

Rivista di contabilità pubblica riconosciuta di carattere culturale dal Comitato interministeriale di cui al d.P.C.M. 9 marzo 1957

Amministrazione e Contabilità dello Stato e degli enti pubblici

Fondata e diretta da Salvatore Sfrecola

Rivista scientifica riconosciuta dall'ANVUR nell'area 12 - ISSN 0393 - 5604

2020 - Anno XLI

LE CONCESSIONI AMMINISTRATIVE

di Andrea Altieri*

Sommario. 1.1 Evoluzione storico-giuridica dell'istituto. - 1.2 La natura giuridica della concessione: le soluzioni fornite dalla dottrina e dalla giurisprudenza. - 1.3 La funzione concessoria nell'ordinamento amministrativo. - 1.4 La concessione e il provvedimento amministrativo. - 1.5 La concessione e il fondamento dell'agire negoziale della P.A. - 1.6 La concessione tra atto amministrativo unilaterale e rapporto negoziale: la c.d. concessione-contratto. - 1.7 Le figure affini.

1.1 Evoluzione storico-giuridica dell'istituto

“Se un fiume cambia alveo, è pubblico. Se un'alluvione crea una spiaggia, ove prima era acqua, essa è subito pubblica. Non appena una strada viene ad esistenza, essa è bene pubblico”.¹

Sintesi esatta delle tematiche trattate nel presente contributo, il pensiero del GIANNINI colloca l'esercizio del potere pubblico, inteso quale funzione svolta da una Pubblica Amministrazione nell'interesse della collettività organizzata, alla base dell'agire amministrativo.

Tale funzione si svolge attraverso schemi procedimentali di azione che possono essere di diritto pubblico e di diritto privato, prestabiliti dalla legislazione positiva, in quanto occorre che l'agire pubblico, andando ad incidere su posizioni giuridiche soggettive di

* Professore straordinario di diritto amministrativo presso l'Università degli Studi “Link Campus University” di Roma, Avvocato patrocinante in Cassazione.

¹ Cfr. M. S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1977.

terzi, sia puntualmente disciplinato; i primi, costituiscono manifestazione dell'esercizio di poteri amministrativi; i secondi, sono espressione della libertà e dell'autonomia negoziale delle parti, private e pubbliche, sia pure limitata da elementi pubblicistici, quali, a titolo esemplificativo, il procedimento di aggiudicazione che precede la stipulazione del contratto e quello di approvazione che ad esso segue.

L'attività amministrativa non viene, quindi, a identificarsi, in prevalenza, come nel passato, con l'attività svolta iure imperii dall'Amministrazione, ma si attua anche tramite l'attività privatistica.² La P.A., infatti, nello svolgimento della sua attività, è andata progressivamente utilizzando, oltre ai tradizionali strumenti pubblicistici, quelli di diritto comune, operando, in questa seconda fattispecie, su un piano paritario con il soggetto privato.

In tale contesto deve correttamente identificarsi la funzione concessoria, ovvero la scelta discrezionale ed autoritativa di una Pubblica Amministrazione di procedere alla concessione al privato di un bene, di un servizio pubblico e di lavori strumentali alla erogazione di quest'ultimo, in funzione della migliore cura concreta dell'interesse pubblico; così facendo, l'Amministrazione è in grado di garantire al detto bene o al servizio una migliore gestione, sulla base del presupposto che i privati possono operare una più efficiente allocazione di risorse.³

Fino alla seconda metà dell'Ottocento, i rapporti contrattuali tra la P.A. e il privato erano regolati e disciplinati dal diritto privato; non vi era, pertanto, una figura giuridica di concessione, né, tantomeno, era sentita l'esigenza di un approfondimento scientifico sulla sua natura, stante l'assenza di un giudice degli interessi. La giurisprudenza, piuttosto, parlava di contratti tout court, che si limitavano a prevedere alcune forme di utilizzazione di beni pubblici oppure ipotesi di affidamento a privati della costruzione e gestione di opere pubbliche.⁴

² Cfr. M. MIRABELLA, A. ALTIERI, P. M. ZERMAN, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2012.

³ ZANOBINI riteneva che il carattere comune dei provvedimenti concessori fosse *"l'effetto, che è loro proprio, di conferire a una o più persone estranee all'amministrazione nuove capacità o nuovi poteri e diritti, dai quali resta ampliata la loro sfera giuridica"*; cfr. G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1958.

⁴ Fino alla seconda metà del XIX secolo, il diritto delle amministrazioni pubbliche italiane era dominato dalle regole e dai principi privatistici. A differenza dell'ordinamento francese, nell'ambito del quale veniva a formarsi il c.d. "diritto amministrativo speciale", l'ordinamento italiano - tramite le pronunzie giurisprudenziali dell'epoca - poneva il diritto privato alla base dell'attività delle Pubbliche Amministrazioni. Nel primo ventennio dello Stato unificato il diritto comune contrattuale governava i principali rapporti amministrativi che giungevano dinanzi alle Corti.

La struttura di siffatti rapporti era prevalentemente impostata su canoni privatistici; ne conseguiva la quasi integrale applicabilità dei principi civilistici sulle obbligazioni e sui contratti. Gli elementi pubblicistici, che raramente interagivano, non alteravano la sostanza naturale privatistica del rapporto.

La ratio di tale regolamentazione giuridica risiedeva nella particolare situazione economica in cui versava l'Italia all'epoca.

Affinchè i privati fossero indotti a cooperare con i pubblici poteri nella creazione di importanti opere, vista l'effettiva inidoneità degli apparati esecutivi del settore pubblico, occorreva fornire loro sufficienti garanzie di stabilità nei rapporti, oltre a mezzi di tutela efficienti e tempestivi che solo il giudice ordinario poteva garantire.

Con la nascita di una teoria del diritto amministrativo, ove l'interesse pubblico assunse una posizione dominante, cambiò anche la concezione normativa del rapporto collaborativo tra la P.A. e il privato.

Nell'ambito delle nuove relazioni intersoggettive, la posizione della P.A. concedente diventò dominante rispetto a quella del concessionario, dipendendo la nascita ed anche le vicende successive del rapporto quasi esclusivamente dall'esercizio del potere discrezionale facente capo all'Amministrazione stessa.

Seguendo tale impostazione, il rapporto di concessione nasceva esclusivamente per effetto di un provvedimento unilaterale, per cui la dichiarazione del privato degradava a presupposto o condizione di efficacia e, in alcuni casi, anche a mera dichiarazione di sottomissione.

Mutando la natura giuridica della concessione, si modificò anche la disciplina giuridica dell'atto e del rapporto, la cui ragion d'essere era dipendente dalla realizzazione costante dell'interesse pubblico; all'uopo fu prevista, infatti, la possibilità di revoca e modifica senza indennizzo del provvedimento concessorio e le posizioni tutelabili riconosciute al privato furono identificate come di interesse legittimo, con conseguente spostamento della giurisdizione.

La necessità di un equilibrato esercizio della pubblica funzione indusse a inquadrare i poteri di modificazione ed estinzione dei rapporti concessori in rigidi schemi procedimentali.⁵

1.2. La natura giuridica della concessione: le soluzioni fornite dalla dottrina e dalla giurisprudenza

⁵ Cfr. R. GALLI, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1996.

In passato, si è discusso molto sulla natura giuridica della concessione, giungendo a risultati non sempre univoci, in ragione della maggiore rilevanza attribuita, di volta in volta, all'aspetto privatistico o pubblicistico dell'istituto.

