



Dipartimento di Giurisprudenza

Cattedra di Diritto Privato 2

**“I profili civilistici del contratto di concessione:
revoca, recesso e risoluzione
tra diritto pubblico e privato”**

RELATORE

Chiar.mo Prof. Michele Tamponi

CANDIDATO

Iole Pia Di Ciommo

Matricola 130503

CORRELATORE

Chiar.mo Prof. Roberto Carleo

ANNO ACCADEMICO: 2018/2019

A Marisa, maestra di vita e per la vita.

*A Letizia, alla sua instancabile tenacia
e al suo Amore sconfinato.*

*A Luigi, perché la sua forza di volontà
sia un giorno anche la mia.*

Indice

INTRODUZIONE	1
I- LA CONTROVERSA NATURA GIURIDICA DELLA CONCESSIONE	7
1.1 LA TESI UNILATERALE DI ORESTE RANELLETTI	10
1.2 LA TESI BIFASICA ELABORATA DALLA CASSAZIONE: LA CONCESSIONE- CONTRATTO	18
1.3 IL CONTRATTO DI DIRITTO PUBBLICO	25
1.4 LA “CONVENZIONE ACCESSIVA AL PROVVEDIMENTO” COME CONTRATTO	38
1.6 LA TESI UNITARIA: DALLA CONCESSIONE-CONTRATTO AGLI ACCORDI ENDOPROCEDIMENTALI	53
1.6.1 (SEGUE) L’ART. 11 DELLA LEGGE 241/1990: LE POSIZIONI DELLA DOTTRINA SULLA NATURA DELL’ACCORDO	54
1.6.2 (SEGUE) L’ARTICOLO 1, COMMA 1BIS INTRODOTTO DALLA LEGGE 15/2005: LA CONSACRAZIONE DELLA TESI PRIVATISTICA	65
1.7 RIFLESSIONI CONCLUSIVE	71
II- LE CONSEGUENZE APPLICATIVE: LO SCIoglIMENTO DELLA CONCESSIONE TRA REVOCA, RECESSO E RISOLUZIONE	80
2.1 L’ATTO DI REVOCA	83
2.1.1 (SEGUE) I TRE PRESUPPOSTI DELLA REVOCA SECONDO L’ART. 21 <i>QUINQUIES</i> DELLA LEGGE 241/1990	90
2.1.2 (SEGUE) IL DECRETO BERSANI-BIS E IL NUOVO COMMA 1BIS DELL’ART. 21 QUINQUIES	93
2.2 LA DISTINZIONE TRA LA REVOCA ED ALTRI ISTITUTI: ANNULLAMENTO E DECADENZA	100
2.3 IL RECESSO	110
2.3.1 (SEGUE) IL RECESSO NEL DIRITTO CIVILE	111
2.3.2 (SEGUE) LA DISTINZIONE TRA REVOCA E RECESSO NEL DIRITTO PRIVATO	116

2.3.3 (SEGUE) IL RECESSO NEL DIRITTO AMMINISTRATIVO: L'ART. 21 <i>SEXIES</i> E L'ART. 11, QUARTO COMMA DELLA LEGGE 241/90	120
2.3.4 (SEGUE) IL RAPPORTO TRA REVOCA E RECESSO NEL DIRITTO PUBBLICO E LA SOLUZIONE OFFERTA DALL'ADUNANZA PLENARIA.	127
2.4 LA RISOLUZIONE	137
2.4.1 (SEGUE) LA RISOLUZIONE PER INADEMPIMENTO DELLA CONCESSIONE	138
2.4.2 (SEGUE) L'ECESSIVA ONEROSITÀ SOPRAVVENUTA DELLA PRESTAZIONE: PRESUPPOSIZIONE E CLAUSOLA <i>REBUS SIC STANTIBUS</i>	142
2.4.3 (SEGUE) L'IMPOSSIBILITÀ SOPRAVVENUTA DEL RAPPORTO CONCESSORIO	151
2.5 OSSERVAZIONI CONCLUSIVE: QUESTIONI E PROSPETTIVE IN TEMA DI SCIOGLIMENTO DELLA CONCESSIONE	155
<u>III- LA PROSPETTIVA EUROPEA: PROFILI PUBBLICISTICI E COMPARATISTICI DELLA CONCESSIONE</u>	<u>163</u>
3.1 LA COMUNICAZIONE INTERPRETATIVA DELLA COMMISSIONE	166
3.2 LA CONCESSIONE ALLA LUCE DEL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA: DALLA DIRETTIVA DEL 2004 AL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI DEL 2016	171
3.2.1 (SEGUE) UNO SGUARDO AL DIRITTO PUBBLICO: GLI ARTT. 108 E 109 DEL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI	178
3.2.2 (SEGUE) L'AMBIGUA FORMULAZIONE DELL'ART. 176 DEL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI	190
3.3 PROSPETTIVE COMPARATISTICHE: L'ESPERIENZA GIURIDICA DELLA FRANCIA	195
3.3.1 (SEGUE) IL CONTRATTO DI DIRITTO PUBBLICO NELL'ESPERIENZA TEDESCA	200
3.3.2 (SEGUE) LA DIVERSA SOLUZIONE ADOTTATA IN <i>COMMON LAW</i> : IL SISTEMA INGLESE	204
3.4 CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE E NECESSITÀ DI "ATTUALIZZAZIONE" DEL MODELLO ITALIANO	207
<u>IV- LA SINTESI TRA DISCIPLINA PRIVATISTICA E PUBBLICISTICA IN UN CASO PRATICO: IL CROLLO DEL PONTE MORANDI</u>	<u>211</u>
4.1 LA CONCESSIONE NEL SISTEMA AUTOSTRADALE ITALIANO	215

4.2 LA NATURA GIURIDICA DELLA CONVENZIONE UNICA ALLA LUCE DEL D.L. 262/2006	220
4.3 LO SCIoglIMENTO DEL RAPPORTO CONCESSORIO: LE SOPRAVVENIENZE E L'INCERTO CONFINE TRA AUTOTUTELA E RIMEDI NEGOZIALI PRIVATISTICI NELLA CONVENZIONE	226
4.3.1 (<i>SEGUE</i>) L'ARTICOLO 9 DELLA CONVENZIONE: LA DECADENZA DALLA CONCESSIONE	229
4.3.2 (<i>SEGUE</i>) L'ARTICOLO 9 BIS DELLA CONVENZIONE UNICA: RECESSO, REVOCA E RISOLUZIONE	236
4.4 L'ITER PROCEDIMENTALE SEGUITO DAL GOVERNO	246
4.5 IL DECRETO-GENOVA: UN'OPPORTUNITÀ MANCATA	252
CONCLUSIONI	257
BIBLIOGRAFIA	262

Introduzione

La concessione è una categoria normativa che viene considerata per sua natura eterogenea, potendo ricondursi alla fattispecie provvedimentale ovvero a quella contrattuale.

Si tratta di un istituto complesso che affonda le sue origini nelle differenti ricostruzioni dottrinali elaborate tra Ottocento e Novecento, nel tentativo di offrire una soddisfacente sistemazione dogmatica di questa figura, la quale non ha ricevuto degna attenzione da parte del legislatore. Allo stato, esigue sono le disposizioni normative dedicate alla concessione, sebbene essa rappresenti uno dei modelli prescelti per regolare numerosi settori dell'attività economica globale.

Il presente elaborato nasce dalla curiosità di indagare i profili civilistici del fenomeno concessorio: un fenomeno eterogeneo, dunque, che lascia spazio a considerazioni di ampia portata, di ordine economico, politico, sociale, oltre che giuridico.

Volendo però rivolgere lo sguardo esclusivamente al diritto, la questione è tutt'altro che semplice: innanzitutto va rilevato come si tratti di un tema che, per le complessità di cui è intriso, si colloca al confine tra il diritto amministrativo e il diritto civile, rendendo assai più ardua l'individuazione del regime in concreto applicabile.

All'idea tradizionale dell'Amministrazione che agisce *iure imperii* mediante poteri autoritativi ed atti unilaterali, fa seguito quella di un'Amministrazione che adopera altresì moduli consensuali, addivenendo a veri e propri accordi negoziali con il privato: l'azione amministrativa non è più regolata da un "diritto speciale", da una specialità "aperta e multiforme"¹, ma viene ricalibrata secondo i moduli di "diritto comune",

¹ Così L. Mannori - B. Sordi, *Storia del diritto amministrativo*, Bari-Roma, Laterza, 2000, pp. 524 ss.

cioè secondo una logica nuova che consente il ricorso a vari strumenti, tutti ugualmente in grado di assicurare il raggiungimento di determinati obiettivi.

Dunque, sullo sfondo delle tematiche che verranno approfondite, si staglia la continua dialettica tra la disciplina privatistica e quella pubblicistica, che trova nell'ambito delle concessioni la sua più compiuta affermazione: la dottrina conia, a tal proposito, espressioni come quella di “fuga dal diritto amministrativo”² o, con formula inversa, “fuga nel diritto privato” per indicare la circostanza che concetti tradizionalmente calati in un settore piuttosto che in un altro subiscano delle vere e proprie “trasposizioni”. Si tratta di una tendenza che esprime chiaramente quella imprescindibile relazione che si viene a creare tra i due rami distinti dell'ordinamento e che in alcun modo mette in crisi o rende incompatibili gli istituti tradizionali propri di ciascun settore.

Le problematiche appena accennate non rilevano soltanto sul piano teorico ed astratto, ma intaccano l'essenza stessa del fenomeno, e cioè l'effettiva attuazione del rapporto concessorio, le modalità di svolgimento e, soprattutto, di risoluzione dello stesso.

L'obiettivo di questo elaborato è quello di operare un'analisi civilistica di questa figura dalle molteplici sfaccettature, vagliando la possibilità di applicare alla stessa istituti propriamente privatistici (come il recesso o la risoluzione), ulteriori rispetto ai tradizionali strumenti pubblicistici, quali la revoca e la decadenza, nell'implicito presupposto che l'attività amministrativa possa essere conciliata con l'impiego di rimedi privatistici (in particolare contrattuali).

Il **primo Capitolo** muoverà dalla disamina delle principali teorie in merito alla natura giuridica della concessione, per poi approfondirne – nel corso del **Capitolo secondo** - i risvolti applicativi e le modalità di

² Di “fuga dal diritto amministrativo” parlava, già negli anni Ottanta, M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, VI ed., a cura di E. Cardi e A. Nigro, Bologna, Il Mulino, 2002, pp. 237 ss.

scioglimento: è più corretto parlare di revoca o di recesso? Esiste una nozione unitaria di questi strumenti ovvero occorre “declinarli” caso per caso in relazione alla fattispecie concreta?

Si tratta di problemi allo stato irrisolti e per i quali difetta una regolamentazione normativa compiuta: se, da un lato, ciò rappresenta un limite alla presente ricerca, dall'altro si tenterà di offrire una ricostruzione quanto più logica partendo dai pochi dati a disposizione.

In questo discorso, la concessione rappresenta un'ipotesi paradigmatica del modo di operare della dottrina e della giurisprudenza nella formazione del diritto vivente, al di là degli sparsi indici normativi prodotti dal legislatore: l'istituto concessorio perde così il suo carattere meramente descrittivo e definitorio, e viene a rappresentare un insieme di regole giuridiche ricavate dai più diversi testi normativi o ritenuti conseguenza naturale delle differenti elaborazioni dottrinali.

Allo stato della legislazione e della dottrina *in subiecta materia*, nella fase dell'esecuzione del rapporto concessorio, continuano spesso a riconoscersi all'Amministrazione prerogative e privilegi esorbitanti, emblema di un orientamento non incline a ricondurre interamente i poteri pubblici nell'alveo del diritto comune. In questo contesto, la tematica della revoca della concessione rappresenta una delle problematiche “più refrattarie a una soddisfacente sistemazione dogmatica”³, che si sviluppa in una tensione continua e irrisolta tra i due rami del diritto, alimentata anche dall'impellenza, dalla reticenza e dalla confusione terminologica del legislatore.

Una volta acquisito che anche l'Amministrazione può agire secondo i principi propri del diritto privato, non si vede perché debba

³ In questi termini E. Mauro, *Osservazioni in tema di revoca del provvedimento amministrativo e di recesso dagli accordi procedurali*, in *Foro Amm. TAR*, 2004, pp. 554 e ss., il quale, con un'eloquente metafora, afferma che la revoca può essere raffigurata “come un deserto, di cui le non troppe numerose disposizioni che se ne occupano, in riferimento a questa o a quella classe o sottoclasse di atti, rappresentano le oasi: luoghi in cui recuperare, almeno in parte, le energie spese nell'estenuante fatica di districare i tanti nodi di un istituto (...) che nemmeno a seguito della legge sul procedimento amministrativo può fare affidamento su una disciplina unitaria”.

aprioristicamente escludersi l'applicabilità dei tipici rimedi civilistici: tra questi il recesso, la risoluzione, la presupposizione.

Un tale assunto è avvalorato dall'idea secondo la quale la concessione può essere qualificata alla stregua di un vero e proprio contratto: idea che ha trovato un'esplicita consacrazione normativa nelle recenti iniziative del legislatore europeo.

Il **Capitolo terzo** sarà dedicato proprio all'esame della normativa comunitaria - come recepita nel Codice dei Contratti pubblici (Decreto legislativo 50/2016) - e di alcuni profili comparatistici: tale duplice prospettiva d'indagine costituisce il vettore della circolazione dei modelli giuridici e riveste un'indubbia utilità nel tentativo di offrire una risposta soddisfacente all'annosa questione dell'applicabilità delle regole civilistiche alle concessioni.

