² Sulla ricostruzione storica della vicenda: M. D'Alberti, *Le concessioni amministrative*, Napoli, 1981.

¹³ Alcuni autori, tra cui A. Botto, L. Iannotta, *op. cit.*, 55, sostengono «che la dottrina dell'epoca si rifiutò di prendere in esame gli strumenti che anche il diritto comune degli operatori economici offriva, quale la teoria della (cosiddetta) presupposizione». Altri, tra cui R. Caranta, *op. cit.*, 11, ritengono che la qualificazione come provvedimento amministrativo si rendeva necessaria proprio perché ci si trovava «in un'epoca che non conosceva la teoria della presupposizione».

soppravvenienza di diverse esigenze pubbliche. Ecco che dunque l'approccio *anti-contrattualista* di Ranalletti, per mantenere la sua coerenza, impone di scomporre la concessione in due atti unilaterali: da una parte il provvedimento, ovvero l'atto unilaterale di dichiarazione di volontà da parte della pubblica amministrazione, e quindi la concessione vera e propria, intesa come atto mediante il quale l'amministrazione, in virtù della sua posizione sovraordinata, non negozia, ma concede ai privati l'esercizio di un'attività; dall'altra la manifestazione di volontà del privato, quale negozio giuridico unilaterale¹⁴ meramente funzionale all'efficacia del primo¹⁵.

Oltre alla posizione di Ranalletti, bisogna rilevare – quantomeno sommariamente – che le correnti di stampo pubblicistico sono state molteplici¹⁶. Uno degli sviluppi più interessanti di tale approccio è quello legato alla teoria del cosiddetto organo indiretto: poiché il concessionario svolge un'attività che sarebbe stata di competenza della pubblica amministrazione, ma che quest'ultima ha deciso di esternalizzare, allora il privato assurge al ruolo di *longa manus* dello Stato stesso. La conseguenza di una tale prospettazione non può che essere l'ammissione di una funzione meramente esecutiva del concessionario, privo di qualunque potere di discrezionalità amministrativa, e, quindi, ancora una volta, in una posizione di assoluta soggezione rispetto alla pubblica amministrazione. Il paradosso è che se la concessione nasce con l'intento di esternalizzare (*outsourcing*) un'attività anche al fine di deresponsabilizzare la pubblica amministrazione, in questo modo è la stessa pubblica amministrazione, che avvalendosi di un concessionario mero esecutore, ritorna ad essere responsabile.

In linea di principio, tuttavia, difficilmente la rigidità del modello pubblicistico sarebbe potuta risultare sostenibile nel suo concreto operare nell'ambito dei rapporti economici tra pubblica amministrazione e privati, proprio a causa della completa soggezione di questi ultimi alla volontà dell'autorità statale, idonea a indebolire l'attrattività stessa dello strumento. Inoltre, la stessa rilevanza che

¹⁴ Riassume efficacemente i caratteri principali di questo approccio, E. Silvestri, *Concessione amministrativa*, in *Enc. dir.*, 1961, VIII, 370 ss., 374: «Secondo i cosiddetti anticontrattualisti, invece, la concessione sorge da un atto costituito dalla sola volontà della amministrazione. Le due dichiarazioni di volontà, quella della pubblica amministrazione e quella del singolo, si concretano in due atti distinti e unilaterali; l'uno assume la posizione di atto principale e per se stesso operativo del rapporto mentre l'altro del privato, a seconda che inter venga prima o dopo l'atto di concessione, assume rilievo come semplice presupposto o come condizione di efficacia del medesimo».

¹⁵ In particolare, sulla necessaria natura provvedimentale dell'atto di concessione A. Romano, *La concessione di pubblico servizio*, in *La concessione di pubblico servizio*, (a cura di) G. Pericu, A. Romano, V. Spagnolo Vigorita, Milano, 1995, 11 ss.

¹⁶ A. Amorth, *Osservazioni sui limiti all'attività amministrativa di diritto privato*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1938, 455 ss.; M. Gallo, *I rapporti contrattuali nel diritto amministrativo*, Padova, 1936; G. Miele, *La manifestazione di volontà del privato nel diritto amministrativo*, Roma, 1931; E. Guicciardi, *Le transazioni degli enti pubblici*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1936, 223 ss.; più recentemente, F. Liguori, *I servizi pubblici locali*, Torino, 2004, 104 ss.

nella prassi assumeva la fase consensualistica della formazione dell'accordo, quale momento di incontro della volontà della pubblica amministrazione con quella dei privati, rendeva inevitabile una svolta contrattualista¹⁷.

2.2. *La stagione della concessione contratto e l'alternarsi dei due approcci: l'influenza comunitaria come risolutiva della questione*

È la Corte di Cassazione, nel 1910¹⁸, a mettere in dubbio la validità dell'impostazione pubblicistica fino a quel momento consolidatasi in modo incontrastato, dando il via ad una prima parentesi dell'indirizzo contrattualistico, secondo la quale i due atti di manifestazione della volontà, rispettivamente della pubblica amministrazione e del privato, si affiancano, senza fondersi¹⁹. Una tale presa di posizione si fonda sull'esigenza di arginare la possibilità di revocare i contratti pubblici *ad nutum* – giustificata da una concezione autoritativa del rapporto tra pubblica amministrazione e concessionario – ammettendola solo sulla base di sopravvenienze o inadempimenti gravi del concessionario. Secondo questa impostazione, l'approccio pubblicistico non si giustificerebbe nemmeno alla luce della ragionevole necessità di attribuire maggiori poteri alla pubblica amministrazione nello svolgersi del rapporto contrattuale proprio in virtù degli interessi pubblici da questa protetti: la predisposizione delle stesse clausole negoziali potrebbe sicuramente svolgere un ruolo determinante a tal proposito²⁰.

Tuttavia, la difficoltà di risolvere alcuni nodi problematici lasciati irrisolti dalla ricostruzione secondo la logica del «doppio binario» della Corte di Cassazione, ha condotto al proliferare di numerose proposte interpretative a partire dagli anni Ottanta del Novecento, che hanno abbracciato un'impostazione totalmente contrattualistica dei rapporti tra pubblica amministrazione e concessionario²¹, o che hanno teorizzato la figura di compromesso delle «convenzioni pubblicistiche»²² o dell'«atto amministrativo non autoritativo con eventuale ade-

¹⁷ Sottolinea questo aspetto, A. Molinterni, *op. cit.*, 571.

¹⁸ Cass. 12 gennaio 1910, in *Riv. dir. comm.*, 1910, p. 248 in materia di concessioni di demanio marittimo per uso industriale, su cui M. D'Alberti, *op. cit.*, 187 ss. Nello stesso senso Cass., 27 settembre 1915, in *Foro it.*, 1915, I, 1379.

¹⁹ A. Botto, L. Iannotta, *op. cit.*, 57.

²⁰ Condivide la ricostruzione in termini di concessione-contratto A. Romano, *Profili della concessione di pubblici servizi*, in *Dir. amm.*, 1994, 519 ss., evidenziando che dalla presenza contestuale dei due atti – l'atto costitutivo presupposto e il contratto vero e proprio – scaturisce l'intero programma della concessione di pubblico servizio.

²¹ M. D'Alberti, *Le concessioni amministrative*, cit., 316 ss.