L'impostazione è mutata coerentemente con l'evolversi della società e dei rapporti intercorrenti tra lo Stato e i privati.

Le principali teorie hanno definito la concessione in termini di contratto, provvedimento o provvedimento-contratto (v. infra).

La dottrina inquadrò inizialmente l'istituto nel contratto.⁶

La concessione nacque, difatti, nella prassi delle Pubbliche Amministrazioni centrali e locali, come un vero e proprio negozio giuridico tra le parti (ovvero l'Amministrazione emanante l'atto amministrativo iniziale e il privato destinato ad assumere gli obblighi derivanti da quest'ultimo) in grado di prevederne e regolarne i reciproci adempimenti;⁷ la concessione era, pertanto, il contratto stesso, e solo quest'ultimo era in grado di conferire efficacia all'atto amministrativo da cui dipendeva e che lo precedeva temporalmente.

La costruzione privatistica era considerata perfettamente compatibile sia con la natura demaniale del bene oggetto di concessione, sia con la natura pubblicistica dell'attività dedotta in contratto; ciò, in quanto il nuovo Stato unitario da un lato intendeva offrire adeguata tutela agli interessi economici dei rappresentanti pubblici, d'altro lato - a mezzo della disciplina privatistica paritaria -, si proponeva di garantire la necessaria certezza, stabilità ed equilibrio economico a quegli interlocutori che, tramite le concessioni, assicuravano lo svolgimento di attività indispensabili per lo sviluppo economico che i pubblici poteri erano impotenti a gestire direttamente.

Durante gli ultimi decenni dell'Ottocento, però, mutarono radicalmente le qualificazioni giuridiche dei rapporti tra le Amministrazioni e i loro interlocutori. Dalla costruzione privatistica si passò a un'impostazione pubblicistica, funzionale alla creazione di un diritto amministrativo soggetto a regole diverse rispetto a quelle proprie del diritto comune.⁸

⁶ La struttura contrattuale comportava, evidentemente, l'applicabilità alle concessioni amministrative delle norme e dei principi civilistici in materia di obbligazioni e contratti, oltre alla conseguente devoluzione di esse alla giurisdizione del giudice ordinario.

⁷ La concessione, pertanto, già in quei tempi, non era considerata come un provvedimento unilaterale e non era adottata a seguito di una manifestazione d'imperio della P.A., ma nasceva effettivamente solo a seguito della stipula del contratto approvato dal concedente.

⁸ Il mutamento, seppur graduale, apriva la strada a nuove tendenze verso la "pubblicizzazione", che investivano pressoché tutti i settori dell'agire amministrativo, penetrando altresì nell'opera della dottrina e della giurisprudenza. La via è stata aperta dagli scritti di Mantellini, cui fece seguito tutta la grande scuola classica italiana, da Vittorio Emanuele Orlando a Oreste Ranalletti, da Federico

L'abbandono, da parte della dottrina, delle vocazioni paritarie, seguito dall'idea di costruire un diritto "speciale delle amministrazioni", che fosse imperniato sull'atto amministrativo unilaterale e imperativo, trovò il suo principale fondamento nell'ideologia del rafforzamento amministrativo dello Stato appena unificato politicamente, che si sosteneva avesse bisogno di strumenti di azione autoritativi per far valere appieno la sua sovranità.⁹

Le concessioni amministrative seguivano gli andamenti generali; l'elaborazione teorica più completa è ascrivibile al RANELLETTI,¹⁰ al quale si deve il merito di aver proceduto ad una prima ricostruzione sistematica della materia,¹¹ poiché l'eterogeneità dei rapporti e delle prassi utilizzate in epoca risalente rendeva problematica una vera e propria classificazione dell'istituto.

L'atto di concessione è configurato quale provvedimento amministrativo, posto in vista di interessi pubblici da un soggetto che opera come autorità.

Da ciò derivavano, evidentemente, conseguenze interpretative che ribaltavano le implicazioni pratiche discese dalle pregresse tesi contrattual-privatistiche.

Mentre, infatti, queste ultime qualificavano la concessione come contratto costitutivo di diritti soggettivi pieni in capo al concessionario, devoluto alla cognizione del giudice ordinario, al contrario la tesi unilateralistica del RANELLETTI era incentrata sul fatto che il provvedimento unilaterale di concessione fosse un atto eminentemente discrezionale, dal quale derivavano in capo al

Cammeo a Santi Romano, i quali sostenevano l'idea della formazione di un diritto pubblico-amministrativo.

⁹ Fu sempre la dottrina a dare rilievo al provvedimento amministrativo vero e proprio, adottato a seguito della conclusione del contratto e lo fece applicando la teoria della fattispecie a *formazione progressiva*. La concessione diveniva, pertanto, l'anello finale di un procedimento capace di formare progressivamente la volontà dell'Amministrazione a seguito degli accordi con il concessionario.

¹⁰ Cfr. O. RANELLETTI, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, pt. I, *Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Giur. it.*, XLVI, 1984, IV; Id., *Capacità e volontà nelle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Riv. it. sc. giur.*, XVII, 1984, 3; Id., *Facoltà create dalle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Riv. it. sc. giur.*, XIX, 1985. L'Autore riteneva che ogni concessione "che porti con sé degli obblighi pel concessionario" presentasse al contempo due atti amministrativi.

¹¹ La concessione amministrativa, invero, costituendo strumento di rilievo per la gestione della *res publica*, non rimase indifferente neanche all'evoluzione normativa (che passò, come detto, dalla previsione di strumenti privatistici alla creazione di figure pubblicistiche), poiché influenzata, da un lato, dalle esigenze di autorità, dall'altro, dalla necessità di costruire un ordinamento giuridico indipendente e permanente, nonché in grado di soddisfare appieno le esigenze della collettività. Pur tuttavia, nonostante numerose fossero le teorie che in passato si sono succedute, le distinzioni tra loro non furono mai realmente nette.

privato "facoltà compenstrate con l'interesse pubblico", devoluto, quindi, alla cognizione del giudice amministrativo.

L'Autore negò, in tal modo, la possibilità di intendere le concessioni come negozi, ritenendole, al contrario, "atti amministrativi ad effetti bilaterali", ovvero atti di imperio che trovavano la propria causa "negli scopi di interesse generale che l'ente concedente deve raggiungere."¹²

Gli effetti pratici delle costruzioni pubblicistiche, recepite anche dalla giurisprudenza, non erano però favorevoli agli interessi dei concessionari. Esse, peraltro, si ponevano in contrasto con la nuova realtà economica dei primi del Novecento. L'epoca giolittiana, in particolare, introdusse un regime paritario, più che di subordinazione, tra le Amministrazioni (in particolare quelle municipali) e i concessionari, dedicando a questi ultimi un'attenzione particolare.

La successiva dottrina cercò un nuovo punto di equilibrio, rinvenendo a favore del concessionario, nel rapporto instaurato con la P.A., non solo l'insorgere di interessi legittimi,¹³ ma di "diritti soggettivi di natura pubblica".¹⁴

Si richiama, al riguardo, la tesi del FORTI,¹⁵ il quale fece un passo in avanti utilizzando l'espressione "concessione di servizi" ed attribuendo a quest'ultima uno specifico significato nonostante l'istituto esistesse e fosse conosciuto e utilizzato già dai tempi remoti. L'Autore analizzò, in particolare, la concessione in funzione dell'esercizio di un pubblico servizio, determinando, in tal modo, il punto di svolta della propria ricerca.¹⁶

L'abbandono delle qualificazioni pubblicistiche delle concessioni amministrative, del tutto incompatibili con la nuova realtà economico-sociale, prendeva corpo anche nella giurisprudenza di legittimità.