L'approccio innovativo del legislatore europeo muove dall'intento di arginare l'utilizzo abusivo della concessione, estendendo alla stessa una parte della disciplina prevista per gli appalti pubblici, *in primis* quella a tutela della concorrenza, mediante l'applicazione della c.d. "procedura di evidenza pubblica": anche per le concessioni, dopo una prima fase volta alla scelta del concessionario e sottoposta alle regole pubblicistiche, si affianca una seconda fase che ha avvio con la stipulazione del contratto e che è soggetta al diritto privato. Ed è proprio in questo frangente che si insidiano gli interrogativi cui il presente studio cercherà di offrire una risposta, nella prospettiva che i temi analizzati devono essere considerati in un assetto giuridico permeabile alle esigenze di carattere pubblico che essi coinvolgono.

L'immanenza del diritto europeo rispetto agli ordinamenti giuridici nazionali rappresenta un'esigenza imprescindibile, spesso disattesa nelle scelte legislative del nostro Paese. L'inadeguatezza del sistema regolatorio interno emerge in tutta la sua evidenza nei vari settori in cui lo strumento concessorio è adoperato.

Il **Capitolo quarto** sarà volto ad approfondire i profili pratici e la natura intrinseca della concessione nell'ambito del sistema autostradale nazionale. La tensione dei rapporti di forza tra momento privatistico e momento pubblicistico è stata recentemente alimentata da un drammatico evento: il crollo del ponte Morandi di Genova, una tragedia che evidenzia l'esito fallimentare della gestione di infrastrutture essenziali, come quelle autostradali, attraverso lo strumento concessorio.

La vicenda delle concessioni autostradali è lunga e complessa: tenterò di ricostruirne le tappe essenziali, partendo da quel documento tanto generico quanto articolato che è la Convenzione Unica tra il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e Autostrade S.p.A., stipulata nell'ottobre del 2007 ed entrata in vigore l'8 giugno 2008, in conformità a quanto previsto dal D.L. 262/2006 (convertito nella l. 286/2006).

Un combinato di leggi, provvedimenti, decreti e delibere hanno dato vita ad una normativa inevitabilmente frammentaria: l'esigenza di uniformità si è cominciata ad avvertire negli ultimi anni, in cui incessanti e continui tentativi di riforma del settore autostradale hanno dimostrato quanto forte e sentita sia l'esigenza di implementare il sistema sanzionatorio e regolamentare gli aspetti più importanti del rapporto concessorio.

Il drammatico evento occorso a Genova nell'agosto 2018 ha rappresentato per me l'occasione di riflettere sui profili giuridici di uno strumento dalle feconde potenzialità ricostruttive che potrebbe rappresentare l'occasione per colmare le innegabili lacune della disciplina nazionale.

Negli ultimi mesi, si è parlato di "revoca della concessione", di "decadenza per inadempimento del concessionario": si tratta di aspetti complessi che richiedono un approfondito studio giuridico per poter essere compresi a pieno. Quale sia effettivamente – ammesso che esista – lo

spazio di operatività di una *revoca della concessione* è l'interrogativo da cui prende le mosse il presente elaborato.

Partendo dall'analisi della Convenzione, si cercherà di offrire una prima proposta interpretativa in relazione al regime giuridico applicabile, per saggiare quale sia lo strumento più opportuno che conduca ad una risoluzione del rapporto concessorio.

Le pagine che seguono si soffermeranno sul problema, mettendone in luce gli aspetti civilistici, i quali tuttavia non possono prescindere dall'analisi di talune sfumature che, di contro, ricadono nell'ambito pubblicistico.

L'esame di un caso pratico rappresenta una valida lente di ingrandimento per l'osservazione e l'analisi della continua interazione tra i due rami del diritto, interazione che rappresenta ancora oggi una sfida per il giurista moderno e, per dirla con le parole di Travi⁴, "il banco di prova delle nuove concezioni dell'attività amministrativa".

⁴ A. Travi, *Nuovi fermenti nel diritto amministrativo verso la fine degli anni '90*, in *Foro it.*, 1997, V, pp. 168 e ss.

Capitolo I

La controversa natura giuridica della concessione

SOMMARIO: **1.1** LA TESI UNILATERALE DI ORESTE RANELLETTI – **1.2** LA TESI BIFASICA ELABORATA DALLA CASSAZIONE: LA CONCESSIONE-CONTRATTO – **1.3** IL CONTRATTO DI DIRITTO PUBBLICO – **1.4** LA “CONVENZIONE ACCESSIVA AL PROVVEDIMENTO” COME CONTRATTO – **1.5** LA TESI CONTRATTUALISTICA DI D’ALBERTI – **1.6** LA TESI UNITARIA: DALLA CONCESSIONE-CONTRATTO AGLI ACCORDI ENDOPROCEDIMENTALI – **1.6.1** (*SEGUE*) L’ART. 11 DELLA LEGGE 241/1990: LE POSIZIONI DELLA DOTTRINA SULLA NATURA DELL’ACCORDO – **1.6.2** (*SEGUE*) L’ARTICOLO 1, COMMA *1BIS* INTRODOTTO DALLA LEGGE 15/2005: LA CONSACRAZIONE DELLA TESI PRIVATISTICA – **1.7** RIFLESSIONI CONCLUSIVE

È opinione largamente condivisa in dottrina che la concessione sia un provvedimento amministrativo diretto a realizzare un ampliamento della sfera giuridica soggettiva del destinatario, attribuendogli *ex novo* diritti di cui in precedenza costui non aveva la disponibilità: una definizione ricorrente ma assai semplicistica, che tralascia numerosi aspetti di questo istituto, pur meritevoli di attenzione.

Negli ultimi decenni molti Autori si sono dedicati allo studio della natura giuridica della concessione: Oreste Ranelletti ne parla come un provvedimento amministrativo tipico, di carattere unilaterale; Marco D’Alberti la configura, al contrario, come un vero e proprio contratto; e nel mezzo si colloca la concezione intermedia, inaugurata da una pronuncia della Cassazione del 1910, secondo la quale la c.d. “*concessione-contratto*” risulta dalla combinazione di un atto unilaterale di carattere amministrativo e di un contratto di diritto privato, ad esso collegato.

Le concessioni amministrative hanno rappresentato, sin dall’inizio della loro elaborazione dogmatica, “il punto di crisi della nozione di

imperatività e, con essa, di quella di provvedimento amministrativo”, scrivevano, all’alba del 1900, Sorace e Marzuoli⁵.

Da sempre, infatti, il provvedimento amministrativo è espressione di autoritarità ed imperatività, essendo in grado di imporre modificazioni unilaterali nella sfera giuridica dei destinatari; quest’idea viene messa in crisi nel momento in cui si acquisisce la consapevolezza che anche la pubblica amministrazione, al pari di qualsiasi altro soggetto, sia titolare della capacità giuridica di diritto privato e dunque, nell’espletamento della propria attività, possa perseguire l’interesse pubblico tanto con provvedimenti a carattere unilaterale quanto con strumenti di diritto privato, quali i contratti.

Tuttavia, nel campo del diritto amministrativo, lo spazio di operatività dello strumento contrattuale ha rappresentato un vero e proprio “nodo gordiano”: come addivenire ad un incontro di volontà tra parti portatrici di interessi eterogenei e, almeno apparentemente, inconciliabili? Una questione di tal fatta ha costituito, per decenni, la causa ostativa alla diffusione di un principio contrattuale nell’ambito dell’attività amministrativa.

In seguito, si acquisisce, gradualmente, la consapevolezza che l’utilizzo degli ordinari strumenti di diritto comune non necessariamente comporta lo snaturamento del ruolo dell’amministrazione e che una soluzione concordata tra il soggetto pubblico ed il privato possa garantire risultati più efficienti rispetto all’imposizione unilaterale di obblighi. L’ambito tradizionale del diritto amministrativo viene progressivamente eroso a favore di un sistema in cui il diritto pubblico si coniuga, in varie forme, con il diritto privato, in un regime di reciproca integrazione. Si cominciano allora a coniare espressioni come quella di “*contratto di diritto pubblico*”, volto a costituire, modificare od estinguere un rapporto giuridico

⁵ D. Sorace - C. Marzuoli, voce *Concessioni amministrative*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, III, Torino, 1989, pp. 280 ss.

patrimoniale, al pari del contratto privatistico, ma distante da questo per la peculiarità del suo oggetto (un bene nella disponibilità esclusiva della p.a.) o, secondo altri, della sua causa (il perseguimento dell'interesse pubblico); o ancora, si delinea la figura del “*contratto di diritto amministrativo*” , sottocategoria del contratto di diritto pubblico, definito come “l'accordo di due o più soggetti che nei casi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla Costituzione o dalla legge, è diretto a costituire, modificare od estinguere una situazione ed in particolare un rapporto che riflette l'esercizio di un potere amministrativo”⁶.

È in atto, dunque, una rilettura delle macro-categorie civilistiche che conduce ad una vera e propria “morte del contratto”⁷, ridefinito dai vari Autori nei modi più disparati, troppo spesso trascurando il dato normativo. Le due nozioni *supra* richiamate sono sufficienti a render conto del fatto che, a prescindere dal *nomen iuris* utilizzato, si tratta, in fondo, di figure che trovano la loro collocazione naturale nel diritto privato e, precisamente nell'art. 1321 del codice civile.

Il discorso fin qui accennato rappresenta lo sfondo su cui si viene ad inserire la *querelle* circa la natura giuridica della concessione che, “nella sua evoluzione storica, è sempre stata considerata come uno strano ibrido con al suo interno elementi di carattere provvedimentale ed altri indiscutibilmente ispirati all'autonomia contrattuale”⁸. Con il termine *concessione* non si può far riferimento ad un tipo unitario in sé considerato, come potrebbe essere quello del contratto di appalto o di fornitura, ma si delinea un fenomeno eterogeneo, un concetto che va inevitabilmente inteso in senso ampio.

⁶ G. Tesaurò, *Il contratto del diritto pubblico e del diritto amministrativo in particolare*, in *Rassegna di diritto pubblico*, 1961, pp. 1 e ss.

⁷ È l'espressione adoperata da uno studioso americano, G. Gilmore, che parla di “*death of contract*” per riferirsi ad un vero e proprio snaturamento dello strumento contrattuale ad opera dalla giurisprudenza (*The death of contract*, Columbus Ohio, 1974).

⁸ Così G. Balocco, *La concessione tra provvedimento e contratto: riflessioni sui rapporti amministrativi sinallagmatici*, Roma, Dike Giuridica Editrice, 2014, p. 2.

Lo strumento concessorio si riferisce, pertanto, “ad una intera categoria di fattispecie differenti per oggetto, per contenuto e per effetto, caratterizzata unitariamente soltanto per il fatto che l’amministrazione arricchisce di utilità la sfera giuridica del concessionario o, secondo una diversa interpretazione (...) costituisce o trasferisce nel patrimonio giuridico del concessionario nuovi *status*, nuove legittimazioni, nuove qualità o nuovi diritti”⁹.

1.1 La tesi unilaterale di Oreste Ranelletti

Il discorso non può che prendere le mosse da alcune considerazioni di carattere generale. L’equiparazione di persone giuridiche private e pubbliche sotto il profilo della capacità giuridica induce parte della dottrina ad escludere la sussistenza di limiti alla capacità privata della pubblica amministrazione e a permettere il ricorso ad ogni fattispecie giuridica considerata nell’ambito del diritto privato¹⁰. La piena titolarità di un’autonomia negoziale consente, dunque, di realizzare soluzioni concordate con i privati e questo rappresenta il traguardo di un complesso cammino, fatto di continue innovazioni e revisioni critiche: si assiste, da un lato, alla “oggettivizzazione degli istituti privatistici”, in grado di garantire l’assolvimento della funzione tipica della p.a., e, dall’altro, si realizza una progressiva “privatizzazione” dei mezzi utilizzati dall’amministrazione.

Siamo di fronte a due linee direttrici espressione del cambiamento di prospettiva in atto, le quali, tuttavia, non camminano su binari paralleli senza mai incrociarsi, ma convergono nel momento in cui si fa evidente la

⁹ L. Alla, *La concessione amministrativa nel diritto comunitario*, Quaderni – 42, Collana di Quaderni del Centro di Ricerca sulle Amministrazioni Pubbliche “V. Bachelet”, Milano, Giuffrè, 2005, pp.17-18.

¹⁰ Così, in modo illuminante, A. Benedetti, *I contratti della pubblica amministrazione tra specialità e diritto comune*, Torino, Giappichelli, 1999, pp. 88-89.

necessità di elaborare un “diritto comune” ad operatori pubblici e privati. Cosa fosse il diritto comune non era chiaro a nessuno: si poteva rievocare lo *ius commune* medievale ovvero rielaborare tale formula, ritenendo, come ha fatto l’Illustre Maestro Pietro Rescigno, che essa esprimesse meglio che quella “diritto privato” il riferimento ad un “complesso di principi che ha nel diritto privato della nostra antica educazione la sua fonte, di regole ed anche di concetti ed di apparati sistematici, ma in realtà lo trascende per divenire strumento di attuazione di un ordinamento inscritto, al di là e prima delle leggi civili, nella Carta costituzionale”¹¹.

L’idea della contrattualizzazione dell’attività amministrativa è relativamente recente: tradizionalmente, come anticipato, “amministrazione” è sinonimo di autorità, di imperio e l’attività della p.a. è uniformata a principi quali l’imparzialità, la funzionalizzazione, la ragionevolezza e la proporzionalità. Il XIX secolo si caratterizza per la ricostruzione in chiave pubblicistica del “sistema di diritto amministrativo”, in cui rientra anche lo strumento della concessione.

È ad Oreste Ranalletti¹², in particolare, che si deve la nozione originaria di “concessione amministrativa”, intesa come figura giuridica saldamente ancorata alla presenza di un potere pubblicistico unilaterale, accrescitivo della sfera di utilità del privato di una nuova situazione giuridica soggettiva. La concessione rappresenta, nell’ottica dell’Autore, un istituto sempre più ricorrente di fronte alle manifestazioni sempre più complesse della vita sociale, per cui l’organizzazione amministrativa, sfornita dei mezzi necessari, si trova a dover delegare ai privati la gestione di beni e servizi di cui intende mantenere la titolarità, al fine di addivenire all’estrinsecazione concreta delle sue funzioni pubbliche.