²² G. Falcon, *Le convenzioni pubblicistiche*, Milano, 1984.

sione del privato»²³. In linea generale, nonostante l'emersione di istanze contrattualistiche, va detto che l'assetto pubblicistico si è affermato in Italia, nelle sue differenti varianti²⁴, per lungo tempo, orientando in maniera preponderante il dibattito: infatti, anche nei casi in cui si negava la natura provvedimentale dell'atto concessorio, veniva comunque giustificata l'imposizione di un «regime esorbitante», eccezionale rispetto alla disciplina del diritto civile, derivante dalle esigenze di funzionalizzazione dell'agire amministrativo in generale, e dei rapporti concessori in particolare, alla realizzazione di interessi pubblici²⁵. L'influenza comunitaria sulla legislazione interna ha rappresentato il primo passo verso il superamento della concezione provvedimentale, ma bisogna ammettere che non sempre il recepimento delle direttive comunitarie è stato determinante nel lasciare spazio ad una concezione privatistica dell'istituto in esame: questo principalmente a causa di un'interpretazione restrittiva delle prescrizioni di derivazione europea, la quale ha continuato quindi a veicolare un approccio di tipo pubblicistico²⁶.

In ogni caso, è proprio grazie all'influenza comunitaria che più di recente si è affermata definitivamente l'attrazione della concessione nella sfera contrattualistica²⁷: ciò è avvenuto, in particolare, sulla scorta di considerazioni di carattere non solo giuridico, ma anche economico, che fondano sul concetto di trasferimento del rischio operativo il tratto distintivo della concessione²⁸. Questa impostazione è interiorizzata dal codice dei contratti pubblici, che nella versione precedente a

²³ D. Sorace, C. Marzuoli, *op. cit.*, 285 ss. In particolare, quest'ultima posizione e quella dell'atto amministrativo con adesione sopracitata costituiscono variazioni della teoria contrattualistica, volte differenziare i contratti di diritto pubblico – tra cui la concessione – funzionalizzati al perseguimento dell'interesse della collettività, dai contratti di diritto privato. B. Giliberti, *op. cit.*, 207, individua la caratteristica principale della categoria dei contratti di diritto pubblico nel «vincolo teleologico della cura del pubblico interesse [che] si porrebbe a fondamento di poteri impliciti unilaterali di primazia dell'amministrazione, con evidente scostamento dallo statuto proprio dei contratti»

²⁴ Si veda, per esempio la ricostruzione in termini di accordi sostitutivi del provvedimento di G. Greco, *Le concessioni di pubblici servizi tra provvedimento e contratto*, cit.; Id., *Gli accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, cit.; A. Pioggia, *La concessione di pubblico servizio come provvedimento a contenuto convenzionalmente determinato. Un nuovo modello per uno strumento antico*, in *Dir. pubbl.*, 1995, p. 567 ss. In giurisprudenza, Cons. St., sez. V, 13 marzo 2000, n. 1262.

²⁵ E. Bruti Liberati, *Le vicende del rapporto di concessione di pubblico servizio*, in G. Pericu, A. Romano, V. Spagnuolo Vigorita (a cura di), *op. cit.*, 155 ss. L'Autore ammette deroghe alle regole del diritto civile «se richieste dal carattere funzionalizzato dell'agire amministrativo ovvero da specifiche esigenze di funzionalizzazione del rapporto».

²⁶ Si veda, per esempio, Cass., ss.uu., 29 dicembre 1990, n. 1221, in *Foro Amm.*, 1991, 655 ss. Per una contestualizzazione, A. Botto, L. Iannotta, *op. cit.*, 63: «Da un lato, l'ordinamento ha sentito l'esigenza di favorire il ricorso al modello concessorio, ad esempio consentendo il superamento del limite trentennale alla durata della fase gestionale [...]; dall'altro, si corrobora l'attrazione del rapporto all'orbita pubblicistica, per paura che si apra una falla nell'applicazione delle regole di evidenza pubblica».

²⁷ A partire dalla Comunicazione interpretativa della Commissione UE del 29 aprile 2000 in GUCE 29 aprile 2000 C-121, in *Gior. dir. amm.*, 2000, 12, 1253 ss., con commento di Guccione C., *La comunicazione interpretativa della commissione sulle concessioni nel diritto comunitario*.

²⁸ *Infra* § 3.1.

quella attuale, ovvero nel d.lgs. 163 del 2006, definisce all'art. 3 comma 12 la concessione di servizi come «un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di servizi». In questa sede il concetto di trasferimento del rischio operativo è formalmente assente, ma nella sostanza emerge il tratto caratterizzante della figura concessoria, ovvero che «il corrispettivo dei lavori (o della fornitura di servizi nella concessione di servizi) consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera o in tale diritto accompagnato da un prezzo, in conformità al presente codice». Inoltre la stessa Corte di Giustizia ha condiviso il progressivo contrattualizzarsi della concessione in più occasioni²⁹, sempre rintracciando nel trasferimento del rischio operativo l'elemento qualificante: è proprio su queste basi che si giunge alla risolutiva collocazione dell'istituto con la direttiva 2014/13/UE.

2.3. La concessione nel nuovo Codice dei contratti pubblici

Nel d.lgs. 50/2016 emerge, come accennato, la definitiva attrazione della concessione amministrativa nell'ambito del diritto contrattuale: l'impostazione è quella fatta propria dalla direttiva 2014/23/UE³⁰ sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, che risolve ogni dubbio – in senso negativo – in merito alla qualificazione dell'istituto come provvedimento amministrativo. Ciò traspare non solo con riguardo ai profili definitori, ma soprattutto dall'analisi dell'impostazione fatta propria dalla direttiva, che evidenzia la *ratio* – rinnovata – che permea di sé la concessione, ovvero il trasferimento, in capo al concessionario, del rischio operativo della gestione dei lavori o dei servizi³¹.

In riferimento ai profili definitori³², la direttiva 2014/23/UE e lo stesso Codice dei contratti pubblici (art. 3, comma 2) risolvono ogni dubbio in merito

²⁹ Corte di Giustizia, Sez. III, 10 settembre 2009, in causa C-206/08, *Eurawasser*, (punto 77 in diritto), in *www.dirittodeiservizipubblici.it*; Corte di Giustizia, Sez. III, 25 marzo 2010, in causa C-451/08, *Helmut Müller GmbH*, *ivi*. Merita inoltre di essere segnalata Corte di Giustizia 13 novembre 2008, in causa C-437/07, Commissione delle Comunità Europee c. Repubblica italiana, in *Urbanistica e appalti*, 2009, 20, in cui si afferma che è proprio il trasferimento del rischio operativo il fattore determinante atto a distinguere la concessione dall'appalto. Sulla stessa linea, nell'ambito della giurisprudenza nazionale si segnala Cons. Stato, sez. VI, 4 settembre 2012, n. 682, *www.giustizia-amministrativa.it*.

³⁰ Per un approfondimento esaustivo sulla direttiva si veda M. Ricchi, *La nuova Direttiva comunitaria sulle concessioni e l'impatto sul Codice dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, 2014, 7, 741 ss.; G.F. Carrei, *Il contratto di concessione di lavori e di servizi: novità e conferme a 10 anni dal Codice De Lise*, in *Urbanistica e appalti*, 2016, 8-9, 939 ss.

³¹ Sul concetto di rischio si veda U. Realfonso, *I contratti di concessione*, in Caringella F., Mantini P., Giustiniani M. (a cura di), *Il nuovo diritto dei contratti pubblici*, Roma, 2016, 391 ss.

³² In senso contrario, F. Fracchia, *Concessione amministrativa*, in *Enc. dir.*, Annali, I, Milano, 2007, 250 ss. L'Autore parla di una esaltazione del dato letterale, affermando che «l'impiego di alcune formule lessicali deriva dalla preoccupazione del legislatore comunitario di utilizzare pragmaticamente una locuzione valida per tutti ordinamenti».

alla natura privatistica della concessione, seppur una delle due parti contraenti sia un'amministrazione dello stato: in particolare, l'art. 5, par. 1, lett. a) della direttiva – ripreso dalla normativa italiana – definisce la concessione di lavori/servizi come «un contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto in virtù del quale una o più amministrazioni aggiudicatrici o uno o più enti aggiudicatori affidano l'esecuzione di lavori/la fornitura e la gestione di servizi ad uno o più operatori economici, ove il corrispettivo consista unicamente nel diritto di gestire i lavori/servizi oggetto del contratto o in tale diritto accompagnato da un prezzo».