¹² Cfr. O. RANELLETTI, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Giur. It.*, 1984.

¹³ Come teorizzato nei propri scritti dal RANELLETTI.

¹⁴ Cfr. M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, in *Enc. Giur. Treccani*, 1988.

¹⁵ Cfr. U. FORTI, *Natura giuridica delle concessioni amministrative*, in *Giur. It.*, 1900.

¹⁶ Nei suoi studi sulla natura giuridica della concessione amministrativa, l'Autore rapportò l'istituto, per la prima volta, al capitolato d'appalto di servizi (termine utilizzato in questo caso in modo promiscuo, non esistendo ancora la distinzione tra concessione e appalto), ovvero al contratto che veniva concluso tra l'Amministrazione e il concessionario, accertando che i diritti e doveri delle parti erano oggetto di vere e proprie trattative e tra gli obblighi pattuiti ne esisteva sempre uno, in capo al privato, che non mancava mai (un obbligo di fare), che si concretizzava proprio nel pubblico servizio oggetto del rapporto. Ciò lo portò a ritenere che, in ogni tipo di concessione amministrativa, potesse rinvenirsi "un fondo contrattuale".

Difatti, al chiudersi del primo decennio del Novecento, la Corte di Cassazione,¹⁷ stabilendo un principio generale destinato a divenire un riferimento nella successiva evoluzione giuridica dell'istituto, identificò la concessione come la contestuale presenza di: "due negozi giuridici distinti che si congiungono: il primo si attua e si realizza nell'altro, ma può anche essere accompagnato dalla stipulazione di un contratto. All'accettazione del concessionario, che rappresenta rispetto all'atto amministrativo il verificarsi della condizione per la quale esso consegue il suo effetto, si unisce il consenso delle due parti sopra un regolamento convenzionale della concessione per suo modo di attuarsi e svolgersi".

Viene confermato, pertanto (anche se la tesi proposta dalla Cassazione non ha smentito appieno le tesi pubblicistiche che continuavano a ritenere la concessione un atto di disposizione o atto "volitivo sovrano di un'autorità")¹⁸ il revirement in ordine alla struttura e alla natura della concessione amministrativa, che era sì un provvedimento amministrativo, al quale - tuttavia - accedeva un contratto di diritto privato. Tale nuovissima figura è stata denominata "concessione-contratto" e si è poi estesa ai beni pubblici, ai servizi e alle opere pubbliche (v. infra).

La costruzione giurisprudenziale sopra descritta, nata in età giolittiana, si è poi stabilizzata nei periodi successivi fino a diventare, in tempi attuali, una figura generale, potenzialmente applicabile a tutti i rapporti concessori.

Rispetto agli esordi, tuttavia, si è assistito a un mutamento sotto un duplice profilo; in primo luogo, è evidente una separazione progressiva del contratto dal provvedimento, con un graduale accrescersi del ruolo del contratto e con sempre più larga penetrazione del diritto comune nei rapporti concessori; in

¹⁷ Cfr., sul punto, Corte di Cassazione Roma, 12 gennaio 1910, in *Riv. dir. comm.*, 1910, secondo cui, inoltre "questo regolamento giuridico può essere costituito dal complesso delle modalità e delle condizioni dettate dalla pubblica amministrazione, indipendentemente da ogni vincolo convenzionale, ma può, senza ostacolo legale, formare oggetto di una stipulazione o di un complesso di patti, in cui l'ente pubblico assume la figura di contraente. In questa seconda ipotesi, certamente, possono aver luogo vere e proprie valutazioni contrattuali e azioni ex contractu per ripararle. Ma anche nella prima ipotesi, sia pure che non si tratti di vincolo contrattuale nella sua essenza operatosi per l'accettazione da parte della volontà individuale del concessionario, sorgono obbligazioni e responsabilità, diritti e doveri giuridici, le cui violazioni possono dar luogo ad azioni giudiziali".

¹⁸ Autorevole dottrina argomentò, al riguardo, che "nel primo momento è un atto, un movimento di potestà sovrana, ch'è la manifestazione di una sovrana volontà; nel secondo momento la volontà dell'amministrazione funziona come volontà di un contraente e, incontrandosi con quella del concessionario, dà esistenza ad un vero contratto. Non è a confondersi questo regolamento contrattuale con la semplice accettazione: questa può non costituire un contratto, ma un avvenimento indispensabile per l'attuazione della concessione" (cfr. G.F. *Concessioni sul demanio marittimo per uso industriale e competenza dell'autorità giudiziaria*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1910).

secondo luogo, si assiste ad una modificazione delle giurisdizioni a seguito dell'istituzione, da parte della Legge 6 dicembre 1971, n. 1034, della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.¹⁹

1.3. La funzione concessoria nell'ordinamento amministrativo

Al fine di comprendere appieno l'istituto della concessione, occorre svilupparne l'analisi all'interno dell'attuale tessuto ordinamentale amministrativo, evidenziando, preliminarmente, lo stretto rapporto che lega oggi la concessione con l'atto, il provvedimento e l'agire negoziale della Pubblica Amministrazione.

- l'atto e il provvedimento amministrativo

Per l'emanazione di un provvedimento concessorio occorrerà un'attività concretantesi in momenti del procedimento amministrativo finalizzati all'emanazione del provvedimento finale; i vari atti procedurali non sono, peraltro, dotati, di norma, né di esecutorietà, né di autoritarietà, come, invece, il provvedimento medesimo.²⁰

Gli atti sono poi quelli posti in essere da un'autorità amministrativa nell'esercizio di una funzione amministrativa; sono espressione di un potere amministrativo, produttivo di effetti indipendentemente dalla volontà dei soggetti cui sono rivolti. Essi si distinguono, in tal modo, dagli accordi, dalle convenzioni e dai contratti che la stessa P.A. conclude non in posizione di autorità, ma in posizione di sostanziale parità nei confronti dell'amministrato. Ai fini del suo inquadramento, "l'atto stesso va interpretato non solo in base al tenore letterale, ma soprattutto risalendo all'effettiva volontà dell'Amministrazione ed al potere concretamente esercitato".²¹

L'atto amministrativo si presenta, quindi, come una categoria generale (comprendente, infatti, una serie di atti, pareri, valutazioni tecniche, atti di conoscenza, manifestazioni di giudizio, proposte, intimazioni, diffide etc.), assolvendo, per lo più, ad una

¹⁹ Cfr. M. S. GIANNINI, *Lezione di diritto amministrativo*, Milano, 1950. Cfr., inoltre, G. RIZZO, *La concessione di servizi*, Torino, 2012.

²⁰ Secondo il CERULLI IRELLI, "la nozione originaria di atto amministrativo nasce in giurisprudenza come atto unilaterale d'autorità, imperativo, esecutorio, adottato da un organo amministrativo" (cfr. *Principii del diritto amministrativo*, Vol. I, 2005).

²¹ Cfr. C.d.S. Sez. III, sent. n. 5877/2014. Secondo il giudice amministrativo, pertanto, "occorre prescindere dal *nomen iuris* adottato dall'Amministrazione ai fini dell'inquadramento degli stessi all'interno delle tradizionali categorie dell'annullamento, che opera per vizi di legittimità, con effetto *ex tunc*, e della revoca, in presenza di vizi di merito, che opera *ex nunc*".

funzione strumentale, accessoria e secondaria, poiché destinato a svolgere i propri effetti in ambito endoprocedimentale, con funzione servente nei confronti del provvedimento. Pertanto, salvo che non svolga effetti prodromici, l'atto non è, in linea di massima, suscettibile di autonoma impugnazione.