¹¹ P. Rescigno, *Le obbligazioni della pubblica amministrazione (note minime di diritto privato)*, in *Scritti in onore di M. S. Giannini*, III, Milano, Giuffrè, 1988, p. 631.

¹² O. Ranalletti, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, pt. I, *Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Giur. it.*, 1894, p. 7 e ss.

L'Autore elabora una ricostruzione del sistema degli atti di diritto amministrativo procedendo attraverso il metodo induttivo, adottando dunque un approccio che gli consenta di elaborare mere "teorie parziali": esaminate le caratteristiche concrete di singoli gruppi di atti, insieme al diritto positivo ed alla giurisprudenza, egli arriva ad operare una distinzione generale degli stessi in base alla loro funzione e sottolinea che, con la concessione, lo Stato viene a trasferire al privato un vero nuovo diritto, "senza che questi ne abbia neppure il germe. Essendo tale atto diretto al privato, esso non può che essere unilaterale, perché il privato non può partecipare a mettere in essere un atto d'impero, non avendo veste per agire come autorità"¹³.

La soluzione unilateralistica rappresenta, nel lavoro dell'Autore, il risultato di uno studio effettuato sulle fonti della normazione; in altri termini, nonostante alcune norme facciano espressamente riferimento alla struttura contrattuale delle concessioni, si tratta comunque di disposizioni contenute in regolamenti, pertanto recessive di fronte a vere e proprie leggi, che invece tendono ad una qualificazione in termini unilaterali.

In chiave critica, tuttavia, va rilevato come l'operazione esegetica che si fonda sull'esame del diritto positivo rappresenta soltanto un'enunciazione di metodo, finendo per realizzare un'eccessiva forzatura, che stravolge il dato letterale. "Del resto, che l'induzione della teoria dal diritto positivo sia un programma metodico solo enunciato e non rispettato e che in realtà l'esegesi serva per corroborare una scelta dogmatica compiuta per altre vie, può essere dimostrato dal tenore stesso dell'interpretazione delle norme, fondata (...) su eccessive e formalistiche forzature in senso unilateralista dei dati letterali"¹⁴.

L'analisi di Ranelletti prende le mosse dalla distinzione che intercorre tra la concessione (mediante la quale vengono trasferiti nuovi

¹³ *Ivi*, pp. 29-30.

¹⁴ Così, in chiave critica, M. D'Alberti, *Le concessioni amministrative. Aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, Jovene, 1981, p. 14.

diritti, *status*, privilegi) e l'autorizzazione (in forza della quale l'Amministrazione rimuove un limite che inibisce l'esercizio di un diritto preesistente). Tale distinzione è, in realtà, la conseguenza di una valutazione operata a monte dallo Stato che, nel caso dell'autorizzazione, si sostanzia nelle capacità dell'attività autorizzata "a non far male", mentre, per la concessione, la valutazione da compiere è quella sulla capacità "a far bene"¹⁵.

Il vero discrimine tra i due atti, si rinviene tuttavia, non tanto sul piano valutativo quanto su quello della possibile fungibilità con strumenti privatistici; l'autorizzazione viene a rappresentare il paradigma di quella tipologia di atti per cui non è dato rinvenire un atto corrispondente nel diritto comune, con l'inevitabile conseguenza che può essere soltanto oggetto di una determinazione unilaterale dell'amministrazione.

Non così per la concessione, rientrando questa nelle ipotesi di atti di diritto comune che non possono essere surrogati da provvedimenti autoritativi, "essendo indispensabile al raggiungimento del risultato la volontaria collaborazione del privato"¹⁶.

La posizione di supremazia in cui si erge lo Stato rispetto ai privati viene rigidamente trasposta anche nell'ambito dell'attività economica, per cui mai sarebbe possibile la stipulazione di rapporti di natura contrattuale, ma solo di negozi unilaterali.

Ranelletti si ispira a tesi dottrinali di origine tedesca¹⁷ e francese, le quali, tradizionalmente, individuavano la *causa obligationis* del concessionario nel rilascio della concessione, e quella dell'amministrazione nel perseguimento di scopi di pubblica utilità, per raggiungere i quali essa opera come autorità, ponendo in essere atti d'impero.

¹⁵ Cfr. L. Alla, *op. cit.*, p. 17.

¹⁶ S. Civitarese Matteucci, *Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa*, Torino, Giappichelli, 1997, pp. 106-107.

¹⁷ Con riferimento al sistema tedesco, Ranelletti ne esalta la capacità di aver elaborato una sistemazione teorica generale degli atti delle amministrazioni pubbliche, del tutto mancante nel nostro ordinamento, che era riuscito soltanto a realizzare una possente costruzione privatistica della teoria generale del negozio giuridico.

L'impossibilità di configurare un contratto deriva dal fatto che le dichiarazioni di volontà delle parti non rivestono la stessa natura, promanando l'una dal privato e l'altra da un ente pubblico: "l'unione è solo possibile tra dichiarazioni di volontà della medesima natura e quindi possiamo avere contratti nel campo del diritto privato, quando l'ente pubblico agisce come persona giuridica con altra persona di diritto privato fisica o giuridica; nel campo del diritto pubblico, quando l'ente pubblico agisce come persona politica con altra persona politica, così, per esempio, nel caso dei contratti di diritto internazionale, cioè dei trattati"¹⁸. Pertanto, la fattispecie complessa della concessione è il risultato della combinazione tra la dichiarazione di volontà del concessionario, da un lato, e l'atto amministrativo unilaterale di concessione, dall'altro.

L'Autore ricostruisce il rapporto tra i due atti in maniera peculiare, ritenendo che la domanda del privato si configuri quale condizione sospensiva del successivo atto concessorio, nel senso che gli effetti di quest'ultimo non si producono se non dopo che l'Amministrazione abbia dato il proprio consenso. Che si tratti di una ricostruzione complessa e a tratti forzata risulta evidente anche dal lessico adoperato: si dice che la domanda del privato diviene *irrevocabile* (alla stregua, dunque, di una proposta contrattuale), escludendo però tassativamente che il successivo consenso del soggetto pubblico possa rivestire il carattere di un'accettazione in quanto un atto d'impero "non tollera fusioni con dichiarazioni di volontà privata"¹⁹. Proseguendo, la volontà del concessionario, nell'opera ranellettiana, porrebbe in essere unicamente delle "condizioni di fatto, le quali rendono possibile che l'atto amministrativo produca i suoi effetti, ma non concorre immediatamente a produrre questi effetti"²⁰.

¹⁸ O. Ranelletti, *op. cit.*, col. 63.

¹⁹ *Ivi*, col. 65.

²⁰ *Ivi*, col. 71-73.

La debolezza di tale ricostruzione sta nel fatto di aver accettato acriticamente le idee di quella parte della dottrina che da sempre sottolineava il nesso inscindibile tra la cura dell'interesse pubblico e l'adozione di atti imperativi: l'atto di impero è atto amministrativo, ricostruito però adoperando le categorie e il lessico civilistico. Difatti, la causa di questo è rappresentata dalla cura dell'interesse generale, mentre non ben specificati "scopi concomitanti" divengono i motivi (pertanto irrilevanti nel nostro ordinamento, esclusa l'ipotesi dell'art. 1345 c.c.) e, infine, la volontà del privato incide sulle modalità di perfezione di tale atto. In altre parole, "può dirsi che l'atto amministrativo nasce come atto d'impero, che si abbellisce progressivamente degli elementi nozionali applicati al negozio giuridico dalla dogmatica privatistica"²¹.

Anche Ranelletti è pienamente consapevole di tale operazione "di ingegneria giuridica", nel momento in cui espressamente afferma che "tutto il diritto privato dev'essere un presupposto del diritto amministrativo"²² ma ciò non comporta, secondo l'Autore, l'applicazione agli atti della pubblica amministrazione del diritto civile. Si viene, pertanto, a creare un legame indissolubile tra interesse pubblico e autorità, che viene ad incidere sulla concessione dal momento della sua nascita e durante tutta la sua vita.

È grazie a tale opera che per la prima volta la dottrina italiana si occupa del tema relativo alle facoltà che discendono in capo al concessionario, giungendo alla conclusione che, di regola, le stesse possano essere qualificate quali interessi legittimi, eccetto rari casi, in cui, al contrario, assumono la veste di diritti soggettivi.

La costruzione di Ranelletti ostava alla configurabilità di diritti soggettivi, stante l'ampia discrezionalità dell'amministrazione concedente; al contrario, la giurisprudenza successiva, riconoscendo un momento contrattuale nei rapporti concessori, guarderà per la prima volta alle

²¹ M. D'Alberti, *op. cit.*, p. 95.

²² Così O. Ranelletti, *Capacità e volontà nelle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1894, vol. 17, p. 97.

situazioni soggettive favorevoli per il concessionario e lo riconoscerà titolare di diritti soggettivi perfetti, “assicurandogli – soprattutto attraverso l’applicabilità alle concessioni delle norme civilistiche sull’equilibrio contrattuale - quella tutela più intensa che sola avrebbe potuto ripagare i concessionari per l’assunzione e lo svolgimento di attività e servizi economicamente rilevanti che l’amministrazione non poteva gestire direttamente”²³.

La ragione pratica sottesa alla concezione ranellettiana va rinvenuta nella necessità di garantire alla pubblica amministrazione di potersi sciogliere dal vincolo al mutare della convenienza pubblica, di poter cioè attuare un vero e proprio *jus poenitendi* in presenza di una discordanza tra le facoltà di cui è titolare il concessionario e gli interessi pubblici di cui è invece portatrice l’amministrazione. Si giunge così a configurare un potere di revoca, a cui non segue la necessaria corresponsione di un indennizzo a favore del concessionario. Anche questa, tuttavia, è una conclusione che forza in modo evidente il diritto positivo, poiché la mancata previsione di indennizzi in caso di cessazione del rapporto concessorio era prevista solo da alcune norme speciali, disciplinanti tipi o sottotipi di concessioni amministrative. Pertanto, disposizioni contenute in norme particolari vengono elevate a regole generali.

La teoria di Ranelletti ha come sfondo l’idea dello Stato-autorità, che viene anteposto agli interessi del privato e ribalta la ricostruzione operata da un altro illustre Autore, il Cammeo²⁴, il quale, pur condividendo le premesse ranellettiane, giunge a conclusioni differenti: la cessazione per revoca dà sempre diritto ad un’indennità²⁵ per il privato, giacché il suo interesse al mantenimento della concessione viene ad essere considerato un vero e proprio diritto soggettivo.

²³ M. D’Alberti, *op. cit.*, p. 99.

²⁴ F. Cammeo, *I monopoli comunali*, in *Archivio Giuridico*, LIV, 1896.

²⁵ Senza addentrarci nel discorso, occorre ugualmente rilevare che l’ammontare di tale indennità è limitato al danno emergente e dunque essa somiglia più all’indennizzo per espropriazione che al risarcimento del danno per inadempimento contrattuale.

In entrambe le ricostruzioni emerge *ictu oculi* la problematica sottesa al tema oggetto del presente elaborato: di fronte al rapporto che si instaura tra il privato e la pubblica amministrazione all'esito di una concessione, quali sono i margini che le parti hanno per sciogliere tale relazione? È configurabile un potere di tal fatta in capo ad entrambe o sarà solo la parte "forte" che potrà recidere questo legame, essendo portatrice di un interesse pubblico superiore? Stando all'opera ranellettiana, la risposta è evidente: se il rapporto nasce per volontà unilaterale e si sostanzia in un provvedimento, espressione tipica dell'autoritarità della p.a., conseguenza necessaria è un potere di scioglimento di segno uguale e contrario, che spetta, perciò, soltanto alla parte pubblica.

Tuttavia, la dottrina successiva sembra muoversi in un'ottica diversa, ritenendo le osservazioni di Ranelletti troppo poco rispondenti alla realtà di fatto: nella prassi amministrativa, infatti, la concessione non era rappresentata da un unico provvedimento che fissava gli obblighi reciproci delle parti, ma aveva una struttura complessa, caratterizzata dalla coesistenza di un primo atto, di natura unilaterale con cui la p.a. assumeva la decisione di spogliarsi del godimento di un certo bene o servizio, per offrirlo al privato; accanto a questo, però, figurava anche un atto di natura diversa, con cui le parti davano attuazione al provvedimento concessorio e che aveva la parvenza di un vero e proprio contratto.

Quest'idea non resta priva di riscontro: ben presto la Suprema Corte ne offre un riconoscimento esplicito che caratterizzerà la storia dei decenni successivi, fino ai nostri giorni.

1.2 La tesi bifasica elaborata dalla Cassazione: la concessione-contratto

La chiave di volta della ricostruzione giuridica della concessione segue dei modelli teorici già diffusi negli Stati Uniti, in Inghilterra, in Francia e in Germania, grazie ai quali si comincia a comprendere che strumenti fondati sul consenso sono preferibili rispetto a strumenti fondati sull'autorità. Il ricorso alla soluzione unilaterale diviene così l'*extrema ratio* e la teorica provvedimentoale viene messa in discussione, in quanto inidonea a spiegare il ruolo concreto che, nella prassi, continuava a ricoprire il momento dell'incontro di volontà e della negoziazione tra amministrazione e privati.