Dal punto di vista sostanziale e nell'ottica contrattualistica, il fondamento dell'istituto concessorio sul concetto di rischio operativo, e sul suo trasferimento, comporta, infatti, un mutamento di prospettiva: si abbandona l'idea secondo la quale il concessionario sarebbe una *longa manus* della pubblica amministrazione, che «interviene nell'esercizio della sua attività di imperio»³³, per abbracciarne una che collochi la concessione nel contesto in cui effettivamente essa opera, ovvero il mercato. Il concessionario non è più, quindi, un sostituto dell'amministrazione, ma un attore di mercato soggetto alle regole concorrenziali ed esposto all'incertezza del ritorno economico, che mira a concludere i lavori o gestire i servizi nel modo economicamente più efficiente³⁴. Il trasferimento del rischio operativo non costituisce solamente una delle caratteristiche dell'istituto concessorio, ma ne è elemento qualificante, che descrive la fattispecie e la distingue dal contratto di appalto. Invero, l'«*outsourcing* del rischio realizzativo/gestionale»³⁵ svela l'impossibilità di qualificare in termini autoritativi la concessione: la pubblica amministrazione si trova costretta a ricorrere al mercato per soddisfare un suo bisogno e, in questa posizione di debolezza³⁶, individua un soggetto cui esternalizzare la realizzazione di un'opera o la gestione di un servizio, confidando che quest'ultimo riesca a recuperare quanto investito nell'ambito dei rapporti contrattuali con gli utenti.

In definitiva, si può affermare che la sezione del Codice degli contratti pubblici dedicata alle concessioni conferma la natura contrattuale dell'istituto: ciò si evince non solo dai più immediati elementi definitori, ma dal contesto europeo in cui la normativa italiana trova fondamento. La concessione è, quindi, un contratto che deriva da un precedente procedimento amministrativo ad evidenza pubblica,

³³ E. Silvestri, *op. cit.*

³⁴ M. Macchia, *I contratti di concessione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 4, 2016, 476 ss., 477-478: «Originariamente erano attribuiti al concessionario diritti speciali o esclusivi, in virtù dei quali quest'ultimo si sostituiva all'amministrazione, era soggetto a controlli pubblici, svolgendo attività strategiche per il benessere della collettività. Nell'ottica sovranazionale, all'inverso, la concessione è integralmente piegata alle esigenze del mercato: non solo il concessionario è scelto a mezzo di procedure ad evidenza pubblica, ma quest'ultimo è un partner privato che si confronta con il mercato, che sottostà alle regole concorrenziali, mirando a contenere i costi e a realizzare un lavoro o a gestire un servizio in modo efficiente».

³⁵ M. Ceruti, *op. cit.*, 639.

³⁶ *Ibidem*.

tramite il quale si individua un soggetto in grado di soddisfare l'interesse pubblico cui l'operazione oggetto della concessione è preposta, sopportandone il rischio operativo: nel corso del rapporto contrattuale, però, la natura pubblica di una delle parti non si traduce nell'automatica possibilità di imporre autoritativamente e unilateralmente al concessionario condizioni non negoziate in precedenza, confinandosi così il potere di autotutela dell'amministrazione al solo provvedimento precontrattuale di aggiudicazione. In ogni caso, non si mancherà di evidenziare successivamente³⁷ che residui della natura pubblicistica della concessione emergono in contropiede da alcune norme del Codice, inserendosi così in maniera parzialmente disarmonica nel complessivo disegno tracciato dalla normativa stessa.

3. *L'inquadramento contrattualistico della concessione: ragioni e conseguenze*

Fornite per sommi capi le coordinate storiche tramite le quali orientarsi all'interno del dibattito sulla natura pubblicistica o privatistica della concessione, su queste basi occorre interrogarsi criticamente sul quadro giuridico attuale, il quale riconduce l'istituto allo schema del contratto. In questo senso si pongono dunque due esigenze: la comprensione delle ragioni – economiche prima ancora che giuridiche³⁸ – su cui si fonda la progressiva attrazione della concessione nella sfera di influenza del diritto privato rappresenta lo strumento chiave tramite il quale poter valutare, conseguentemente, il sistema normativo vigente e metterne in luce le discrasie e, soprattutto, le incertezze. Infatti, la continua oscillazione storica tra concessione provvedimento e concessione contratto comporta senza dubbio delle conseguenze sul piano della regolamentazione dello strumento, che, se da una parte si traducono in elementi di incertezza per l'interprete, dall'altra stimolano una riflessione diretta ad individuare cosa resta dell'inquadramento pubblicistico della questione.

3.1. *Le ragioni*

Pur senza ricostruire dettagliatamente la posizione di Ranelletti e di coloro che hanno inteso la concessione come provvedimento amministrativo, è necessario notare che la ragione profonda alla base di questa impostazione della questione si identifica nella legittimazione alle revoche – più o meno motivate – di rapporti concessori, così come l'episodio storico dell'illuminazione elettrica dimo-

³⁷ *Infra* § 3.

³⁸ R. Caranta, *op. cit.*, 14.

stra. Infatti, intendendo la concessione come un provvedimento amministrativo, nel caso di situazioni emergenziali la pubblica amministrazione potrebbe modificare il rapporto con il concessionario senza alcun limite, mediante il ricorso alla «spada di Damocle dell'autotutela amministrativa»³⁹. Inoltre, la stessa impostazione pubblicistica, nel negare la rilevanza del momento consensualistico di incontro delle volontà tra amministrazione e concessionario, giungerebbe addirittura ad ammettere paradossalmente che la concessione possa essere imposta unilateralmente al destinatario, anche nel caso in cui non ci fosse l'accordo con quest'ultimo⁴⁰. Sennonché, queste giustificazioni dell'approccio pubblicistico ne rappresentano anche l'aspetto intrinsecamente più problematico e suscettibile di critiche: infatti, se la garanzia del mantenimento di una posizione privilegiata in capo al soggetto pubblico rappresenta il fondamento della concessione provvedimento, bisogna ammettere che una tale esigenza risulta adeguatamente soddisfatta dagli stessi strumenti offerti dal diritto contrattuale⁴¹, il cui utilizzo si traduce in termini virtuosi sul funzionamento del mercato.

Le ragioni economiche, appunto, influenzano l'inquadramento giuridico della concessione: un qualsiasi imprenditore non sarebbe in alcun modo interessato (e incentivato) ad assumere il ruolo di concessionario se il contraente pubblico non gli garantisse una serie di condizioni certe e adeguate: prima fra tutte, un ragionevole profitto⁴². Invero, il privato che esegue l'opera pubblica si assume ingenti rischi imprenditoriali al fine di ottenere un utile economico: egli non può in alcun modo essere equiparato ad un organo della pubblica amministrazione. Una tale prospettiva, nell'ottica pubblicistica, è suscettibile di una critica radicale, che però lambisce sempre i confini della qualificazione del concessionario come prolungamento dell'amministrazione: l'interesse che si intende realizzare con lo strumento concessorio è di natura pubblica e, dunque, l'interesse del soggetto privato soccombe di fronte alle esigenze pubbliche. Ancora una volta, però, la linea di pensiero contrattualistica risponde sulla base della flessibilità offerta dagli strumenti del diritto privato: la stessa attività del concessionario può essere sottoposta a limitazioni derivanti dal rispetto dell'interesse pubblico e questo può avvenire pur sempre nell'ambito degli strumenti offerti dall'autono-

³⁹ M. Ceruti, *op. cit.*, 640.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ B. Giliberti, *op. cit.*, 198: «Per veder riconosciuto all'amministrazione il potere di costante verifica della conformità del rapporto al pubblico interesse non pare che la tesi provvedimentoale e quella della concessione-contratto possano ritenersi in qualche modo necessitate, perché solo attraverso l'imputazione dell'effetto concessorio ad un provvedimento verrebbe soddisfatta l'esigenza costituzionale di un controllo pubblicistico da parte dei terzi sull'agire delle pubbliche amministrazioni».