Il provvedimento offre, rispetto alle caratteristiche proprie dell'atto amministrativo, un carattere dinamico e propulsivo, poiché capace di creare una nuova realtà nell'ordinamento.²²

Ancora oggi non ne esiste una definizione univoca; il GIANNINI, ad esempio, lo identificava come "l'atto con cui l'autorità amministrativa dispone in un caso concreto in ordine all'interesse pubblico affidato alla sua tutela, esercitando una potestà amministrativa ed incidendo sulle situazioni giuridiche soggettive di privati".²³

Tale definizione, ancora attuale, evidenzia come il provvedimento costituisca effettivamente l'estrinsecazione dell'autorità amministrativa, divenendo, pertanto, "costitutivo del rapporto autorità-libertà relativamente al quale, il procedimento svolge una funzione di composizione di interessi".²⁴

Attraverso l'emissione del provvedimento, la Pubblica Amministrazione ordina, decide e trasforma unilateralmente situazioni giuridiche private. Questa funzione, che, da un lato, costituisce la massima espressione dell'autorità e la sintesi del potere pubblico, rappresenta, al contempo, strumento di garanzia anche per i privati.

Nel provvedimento amministrativo il vincolo finalistico è stretto tra il rispetto dell'indirizzo politico espresso dalla legge e perseguito dalla Pubblica Amministrazione e la garanzia degli interessi coinvolti.²⁵ Tale prospettiva ha reso lo svolgimento del

22 Al fine dell'individuazione del provvedimento nell'ambito degli atti amministrativi, la dottrina ricorre all'utilizzo dei seguenti criteri: il primo, di carattere *logico sistematico*, individua il provvedimento nell'atto finale del procedimento, ossia nella decisione che regola l'assetto di interessi coinvolti dall'esercizio del potere; il secondo, concernente la sua *efficacia*, descrive la caratteristica del provvedimento concentrandosi sulla produzione degli effetti esterni nei confronti dei privati, effetti che questi ultimi possono impugnare qualora ritengano il provvedimento illegittimo. Tale impostazione consente di distinguere tra i meri atti amministrativi (normalmente interni al procedimento e sforniti di capacità lesiva diretta, come tali non impugnabili) e i provvedimenti amministrativi.

²³ Cfr. M. S. GIANNINI, *Enciclopedia del diritto*, Vol. IV, Milano, 1959.

²⁴ Cfr. M. MIRABELLA, A. ALTIERI, P. M. ZERMAN, *Manuale di diritto amministrativo*, op. cit..

²⁵ In merito alle diverse tipologie di provvedimento, si suole distinguere tra: *provvedimenti ampliativi e restrittivi*, a seconda che la modificazione prodotta nella sfera giuridica dell'amministrato sia, rispettivamente, di segno positivo o negativo; *provvedimenti regolativi e gestionali*, i primi deputati a regolare una serie di fattispecie (come i regolamenti), i secondi diretti a dare rilievo giuridico esterno ad attività che di per sé non dovrebbero rivestire la forma pubblicistica, trattandosi di atti non autoritativi (occorre per essi una specifica disposizione di legge che li assoggetti alle regole del diritto pubblico).

procedimento amministrativo più simile a un processo giurisdizionale, al fine di garantire gli interessi dei privati in misura non inferiore rispetto a quelli vantati dai medesimi in sede di contenzioso.²⁶

1.4 La concessione tra provvedimento e contratto

Sebbene vi sia parte della dottrina che ritiene la concessione un atto autoritativo unilaterale che determina l'insorgere di interessi legittimi,²⁷ oggi, anche a seguito degli orientamenti dell'Unione Europea, si è consolidata la tesi della c.d. concessione contratto, secondo la quale la concessione si compone di due atti: il provvedimento unilaterale ed una convenzione accessoria di carattere bilaterale,²⁸ di natura privatistica o contrattuale, a completamento del provvedimento amministrativo, regolativa dei diritti tra le parti.²⁹ Ne deriverebbe tra il privato e la Pubblica Amministrazione l'insorgere di un rapporto complesso in cui vi è la compresenza di componenti pubblicistiche e privatistiche, tra loro strettamente interconnesse.

Alla luce di quanto detto, si comprende come provvedimento e concessione viaggino su due binari paralleli, ma distanti; il provvedimento, difatti, è caratterizzato dal suo carattere autoritativo che comporta l'impossibilità, per il privato, di mediare il contenuto del provvedimento stesso che, una volta emesso, potrà solo essere impugnato.

²⁶ Cfr. A. M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1964.

²⁷ Cfr. A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1956. La dottrina tradizionale ritiene che possano trasferirsi anche i poteri, ma è stato osservato, a ragione (E. CASSETTA) che: "non è trasmissibile o suscettibile di essere costituito mediante atto il potere, sicché non è corretto affermare che l'amministrazione trasferisce un potere al privato: il soggetto pubblico può soltanto consentirne l'esercizio al concessionario. Quando un potere di rilevanza pubblicistica sia direttamente attribuito dalla legge ad un privato si è al di fuori della fattispecie concessoria" e, al riguardo, l'Autore fa l'esempio del conferimento di poteri certificativi attribuiti al notaio, per i quali ricorre l'istituto della sostituzione. Cfr., inoltre, F. BASSI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 2008, il quale specifica che: "la titolarità del diritto soggettivo o del potere non viene traslata al concessionario, cui viene esclusivamente conferita la facoltà di esercitarlo".

²⁸ La concessione si presenta, pertanto, come un atto complesso nel quale la volontà della P.A. si incontra e si accorda con la volontà e l'interesse del privato.

²⁹ Il soggetto destinatario, di norma, dovrebbe essere un privato; diversamente, si configurerebbe l'istituto della delegazione amministrativa intersoggettiva. Ciò non sempre corrisponde alla realtà fattuale; occorre, infatti, ricordare la legge n. 1137/1929 che disciplinava la concessione ed esercizio ad imprese nel settore autostradale, recante, all'art. 1, la seguente previsione: "Possono essere concessi in esecuzione a Province, Comuni, Consorzi privati, opere pubbliche di qualunque natura, anche indipendentemente dall'esercizio delle opere stesse", prevedendosi, quindi, una concessione anche in favore dell'ente pubblico.

Se, con la concessione, il privato assume la medesima posizione dell'Amministrazione (nel senso che egli potrà esercitare sul bene i medesimi poteri che alla stessa spettavano prima del provvedimento amministrativo), è vero, altresì, che non si realizza mai una simmetria del tutto perfetta. E, invero, sebbene la concessione rappresenti un mezzo di produzione di ricchezza privata, spetta sempre all'Amministrazione il compito di controllo sulla corretta gestione di un bene che per sua natura è destinato a finalità di pubblico interesse.

Ne deriva che i poteri attribuiti al privato, in quanto riflesso di quelli amministrativi, soggiacciono al limite generale funzionale della tutela dell'interesse pubblico cui il bene è destinato.