E' così che la p.a. comincia a svolgere attività articolata in moduli convenzionali e la consacrazione di questa nuova idea è rappresentata da una nota decisione della Corte di Cassazione²⁶. Per questa via prende vita la figura della “**concessione-contratto**”, che ha un'anima ibrida o, come anche si è detto, “a doppio grado”. Alla base di tale ricostruzione vi è l'esigenza di combinare un provvedimento amministrativo, caratterizzato da un oggetto pubblico sottratto perciò all'autonomia negoziale delle parti, con un contratto ad esso accessivo, che regoli gli aspetti patrimoniali e la disciplina di specie delle obbligazioni e che può essere tanto antecedente quanto concomitante o successivo alla concessione. L'atto di concessione viene scisso in due distinti momenti giuridici: in una prima fase l'amministrazione emana un atto di sovranità, *iure imperii*, e successivamente essa “entra in rapporti di obbligazione col concessionario; e fra l'uno e l'altro si stabiliscono le condizioni, le modalità, il prezzo: si opera cioè una vera e propria stipulazione di contratto”²⁷. Siamo pertanto in presenza di due negozi distinti, che si congiungono: l'atto amministrativo si attua e si realizza nel successivo negozio, sebbene possa prescindere dalla

²⁶ Cass. Roma, 12 gennaio 1910, in *Il Foro it.*, 1910, vol. 35, 147.

²⁷ M. D'Alberti, *op. cit.*, p.187.

concreta stipulazione di un contratto. Stando alla sentenza della Suprema Corte, la concessione spiega i suoi effetti mediante l'accettazione del concessionario, successivamente alla quale l'attuazione del rapporto è consacrata in un regolamento, che può avere tanto carattere unilaterale – se i diritti e gli obblighi delle parti vengono “imposti” dalla p.a. – quanto convenzionale, nel caso in cui, cioè, sia il frutto di una contrattazione tra le parti. Si viene a realizzare quella che, a ragione, la giurisprudenza definisce una *fattispecie a carattere complesso*, “in cui provvedimento amministrativo e convenzione accessiva si integrano l'uno con l'altra, secondo moduli non rigidamente preordinati”²⁸.

Dottrina e giurisprudenza si sono a lungo interrogate circa la natura del collegamento che viene a instaurarsi tra i due atti, per giungere alla conclusione che il provvedimento condiziona l'esistenza del contratto, ma non viceversa: si configura, pertanto, un collegamento c.d. *negoziale unilaterale*, con la conseguenza che, almeno in un primo momento, il contratto ha una funzione accessoria e collaterale rispetto al provvedimento.

“Nelle concessioni-contratto sussiste una stretta interdipendenza tra il provvedimento amministrativo ed il contratto, essendo il primo la fonte diretta del rapporto negoziale tra le parti ed il secondo lo strumento regolativo di questo rapporto”²⁹. Tra il provvedimento concessorio e il contratto sussisterebbe uno stretto vincolo, definibile di presupposto e conseguenza, al punto che il venir meno del primo comporta necessariamente l'estinzione del secondo, ma non viceversa. Il contratto, pertanto, non ha vita giuridica autonoma, ma è condizionato dall'efficacia e dalla permanenza del provvedimento al quale è connesso, con la conseguenza che il rapporto concessorio può venir meno sia agendo direttamente sulla convenzione contrattuale, sia per cause attinenti l'atto

²⁸ Così Tar Liguria, 28 gennaio 1982, n. 55 in *Il Foro it.*, vol. 107, no. 11, 1984, 421; cfr. Tar Liguria, 4 marzo 1986, n. 73, in *Il Foro it.*, vol. 110, no. 6, 1987, 299.

²⁹ G. La Rosa, *Lo scioglimento del contratto della pubblica amministrazione: alla ricerca di un punto di equilibrio tra il recesso e la revoca incidente su rapporti negoziali*, in *Dir. Proc. Ammin.*, 2012, fasc. 4, pp. 1453 e ss.

provvedimentale presupposto (segnatamente, per motivi di pubblico interesse).

In altre parole, il rapporto negoziale tra pubblica amministrazione e privato deve essere fatto risalire direttamente al provvedimento concessorio, rappresentando il contratto una mera regolazione delle condizioni di tale rapporto. Si succedono, dunque, due momenti distinti, collegati e dipendenti: inizialmente lo Stato, in attuazione della sua personalità di diritto pubblico, si determina a sottrarre una porzione del bene demaniale o del servizio pubblico per l'attribuzione in godimento particolare a privati; in un secondo momento, lo stesso Stato, volendo dare pratica attuazione alle determinazioni, "pur senza abdicare alle proprie prerogative essenziali e senza svestirsi della sua personalità costantemente unitaria"³⁰, dà vita ad un rapporto obbligatorio con il privato.

La tesi elaborata dalla Cassazione domina la seconda metà del Novecento, rappresentando una soluzione di compromesso in grado di garantire un equilibrio tra le prerogative pubblicistiche e le garanzie offerte dal diritto privato, anche ai fini di un più coerente riparto di giurisdizione³¹.

La giurisprudenza di merito continua, tuttavia, a ribadire che tale nuova costruzione non altera l'essenza pubblicistica del provvedimento concessorio, che rimane pur sempre un atto autoritario e che si colloca a monte del contratto, precedendolo; la figura contrattuale, invece, "succede ed incede alla concessione, ond'è che, pur diventando la concessione ed il contratto adietto un atto solo, in esso, nondimeno, primeggia sempre ed avanza la pubblica potestà, a segno da assumere veste, carattere e norme singolari di un negozio di diritto pubblico"³².

L'immagine che ne risulta tende a ricalcare la tradizione culturale pubblicistica degli ultimi anni, che si fonda sull'esistenza di un unico

³⁰ E. Eula, *Nota a Cass., SS. UU, sent. 8 giugno 1933*, in *Il Foro it.*, vol. 58, Parte I, 1933, 1152.

³¹ Nello specifico, il giudice amministrativo avrebbe conosciuto delle vicende dell'atto amministrativo, il giudice ordinario delle vicende relative al contratto.

³² Così App. Trani, 3 aprile 1916, in *Giur. It.*, 1917, I, 2.

contratto di diritto pubblico, e continua a prevalere fino a cedere il passo a quella dei due atti separati e distinti: il contratto accessivo al provvedimento comincia così ad assumere una rilevanza autonoma e a divenire finalmente l'elemento preminente della fattispecie. Precipua conseguenza di tutto ciò è il riconoscimento effettivo di diritti soggettivi perfetti in capo alle parti del rapporto³³.

Di fronte ad un concessionario che si atteggia non più come titolare di meri interessi legittimi, bensì di veri diritti soggettivi, il giudice ordinario inizia a conoscere di ogni controversia relativa all'esecuzione del rapporto contrattuale e finalmente può applicare le regole privatistiche relative alla formazione, alla validità e all'efficacia del contratto.

È proprio di questa problematica che si occupa la giurisprudenza immediatamente successiva al 1910: in che misura possono essere applicate le disposizioni codicistiche? Anche per le concessioni (*rectius* per il contratto accessivo al provvedimento concessorio) è configurabile una risoluzione per inadempimento, per impossibilità sopravvenuta e per eccessiva onerosità sopravvenuta? Le risposte a tali quesiti, almeno in un primo momento, sono di carattere negativo; si tratta di "pretese che hanno radice e sviluppo esclusivo nel terreno del diritto privato" (così *Cass. Roma, 9 febbraio 1918*). Per le concessioni-contratto, invece, rimane prevalente l'interesse pubblico, nel senso che "all'atto amministrativo bilaterale, costituente propriamente la concessione, si innesta il rapporto contrattuale bilaterale, il quale è però subordinato al primo, perché lo scopo di interesse sociale, perseguito dalla pubblica Amministrazione, è preminente rispetto allo scopo, per lo più di natura economica, perseguito dal privato"³⁴.

³³ Sottolinea bene questo punto M. D'Alberti, *op. cit.*, p. 190: "L'innesto del contratto privatistico nell'atto amministrativo di concessione servì, fondamentalmente, come mezzo al fine di giustificare la presenza di diritti soggettivi perfetti in capo alle parti del rapporto".

³⁴ G. Morsillo, *Nota a Cass, SS.UU., sent. 3584/1953*, in *Il Foro it.*, vol. 82, n. 2, 1959, 242.

La preminenza dell'interesse pubblico era l'effetto diretto derivante dalla qualificazione della concessione in termini di negozio di diritto pubblico, e tanto bastava ad impedire la piena applicazione del diritto contrattuale ai rapporti concessori. In un momento successivo, progressivamente, si giunse ad una netta separazione tra provvedimento e contratto, di cui è emblema una sentenza del Consiglio di Stato, la quale riconosce che “i due atti, che s'integrano a vicenda, secondo l'ormai dominante dottrina, non si fondono in un atto giuridico unico, occorrendo per ciò che due atti abbiano una stessa natura giuridica, siano cioè entrambi di natura pubblica o di natura privata”³⁵. Da ciò discende una sempre maggiore autonomia del momento contrattuale rispetto a quello pubblicistico e, di conseguenza, una ampia estensibilità delle norme civilistiche sulle obbligazioni e i contratti ai rapporti concessori, come dimostra il costante riferimento operato dalla giurisprudenza³⁶ alle norme del codice civile sull'interpretazione³⁷, sulla responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione³⁸, sull'applicabilità del principio civilistico di buona fede³⁹.

Una volta qualificata la concessione in termini di concessione-contratto, almeno due conseguenze meritano di essere poste in rilievo: da un lato, come anticipato, diviene applicabile il regime contrattuale paritario

³⁵ Cons. Stato, sez. IV, 17 febbraio 1942.

³⁶ In via esemplificativa, Cass., SS. UU., 8 novembre 1976, n. 4073, in *Il Foro it.*, vol. 101, 1978, 2771; cfr. anche Tar Lombardia, Milano, sez. III, 4 gennaio 1986, n. 5, su *Giustamm.it*.

³⁷ Si veda già Cass., SS. UU., 27 gennaio 1959, n. 224; o anche Tar Liguria, 28 gennaio 1982, n. 55.

³⁸ Cass., sez. I, 11 dicembre 1978, n. 5831.

³⁹ Tar Liguria, 28 gennaio 1982, n. 55, *cit.* Si tratta di una pronuncia di fondamentale importanza, anche alla luce dell'affermazione per cui “quante volte la pubblica amministrazione stipula un contratto con il quale, d'intesa con il privato, dà una determinata regolamentazione ad una materia suscettibile di interventi e determinazioni autoritative, le obbligazioni che essa assume sono valide ed impegnative; è la stessa amministrazione che rinuncia implicitamente a far uso, nella materia regolata convenzionalmente, dei poteri amministrativi di cui dispone, per dare ad essa un assetto convenzionale che promana dalla sua capacità negoziale di obbligarsi e che si estrinseca nell'attitudine ad autolimitarsi nell'esercizio delle sue pubbliche potestà, attraverso uno strumento contrattuale”.

e, dall'altro, cade, una volta per tutte, la revocabilità *ad nutum*. Non esisteva, né nella produzione normativa e neanche nella giurisprudenza, una definizione di cosa dovesse intendersi per “revoca *ad nutum*”, pur essendo chiari quali fossero gli elementi essenziali di tale istituto: la possibilità riconosciuta all'amministrazione di cessare unilateralmente il rapporto per qualsiasi ragione e senza obbligo di motivazione, la mancanza di un diritto all'indennizzo per il concessionario e, da ultimo, un sindacato giudiziale limitato alla legittimità formale dell'atto.

Nel 1910, con la sentenza in commento, tali caratteristiche vengono meno: la revoca, da questo momento, necessita di motivazione e, precisamente, può essere disposta solo in presenza di *gravi ragioni di interesse pubblico e per motivi attinenti all'esecuzione contrattuale* (ovverosia per inadempimenti del concessionario) e, in ogni caso, dà sempre diritto all'indennizzo in capo al concessionario (ove legittima, si intende). La competenza giudiziale spetta al giudice ordinario, il cui sindacato non è più limitato ai profili formali, ma può investire finanche la sussistenza reale dei motivi, per operare dunque un controllo sostanziale e non più soltanto *ab estrinseco*. Nel caso in cui rilevi l'illegittimità della revoca, il giudice può persino condannare l'amministrazione al risarcimento del danno.

Si tratta di principi di portata dirompente, confermati a più riprese dalla giurisprudenza del primo decennio del Novecento: “*La tesi dell'insindacabilità assoluta dei motivi e della revocabilità ad nutum delle concessioni-contratto verrebbe a sovvertire tutta l'economia moderna dei rapporti sociali e ridonderebbe a danno della stessa amministrazione pubblica, con l'allontanamento della necessaria collaborazione dell'attività privata, quando la si volesse affidata all'arbitrio degli organi esecutivi, all'infuori di ogni guarentigia giurisdizionale. Di qui - continua la Suprema Corte - l'orientamento della dottrina e della giurisprudenza di queste sezioni verso l'indirizzo che meglio tende a conciliare l'interesse*

pubblico con quello individuale di chi rischia capitale e lavoro nella gestione dei pubblici servizi. Esclusa quindi la facoltà di 'revoca ad nutum' delle concessioni, deve essere riconosciuto al privato concessionario il diritto di conoscerne le ragioni; e...la guarentigia giurisdizionale deve essere ammessa per esaminare se la revoca della concessione sia stata decretata dentro o fuori dei casi pei quali l'amministrazione aveva diritto di disporla senza darne conto ad alcuno, e cioè, precisamente per quei motivi di interesse pubblico demandati al suo discrezionale criterio amministrativo"⁴⁰.

Ancora una volta, emerge la necessità di un approccio composito al tema oggetto del presente elaborato, che non può arrestarsi al solo piano giuridico, ma inevitabilmente coinvolge anche quello storico ed economico. Il concessionario avrebbe investito nei settori dell'economia nazionale soltanto in presenza di una tutela specifica, di una garanzia minima che si fondava sulla necessità di una regolazione concordata, grazie alla quale avrebbe avuto la certezza di non essere sopraffatto dall'amministrazione, perché il rapporto nasceva e si alimentava sulla base di un equilibrio contrattuale fra le parti.