⁴² R. Caranta, *op. cit.*, 14.

mia privata⁴³, per volontà dell'amministrazione stessa o del legislatore. L'obbligo della predisposizione di particolari clausole contrattuali imponenti vincoli in questo senso può soddisfare allo stesso modo e adeguatamente gli obiettivi legati al perseguimento dell'interesse pubblico: uno degli esempi più rilevanti attiene all'ambito delle concessioni di lavori pubblici, ed è l'obbligo *ex art.* 177 del d.lgs. 50/2016, imposto dal legislatore al titolare di concessioni (non affidate con la formula della finanzia di progetto o con procedure ad evidenza pubblica), di affidare a sua volta una quota dei lavori tramite procedure di selezione che siano rispettose della *par condicio* tra gli operatori.

Da ultimo, la classificazione provvedimentoale non si giustificerebbe nemmeno in virtù «dell'esigenza costituzionale di un controllo pubblicistico da parte dei terzi sull'agire delle pubbliche amministrazioni»⁴⁴, dal momento che in relazione alle concessioni – così come nell'ambito di tutti i contratti pubblici – la stessa struttura delle relazioni prenegoziali, che si sostanzia nella previsione di procedure di assegnazione ad evidenza pubblica, costituisce un'implementazione delle regole già vigenti in materia di responsabilità precontrattuale, giustificandosi proprio nell'ottica di una maggiore tutela delle ragioni dei terzi. In questo senso, la facoltà di impugnare il bando, di escludere o aggiudicare la gara in favore di altri costituisce semplicemente un elemento di specialità rispetto alla disciplina del contratto contenuta nel codice civile⁴⁵, giustificato proprio dalla rilevanza pubblica dell'interesse curato mediante la concessione.

⁴³ A. Botto, L. Iannotta, *op. cit.*, 66: «Che, poi, l'attività del concessionario possa essere assoggettata a determinati vincoli, ciò è possibile, ma senza esulare dall'ambito dell'autonomia privata. Ed invero, l'interesse pubblico può anche richiedere il rispetto di determinati vincoli nella gestione di determinati servizi, ma ciò non toglie che il rispetto di tali esigenze possa (e debba) essere calato nell'assetto negoziale, assumendo la forma di una determinata clausola del relativo contratto». Così anche A. Molinterni, *op. cit.*, 606: 124). «E tuttavia, l'incidenza della concessione su di un «oggetto pubblico indisponibile», come è considerato il servizio pubblico, può dirsi veramente di ostacolo alla ricostruzione privatistica del regolamento che disciplina il rapporto concessorio? In primo luogo, occorre sottolineare che il fatto che l'oggetto sia pubblico di per sé non impedisce — come ci aveva insegnato la più autorevole dottrina — la ricostruzione del rapporto in termini contrattuali. [...] Il regime di diritto pubblico è infatti giustificato (*rectius*: necessitato) soltanto nel caso in cui si debbano esercitare funzioni autoritative, per la loro intrinseca natura (attività di ordine e di repressione degli illeciti), ovvero per mancanza del necessario consenso dell'amministrato (come nel caso dell'espropriazione). [...] risulta evidente che l'affidamento di un'attività di natura «materialmente» imprenditoriale per assicurare l'erogazione di un pubblico servizio trova il suo naturale terreno d'azione nel campo del diritto comune e, soprattutto, nell'accordo con il privato concessionario».

⁴⁴ B. Giliberti, *Contributo alla riflessione sulla natura giuridica delle concessioni di pubblico servizio*, in *Persona e Amministrazione*, 2018, 1, 118.

⁴⁵ *Ibidem*. «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 rinvia 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 contrat-

In definitiva, la necessità di imporre al concessionario obblighi connessi alla natura pubblica dell'oggetto della concessione – ovvero obblighi di trasparenza, non discriminazione, regolarità dell'erogazione, etc. – può essere adeguatamente soddisfatta ricorrendo all'armamentario fornito dal diritto privato. Ed infatti, come è stato autorevolmente notato, l'attività di erogazione del servizio non rientra nella totale disponibilità dell'amministrazione: questa, infatti, nel regolare l'attività al fine garantire la maggiore efficienza possibile nella soddisfazione delle esigenze degli utenti – dunque l'interesse pubblico – si avvale di un atto convenzionale costituito dal contratto di concessione, nel quale la sua volontà si incontra con quella del concessionario. Diversamente, nelle fasi anteriori di organizzazione del servizio e di selezione del contraente mediante modalità ad evidenza pubblica, l'interesse pubblico gioca un ruolo assolutamente preponderante, tale per cui la regolazione è demandata al diritto pubblico, senza alcuno spazio riservato alla convenzionalità, e dunque, alla volontà del concessionario⁴⁶.

3.2. *Le conseguenze*

Dall'esposizione sintetica delle ragioni alla base di un inquadramento contrattualistico delle concessioni, si giunge, dunque, ad una più chiara comprensione non solo delle conseguenze applicative che un tale inquadramento comporta, ma anche dell'istituto stesso. Anzitutto, infatti, lo strumento della concessione inteso come contratto emerge nel contesto delle specifiche finalità a cui è destinato, ovvero coniugare la duplice esigenza di alleggerire la pubblica amministrazione dal compito di realizzare un certo intervento necessario al soddisfacimento dei propri bisogni e, parallelamente, reperire ingenti capitali privati – i quali saranno poi recuperati mediante la gestione dell'opera o del servizio – per finanziare l'intervento. Questo meccanismo si traduce così nel particolare assetto contrattuale proprio della concessione, incentrato sul trasferimento del rischio operativo.

La conseguenza di una tale prospettazione non può che inserirsi in linea di continuità con le stesse ragioni a fondamento della concezione contrattualistica: la predisposizione di particolari clausole contrattuali rappresenta uno strumento adeguatamente soddisfacente della necessità della parte pubblica di garanti-

ti, dato proprio dalla potenziale attitudine delle impugnazioni sugli esiti della procedura a travolgere il rapporto contrattuale». L'Autore richiama espressamente R. Caranta, *op. cit.*, 13: «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».

⁴⁶ A. Molinterni, *op. cit.*, 615-616.

re, nello svolgimento del rapporto contrattuale, gli interessi della collettività⁴⁷. Per esempio, è possibile inserire nel contratto di concessione delle clausole che impongano al concessionario selezionato tramite gara di individuare gli operatori – cui affidare una parte della realizzazione o della gestione dell'opera – mediante gara: questa particolare situazione risulta estremamente utile per comprendere l'impatto che l'inquadramento privatistico della concessione può avere in concreto. Infatti la logica privatistica esclude l'obbligo, per il concessionario selezionato tramite gara, di attuare a sua volta modalità pubblicistiche per la scelta dei propri collaboratori⁴⁸. Se poi questi ultimi, invece di rivestire il ruolo di meri subappaltatori o fornitori, intrattengano un rapporto diretto con il concessionario, allora la predisposizione di specifiche clausole contrattuali che incentivino una partecipazione concorrenziale delle imprese sul mercato può soddisfare adeguatamente il rispetto dell'interesse pubblico nella scelta dell'interlocutore del concessionario. In linea generale, però, si può affermare che l'impostazione contrattuale favorisce la libera selezione degli operatori da parte del concessionario, proprio perché quest'ultimo, nella sua veste di imprenditore può decidere di gestire il rischio operativo con le modalità che più corrispondono alla sua stessa gestione di impresa. Ad alimentare questa posizione, inoltre, si inserisce lo stesso Codice dei contratti pubblici che, in relazione alla materia dell'affidamento da parte dei concessionari di contratti di fornitura o di appalto, non impone in alcun modo il rispetto di modalità pubblicistiche.