Tale inquadramento ha dei riflessi immediati sul piano della tutela azionabile dal privato-concessionario nei confronti dei terzi: egli, infatti, può esercitare i poteri di tutela riconosciuti dal diritto civile (azioni possessorie e petitorie), mentre gli è precluso l'accesso ai tradizionali strumenti di autotutela pubblicistica, in quanto implicanti l'esercizio di una funzione pubblica riservata alla sola competenza dell'Amministrazione. Il concessionario, peraltro, può adottare atti di aggiudicazione di contratti di appalto per lavori e, quindi, si può affermare che lo stesso esercita, talvolta, poteri amministrativi, non solo nella fattispecie indicata ma anche in altre individuate dalla giurisprudenza.

La concessione è figura di ordine generale, riferibile a funzioni, servizi, beni, opere pubbliche.³⁰

La ratio di fondo dell'istituto risiede nell'obiettivo di far assolvere compiti di pubblico interesse a soggetti forniti di capacità di organizzazione superiori a quelli di cui dispone la P.A.. Tra i soggetti aspiranti, l'individuazione del soggetto più idoneo viene effettuata attraverso il ricorso alla procedura di gara ad evidenza pubblica.³¹

A monte della concessione vi è sempre un raffronto, da parte dell'Amministrazione, tra l'utilità pubblica della cura diretta della res, o dello svolgimento di una data attività, e l'opportunità e convenienza dell'eventuale affidamento al privato; solo se prevalga la seconda situazione, la concessione viene rilasciata.³²

³⁰ Cfr. M. D'ALBERTI, *Concessioni amministrative*, in *Enc. giur.*, VII, Roma, 1988.

³¹ La concessione è soggetta, in particolare, ai principi propri del procedimento amministrativo, tra cui, in particolare: il silenzio assenso, nei casi previsti dalla legge, ai sensi dell'art. 20 della citata Legge n. 241/90 sul procedimento amministrativo, trattandosi di procedimenti attivati a domanda dell'interessato; l'ascrivibilità delle concessioni alla categoria degli accordi, come punto di mediazione tra gli aspetti pubblicistici e privatistici dell'istituto; la pubblicità e la trasparenza delle procedure.

³² Cfr. in tema di affidamento di concessioni, il Codice dei contratti pubblici (D.Lgs. n. 50/2016 e s.m.i.). In particolare, ai sensi dell'art. 30, D.Lgs. n. 50/2016, l'affidamento e l'esecuzione di appalti

Due sono le fattispecie concessorie previste dall'ordinamento: una traslativa e una costitutiva di situazioni giuridiche soggettive, ampliative della sfera giuridica soggettiva altrui; nel primo caso, la facoltà di esercizio di poteri o diritti appartenenti alla sfera giuridica dell'Amministrazione concedente è trasferita al concessionario (ad esempio, la concessione di servizi pubblici, di fornitura di acqua e gas, di trasporto pubblico, di beni demaniali, etc.) e comporta, talvolta, limitazioni nell'esercizio degli stessi da parte della P.A. concedente (ad esempio, in materia di concessione di servizi o di concessione di costruzione e gestione di autostrade); nel secondo, la concessione attribuisce ex novo al destinatario la facoltà di esercizio di poteri, diritti o status, dei quali la P.A. concedente non era in origine titolare ed aventi fonte nell'atto concessorio (ne sono esempio la concessione della cittadinanza, di un pubblico riconoscimento onorifico, di personalità giuridica).

La differenziazione attiene alle posizioni giuridiche soggettive attive che, con la concessione, vengono conferite al concessionario. I limiti e l'ambito del loro esercizio sono stabiliti, infatti, per quanto concerne le concessioni costitutive, nell'atto concessorio, mentre per le concessioni traslative, si ha riguardo alle modalità di esercizio dei poteri da parte della P.A. anteriormente al trasferimento.

La distinzione ha importanza, altresì, ai sensi della richiamata legge sul procedimento amministrativo (L. n. 241/90); in particolare, nelle disposizioni di cui all'art. 19,³³ si prevede la segnalazione certificata d'inizio attività in presenza di concessioni

di opere, lavori, servizi, forniture e concessioni, deve garantire la qualità delle prestazioni e svolgersi nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza. Nell'affidamento degli appalti e delle concessioni, le stazioni appaltanti rispettano, altresì, i principi di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché di pubblicità con le modalità indicate nel medesimo Codice dei contratti.

Il principio di economicità può essere subordinato, nei limiti in cui è espressamente consentito dalle norme vigenti e dal Codice, ai criteri, previsti nel bando, ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute, dell'ambiente, del patrimonio culturale e alla promozione dello sviluppo sostenibile, anche dal punto di vista energetico.

Le stazioni appaltanti non possono limitare in alcun modo artificialmente la concorrenza allo scopo di favorire o svantaggiare indebitamente taluni operatori economici o, nelle procedure di aggiudicazione delle concessioni, compresa la stima del valore, taluni lavori, forniture o servizi.

³³ Le quali contemplano che, per il rilascio della concessione, non sia previsto alcun limite o contingente complessivo o specifici strumenti di programmazione settoriale, con la sola esclusione degli atti rilasciati dalle amministrazioni preposte alla difesa nazionale, alla pubblica sicurezza, all'immigrazione, all'amministrazione della giustizia, all'amministrazione delle finanze, ivi compresi gli atti concernenti le reti di acquisizioni del gettito, anche derivante dal gioco, alla tutela della salute e della pubblica incolumità, del patrimonio culturale e paesaggistico e dell'ambiente, nonché degli atti imposti dalla normativa comunitaria, secondo quanto prescritto dal medesimo art. 19, L. n. 241/90.

non costitutive, nonché per le autorizzazioni, le licenze, i permessi o i nulla osta comunque denominati, ivi comprese le istanze per le iscrizioni in albi o ruoli per l'esercizio di attività imprenditoriali, commerciali o artigianali, il cui rilascio dipenda esclusivamente dall'accertamento dei requisiti e presupposti di legge o di atti amministrativi a contenuto generale.

L'Unione Europea, ad oggi, ritiene che la concessione sia uno degli strumenti più importanti di cooperazione tra pubblico e privato.

Tra le caratteristiche del rapporto concessorio vi sono: la creazione ex novo di situazioni giuridiche; l'interesse pretensivo del richiedente; il controllo del concedente.

- la creazione ex novo di situazioni giuridiche

Con la concessione, come detto, va sempre ad ampliarsi la sfera giuridica del richiedente - concessionario, che diventa titolare di un nuovo potere, avente fonte unicamente nell'atto concessorio.

Tale situazione giuridica può non far parte del patrimonio giuridico della P.A. concedente (c.d. concessione costitutiva) o, facendone parte, essere conferita al concessionario per mezzo dell'atto amministrativo (c.d. concessione traslativa). Scopo della concessione traslativa, in particolare, è quello di legittimare il concessionario all'uso di poteri sostanzialmente amministrativi (munus) e la capacità di adottare atti amministrativi materiali.³⁴

- l'interesse pretensivo del richiedente

L'interesse legittimo fatto valere con la domanda del richiedente si configura come potere di sollecitazione della Pubblica Amministrazione finalizzato alla formazione di una situazione soggettiva (interesse pretensivo). Tale interesse deve misurarsi con la dimostrazione che la richiesta, corredata di tutti i requisiti di legge, rappresenta la soluzione ottimale per la P.A. Il richiedente deve presentare requisiti e qualità che corrispondano alla finalità di pubblico interesse cui è preordinato il provvedimento e la richiesta deve, infatti, rappresentare la soluzione migliore per la Pubblica Amministrazione.