La concessione-contratto diviene gradualmente una figura generale e il contratto, da mero elemento accessorio della fattispecie concessoria, diverrà preminente, "comportando tale fenomeno una penetrazione pressoché integrale del diritto civile nei rapporti concessori"⁴¹.

Se la giurisprudenza è orientata nel senso che sino ad ora si è cercato di esplicitare, di diverso avviso è la dottrina, più restia a consentire che la figura del contratto permeasse il diritto delle amministrazioni e sempre saldamente ancorata all'idea dell'atto amministrativo unilaterale.

L'introduzione di un elemento contrattuale nella struttura giuridica delle concessioni rappresenta indubbiamente una notevole innovazione,

⁴⁰ Così Cass. Civ., 20 febbraio 1925, in *Il Foro it.*, 1925, I, p. 591.

⁴¹ M. D'Alberti, *op. cit.*, p. 197.

consentendo per la prima volta, la regolazione civilistica di attività tradizionalmente autoritative della p.a. Ma la questione non è così semplice come potrebbe sembrare ad un primo approccio; occorre infatti indagare più a fondo il tema, al fine di comprendere in che misura siano applicabili al rapporto concessorio le norme civilistiche in tema di obbligazioni e contratti.

In via preliminare, è opportuno che l'indagine verta su un istituto richiamato in più occasioni dalle sentenze sulle concessioni-contratto: come rilevato in precedenza, infatti, pur avendo la concessione assunto veste contrattuale, essa rimane inquadrabile nell'ambito del diritto pubblico e, precisamente, tra i c.d. "contratti di diritto pubblico": in realtà la giurisprudenza non adopera mai espressamente tale figura, la quale riesce ugualmente ad insinuarsi nel panorama giuridico, di fronte alle censure mosse alla "concessione-contratto". Il punto debole di quest'ultima ricostruzione viene, difatti, individuato nella sostanziale mancanza di autonomia dei due atti – provvedimento unilaterale di concessione e contratto accessivo - , con la conseguenza che si ritiene l'atto unilaterale inidoneo a dar vita ad un concreto e definito rapporto giuridico con il privato; "e il contratto per parte sua è continuativamente esposto al rischio di venir meno per effetto di unilaterali interventi dell'amministrazione (formalmente) riguardanti il provvedimento"⁴².

1.3 Il contratto di diritto pubblico

Le teorie relative al "contratto di diritto pubblico" o "ad oggetto pubblico" si diffondono intorno agli anni Trenta; la fattispecie ricorre ogni qual volta il diritto positivo non preveda esplicitamente l'emanazione di un

⁴² E. Bruti Liberati, *Le vicende del rapporto di concessione di pubblico servizio*, in *La concessione di pubblico servizio*, a cura di G. Pericu – A. Romano – V. Spagnuolo Vigorita, Milano, Giuffrè, 1995, p. 155.

provvedimento amministrativo e senza che, in ipotesi, possa essere concluso un uguale atto contrattuale di diritto privato. Si configura pertanto la possibilità di “ricorrere a strumenti proprio del diritto dei privati nelle aree coperte dal provvedimento amministrativo”⁴³ e di dar vita ad un atto convenzionale, ascrivibile al diritto pubblico. Chi, tra i più audaci, osa elaborare una definizione compiuta del contratto di diritto pubblico, lo riscontra nelle ipotesi in cui “le due volontà” - quella unilaterale dell’Amministrazione e quella contrattuale del privato -, “tendendo l’una ad un effetto pratico di interesse collettivo, l’altra ad un effetto pratico di interesse privato, si incontrano determinando il contenuto dell’atto che è il risultato delle due volontà collidenti”⁴⁴.

Ma in che cosa effettivamente si differenzia il contratto di diritto privato, cui siamo soliti riferirci, rispetto ad un contratto di diritto pubblico? Ad una prima riflessione, potremmo ipotizzare che la distinzione si sostanzia nella natura soggettiva delle parti, ma non si comprende come e per quale ragione ciò debba comportare l’applicabilità di una disciplina diversa; la compravendita o l’appalto non mutano la propria natura per il sol fatto di avere come soggetto un contraente pubblico, e lo stesso dicasi per qualsiasi altra tipologia negoziale.

Potremmo allora rinvenire il *discrimen* nella causa del contratto, cioè nella particolare funzione economico-sociale che le parti vogliono porre in essere con il negozio. In questo senso si è mossa la teorica elaborata da Bodda⁴⁵, il quale, dopo aver identificato il contratto di diritto pubblico come la figura da utilizzare per dare spiegazione ad istituti di diritto positivo non riconducibili a manifestazioni di volontà unilaterali della p.a., ha cercato di definire quale fosse, nei fatti, la relazione tra la causa e l’interesse pubblico. Se la causa rappresenta la “risultante della fusione delle cause giuridiche

⁴³ Sono parole di S. Civitarese Matteucci, *Contributo allo studio del principio contrattuale nell’attività amministrativa*, cit., p. 33.

⁴⁴ Così A. De Valles, *La validità degli atti amministrativi*, Roma, Cedam, 1917, p. 28.

⁴⁵ P. Bodda, *Ente pubblico, soggetto privato e atto contrattuale*, Pavia, 1937, I.

delle rispettive manifestazioni di volontà che si incrociano in tale atto”⁴⁶ (cioè nel contratto), non v’è dubbio che una tale fusione sia ipotizzabile solo laddove le due manifestazioni di volontà dei contraenti siano omogenee; è evidente che, nel nostro caso, non si possa allora parlare di omogeneità e ciò basterebbe ad escludere la possibilità di un vero e proprio rapporto contrattuale. In realtà, secondo l’Autore, la disomogeneità è soltanto apparente, in quanto la manifestazione di volontà della parte pubblica, pur tendendo alla “soddisfazione di uno scopo pubblico, come avviene per gli atti unilaterali dell’amministrazione, deve tendere a soddisfare anche l’interesse dell’altra parte e cioè del privato, della cui collaborazione l’amministrazione abbisogna”⁴⁷. Dunque, se la causa dei contratti di diritto pubblico è la medesima dei contratti privatistici e si sostanzia nell’intento di “costituire, modificare o sciogliere un dato rapporto giuridico (ad esempio scambiare cosa contro prezzo), l’interesse pubblico rispetto alla causa del contratto costituisce il “motivo presupposto”⁴⁸ della manifestazione di volontà del soggetto pubblico”⁴⁹.

L’omogeneità delle due manifestazioni di volontà, che sola può giustificare la presenza di una causa realmente contrattuale, viene raggiunta conferendo all’interesse pubblico un preciso rilievo giuridico, in quanto “è proprio l’accettazione del modo come l’autorità ha determinato l’interesse pubblico a consentire al singolo di conseguire l’utilità privata cui aspira”⁵⁰.

La ricostruzione di Bodda ha una portata dirompente in merito al tema della revocabilità: se l’interesse pubblico, come è stato fin qui dimostrato, condiziona la causa del contratto, “il privato non può che introdurre nella propria manifestazione di volontà l’elemento pubblicistico

⁴⁶ *Ivi*, p. 62.

⁴⁷ *Ivi*, p. 95.

⁴⁸ Cosa debba effettivamente intendersi per “motivo presupposto” Bodda non lo spiega, ma per il concetto di presupposizione e le sue ricadute sul contratto, si veda *infra*, Cap. II, par. 2.4.2.

⁴⁹ S. Civitarese Matteucci, *op. cit.*, p. 52.

⁵⁰ *Ivi*, p. 53.

così come lo trova preparato dall'altra parte"⁵¹ e perciò ben potrà trovarsi esposto ad una diversa valutazione dell'interesse pubblico in presenza di un mutamento delle condizioni di fatto. In altri termini, la revocabilità è dato immanente alla fattispecie e giustifica l'idea di "disuguaglianza" del contraente privato rispetto alla p.a., che però, nell'idea del Bodda, è una disuguaglianza meramente "secondaria", riducendosi al fatto che una parte del contenuto della propria manifestazione di volontà sia fornita dall'ente pubblico.

In conclusione, si può a ragione affermare che il contratto "Boddiano" nasce *condizionato* dalla permanenza di un interesse pubblico attuale, che necessariamente dev'essere accolto dal privato; Civitarese Matteucci⁵², piuttosto che di condizione sospensiva, preferisce parlare, a tal riguardo, di una presupposizione – figura di elaborazione dottrinale dai contorni assai poco nitidi -, sulla base di un'ideale clausola *rebus sic stantibus*, che cela in sé l'ammissibilità o meno del potere di revoca.

Il tema sarà oggetto di una disamina più approfondita nel Capitolo II; per ora, va messo in luce che la teorica di Bodda venne aspramente criticata da vari Autori, tra cui Ledda, il quale sottolineò come "un negozio bilaterale in cui, secondo la previsione normativa, l'interesse di una delle parti sia necessariamente subordinato a quello dell'altra, può essere tutto tranne che contratto"⁵³.

Tornando ai caratteri essenziali del contratto di diritto pubblico che lo eleverebbero a categoria concettuale unitaria, occorre rilevare che, se adottassimo gli strumenti propri del diritto civile, dovremmo, in realtà, concludere per l'inopportunità di entrambe le configurazioni sopra richiamate – che rinvergono l'essenza di tale figura nella natura soggettiva delle parti ovvero nell'elemento causale -, data la duttilità e l'elasticità che

⁵¹ P. Bodda, *op. cit.*, pp. 102-103.

⁵² S. Civitarese Matteucci, *op. cit.*, *passim*.

⁵³ F. Ledda, *Il problema del contratto nel diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 1964, p. 365.

il contratto, ormai da tempo, ha assunto nella realtà. La mutevole conformazione che tale strumento riveste, ci consente di affermare che la particolare qualità soggettiva rivestita da una parte ovvero il concreto regolamento di interessi che si intende realizzare non sono indici sufficienti ad escludere l'applicabilità del regime privatistico. Allo stato della legislazione codicistica e speciale in materia, assai arduo – se non oggettivamente impossibile - sarebbe rinvenire una disposizione che limiti l'utilizzo del contratto al campo privatistico; ciò non toglie che questo possa subire degli adattamenti (relativi alla disciplina e al regime in concreto applicabili) a seconda della vicenda concreta che si trova a regolare. È proprio questo l'essenza del contratto: un atto di volontà concordato che si presta a realizzare un assetto di interessi multiforme e variegato e che, qualora volessimo individuare un limite positivo al suo utilizzo, non può mai porre in essere un'operazione, per quanto complessa essa sia, in violazione della legge⁵⁴.

Ma nel nostro ordinamento il contratto è uno e uno solo e trova la sua regolamentazione agli artt. 1321 e ss. del codice civile; nasce nell'ambito del diritto privato e lì vive, fermo restando che ciò non preclude affatto la sua utilizzabilità nei settori più disparati (diritto del lavoro, amministrativo, commerciale, internazionale...). Questa è la ragione fondamentale per cui Giannini⁵⁵ per primo ha sostenuto che, nel nostro ordinamento, non fossero configurabili “*contratti di diritto pubblico*” ma piuttosto “*contratti ad oggetto pubblico*”, eventualmente soggetti ad una disciplina speciale ma comunque espressione di piena autonomia negoziale. Il contratto ad oggetto pubblico viene ad essere, pertanto, un atto di diritto comune caratterizzato dalla presenza di un oggetto particolare, ossia un

⁵⁴ Nei medesimi termini si muove la teorica del negozio giuridico quale “fattispecie a funzionalità libera (entro i confini del lecito)”, elaborata da F.G. Scoca, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. amm.*, 1995, p.8.

⁵⁵ M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, vol. II, p. 356.

bene di cui solo la p.a. può disporre, dunque impossibile da dedurre in un negozio tra privati.

Analogamente il problema è impostato da Ledda, il quale chiarisce come “nel diritto pubblico non sia possibile ravvisare la norma-base del contratto, ma esclusivamente il limite all’operatività di questa norma”⁵⁶. In altri termini, il regolamento contrattuale trova il suo terreno naturale nel diritto privato, che si occupa di regolare i rapporti tra soggetti posti su di un piano di assoluta parità, ma ha una forza di espansione tale da consentirgli “di affermarsi in qualunque direzione, ovunque non incontri ostacolo in principi o norme inderogabili”⁵⁷.

Tenendo ben a mente queste premesse, è possibile approfondire il tema della configurabilità del “contratto ad oggetto pubblico” nel nostro ordinamento.

Tra i tanti autori che si dedicano allo studio dell’argomento, alcuni, come anticipato, riconducono tale figura alla sussistenza di un soggetto pubblico, altri al perseguimento dell’interesse pubblico, altri ancora ad una particolare conformazione della causa: l’interesse pubblico non rimarrebbe, secondo questa teoria, nella soggettività dell’amministrazione quale motivo presupposto del negozio ma, proprio come nel contratto di diritto privato, si presenterebbe come connaturato al negozio e con esso compenetrato, in modo da caratterizzarne la causa⁵⁸.

La figura del negozio di diritto pubblico nasce nell’ottica di rimarcare che, sebbene il rapporto abbia fonte in un accordo tra le parti, lo statuto giuridico applicabile non è quello dei contratti di diritto privato, ma una disciplina ibrida di regole negoziali e pubblici poteri, volti a dar rilievo alla dimensione funzionalizzata dell’agire dell’amministrazione.

Numerosi sono i sostenitori di questa teoria, per quanto ciascuno ne offra una rielaborazione, per così dire, personale: per esempio, Falcon

⁵⁶ F. Ledda, *op. cit.*, p. 122.

⁵⁷ *Ivi*, p. 123.