Ancora, nella duplice veste di indice presuntivo delle ragioni dell'impostazione contrattuale e di conseguenza di quest'ultima, si inserisce una determinazione della precedente Autorità di Vigilanza sui Contratti pubblici di lavori, servizi e forniture⁴⁹: sebbene non più recentissima, essa è emblematica della acquisito superamento dell'idea del concessionario come organo indiretto dell'amministrazione. In particolare la posizione dell'Autorità si delinea in contrasto con quella della Corte dei Conti, secondo la quale i concessionari avrebbero dovuto rispettare le norme in materia di contabilizzazione dei lavoratori seguite dalle pubbli-

⁴⁷ B. Giliberti, *Contributo alla riflessione sulla natura giuridica delle concessioni di pubblico servizio*, cit., 229: «Potendosi una regolamentazione che badi all'attualizzazione del pubblico interesse costruirsi attraverso i meccanismi dell'autonomia negoziale ovvero di interventi legislativi specifici. 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 per giusta causa ma non ritenere che tale facoltà gli provenga dal peculiare carattere dell'oggetto dell'accordo o dalla propria qualità di soggetto pubblico».

⁴⁸ A. Botto, L. Iannotta, *op. cit.*, 67: «L'obbligo, per questi, di operare con modalità pubblicistiche (ad esempio scegliendo i propri subappaltatori e fornitori mediante gara) appare distonico rispetto all'assetto delineato e può trovare giustificazione solo ove il rapporto concessorio risulti instaurato mediante affidamento diretto, ossia senza una previa selezione concorsuale a monte».

⁴⁹ Autorità di Vigilanza sui Contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, Determinazione n. 2, 11 marzo 2010, Problematiche relative alla disciplina applicabile all'esecuzione del contratto di concessione di lavori pubblici.

che amministrazioni, proprio perché i primi nello svolgimento delle loro funzioni – nella realizzazione dell'opera o nella gestione del servizio – non farebbero altro che sostituirsi alle seconde. Le osservazioni dell'Autorità sembrano cogliere nel segno: il rispetto delle norme di contabilità pubblica sarebbe giustificato dalla natura – appunto – pubblica del denaro impiegato nella propria attività, nonché i finanziamenti impiegati per l'adempimento del contratto di concessione sono di fonte privata, precisamente di provenienza del concessionario-imprenditore⁵⁰. Inoltre l'Autorità chiarisce che è proprio il contratto lo strumento nel quale devono essere espresse le esigenze di carattere pubblico che il concessionario deve soddisfare: dunque la sottrazione alle regole della contabilità pubblica non significa libertà da qualsiasi vincolo di salvaguardia per la sfera degli interessi pubblici coinvolti, ma, anzi, che questi ultimi possano trovare adeguata garanzia negli strumenti offerti dal diritto privato⁵¹.

Infine, la previsione in sede contrattuale delle circostanze idonee a legittimare il recesso dell'amministrazione e delle conseguenze di eventuali inadempimenti del concessionario, nel garantire le esigenze dell'amministrazione al perseguimento dell'interesse pubblico, assicura, parallelamente, un quadro di certezza giuridica al concessionario che si è assunto il rischio economico dell'operazione. In questo senso, la formalizzazione nell'accordo di una clausola risolutiva espressa legittimerebbe l'esercizio unilaterale del potere di scioglimento dal rapporto concessorio non sulla base di una nuova valutazione discrezionale della pubblica amministrazione, cui il concessionario sarebbe sottomesso, ma alla luce di un effettivo inadempimento di una delle parti, considerato in sede di formazione del contratto idoneo ad impedire la prosecuzione del rapporto⁵². Allo stesso modo, la possibilità per l'amministrazione di irrogare una sanzione nel caso di inadempimento del concessionario può essere prevista nel contratto, non radicandosi, dunque, nel riconoscimento di un potere autoritativo discrezionale dell'amministrazione in sede di esecuzione dell'accordo, tale da poterne giustificare l'esercizio anche nel

⁵⁰ A. Botto, L. Iannotta, *op. cit.* Gli Autori citano la determinazione in senso emblematico, in particolare con riferimento alla sentenza della Corte dei Conti, 23 novembre 2009, n. 651, in www.cortedeiconti.it.

⁵¹ Si legge nella determinazione dell'Autorità: «Non appare coerente con l'istituto della concessione, né probabilmente utile ad un effettivo controllo, un'applicazione puntuale della normativa pubblicistica in materia di contabilità dei lavori. In altri termini, la necessità di introdurre nel contratto di concessione, che costituisce l'elemento centrale di regolamentazione dei rapporti tra concedente e concessionario, apposite clausole volte a consentire al concedente di controllare la realizzazione dell'opera oggetto della concessione – anche attraverso la redazione di una contabilità – non comporta l'applicazione della normativa sulla contabilizzazione dei lavori pubblici dettata dal legislatore ad altri e diversi fini».

⁵² A. Molinterni, *op. cit.*, 624: «E ciò dal momento che nella disponibilità della p.a. non vi sarebbe il rapporto concessorio in quanto tale, bensì il rispetto dell'equilibrio sinallagmatico e delle relative implicazioni patrimoniali: come è stato efficacemente evidenziato, l'equilibrio sinallagmatico funge infatti da limite all'esercizio di potestà pubblicistiche». In particolare, l'Autore si riferisce espressamente alle considerazioni di G. Greco, *Le concessioni di lavori e di servizi nel quadro dei contratti di diritto pubblico*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2000, 5, 993 ss.

caso di un mero dubbio sul corretto adempimento del concessionario. Ed infatti, nell'ottica del perseguimento dell'interesse pubblico, ciò che rileva è che quanto previsto nell'accordo concessorio sia correttamente adempiuto dal concessionario, non che all'amministrazione sia riconosciuto un potere qualitativamente superiore nell'irrogazione di eventuali sanzioni relative all'esecuzione del rapporto contrattuale stesso⁵³.

Alla luce del breve quadro delineato si può concludere che l'applicazione delle regole del diritto contrattuale non stravolge in alcun modo l'assetto degli interessi coinvolti nel rapporto concessorio, anzi, nel garantire al meglio le prerogative imprenditoriali del concessionario, permette di dare adeguato respiro alle speculari prerogative di carattere pubblico dell'amministrazione. Nell'abbracciare questa prospettiva si pone come necessaria, probabilmente, una riflessione che coinvolga l'opportunità di ripensare la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di concessioni: invero, come mostrato dalla disciplina della concessione di pubblico servizio, l'attuale impostazione sembra ancora fondarsi su una concezione pubblicistica, intendendo l'operato del concessionario equivalente a quello dell'amministrazione. Ed infatti, nonostante quanto stabilito dall'art. 120, comma 1 c.p.a., secondo il quale *solamente* «gli atti delle procedure di affidamento [...] relativi a pubblici lavori, servizi o forniture sono impugnabili unicamente mediante ricorso al tribunale amministrativo regionale competente», l'art. 133, comma 1, lettera c) affida alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo la materia delle concessioni di pubblico servizio, ad esclusione delle controversie concernenti indennità, canoni e altri corrispettivi. Il risultato di un tale assetto legislativo si traduce, in concreto, nell'estensione della giurisdizione del giudice amministrativo anche alle controversie che attengono al corretto adempimento del rapporto concessorio, nonostante la sua dimostrata natura privatistica⁵⁴. Diversamente, nel solco di quanto si è in precedenza affermato, anche in relazione alla materia della concessione di pubblico servizio il riparto di giurisdizione dovrebbe essere ripensato nella logica dell'art. 120 c.p.a., alla luce della distinzione tra la fase dell'affidamento e la fase dell'esecuzione del rapporto concessorio. Dunque, al fine di garantire una tutela giurisdizionale effettiva, la prima fase di natura pubblicistica rientrerebbe nell'ambito della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo; la seconda, equiparabile a qualsiasi altro rapporto contrattuale, dovrebbe essere

⁵³ A. Molinterni, *op. cit.*, 626.