- i controlli sull'attività del concessionario

Quando oggetto di concessione sono beni pubblici o attività di interesse pubblico, la Pubblica Amministrazione non può disinteressarsi della situazione giuridica costituita ex novo. Queste

³⁴ Cfr. Cass. SS. UU., n. 12221/1990, n. 3359/1992, n. 11264/1992.

ipotesi riguardano, infatti, interessi pubblici di cui la P.A. mantiene integra l'attribuzione, nonostante la concessione.

In tali rapporti concessori, pertanto, l'Amministrazione esercita vigilanza non solo sul rispetto della disciplina generale che regola l'espletamento dell'attività, ma anche sulle modalità e sulle scelte operative del concessionario.

Allorché l'irregolarità del servizio sia da imputarsi a fatti colposi del concessionario si parla di potere sanzionatorio. Può parlarsi, al riguardo, anche di poteri sostitutivi e repressivi: si ricorre al potere sostitutivo per impedire l'interruzione di un'attività d'interesse pubblico (ad es. mancato svolgimento del pubblico servizio anche per cause indipendenti dalla volontà del concessionario); si fa uso, invece, del potere repressivo per sanzionare il cattivo uso, da parte del concessionario, delle situazioni conferitegli.

1.5 La concessione e il fondamento dell'agire negoziale della P.A.

Non si è mai dubitato che la Pubblica Amministrazione possa intrattenere, con i soggetti privati, rapporti negoziali di diritto comune, aventi come finalità e contenuto i principi disciplinati dall'art. 1321 c.c., secondo cui il contratto (*negotium contractum*) è l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere un rapporto giuridico patrimoniale".

La problematica di fondo che investe l'attività contrattuale dei soggetti pubblici interessa non tanto la capacità, la legittimazione o *spatium contrahendi*, quanto il modo di conciliare la loro supremazia (retaggio di una concezione centralista ed autoritativa dello Stato) derivante dal riconoscimento della preminenza della funzione amministrativa, volta alla tutela dell'interesse dell'intera collettività, con l'esigenza di riconoscere un generale principio di consensualità, che presuppone una situazione di sostanziale parità tra le parti contraenti.

Sempre più frequenti sono, infatti, i casi nei quali la Pubblica Amministrazione si spoglia della propria veste autoritativa per operare in condizioni di piena parità con i soggetti privati, e divenendo, così, parte di un rapporto giuridico regolato da modelli privatistici.³⁵

La differenza dell'agire amministrativo, posto in essere per il tramite di un atto provvedimentoale, rispetto a quello concluso

³⁵ Una parte della dottrina ha autorevolmente sostenuto che la Pubblica Amministrazione, anche nel momento in cui adotta moduli consensuali per perseguire un fine pubblico, non si spoglia in realtà mai della veste di autorità.

mediante la stipula di un contratto di diritto privato, non risiede, pertanto, nel tipo di interesse perseguito (rimane, infatti, l'interesse pubblico, quello posto alla base dell'azione amministrativa), ma poggia sul diverso atteggiarsi dell'Amministrazione, a volte, come interlocutore pubblico, altre volte, come parte contrattuale di diritto privato.

Quando la Pubblica Amministrazione utilizza i modelli negoziali piuttosto che quelli propri di diritto pubblico, si pone, come detto, su un piano di parità con l'altra parte.

Diversamente, con il provvedimento amministrativo, essa utilizza strumenti pubblicistici, agendo unilateralmente per il raggiungimento del fine pubblico, posto, dalla legge, alla base della propria azione.

Una sostanziale differenza caratterizza l'agire della P.A. per il tramite di un provvedimento amministrativo, dall'agire mediante moduli privatistici, finalizzati, questi ultimi, al raggiungimento del consenso tra le parti interessate: la verticalizzazione del rapporto tra la Pubblica Amministrazione e il privato nell'agire provvedimentale.³⁶

Un attento esame delle modifiche introdotte alla L. n. 241/1990 è di prioritaria importanza per riconoscere - all'interno del nuovo modello ordinamentale - il favor indiscusso che il legislatore nazionale ha riconosciuto all'attività negoziale della Pubblica Amministrazione, sancendo, in tal modo, una maggiore valorizzazione e portata al richiamato principio di consensualità dell'azione amministrativa. In particolare:

- la disposizione inserita dalla L. n. 15/2005, all'art. 1, comma 1-bis della L. n. 241/1990, stabilisce che la Pubblica Amministrazione, nell'adozione di "atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato", salvo laddove la legge non disponga diversamente;
- l'art. 11 della ripetuta L. n. 241/1990 prevede che la P.A. possa concludere "accordi con gli interessati, al fine di determinare il contenuto discrezionale del provvedimento" (si tratta dei c.d. accordi procedurali o anche "accordi sostitutivi" del provvedimento, ai quali si applicano "i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili").

Alla luce della predetta normativa, la dottrina ritiene esistere oggi la possibilità di utilizzare il contratto come strumento alternativo al provvedimento, nell'ambito di un nuovo spazio tecnico che andrebbe a ricomprendere la materia delle concessioni di beni e

³⁶ Cfr. M. CLARICH, *"Il provvedimento amministrativo: efficacia ed esecutorietà"*, in *La disciplina generale dell'azione amministrativa, Saggi ordinati in sistema*, a cura di V. CERULLI IRELLI, Napoli, 2006.

servizi pubblici,³⁷ delle ablazioni reali e i rapporti nei quali il soggetto è chiamato a fornire una prestazione di carattere lavorativo e imprenditoriale a favore dell'Amministrazione.

E' proprio in questi settori, infatti, che può porsi l'alternativa tra il provvedimento di concessione ed il contratto di affitto, di locazione o di appalto; tra il provvedimento di espropriazione ed il contratto di compravendita; tra il provvedimento di requisizione ed il contratto di affitto o di locazione; tra la costituzione coattiva di servitù e quella volontaria; tra il provvedimento di nomina a pubblico impiego e il contratto di lavoro, ecc..

Strumento negoziale è non solo il contratto, poichè l'art. 1, comma 1-bis della L. n. 241/1990 concede, adesso, un'ampia possibilità di fare ricorso anche ad "atti unilaterali a carattere negoziale", in alternativa all'emissione di provvedimenti amministrativi, propri del sistema normativo previgente.

A fronte dell'impostazione che ha inteso considerare le modifiche di cui alla L. n. 15/2005, come espressione di una scelta consensualistica dell'agire della Pubblica Amministrazione, si pone un diverso orientamento, più rispettoso della tradizionale impostazione nella sistematica del provvedimento amministrativo, che ha posto in dubbio le pretese aperture dell'art. 1, L. n. 241/1990: il provvedimento amministrativo, pur potendo, in alcune materie, essere sostitutivo di schemi di diritto privato, difficilmente può esserlo in altre, mediante accordi di tipo privatistico.

Tale assunto si fonda, evidentemente, sul principio che l'agire autoritativo costituisca, ancora oggi, il normale modo di procedere della Pubblica Amministrazione e, proprio per la sua funzione di tutela di superiori interessi pubblici, non possa così facilmente mutare le proprie caratteristiche.