⁵⁸ In tal senso, G. Falcon, *Le convenzioni pubblicistiche*, Milano, Giuffrè, 1984, p. 94.

sottolinea la “ben fragile e superficiale presenza, di poco più che una semplice apparenza”⁵⁹ di tale figura, e ciò proprio per la constatazione che l’agire contrattuale della pubblica amministrazione deve essere qualificato quale agire “normativamente vincolato al pubblico interesse e giuridicamente rilevante come tale”⁶⁰ e, pertanto, la ricostruzione più opportuna è quella unilaterale, che viene ricondotta al solo provvedimento amministrativo. A conclusioni in parte analoghe giunge anche Giannini⁶¹, ricostruendo il rapporto come scaturente da un atto unilaterale costitutivo di un rapporto bilaterale. In realtà, soprattutto la tesi di Falcon, seppur fermamente ancorata al carattere unilaterale della convenzione, ne ravvisa l’essenza in una sorta di “reciprocità” degli impegni delle parti: l’Amministrazione, dopo aver effettuato una valutazione discrezionale circa la possibilità di consentire al privato l’esercizio di un potere di per sé pubblico, si impegna, a sua volta, nei confronti del privato a rispettare il complessivo programma concordato. Come dire, per riprendere le parole dell’Autore, che “il potere amministrativo rimane, quanto alla provenienza, unilaterale, ma esso è bilaterale quanto alla produzione dell’effetto giuridico”⁶².

Questa unilateralità viene ricostruita, dalla dottrina successiva⁶³, ponendola a paragone con il carattere unilaterale della proposta e dell’accettazione nel contratto di diritto civile, le quali sorgono da una fase di trattativa e subiscono una rimodulazione continua, a tal punto da divenire, spesso, sostanzialmente indistinguibili. Da ciò discende che la struttura della “convenzione pubblicistica”, oggetto della monografia di Falcon, “non è per nulla diversa nel contratto di diritto privato, ove in realtà

⁵⁹ *Ivi*, p. 114.

⁶⁰ *Ibidem*

⁶¹ M.S. Giannini, *Lezioni di diritto amministrativo*, I, Milano, Giuffrè, 1950, p. 350 .

⁶² G. Falcon, *op. cit.*, p. 257.

⁶³ Mi riferisco, *in primis*, alla monografia di S. Civitarese Matteucci, più volte richiamata.

ciò che si definisce contratto non è che l'incontro di due distinti atti unilaterali, la proposta e l'accettazione"⁶⁴.

Nello stesso senso si orienta la tesi di Sandulli⁶⁵ il quale, nel parlare di "contratti di diritto pubblico" li riconduce *tout court* alla disciplina del diritto comune.

D'altro canto, Ugo Forti⁶⁶ sostiene che la figura del contratto di diritto pubblico sia tale da garantire che "gli interessi dello Stato sono qui ugualmente al sicuro con la teoria dell'atto d'impero, perché troppo assurdo e strano sarebbe il credere che il contratto portasse necessariamente dietro di sé nel campo del diritto pubblico tutte quelle norme da cui è regolato nel diritto privato"⁶⁷. In particolare, la ricostruzione fortiana merita di essere posta in evidenza per almeno due ragioni: *in primis* per un'innovazione terminologica in senso stretto che è rappresentata dalla sostituzione della locuzione "concessione di lavori pubblici" con quella di "concessione di pubblico servizio". In secondo luogo, l'asse portante dell'opera citata è l'affermazione di un "fondo contrattuale" esistente in tutti i tipi di concessioni da cui derivino obblighi di fare per il concessionario. In altre parole, come già la dottrina tedesca aveva dimostrato, non è possibile imporre in via unilaterale al privato obblighi di fare, essendo in tal caso necessario il suo consenso, cioè un suo atto volontario di assunzione dell'obbligo, che per le concessioni si sostanzia nella stipulazione o accettazione del capitolato, con cui il concessionario conferisce "a quell'amministrazione quel diritto che per virtù propria non le si apparterebbe nemmeno in potenza, il diritto cioè di pretendere da lui la prestazione del pubblico servizio"⁶⁸.

⁶⁴ Così sempre S. Civitarese Matteucci, *Contributo...cit.*, p. 172.

⁶⁵ A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, Jovene, 1984, p. 585.

⁶⁶ U. Forti, *Natura giuridica delle concessioni amministrative*, in *Giur. it.*, 1900, IV, pp. 369 e ss.

⁶⁷ M. D'Alberti, *op. cit.*, p. 130.

⁶⁸ U. Forti, *op. cit.*, p. 395.

Nella sua ricostruzione, Forti muove dalla critica alla rigida tesi di Ranelletti e sottolinea come tra le due volontà – quella dell'amministrazione e quella del privato – intercorre un “legame più intimo”⁶⁹, che non può essere quello di un atto autonomo che accede ad un altro atto autonomo. In sostanza, nelle concessioni di pubblico servizio si verifica “un fatto che non è lecito discutere: lo scopo che determina l’una volontà ad agire giuridicamente sta nella prestazione che dall’altra si promette; si ha il *duorum in idem placitum consensus*, il *do ut des*, insomma una bilateralità evidente, prendendo questa parola in senso generico, in quanto cioè serve ad indicare come dal rapporto volontariamente stretto derivino obblighi per ambe le parti che vi intervengono... se cerchiamo una figura giuridica che vi corrisponda, abbiamo senz’altro la figura del contratto”⁷⁰.

Queste affermazioni del Forti riassumono in sé il significativo risultato raggiunto al quale, però, fanno seguito alcune frettolose argomentazioni⁷¹ con cui l’Autore rifiuta aprioristicamente la categoria del contratto di diritto privato, optando per quella del contratto di diritto pubblico. Si tratta di una figura che contiene “in sé elementi pubblicistici così importanti da trasformare in pubblico un rapporto fondamentalmente privato, in quanto legato ad una matrice contrattuale”⁷².

Altrettanto significativa e degna di nota è un’altra enunciazione che Ugo Forti fa nella sua opera, stando alla quale il rapporto, che ha origine per effetto del contratto di diritto pubblico, si divide essenzialmente in due fasi: la prima, di *conclusione*, che ha carattere tipicamente contrattuale e la seconda, di *esecuzione*, che presenta invece profili imperativi ed unilaterali. Dunque, nel momento dell’incontro delle volontà, il contraente pubblico

⁶⁹ *Ivi*, p. 396, nota 115.

⁷⁰ *Ivi*, p. 397.

⁷¹ Tra queste, la tradizionale idea per cui se uno dei contraenti è una pubblica amministrazione, non si può configurare un contratto privatistico. Un’idea di tal fatta già da tempo non trovava seguito in giurisprudenza.

⁷² M. D’Alberti, *op. cit.*, p. 133.

emana un atto amministrativo di concessione che è sì atto d'impero ma che costituisce anche adempimento di un'obbligazione contrattuale dell'amministrazione, sostanziandosi nella necessaria emanazione degli atti amministrativi necessari allo svolgimento del servizio pubblico.

Si tratta di un disegno teorico che ha forti implicazioni di ordine pratico: basti pensare al tema della revoca di concessione. Ammesso che la conclusione della concessione rappresenti un'ipotesi di adempimento contrattuale, la sua revoca potrà dar luogo ad un inadempimento e, pertanto, sarà legittima “essenzialmente nei casi in cui l'ordinamento consente la risoluzione, venendosi sensibilmente ad ampliare la protezione del concessionario”⁷³.

Tutto ciò offre uno spunto non da poco nella ricostruzione dogmatica dell'istituto: il tradizionale canone della revocabilità *ad nutum*, intesa quale potestà illimitata in capo all'amministrazione, viene ribaltato a favore di un inquadramento in chiave sempre più privatistica, con la conseguenza che sulle liti concernenti la legittimità della revoca viene ritenuto competente il giudice ordinario, vertendosi in tema di diritti soggettivi.

In sostanza, lo statuto applicabile al contratto di diritto pubblico risulta dal combinato disposto della disciplina di diritto comune, necessariamente integrata (e, a volte, derogata) da norme speciali di diritto pubblico. Viene pertanto sancita “la giuridica possibilità di far convivere, nello stesso atto, la volontà dello Stato e quella del privato, con conseguente fusione di elementi di diritto pubblico e di diritto privato in un unico negozio, che costituisce appunto il *contratto di diritto pubblico*”⁷⁴.

In realtà, la figura del contratto di diritto pubblico deve essere collocata in una prospettiva di più ampio respiro. La manualistica moderna ha elaborato una categoria a sé stante, che è quella dei cd. “contratti pubblici”, ossia degli strumenti di cui l'amministrazione si serve per

⁷³ *Ivi*, p. 136.

⁷⁴ Così ricostruisce la figura del contratto di diritto pubblico G. Balocco, *op. cit.*, p. 4 nota 4.

perseguire i propri obiettivi. Si tratta, in realtà, di una figura inesistente nel nostro sistema positivo, nonché di una “locuzione atecnica, priva di una sua intrinseca sistematicità contrattuale, tale da essere considerata una precisa categoria dogmatica”⁷⁵. Non è difatti possibile costruire una categoria unitaria che comprenda tutte le attività pattizie della p.a. e riduttivo sarebbe argomentare in tal senso alla luce dell’introduzione del comma *1bis* nell’art. 1 della Legge 241/1990. In sostanza, “non esiste una e una sola attività non autoritativa, ma una pluralità di ipotesi la cui riconducibilità al concetto nozionale di contratto, per talune è certa, per altre probabile, per altre ancora del tutto problematica”⁷⁶.

In questo discorso, quale ruolo rivesta la concessione è subito spiegato: la figura del contratto pubblico viene “impiantata” nel nostro ordinamento, adattando quello che era il modello elaborato dalla dottrina tedesca e verificando se esistessero e quali fossero le fattispecie concrete per cui la manifestazione di volontà del privato non era del tutto ininfluenza sulla instaurazione del rapporto amministrativo. Emblematica, a tal proposito, fu ritenuta proprio la concessione, tipica ipotesi in cui la manifestazione di volontà del concessionario aveva – e continua ad avere – un peso determinante, che mette in pericolo il dogma dell’unilateralità del potere amministrativo.

Completa ed esauriente è l’analisi tassonomica di Santise⁷⁷ il quale, riprendendo le Lezioni di M.S. Giannini⁷⁸, sottolinea una continua tensione tra moduli privatistici e pubblicistici e rinviene la caratteristica fondamentale dei c.d. “contratti pubblici” nel loro essere collegati a provvedimenti amministrativi: il modo in cui tale collegamento si realizza distingue i diversi tipi di contratto. Si realizza, a detta dell’Autore,

⁷⁵ Così B. Cavallo, *Tipicità e atipicità nei contratti pubblici fra diritto interno e normativa comunitaria: rilievi procedurali e sostanziali*, in *Tipicità e atipicità nei contratti pubblici*, a cura di F. Mastragostino, Bononia University Press, 2008, pp. 13 ss.

⁷⁶ *Ivi*, p. 13.

⁷⁷ M. Santise, *Coordinate ermeneutiche di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, IV ediz., 2018.

⁷⁸ M.S. Giannini, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1950.

“un’osmosi tra provvedimento e contratto, al punto che il contratto si spiega solo in relazione al provvedimento amministrativo”⁷⁹.

Nell’ambito dei contratti che la p.a. può stipulare, Santise distingue essenzialmente tre sottocategorie:

1. Contratti di diritto comune, la cui disciplina non subisce modificazioni per il sol fatto che una delle parti è un soggetto pubblico;

2. Contratti speciali, che mantengono in parte la struttura privatistica e in parte sono regolati da norme pubblicistiche (si pensi, ad esempio, all’appalto di opere pubbliche, in cui è presente un capitolato espressione di regole di “diritto privato speciale”)

3. Contratti ad oggetto pubblico, collegati a provvedimenti amministrativi e tra i quali rientrano:

- a. i contratti **accessivi** a provvedimenti, per cui l’atto unilaterale si presenta come necessario presupposto;
- b. i contratti **ausiliari** di provvedimenti (ad esempio gli accordi integrativi ex art. 11, l. 241/90), per i quali, a differenza dei primi, il provvedimento presupposto è meramente eventuale;
- c. i contratti **sostitutivi** di provvedimenti, in cui l’atto unilaterale viene necessariamente meno (è chiaro il richiamo all’altra tipologia di accordi di cui all’art. 11 della legge sul procedimento amministrativo).

In questa sistematica, le concessioni-contratto rientrano nella terza categoria, quella dei “contratti ad oggetto pubblico” e, nello specifico, sono ricomprese tra i contratti accessivi di provvedimenti, caratterizzati dalla necessaria coesistenza di un provvedimento di concessione e di una convenzione ad esso allegata.

⁷⁹ *Ivi*, p. 346.

Si viene, in tal modo, ad instaurare un collegamento unilaterale, nel senso che il provvedimento è idoneo ad incidere sulla sorte del contratto, ma non viceversa. La fonte precipua delle obbligazioni viene rinvenuta nel provvedimento e la convenzione serve a regolamentarne la disciplina di specie.

Il termine “convenzione” è un termine ricorrente nel lessico civilistico. Già nel codice civile del 1865 era chiaramente utilizzato come sinonimo di “contratto”: ad esempio, compariva all’art. 1104₂, relativo ai *requisiti essenziali per la validità di un contratto*”, all’art. 1110_sull’*errore di fatto* causa di nullità del contratto, all’art. 1111 sulla *violenza*, e all’art. 1126, relativo agli *effetti* dei contratti⁸⁰.

Il vigente codice civile del 1942 adopera il medesimo termine in molteplici norme: penso, in via esemplificativa, all’art. 458 c.c., che sancisce il divieto di patti successori; ma penso anche all’art. 1273 c.c. in materia di acollo. In questi e in altri casi, il termine viene chiaramente utilizzato come sinonimo di “contratto”.