⁵⁴ In questo senso, si vedano, *ex multis*, Cass. ss. uu., 27 maggio 2009, n. 12251; Cons. Stato, sez. VI, 14 ottobre 2010, n. 7505; Cons. Stato, sez. VI, 4 luglio 2011, n. 3997, che confinano la giurisdizione del giudice ordinario alle questioni meramente patrimoniali, laddove invece in materia concessoria la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo si giustifica in ragione dell'inestricabile intreccio di diritti soggettivi e interessi legittimi.

invece attribuita al giudice ordinario, in quanto relativa ad un giudizio sul corretto adempimento di obbligazioni *ex art. 1218 c.c.*⁵⁵.

4. *Concessione – contratto e Codice dei contratti pubblici: questioni aperte*

Il codice dei contratti pubblici, anche nella sua versione rinnovata del d.lgs. 50/2016, accoglie l'impostazione contrattualistica in materia di concessioni, come già accennato. Tuttavia è necessario mettere in evidenza alcune criticità che risentono del tradizionale inquadramento pubblicistico della concessione: esse appaiono rilevanti in termini di ripercussioni sulla sfera pratica, creando un quadro di incertezza che merita di essere adeguatamente considerato.

La questione interpretativa sorge intorno all'art. 176 del d.lgs. 50/2016, su «cessazione, revoca d'ufficio, risoluzione per inadempimento e subentro»: in particolare, il comma 4 dell'articolo stabilisce quali siano gli importi spettanti al concessionario in due casi qualificati di cessazione del rapporto, ovvero la revoca della concessione per motivi di pubblico interesse e la risoluzione per inadempimento dell'amministrazione giudicante. La norma, dunque, equipara i due strumenti, sintetizzando «l'incertezza del diritto delle concessioni in Italia»⁵⁶: infatti il primo strumento, la revoca per motivi di interesse pubblico, è di carattere pubblicistico e integra un provvedimento di autotutela amministrativa, mentre la risoluzione per inadempimento coinvolge la sfera privatistica, essendo un rimedio contrattuale. Ci si troverebbe così di fronte ad un duplice modo di intendere l'istituto concessorio, che sarebbe al contempo un provvedimento amministrativo e un contratto.

La contraddizione è di carattere sostanziale e può essere ben esplicita tramite il riferimento alla legge 241/1990, la quale, nel chiarire l'ambito di applicazione degli istituti della revoca e del recesso, circoscrive l'efficacia degli atti di autotutela al provvedimento amministrativo, che si pone a monte rispetto all'atto contrattuale di cui una parte è l'amministrazione stessa. Nonostante l'opinione

⁵⁵ A. Molinterni, *op. cit.*, 640-644: «A prescindere, quindi, del dibattito teorico sulla natura giuridica – autoritativa, negoziale o contrattuale-pubblicistica – dello strumento utilizzato, nel momento in cui sorge un'obbligazione si viene a creare uno iato con l'esercizio del pubblico potere che rende assai problematica la stessa previsione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Rispetto a tale fase, si pone infatti principalmente un problema di adempimento delle obbligazioni, ed è proprio tale elemento che dovrebbe giustificare il naturale radicamento della giurisdizione ordinaria [...] Il sindacato sulla proporzionalità e sulla ragionevolezza dell'esercizio del potere di vigilanza e di controllo deve cedere il passo ad un sindacato rigoroso sui fatti, sulle sopravvenienze, sull'inadempimento, sull'equilibrio del sinallagma, alla luce dei canoni di buona fede e correttezza che orientano il controllo del giudice sull'esatto e non abusivo adempimento delle obbligazioni ai sensi dell'art. 1218 c.c.». In questo senso, al fine di evidenziare il nesso tra adempimento e giurisdizione ordinaria, l'Autore menziona la sentenza Cass., ss. uu., 22 dicembre 2011, n. 28342.

⁵⁶ M. Ceruti, *op. cit.*, 641.

contraria di una parte della dottrina⁵⁷, si può affermare che il comma 4 dell'art. 11 della legge 241/1990, il quale disciplina l'ipotesi di recesso, previo indennizzo, della pubblica amministrazione dagli accordi di diritto pubblico, non soddisfa la stessa ratio del comma 1 *bis* dell'art. 21 *quinquies*: tale norma, infatti disciplina la diversa ipotesi di revoca del provvedimento «per sopravvenuti motivi di pubblico interesse ovvero nel caso di mutamento della situazione di fatto non prevedibile al momento dell'adozione del provvedimento o [...] di nuova valutazione dell'interesse pubblico originario». Le fattispecie rispondono a due esigenze diverse, e, soprattutto, si riferiscono a due atti diversi: la revoca interessa il provvedimento amministrativo, invece il recesso coinvolge gli accordi della pubblica amministrazione, ma può essere esteso anche ai contratti pubblici, in accordo con il successivo art. 21 *sexies*. Alla luce di questo quadro, risulta chiaro che le valutazioni attinenti al profilo dell'interesse pubblico giustificano un intervento in autotutela da parte della pubblica amministrazione solo in riferimento al provvedimento di aggiudicazione: l'unica possibilità per la pubblica amministrazione di far valere lo stesso tipo di valutazioni è l'inserimento nel contratto di apposite clausole e condizioni.

Riportando il ragionamento nel contesto dell'istituto concessorio, si può affermare che l'art. 176 del d.lgs. 50/2016 confonde la *ratio* dei due istituti, legittimando l'amministrazione a revocare la concessione per motivi di pubblico interesse, sebbene la revoca possa riguardare solo il provvedimento di aggiudicazione, e non il contratto di concessione in sé. Questa impostazione altro non è che un retaggio storico della teoria pubblicistica, e ripropone le medesime problematiche proprie della concessione intesa come provvedimento, ovvero un'incertezza in capo al concessionario, il quale – è bene ricordarlo – assume il rischio imprenditoriale della buona riuscita dell'opera o della efficiente gestione del servizio. In definitiva, questa norma del codice assume valore emblematico, proprio perché permette di mostrare la difficoltà per lo stesso legislatore di scindere la dimensione pubblicistica della concessione – la quale indubbiamente risiede del provvedimento di aggiudicazione e ritorna nella predisposizione dell'assetto contrattuale tramite l'imposizione di alcune clausole – da quella privatistica che, nel predisporre adeguate tutele per l'imprenditore, garantisce l'attrattività dello strumento concessorio nei confronti del mercato. In questo senso, allora, le concessioni non sarebbero né accordi amministrativi, né tantomeno provvedimenti, ma contratti che derivano da un precedente procedimento amministrativo, il quale trova la sua conclusione del provvedimento di aggiudicazione.

⁵⁷ S. D'Ancona, *op. cit.*, 601 ss.