Si ritiene, quindi, che la disposizione in precedenza richiamata, non voglia limitare l'agire secondo lo *ius imperii* della Pubblica Amministrazione, quanto, piuttosto, regolamentare quello non

³⁷ Il Codice dei contratti pubblici (art. 3) definisce, al riguardo:

- la «*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;

- «*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 II) del medesimo testo normativo, 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.

autoritario, che, "salvo che la legge disponga diversamente", si svolge ora secondo modelli privatistici.³⁸

1.6 La concessione tra atto amministrativo unilaterale e rapporto negoziale: la c.d. concessione-contratto

La figura della concessione-contratto, come anticipato, rappresenta oggi la qualificazione giuridica prevalente dei rapporti concessori.³⁹

Secondo autorevole dottrina⁴⁰ tale figura deve essere ricompresa all'interno di due distinti "momenti giuridici": un atto amministrativo e una convenzione privatistica. Ciò comporta la genesi di un'unica fattispecie a natura "mista", in quanto rappresentativa, al contempo, di aspetti sia pubblicistici, sia privatistici.

In relazione ai suoi profili dogmatici ed alle prassi seguite dalle Pubbliche Amministrazioni e dai concessionari, tale ricostruzione evidenzia differenti profili interpretativi, nonostante l'accezione ormai generalizzata dell'istituto.

Se lo strumento utilizzato dalla Pubblica Amministrazione all'atto dell'instaurazione del rapporto concessorio è sempre impostato secondo un modello contrattuale in ragione della presenza di una clausola concessoria contenuta, di regola, nel contratto sottoscritto dalle parti, la sua presenza non implica, altresì, l'automatica riconducibilità al modello della concessione-contratto. Secondo parte della dottrina, potrebbe ravvisarsi un atto amministrativo, presupposto d'esistenza del predetto contratto; secondo una differente impostazione, l'atto amministrativo sarebbe una forma di adesione ad una convenzione a regime pubblicistico. Ancora, in particolari casi emergenti dalla prassi, il contratto di concessione sarebbe invece affiancato da un provvedimento contenente una clausola concessoria per la sola regolazione di alcuni momenti del rapporto.⁴¹

Ciò porta a ritenere, pertanto, che, in presenza di fattispecie

³⁸ Cfr. M. MIRABELLA, A. ALTIERI, P. M. ZERMAN, *Manuale di diritto amministrativo*, op. cit..

³⁹ In particolare, per quanto concerne il rilascio delle concessioni demaniali marittime, si rinvia agli articoli 32 e segg. del Codice della navigazione e al regolamento esecutivo di cui al D.P.R. n. 328/1952, ma analoghe considerazioni possono essere espresse con riferimento alle concessioni di servizi radiotelevisivi, aeroportuali, etc.

⁴⁰ Cfr. R. GALLI, *Corso di diritto amministrativo*, op. cit..

⁴¹ In tali ipotesi, pertanto, il provvedimento può valere, come elemento formativo del contratto concessorio, come elemento di approvazione *ex post* del contratto di concessione o, come elemento integrativo del rapporto in essere ma in nessuno di questi casi si realizza la fattispecie della concessione-contratto, nonostante la presenza di accordi di tipo contrattuale.

complesse quali quelle che caratterizzano la compresenza di un contratto, di un provvedimento e di una clausola concessoria, i precetti regolativi del rapporto non diano luogo, necessariamente ed automaticamente, alla "concessione-contratto" nell'accezione delineata dalla giurisprudenza amministrativa, secondo la quale: "la concessione-contratto (...) ossia l'evenienza negoziale individuata nei termini della procedura ad evidenza pubblica, accede al procedimento autoritativo della P.A. per il godimento del bene demaniale. Ciò esclude, che tale strumento giuridico possa dar luogo ad un contratto sinallagmatico a prestazioni corrispettive perché i soggetti della vicenda svolgano la loro azione su piani diversificati ed indipendenti che non possono omogeneizzarsi, anzi l'obbligazione del privato è condizionata dalla sussistenza del provvedimento".⁴²

Tali precisazioni divengono importanti ai fini delle conseguenze e della disciplina giuridica a cui verrà assoggettata tale fattispecie (ad esempio, non potrà sorgere in capo alla P.A. alcuna culpa in contraendo, poiché, prima dell'avvenuta assegnazione a seguito di procedura ad evidenza pubblica, l'Amministrazione non avrà alcuna responsabilità).

Il ricorso al suddetto modello pattizio non priva, pertanto, l'Amministrazione di una qualche forma di autotutela, generalmente ricondotta nell'ambito della revoca in ragione del nesso teleologico con la migliore cura dell'interesse pubblico; tale potere è comunque vincolato dalla legge, principalmente sotto il profilo causale, onde evitare di vanificare il quid proprium dell'accordo, (tanto che, in dottrina, si è parlato anche di "autotutela legata").

Ad analoghe conclusioni è pervenuta la giurisprudenza, affermando che il "diritto condizionato" nascente da una concessione-contratto di beni demaniali può essere soppresso dall'Amministrazione mediante la revoca dell'atto di concessione, in caso di contrasto con il prevalente interesse pubblico.⁴³

In definitiva, il panorama dei modelli di cui può avvalersi l'Amministrazione è differenziato e solo talvolta può parlarsi di concessione-contratto.

Le concessioni amministrative, anche se a struttura integralmente contrattuale, si distinguono dai contratti privatistici, seppure con essi presentino non poche affinità. Ciò che caratterizza la concessione è, infatti, la gestione complessiva del concessionario,

⁴² Cfr. C.d.S., sent. n. 912/2007. Viene ritenuto, in sintesi, un istituto caratterizzato dalla compresenza di un provvedimento di concessione, in cui l'Amministrazione conserva il suo carattere di autorità e da una convenzione collegata al provvedimento.

⁴³ Cfr. Cass. SS.UU., sent. n. 11491/1993.

l'estensione delle sue facoltà decisorie, sostitutive di quelle dell'Amministrazione concedente, sulle quali si fonda l'ampia responsabilità del concessionario nei confronti dei terzi, oltre ai penetranti poteri di controllo dell'Amministrazione.

Ciononostante, le norme di diritto comune trovano larga applicazione nell'ambito dei rapporti concessori. Dagli anni Trenta del secolo scorso, infatti, la giurisprudenza ha sempre più esteso l'applicabilità delle norme privatistiche in materia di obbligazioni e contratti alle concessioni amministrative.

La giurisprudenza ha anche riconosciuto l'estensibilità ai rapporti concessori delle regole sull'interpretazione dei contratti, sulla loro invalidità, sull'estinzione delle obbligazioni reciproche per compensazione.

Più in generale, quando i rapporti concessori presentano una struttura pienamente contrattuale, in via integrativa dovrebbero trovare applicazione le norme civilistiche generali sulle obbligazioni e sui contratti; poiché, peraltro, essi determinano l'insorgenza di un vincolo sinallagmatico, devono ritenersi ad essi applicabili anche tutte le regole sull'equilibrio delle prestazioni.

Quando, invece, i rapporti concessori sono costituiti da un provvedimento e da un atto contrattuale, a questi ultimi si applicano le norme di diritto comune, che la giurisprudenza ha esteso anche alle figure di concessione-contratto.

1.7 Le figure affini

Non sempre agevole si presenta, in dottrina, lo studio di figure che si presentano affini al genus concessorio.