Per avvalorare tale ipotesi interpretativa, occorre richiamare la nozione di contratto, contenuta nell’art. 1321 c.c., e verificare se la convenzione di cui parliamo presenta elementi tali da poter rientrare in tale definizione. Si tratta di un punto di partenza obbligato, in quanto “tale

⁸⁰ Per chiarezza espositiva, si riporta il dettato delle disposizione del citate del codice abrogato:

Art. 1104: “ *I requisiti essenziali per la validità di un contratto sono: la capacità di contrattare; il consenso valido dei contraenti; un oggetto determinato che possa essere materia di **convenzione**; una causa lecita per obbligarsi.*”

Art. 1110: “*L’errore di fatto non produce la nullità del contratto, se non quando cade sopra la sostanza della cosa che ne forma l’oggetto. Non produce la nullità, quando cade soltanto sulla persona colla quale si è contrattato, eccetto che la considerazione della persona colla quale s’intende contrattare, sia la causa principale della **convenzione**.*”

Art. 1111: “*La violenza usata contro colui che ha contratta l’obbligazione, è causa di nullità, ancorché sia stata usata da una persona diversa da quella, a vantaggio della quale si è fatta la **convenzione**.*”

Art. 1126: “*Se la cosa che taluno si è obbligato con successive **convenzioni** di dare o consegnare a due persone, è un mobile per natura o un titolo al portatore, quella fra esse a cui fu dato il possesso, sarà preferita all’atra, sebbene il suo titolo fosse posteriore di data, purché il possesso sia di buona fede.*”

norma governa fundamentalmente (...) anche i contratti dell'amministrazione»⁸¹.

1.4 La “convenzione accessiva al provvedimento” come contratto

L'art. 1321 c.c. recita: “*Il contratto è l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale*”.

L'essenza di questa disposizione viene comunemente rinvenuta nell'**accordo**, nel consenso cioè che le parti contraenti prestano affinché la relazione “insorgenda” fra le stesse sia idonea a spiegare effetti nella propria sfera giuridica. L'accordo viene tradizionalmente rinvenuto nell'incontro delle reciproche volontà, cioè nel momento in cui alla proposta di una parte consegue l'accettazione dell'altra. In realtà, già su questo punto, non si riscontra un'unanimità di vedute e, a tal proposito, merita di esser citato lo studio di P. Schlesinger⁸², pubblicato nel 1964, in cui l'Autore critica l'idea tradizionale secondo la quale nel contratto si realizzerebbe una “fusione delle singole volontà, nel senso che ivi si avrebbe una volontà che è comune a entrambi i contraenti”⁸³.

Innanzitutto, Schlesinger constata che il termine “contratto” è polisemantico e può essere ricondotto ad almeno *quattro* significati diversi⁸⁴:

1. contratto come fattispecie, ossia come “complesso degli atti necessari per la stipulazione di un accordo giuridicamente vincolante”;

⁸¹ S. Civitarese Matteucci, *op. cit.*, p.151.

⁸² P. Schlesinger, *Complessità del procedimento di formazione del consenso ed unità del negozio contrattuale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1964, pp. 1345 ss.

⁸³ *Ibidem*.

⁸⁴ *Ivi*, pp. 1352 e ss.

2. contratto come complesso delle pattuizioni approvate dai contraenti, dei “simboli espressivi che entrambe le parti hanno accettato in quanto le hanno considerate idonee a rappresentare le intese raggiunte”. In questo senso il contratto viene ad essere un dato oggettivamente conoscibile, ad esempio il testo scritto.

3. contratto come precetto o disposizione negoziale, inteso nel senso del concreto risultato voluto dalle parti, accertato mediante le regole ermeneutiche predisposte dal codice civile.

4. contratto come “regolamento risultante dai patti intercorsi tra i privati come esso è recepito nell’ordinamento e cioè compresi gli effetti che automaticamente le norme ricollegano al precetto negoziale, ove propriamente risiede il valore *normativo* o *impegnativo* del contratto”⁸⁵.

Fermo restando che, come l’Illustre Autore rimarca, nella realtà dei fatti non sempre è facile distinguere le quattro ipotesi ivi menzionate, l’ultima tra queste viene in rilievo ai fini della presente trattazione: il regolamento contrattuale abbraccia non solo le “conseguenze giuridiche necessarie per realizzare il precetto negoziale”, ma anche “tutti gli effetti predisposti in vario modo dalle numerose disposizioni di legge con le quali si concreta l’intervento dello Stato nell’opera di recezione degli atti di autonomia”⁸⁶. E nel medesimo senso può essere ricostruito il fenomeno dei contratti dell’amministrazione, in cui “l’atto di adesione al regolamento contrattuale è un atto amministrativo che, incrociandosi con un’altra manifestazione prenegoziale, dà luogo ad un regolamento negoziale che è a tutti gli effetti un contratto regolato dal codice civile”⁸⁷.

Tornando all’art. 1321 c.c., che un accordo sia presente anche nella convenzione mi pare più che evidente, sostanziandosi, questa, proprio nel

⁸⁵ Così, richiamando lo studio di Schlesinger, S. Civitarese Matteucci, *op. cit.*, p.145.

⁸⁶ P. Schlesinger, *op. cit.*, p. 1360.

⁸⁷ E’ la ricostruzione di S. Civitarese Matteucci, *op. cit.*, p.146, che sancisce l’ammissibilità di un contratto *tout court* nell’ambito dell’attività amministrativa.

consenso che il privato presta a diventare destinatario di una serie di diritti e, contestualmente, di obblighi sanciti nella concessione. Ad esito della stipulazione della convenzione concessoria, viene in essere un vero e proprio rapporto contrattuale, da cui sorgono diritti ed obbligazioni reciproche della parti: il concessionario diventa titolare di un fascio di rapporti di diritto comune, cui corrispondono altrettante situazioni giuridiche di diritto comune da parte dell'amministrazione.

L'altro elemento su cui occorre soffermare l'attenzione è quello della patrimonialità: con il contratto, le parti vogliono regolare tra loro un *rapporto giuridico patrimoniale*⁸⁸. Dunque, se venisse a mancare la patrimonialità dell'accordo, questo non sarebbe qualificabile in termini contrattuali. La dottrina più recente tende ad intendere questo requisito come "implicito" dell'accordo⁸⁹: è meramente ipotetico che gli interessi delle parti in gioco non siano suscettibili di una valutazione socio-economica. La giurisprudenza della Cassazione adotta un'interpretazione estensiva di questo requisito, rintracciandolo anche nei casi in cui vengono dedotte in contratto prestazioni non aventi *ex se* carattere patrimoniale che, tuttavia, finiscono per acquistarlo in quanto poste a corrispettivo di prestazioni a carattere patrimoniale. Occorre pertanto osservare come, "pressoché sempre le prestazioni deducibili nell'accordo (...) siano

⁸⁸ La letteratura in materia è vastissima. Basti citare l'opera di un insigne giurista, P. Rescigno, a parere del quale: "Il giudizio sulla patrimonialità della prestazione (...) deve esprimersi in termini obbiettivi, adeguandolo alle convinzioni generalmente accettate nell'ambiente sociale con riguardo alla deducibilità in rapporto ad un comportamento individuale. Occorre controllare se sotto il profilo sociale sia considerato ammissibile, e positivamente apprezzato, che quel comportamento costituisca materia di un rapporto vincolante di fronte al diritto, giustificandosi così il sacrificio patrimoniale di un soggetto (...) e l'utilità di un altro soggetto" in *Obbligazioni (nozioni)*, in *Enc. Dir.*, XXXIX, 1979, p.185.

⁸⁹ Una parte autorevole della dottrina arriva addirittura ad escludere che la patrimonialità sia un carattere essenziale del contratto. Si veda R. Sacco, *La nozione del contratto*, in *Tratt. Dir. Priv.*, p. 10, il quale conclude che una vera e propria definizione del contratto nell'ordinamento non c'è ed occorre adottare una definizione di base, latente nel sistema, sottostante al nostro diritto positivo.

suscettibili di valutazione economica e appaiono rispondere ad un interesse, anche non patrimoniale, del creditore”⁹⁰.

Se poi trasliamo quest’idea nel campo del diritto amministrativo e, precisamente, nell’ambito delle concessioni, appare indubitabile che, tanto il concedente, quanto il concessionario, addivengano alla stipulazione del contratto per regolare aspetti patrimoniali: “il sinallagma che lega la prestazione dell’amministrazione alla controprestazione del concessionario assume una chiara connotazione di tipo patrimoniale, in quanto, il più delle volte, la parte privata si obbliga a progettare, realizzare e gestire l’opera a fronte della riscossione di tariffe, corrisposte dagli utenti, pagando, eventualmente, un canone alla controparte pubblica”⁹¹.

Nel campo amministrativo, la valutazione sulla patrimonialità del rapporto giuridico è stata da sempre ricondotta alla natura della situazione soggettiva sottesa al rapporto: in un primo momento, si riteneva che i diritti soggettivi, legittimando, in caso di loro lesione, il risarcimento del danno, fossero gli unici “patrimonializzabili”. Alle medesime conclusioni si è pervenuti anche con riferimento agli interessi legittimi, ma solo a partire dalla nota sentenza 500/1999 della Corte costituzionale che, per la prima volta, ha affermato che gran parte degli interessi legittimi regolati dall’accordo contrattuale sono “beni della vita” suscettibili di una valutazione economica, proprio perché risarcibili.

Un altro tema che merita di essere approfondito, seppur *a latere*, è quello della tipicità o atipicità dei contratti pubblici. Si tratta dell’ennesima conferma che, anche nel campo del diritto pubblico, la disciplina contrattuale non è affatto diversa da quella privatistica, consacrata nel codice civile.

La norma qualificatoria che, nella *communis opinio*, consente la conclusione di contratti atipici, subordinandola alla valutazione della

⁹⁰ S. Civitarese Matteucci, *op. cit.*, p. 191.

⁹¹ G. Balocco, *op. cit.*, p. 31.

meritevolezza dell'interesse è l'art. 1322, comma secondo del c.c. La medesima disposizione va trasposta pedissequamente all'attività amministrativa, ritenendo che tutte le volte in cui questa si sostanzia in atti negoziali, gli stessi possano rivestire carattere tipico ovvero atipico: sarà all'uopo necessaria la valutazione dell'interesse perseguito, che in nessun caso può essere esclusa sulla base dell'aprioristica affermazione per cui la p.a. agisce sempre nel perseguimento dell'interesse pubblico⁹².

Nella sua incontestata autonomia negoziale, la parte pubblica potrebbe ritenere opportuno porre in essere un "tipo legale", che è senza dubbio garanzia di certezza, oppure uno schema normativo non previsto da alcuna disciplina particolare e magari più rispondente alle esigenze di elasticità. Ma in entrambi questi casi, il paradigma di riferimento sarà sempre la disciplina codicistica. Il ragionamento è ricostruito in termini decisamente chiari dal Consiglio di Stato⁹³, il quale sottolinea che l'amministrazione può concludere contratti atipici (a prescindere dal *nomen iuris* utilizzato) purché diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela non confliggenti con le finalità istituzionali; pertanto – e qui la giurisprudenza fissa un altro principio molto interessante –, la determinazione di un ente pubblico di concludere un contratto atipico non può essere censurata per il solo fatto che il negozio non corrisponde alla figura tipica disciplinata dal codice civile con un determinato *nomen iuris*, oppure perché è stato utilizzato quel *nomen* per indicare un negozio parzialmente non corrispondente.

⁹² In questi termini si esprime M. Dugato, *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, Milano, Giuffrè, 1996. Secondo l'Autore, se la funzionalizzazione domina l'attività di diritto comune dell'amministrazione e impone che questa sia necessariamente diretta alla soddisfazione dei fini istituzionali dell'ente contraente, allora il giudizio di meritevolezza degli interessi dedotti in contratto è inevitabilmente assorbito da quello sulla corrispondenza tra l'obiettivo perseguito nel contratto e i fini istituzionali. Infatti, essendo questi ultimi definiti o dalla legge o da una regola di diritto, non possono che essere meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico.

⁹³ Il riferimento è a Cons. Stato, sez. V, 7 settembre 2001, n. 4680, su *Giustamm.it*.

Come già rilevato in apertura del presente capitolo, la concessione nasce come categoria concettuale unitaria, per indicare il provvedimento che crea un diritto nuovo nel privato; prima di questo momento, però, il termine *concessione* era un nome “neutro”, “che stava a designare rapporti giuridici diversi, fundamentalmente riconducibili a tipi contrattuali regolati dal codice civile: in specie, locazioni, affitti, appalti”⁹⁴. Il giurista moderno non tarderebbe ad eccepire che una simile tesi è oggi insostenibile, stando alla produzione normativa nazionale e, ancor prima, alle sollecitazioni in seno all’Unione Europea, grazie alle quali sono stati delineati i tratti essenziali della figura concessoria, che la rendono autonoma e difficilmente riducibile ai tipi contrattuali *de quo*.

All’inizio del Novecento, difettando ogni tipo di regolamentazione interna e comunitaria del fenomeno, le principali connotazioni sostanzialistiche delle concessioni venivano rinvenute, da un lato, nella stretta connessione con svolgimento di un’attività economica del concessionario e, dall’altro, nel potere sostitutivo dell’amministrazione concedente. In altri termini, stando ai fatti, non esisteva concessione che non rappresentasse uno strumento di regolazione intensa di attività di tipo imprenditoriale, nell’ambito della quale l’amministrazione concedente aveva il potere di subentrare al concessionario in caso di suo inadempimento.

Il regime giuridico di tale rapporto era posto da una pluralità di fonti, tra cui norme di legge, clausole provvedimentali, precetti contrattuali e regole elaborate dalla giurisprudenza. Un regime variabile, dunque, che veniva “adattato” al singolo rapporto concessorio e che, ben presto, dimostrò l’impossibilità di una totale assimilazione delle concessioni ai tipi contrattuali del codice civile. Pur non venendo a coincidere con i tipi civilistici, *in primis* locazione e appalto, le concessioni venivano a essere

⁹⁴ M. D’Alberti, *op. cit.*, p. 317.

configurate come “rapporti giuridici a genesi prevalentemente contrattuale”⁹⁵.