5. *L'incompleta privatizzazione della concessione e gli spazi riservati alla sua natura pubblica*

Amnesso che l'inquadramento contrattualistico della concessione sembra – quantomeno a livello di diritto positivo – un dato acquisito, lo sforzo interpretativo deve ora tentare di rintracciare nelle maglie dell'assetto così delineato ciò che resta della natura pubblica della concessione. Non ci si riferisce, in questo caso, agli elementi di disarmonia evidenziati in precedenza, i quali fanno emergere la stessa incertezza del legislatore nell'affrontare la questione, ma ci si muove piuttosto sul piano ermeneutico, al fine di delineare in che modo il perseguimento dell'interesse pubblico possa plasmare dall'interno il contratto di concessione. Un tale percorso permette di mostrare che in materia di concessioni non si è dato libero sfogo ad una «tentazione privatizzante», che si sostanzia in una «totale ed acritica unificazione in chiave privatistica degli strumenti pubblicistici»⁵⁸, quanto ad un meditato percorso che mira a realizzare al meglio l'interesse della pubblica amministrazione all'esternalizzazione di un'attività. D'altra parte, va precisato che un'indagine che miri a rintracciare i residuali aspetti pubblicistici nell'istituto concessorio non si pone in antitesi con la sua qualificazione in termini privatistici: non è questo un tentativo di «coniugare la concezione provvedimentale della concessione-atto e la natura negoziale della concessione-contratto [...] stante l'anacronismo dell'artificiosa visione della concessione quale insieme di atti (provvedimento e contratto) – in teoria superata ma comunque persistente nella prassi – a fronte dell'attuale definizione unionale della concessione quale contratto»⁵⁹, quanto piuttosto una razionalizzazione della stessa teoria contrattuale, finalizzata a stemperarne l'apparente radicalismo.

Anzitutto, già sono stati rilevati due aspetti fondamentali che rendono sensibile il contratto di concessione al perseguimento dell'interesse pubblico: la procedura ad evidenza pubblica che culmina nel provvedimento di aggiudicazione e la possibilità di inserire clausole contrattuali che permettano all'amministrazione di mantenere una posizione di supremazia, al fine di garantire, appunto, l'interesse pubblico alla realizzazione di un'opera o alla gestione di un servizio. Questi due aspetti rientrano in un inquadramento più ampio, nel quale non viene mai meno l'elemento cardine su cui si fonda la concessione, ovvero che il concessionario sta realizzando un intervento di pubblico interesse. Non si comprende, invero, come questo aspetto possa essere depotenziando tramite una collocazione privatistica della concessione: la gestione efficiente ed economica dell'opera o del

⁵⁸ A. Linguiti, A. Linguiti, *Cosa resta della natura pubblica della concessione?*, in, in M. Cafagno, A. Bortolo, G. Fidone, G. Bottino, *op. cit.*, 108 ss.

⁵⁹ M. Ceruti, *op. cit.* 639.

servizio non rappresenta solo il compenso del concessionario, ma può essere certamente ricondotta al concetto di pubblico servizio⁶⁰. Questo non perché il concessionario sia una *longa manus* della pubblica amministrazione, quanto perché quest'ultima rappresenta la controparte contrattuale e l'intero assetto di interessi governato dal contratto è incentrato sull'*outsourcing* di un servizio di pubblico interesse: in altre parole, la pubblica amministrazione, nello stipulare un contratto di concessione, non attua tanto una delega dell'esercizio delle sue funzioni, ma piuttosto riconosce che tramite una gestione imprenditoriale possa essere realizzato l'interesse pubblico.

In questi termini, la natura dell'interesse pubblico che si vuole realizzare tramite la concessione continua a trasparire anche nella dimensione contrattualistica: questo non solo è emblematico della persistenza di un profilo pubblicistico, ma è anche la risposta più consistente alla critica che proviene da quella parte della dottrina che intende la concessione come un provvedimento. L'«oscillazione pendolare» tra diritto pubblico e diritto privato non si realizza, quindi, nella qualificazione dell'istituto, ma nella stessa attuazione del rapporto obbligatorio: non perché siano garantite automaticamente all'amministrazione delle prerogative particolari, quanto perché l'interesse della collettività, contemplato al tempo della predisposizione dell'assetto contrattuale, rimane sempre in controtuce.

La stessa dimensione interpretativa può rivestire importanza centrale nel valorizzare l'interesse pubblico che l'amministrazione intende realizzare con il contratto di concessione: si può così portare a compimento il ragionamento su cosa resta dell'inquadramento pubblicistico della concessione. Nella dimensione contrattuale la pubblica amministrazione non si garantisce l'esercizio di poteri autoritativi – il quale ha rappresentato il più grande ostacolo all'affermarsi della teoria della concessione provvedimento – ma è indubbiamente ammessa un'interpretazione delle clausole contrattuali e dell'assetto negoziale che, nel tenere conto degli interessi della collettività cui le operazioni del concessionario sono destinate, valorizzi quella che in questo caso può essere definita la dimensione pubblicistica della concessione. Il quadro così delineato permette di soddisfare due esigenze solo apparentemente antitetiche: da una parte la realizzazione dell'interesse pubblico, dall'altra la possibilità per il concessionario di realizzare un utile economico. Infatti solo quest'ultimo elemento mantiene l'attrattività della concessione sul mercato: il rapporto tra pubblica amministrazione e concessionario è paritetico nella predisposizione dell'assetto contrattuale, sebbene l'interesse pubblico dell'amministrazione alla realizzazione dell'intervento possa emergere sia dalla presenza di particolari clausole, sia nell'orientamento tramite cui interpretare

⁶⁰ *Contra* A. Linguiti, A. Linguiti, *op. cit.*, 112-113.

il contratto⁶¹. Inoltre gli elementi pubblicistici che riguardano la disciplina della scelta del contraente sanciscono l'assenza di una frattura tra diritto pubblico e privato nella materia delle concessioni: come ricorda autorevole dottrina, «ogni attività della pubblica amministrazione, anche quando ad essa è consentito avvalersi degli strumenti del diritto privato, è vincolata all'interesse collettivo e deve rispettare principi quali quelli di buon andamento ed imparzialità»⁶².

6. Conclusioni

Per concludere, si può sinteticamente tracciare il quadro del percorso delineato, per poi individuare alcune prospettive di ricerca che possono contribuire a fortificare da un punto di vista logico la teoria contrattualistica, pur sempre senza trascurare la natura pubblica degli interessi coinvolti.

L'influenza comunitaria ha definitivamente sancito il radicamento contrattualistico della concessione, incentrandone la disciplina sul trasferimento del rischio operativo: questo elemento caratterizza la concessione come un istituto che tramite lo sfruttamento delle dinamiche del mercato – in particolare nel rapporto tra il concessionario e l'utenza – permette alla pubblica amministrazione di realizzare un proprio interesse, ovvero quello della soddisfazione di un proprio bisogno cui non sarebbe in grado di provvedere senza affidarsi ad un imprenditore. Su queste premesse e alla luce di un contesto storico nel quale l'impostazione pubblicistica è stata a lungo prediletta per garantire ampie prerogative all'amministrazione, le chiavi di lettura mediante le quali interpretare l'attuale disciplina delle concessioni – sulle quali autorevole dottrina si è concentrata – sembrano due: i rapporti tra Stato e mercato⁶³ e l'utilità dell'armamentario offerto dal diritto contrattuale, entrambi da analizzare nel prisma del perseguimento del pubblico interesse⁶⁴.