- le autorizzazioni

La concessione va distinta innanzitutto dall'autorizzazione. In particolare, mentre, la concessione conferisce la facoltà di esercizio di nuovi poteri o diritti,⁴⁴ l'autorizzazione è destinata a rimuovere un limite legale, ovvero un vincolo di carattere giuridico all'esercizio di un potere preesistente nella sfera giuridica del destinatario. Il diritto sorgerà, pertanto, solo se e quando

⁴⁴ A titolo esemplificativo, infatti, laddove in tutti i soggetti che si trovino nelle condizioni previste dalla legge sussiste il diritto, sia pure potenziale, all'apertura di un esercizio alberghiero o di un ristorante o di andare armati, per quanto concerne le concessioni non vi è alcun diritto di poter utilizzare, a titolo personale, un servizio di autolinee o una miniera, non essendovi in capo al soggetto alcun diritto a detto uso, in mancanza di concessione.

l'Amministrazione si determinerà in senso favorevole al richiedente.⁴⁵

Secondo una parte della dottrina e la prevalente giurisprudenza, la differenza tra le due fattispecie si incentra sull'efficacia costitutiva della concessione e su quella meramente permissiva dell'autorizzazione, laddove la più recente dottrina pone l'accento sul diverso profilo funzionale; nelle autorizzazioni viene essenzialmente in rilievo una funzione di programmazione e di controllo di atti e attività del privato; nelle concessioni, invece, assume rilievo dominante l'esigenza di dare incremento a beni e servizi riservati alla P.A., purché, quanto ai beni, ci sia compatibilità con la loro natura e con gli interessi pubblici che sono destinati a soddisfare e, quanto ai servizi, ciò avvenga con mezzi tecnici più adeguati per soddisfare appieno l'interesse collettivo.

Secondo dottrina più recente, il mondo delle autorizzazioni comprende realtà molto diverse tra loro e, pertanto, la loro funzione può coincidere con diverse esigenze, come quella di:

- verificare la sussistenza dei requisiti e dei presupposti per l'esercizio dell'attività;
- esercitare un potere conformativo dell'attività da assentire, attraverso la prescrizione delle modalità del suo esercizio;
- determinare la produzione di effetti ablatori, quando il procedimento ha come esito un diniego.

Il provvedimento autorizzatorio serve, in sostanza, a dare contezza alla Pubblica Amministrazione di ciò che il privato vuol fare, mentre il tipo di intervento, o meglio la sua intensità, varia in ragione delle diverse tipologie, come sopra classificate.⁴⁶

⁴⁵ Autorevole dottrina (A. SANDULLI, op. cit.) individua gli elementi distintivi di due tipologie di atti abilitativi, le *autorizzazioni* e le *licenze*: le autorizzazioni rientrano nella sfera d'azione istituzionalmente libera e, quindi, una posizione di preesistente diritto soggettivo, mentre la licenza consente l'attività sulla base di una valutazione discrezionale circa la rispondenza all'interesse pubblico che, nelle condizioni ambientali esistenti, una nuova attività di quel genere venga svolta o meno. Nelle licenze, quindi, la discrezionalità non investe la valutazione dei requisiti, come avviene nelle autorizzazioni, ma, addirittura, l'opportunità dell'esercizio dell'attività. Secondo altri Autori (E. CASSETTA, op.cit.), invece, la *"licenza, figura che oggi la legge tende a sostituire con l'autorizzazione, era definita come il provvedimento che permette lo svolgimento di un'attività previa valutazione della sua corrispondenza ad interessi pubblici, ovvero della sua convenienza in settori non rientranti nella signoria dell'Amministrazione (perché, in tal caso, si dovrebbe parlare di concessioni), ma sui quali essa sovrintende a fini di coordinamento (un esempio di licenza era quella commerciale, oggi l'ordinamento parla di autorizzazione)"*.

⁴⁶ Un'ulteriore differenziazione si è avuta riguardo le *autorizzazioni dichiarative e costitutive*: il rilascio delle prime è subordinato puramente e semplicemente all'accertamento dei presupposti di legge, e rende operativo, pertanto, un assetto di interessi interamente predeterminato a monte dalla norma attributiva del potere; le seconde, invece, sono idonee ad innovare all'assetto di interessi, previa disposizione dell'interesse pubblico.

- le ammissioni e le concessioni improprie

Altre figure che presentano affinità con le concessioni sono le ammissioni e le concessioni improprie.

Le ammissioni sono provvedimenti attraverso i quali la P.A. conferisce ad un soggetto un particolare status giuridico, fonte di un complesso di posizioni giuridiche favorevoli o sfavorevoli (es. conferimento della cittadinanza).

A parere di autorevole dottrina,⁴⁷ l'elemento di affinità si ravvisa nell'ampliamento della sfera giuridica del soggetto ammesso, anche se differenti sono, tuttavia, gli interessi pubblici sottesi ai due istituti: "nelle ammissioni l'acquisizione di posizioni soggettive è soltanto mediata e consequenziale all'effetto diretto dell'atto, il quale s'identifica, esclusivamente, nell'inserimento dell'interessato nell'organizzazione o istituzione relative".

Per concessione impropria deve invece intendersi quel provvedimento diretto a premiare il merito mediante il conferimento di denaro o altra utilità (ad es. titoli cavallereschi). La differenza fondamentale con le concessioni "poggia su una diversità strutturale e funzionale oltre che sulla diversa durata del beneficio che, al contrario dell'atto concessorio, in cui è istituzionalmente temporaneo, è configurato, di regola, come definitivo e irrevocabile".⁴⁸

- le sovvenzioni ex art. 12, L. n. 241/90

Si ritengono ricompresi, inoltre, nella figura della concessione, alcuni atti attraverso i quali la Pubblica Amministrazione eroga denaro pubblico, a titolo non corrispettivo, a vantaggio dei privati. La denominazione con la quale essi sono prevalentemente indicati nella prassi è quella di sovvenzioni, la cui collocazione nel novero dei provvedimenti concessori è stata confermata dalla previsione contenuta nell'art. 12, L. n. 241/90.⁴⁹

Occorre distinguere, inoltre, tra i casi in cui la legge pone un numero massimo di atti d'assenso da poter rilasciare (si pensi al caso dell'autorizzazione a svolgere talune attività commerciali) e quelli in cui il rilascio dell'atto accrescitivo è l'esito di un procedimento a risultato incerto (si pensi all'esame di abilitazione per la professione di avvocato).

⁴⁷ Cfr. R. GALLI, *Corso di diritto amministrativo*, op. cit.

⁴⁸ Cfr. R. GALLI, *Corso di diritto amministrativo*, op. cit.

⁴⁹ Stabilisce il comma 1 della citata normativa: "La concessione di sovvenzioni, contributi, sussidi ed ausili finanziari e l'attribuzione di vantaggi economici di qualunque genere a persone ed enti pubblici e privati sono subordinate alla predeterminazione da parte delle amministrazioni procedenti, nelle forme previste dai rispettivi ordinamenti, dei criteri e delle modalità cui le

Tale previsione normativa non elimina la discrezionalità amministrativa, stabilendo, semmai, una tecnica di razionalizzazione della stessa, mirante all'anticipata individuazione dei criteri che dovranno essere seguiti dalle Amministrazioni, attraverso la pubblicazione dei criteri stessi e delle modalità con le quali verranno erogati tali benefici.

*amministrazioni stesse devono attenersi". La ratio è di stabilire regole chiare e precise, al fine di rendere trasparenti i procedimenti attraverso i quali la Pubblica Amministrazione concede sovvenzioni, contributi, sussidi, ausili finanziari o attribuisce vantaggi economici di qualunque genere a persone, enti pubblici o privati. I vantaggi attribuiti possono essere qualificati come *diretti*, nel caso in cui l'Amministrazione metta a disposizione del privato, di un ente, o di altra Amministrazione, una somma di denaro, oppure *indiretti*, qualora, al posto di tale somma, venga attribuita un'esenzione fiscale o contributiva.*