⁶¹ Ivi, 118. Gli autori esprimono questa idea, sebbene le loro conclusioni risentano dell'influenza dell'approccio pubblicistico nel concepire il contratto di concessione come uno strumento che non realizzi l'assoluta parità tra le parti: «Può conclusivamente osservarsi che non sussistono ormai con riguardo alla concessione di costruzione di lavori pubblici profili di supremazia che la concedente PA possa perseguire con l'esercizio di poteri autoritativi, ma non pare neppure che lo strumento pubblico concessorio debba definitivamente piegarsi alla pura logica delle regole contrattuali di assoluta pariteticità delle parti del rapporto concessorio, potendosi invece comunque concepire la concessione come uno strumento volto alla soddisfazione del pubblico generale interesse dell'utenza, interesse che comunque, con la scelta della concessione non resta esterno al rapporto concessorio divenendone fondamentale elemento interpretativo idoneo a caricare il concessionario della responsabilità del suo economico e funzionale soddisfacimento».

⁶² R. Caranta, *op. cit.*, 39.

⁶³ E. Picozza, *op. cit.*, 39-40.

⁶⁴ M. Clarich, *Concorrenza e modalità di affidamento delle concessioni*, in M. Cafagno, A. Botto, G. Fidone, G. Bottino, *op. cit.*, 42 ss., 51-52.

Sulla prima questione, nell'ottica del diritto delle concessioni, è stato affermato che lo Stato «adotta, per la propria immagine e funzionamento, le stesse regole del produttore nei confronti del consumatore»⁶⁵: invero, si può ritenere che tramite l'utilizzo della concessione lo Stato si affida ai meccanismi di mercato, sebbene in via indiretta. Infatti non è l'amministrazione ad interfacciarsi direttamente con l'utenza, ma l'imprenditore concessionario risultante dal provvedimento di aggiudicazione: in ogni caso non si può negare che il consumatore, il quale si inserisce quale terzo attore del sistema concessorio, riveste un'importanza fondamentale. L'amministrazione esternalizza un'attività ad un'impresa affinché quest'ultima soddisfi un interesse della collettività, e dunque il rapporto del consumatore con l'autorità pubblica è mediato dalla posizione del concessionario: in prospettiva futura, è proprio in termini di *empowerment* dell'utente-consumatore di servizi offerti nell'ambito di un rapporto di concessione che dovrebbe essere avviata una riflessione. Si condivide, infatti, lo scenario tratteggiato da quella dottrina che individua nel potenziamento del ruolo del cittadino-utente di servizi il passaggio ulteriore e più evoluto della contrattualizzazione del rapporto tra pubblica amministrazione e cittadino⁶⁶.

Il secondo nodo problematico attiene pur sempre alla sfera dei rapporti tra Stato e mercato, ma la soluzione risiede, ancora una volta, nell'inquadramento contrattualistico dell'istituto concessorio. In particolare è stato autorevolmente notato che i rapporti di asimmetria tra pubblica amministrazione e impresa – derivanti dall'*expertise* e dalle informazioni detenute dall'impresa – e tra pubblica amministrazione e i suoi stessi dipendenti – che si fonda sull'eventuale inaffidabilità dei funzionari e dei dipendenti pubblici – non necessitano di una regolamentazione asfittica⁶⁷, la quale potrebbe risultare controproducente, ma lo stesso apparato di strumenti forniti dal diritto contrattuale potrebbe garantire risultati soddisfacenti. La buona conduzione della procedura di gara si riverbera inevitabilmente nella fase di esecuzione contrattuale della concessione, ma una proceduralizzazione dettagliata non costituisce una garanzia adeguata per nessuna delle due fasi: lo snodo centrale della questione attiene al controllo *ex post* sulla valutazione di eventuali comportamenti di tipo opportunistico da parte dell'impresa. Anche in questo contesto l'intersecarsi di istanze pubblicistiche e istituti civilistici sembra poter salvaguardare l'interesse pubblico di cui si fa portatrice la pubblica amministrazione. Viene fatto notare, infatti, che nell'eventuale comportamento dell'impresa non corrispondente all'interesse pubblico verrebbe a mancare «proprio lo spirito tipico di un contratto con un interesse comune, di parte-

⁶⁵ E. Picozza, *op. cit.*, 40.

⁶⁶ *Ibidem*.

⁶⁷ M. Clarich, *op. cit.*, 47. L'Autore parla di «iper-regolazione della procedura di affidamento».

nariato, quale dovrebbe essere la concessione»⁶⁸: gli istituti privatistici della buona fede e della correttezza potrebbero, da una parte, arginare il rischio di una eccessiva procedimentalizzazione *ex ante*, dall'altra, rappresentare un adeguato parametro *ex post* tramite il quale valutare il comportamento delle parti⁶⁹. Ancora una volta, dunque, l'impiego di strumenti attinenti alla sfera del diritto contrattuale potrebbe rappresentare il veicolo tramite il quale meglio realizzare interessi di carattere pubblico.

In definitiva, si può ritenere che l'attrazione dello strumento della concessione nella sfera privatistica non ne stravolga il ruolo, né lo distolga dal perseguimento dell'interesse pubblico: anzi, il caso emblematico della concessione, così come delineata dal diritto europeo, mostra l'utilità dell'armamentario offerto dal diritto privato che, nell'apertura al mercato nella fase di individuazione del concessionario e in quella di esecuzione, può garantire il perseguimento degli interessi della collettività.

⁶⁸ Ivi, 52.

⁶⁹ Così A. Molinterni, *op. cit.*, 620: «Centrale non è quindi la ponderazione dell'interesse pubblico primario o secondario che fronteggia interessi privati, bensì l'accertamento delle inadempienze dinanzi alle quali emergono solo diritti e obblighi reciproci. In questa prospettiva appare, quindi, inopportuno il richiamo alle categorie dell'autotutela se il principale interesse della p.a è alla legittimità del comportamento del concessionario da un punto di vista della correttezza e della buona fede contrattuale».

Il progressivo riconoscimento della natura contrattuale dell'istituto concessorio. Prospettive di indagine alla luce dell'evoluzione storica della concessione tra tentazioni privatizzanti e perseguimento dell'interesse pubblico

L'articolo si propone di analizzare in prospettiva storica l'evoluzione dello strumento concessorio, nell'ottica del suo controverso inquadramento tra diritto pubblico e diritto privato. Particolare attenzione sarà riservata all'analisi delle ragioni che hanno portato alla prevalenza dell'impostazione contrattualistica e alle conseguenze di questo approccio sull'attuale legislazione. A tal proposito, sarà evidenziato che le norme dedicate alle concessioni contenute nel d.lgs. 50/2016 non sono frutto di una indiscriminata «tentazione privatizzante», ma di un meditato percorso che tiene in primaria considerazione l'interesse dell'amministrazione pubblica all'esternalizzazione di un'attività. Residuano, infatti, degli spazi riservati alla natura pubblica della concessione e, parallelamente, gli stessi strumenti del diritto privato possono rivelarsi cruciali nel garantire il perseguimento dell'interesse pubblico.

The progressive acknowledgement of the contractual nature of concessionary institutions. Investigatory perspectives in the light of the historical evolution of the concession amid the temptation to privatise and pursuit of the public interest

The aim of the article is to analyse the evolution of the concessionary instrument from a historical perspective, in view of its controversial framework in terms of both public and private law. Particular attention will be paid to analysis of the reasons that led to the prevalence of the contractual approach and the consequences of this approach on current legislation. In this regard, it will be highlighted that the rules dedicated to concessions contained in Legislative Decree 50/2016 are not the result of an indiscriminate 'temptation to privatise', but of a pondered process that takes into primary consideration the interest of the public administration in outsourcing activities. In fact, there are spaces reserved for the public nature of the concession and, at the same time, the very instruments of private law may prove crucial to ensuring the pursuit of the public interest.