D'altro canto, le tesi anti-contrattualistiche muovono tutte dal presupposto che la p.a., in quanto autorità, si trovi in una posizione disparitaria rispetto alle controparti contrattuali e che questo sia sufficiente per escludere che si venga a configurare un rapporto contrattuale; si tratta, a ben vedere, di un'idea sbagliata in partenza, o meglio di un'idea che forse poteva trovare un qualche fondamento decenni or sono, quando il diritto positivo non era ancora intriso, com'è tutt'oggi, da rapporti tra soggetti con differente “forza contrattuale”. Si pensi alla totalità dei rapporti di consumo: la disciplina consumeristica nasce proprio per offrire una qualche tutela a un soggetto caratterizzato da una debolezza contrattuale, la quale debolezza non gli preclude affatto di stipulare contratti con un soggetto più forte, il professionista.

Il tema viene a intersecare la *vexata quaestio* dell'applicabilità dell'art. 1341 c.c., sulle *Condizioni generali di contratto*, anche alla pubblica amministrazione. Prima di entrare *in medias res*, va detto che, com'è noto, il fenomeno sempre più ricorrente della contrattazione “in massa” o “in serie” ha avuto, come effetto principale, quello di mettere in crisi la categoria unitaria del contratto: viene a mancare una fase di trattativa vera e propria e, con essa, scompare la possibilità di negoziare il contenuto dell'atto. Santoro-Passarelli scrive che, in tali situazioni, manca “al contraente, oltre alla possibilità di concorrere a determinare il contenuto del contratto, anche la possibilità di non stipularlo”⁹⁶. Insomma, una vera e propria eclissi del contratto come simbolo per eccellenza dell'autonomia negoziale.

È infatti frequente che le Amministrazioni predispongano un contratto formulato mediante condizioni generali, le quali ben possono

⁹⁵ *Ivi*, p. 338.

⁹⁶ F. Santoro-Passarelli, *Variazioni sul contratto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1970, p.6.

ridursi a vere e proprie clausole vessatorie nei confronti della controparte privata. Tradizionalmente, in questi casi era esclusa la disciplina garantista posta dagli artt. 1341 e 1342 del c.c., venendosi perciò a delineare un'area di privilegio per l'amministrazione e, conseguentemente, il rischio concreto di un pregiudizio per il contraente aderente.

Solo nella metà degli anni Ottanta questo privilegio comincia ad essere abbattuto da alcune innovative pronunce giurisprudenziali⁹⁷ e ad oggi "l'orientamento che sottopone le clausole vessatorie della p.a. alla necessaria specifica approvazione per iscritto, prescritta dal comma 2 dell'art. 1341 c.c., riceve senza dubbio nuovo impulso e, direi, riconoscimento definitivo dal comma *1bis* dell'articolo 1 della Legge 241/90"⁹⁸.

Per confutare l'assunto in base al quale la situazione di asimmetria – economica e negoziale - implica l'inutilizzabilità dello strumento contrattuale, si pensi, ancora, al cd. "Terzo contratto", figura di recente elaborazione dottrinale riferita al rapporto che si instaura tra imprese con diversa forza economica. Insomma, che oggi lo strumento contrattuale venga normalmente utilizzato anche da soggetti che non si trovano in posizione di parità è un dato incontrovertibile. "Il contratto non si fonda più sul mito della formale paritarietà della parti, ma sul principio della libera autoregolamentazione degli interessi"⁹⁹.

Neanche merita di essere accolta l'ulteriore obiezione mossa alla teoria contrattualistica, quella secondo la quale la pubblica amministrazione non potrebbe stipulare contratti in quanto l'interesse pubblico verrebbe a modellare la causa del contratto al punto da alterarne la sostanza. Si tratta di un'idea insostenibile, dato che valore fondamentale dell'intero ordinamento

⁹⁷ Si ricorda, in particolare, Cass. Civ., 29 settembre 1984 n. 4832, in *Riv. Dir. Comm.*, 1985, I-IV, 75.

⁹⁸ Sono parole di D. Memmo, *L'attività contrattuale della PA e i principi di diritto comune a seguito della legge n.15 del 2005*, in *Tipicità e atipicità dei contratti pubblici*, a cura di F. Mastragostino, Bononia University Press, 2008, pp. 143 e ss.

⁹⁹ A. Moliterni, *Il regime giuridico delle concessioni di pubblico servizio tra specialità e diritto comune*, in *Dir. Amm. Rivista Trimestrale*, anno XX, fascicolo 4/2012, pp. 567 ss.

è quello dell'autonomia contrattuale, che ben consente alle parti di scolpire il regolamento contrattuale nel modo più confacente ai loro interessi.

È assolutamente possibile pervenire ai medesimi risultati funzionali di controllo e vigilanza sull'attività di pubblico interesse tanto con un provvedimento, quanto con un contratto di diritto privato; nulla toglie, infatti, che su quest'ultimo si innestino poteri speciali e interessi specifici, che non vanno comunque ad alterare l'essenza del contratto stesso. Il diritto privato è oggi diritto comune a soggetti pubblici e a soggetti privati ed offre alla p.a. strumenti giuridici in grado di assicurare il miglior perseguimento di quegli interessi di cui è portatrice.

Una volta acquisito che il rapporto concessorio può essere definito in termini contrattuali, è opportuno esaminare i caratteri di questo contratto: si tratta sicuramente di un contratto oneroso, a prestazioni corrispettive e ad esecuzione continuata¹⁰⁰.

- oneroso, perché ciascuna parte riceve un vantaggio in corrispondenza della sua prestazione;
- sinallagmatico, in quanto appare evidente che, a seguito della stipulazione del contratto concessorio, sorgono comunque prestazioni caratterizzate dalla corrispettività e dall'interdipendenza reciproca;
- ad esecuzione continuata, in quanto non può esservi concessione se non si viene a configurare un rapporto di durata tra le parti.

1.5 La tesi contrattualistica di D'Alberti

Non passò molto tempo perché la figura del contratto di diritto pubblico mostrasse la sua totale inconsistenza; essa era una forma vuota,

¹⁰⁰ Tali caratteristiche sono ben messe in evidenza da F. Gullo, *Provvedimento e contratto nelle concessioni amministrative*, Padova, Cedam, 1965.

“un’alternativa fittizia all’unilateralismo”¹⁰¹, come la definisce Marco D’Alberti; è proprio a costui che dobbiamo riconoscere il merito di aver dato vita, per la prima volta, ad una sistematica dello strumento concessorio in chiave totalmente privatistica. La sua analisi prende le mosse da un dato meramente fattuale: nella maggior parte dei casi, le fattispecie concessorie non sono composte da contratto e provvedimento - cosa, che nelle più autorevoli ricostruzioni dottrinarie sembrava essere il tratto caratteristico dell’ istituto -, poiché in concreto il contratto finisce con l’essere l’unico atto costitutivo dei principali rapporti di concessione. “Nelle fattispecie più complesse il momento contrattuale finisce per essere preponderante rispetto al momento autoritativo, ridotto in taluni casi a un mero atto di approvazione del contratto”¹⁰². Nella realtà dei fatti, pertanto, viene sostanzialmente meno un provvedimento unilaterale di concessione e a costituire e regolare il rapporto interviene un vero e proprio contratto; l’atto amministrativo si limita ad approvare il contratto, incidendo pertanto solo sull’efficacia della convenzione, ma rimanendo estraneo alle vicende della costituzione e regolazione del rapporto. In particolare, l’analisi di D’Alberti è condotta prendendo come modello due fattispecie diverse: la **concessione ferroviaria** e la **concessione di acque pubbliche**.

Per quanto concerne la prima, l’Autore rileva come tale rapporto venga instaurato mediante una *convenzione*¹⁰³, che ha un contenuto assai eterogeneo, come pure eterogeneo è l’atto di approvazione di tale convenzione. Se volessimo adottare un’espressione oggi ricorrente, dovremmo dire che il rapporto concessorio ferroviario nasce come *fattispecie a formazione progressiva*: c’è un primo atto, la *convenzione*, con cui l’amministrazione concede la costruzione e/o l’esercizio di ferrovie a

¹⁰¹ M. D’Alberti, *op. cit.*, p. 178.

¹⁰² M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, Il Mulino, ed. 2017, Cap. IV, p. 184.

¹⁰³ Termine di cui viene sottolineata la rilevanza, essendo considerato dal codice civile quale sinonimo di “contratto”.

società private, e un successivo *atto di approvazione*, che può rivestire la forma di una legge, di un decreto reale ovvero ministeriale.

All'interno di questa ricostruzione, degno di nota è il fatto che, tanto le convenzioni approvate con legge, quanto quelle approvate con decreto reale o ministeriale, finiscano per prevalere, “come norme speciali, sulle leggi generali, in specie sul codice civile e, soprattutto, sul codice di commercio”¹⁰⁴. Dunque il generale criterio di specialità, che nel nostro ordinamento rappresenta una delle tecniche di risoluzione delle antinomie, viene adoperato da D'Alberti per sancire una forza abrogante delle convenzioni nei confronti delle disposizioni generali dell'ordinamento. Che tale principio non possa trovare applicazione oggi perché espressamente in contrasto con i canoni di legalità non appare dubbio...

La giurisprudenza degli anni Ottanta¹⁰⁵ è ferma nel qualificare i rapporti fra amministrazione pubblica concedente e società concessionarie come autentici contratti, di cui conosce integralmente il giudice ordinario, che interpreta le clausole seguendo i canoni dell'ermeneutica contrattuale e applica gli istituti del diritto civile. La giustificazione tecnica di questa ricostruzione contrattualprivatistica, come rileva D'Alberti, sta nella natura giuridica del bene oggetto della concessione: qualificate le strade ferrate in termini di cosa patrimoniale, commerciabile e alienabile, si riconosce che la proprietà di queste spetti alle compagini concessionarie e, per il principio di accessione, le medesime concessionarie sono proprietarie anche delle ferrovie che sorgono al di sopra del suolo stradale. “Dalla affermazione della natura patrimoniale delle ferrovie, quindi della loro commerciabilità, alienabilità, suscettibilità ad essere oggetto di diritti soggettivi di privati, si

¹⁰⁴ M. D'Alberti, *op. cit.*, p. 21.

¹⁰⁵ Chiaro esempio di questa tendenza è la sentenza della Corte d'Appello di Milano del 27 luglio 1974: “E' dunque necessario... che, senza perdere di vista i principii generali di diritto e le disposizioni di legge, si abbia più specialmente riguardo alle convenzioni e ai regolamenti concordati tra lo Stato e la società, perché tali stipulazioni rappresentano un vero contratto, in forza del quale, abbandonate le teorie, modificate, ove del caso, anche le disposizioni di legge, si costituisce il diritto positivo ed attuale, che prevalentemente deve avere influenza nel decidere sulle eventuali questioni”.

fa discendere come conseguenza l'applicabilità alle concessioni delle norme di diritto privato: da quelle relative alla proprietà e alle sue modificazioni, a quelle sulle obbligazioni e sui contratti, a quelle sulle garanzie del creditore”¹⁰⁶.

Ma in realtà non sempre la natura giuridica del bene oggetto della concessione ne condiziona la qualificazione: per le concessioni di servizi pubblici, infatti, è piuttosto il rilievo economico-politico delle parti protagoniste del rapporto – e, dunque, un elemento “metagiuridico” – ad avere rilevanza nella qualificazione contrattuale. In altri termini, si addivene alla concessione per non correre il rischio di perdere la collaborazione di privati capitalisti nella costruzione dello sviluppo economico del Paese.

Venendo al secondo modello cui il D'Alberti fa riferimento, per le acque pubbliche il tema si fa più complicato: in via preliminare, viene operata una distinzione tra le acque *patrimoniali* dello Stato e di altri enti pubblici minori e le acque *demaniali* e a ciò consegue una ricostruzione pretoria del potere di revoca in termini divergenti.

Alle acque *patrimoniali* si applica il regime del codice civile e le concessioni vengono qualificate come veri e propri contratti, talvolta di locazione, altre volte di costituzione di servitù e, più raramente, di compravendita. Da ciò consegue che “la revoca delle concessione o è atto espressione del diritto potestativo del concedente di risolvere il contratto, nei casi – generali e specifici – previsti dal codice civile, ovvero, se è adottata al di là di tali confini, può costituire inadempimento”¹⁰⁷.

Il tema della revoca sarà oggetto del capitolo successivo, tuttavia merita di essere rilevato sin da subito come la ricostruzione di tale potere sia peculiare, assomigliando esso “più ad un recesso unilaterale dal contratto di durata che non ad un atto autoritativo della amministrazione

¹⁰⁶ M. D'Alberti, *op. cit.*, p. 26.

¹⁰⁷ *Ivi*, p. 30.

concedente”¹⁰⁸. Conseguenza di tutto ciò è la possibilità, riconosciuta al giudice ordinario, di effettuare un sindacato sulla legittimità del potere di revoca, che si sostituisce totalmente a quello dell’amministrazione e che mira a contemperare gli interessi in gioco, potendo addirittura giungere a vietare la revoca se il vantaggio da essa scaturente per il concedente è sproporzionato rispetto alla perdita che subisce il privato concessionario.

Per ciò che attiene, invece, alle acque *demaniali*, in relazione alle quali, dunque, il privato è titolare di un mero diritto d’uso e non di proprietà, viene sancita la loro revocabilità, a prescindere dal fatto che la concessione rivesta carattere gratuito ovvero oneroso.

Tuttavia, nel primo caso, sono inapplicabili le norme del diritto comune privato e la giurisprudenza¹⁰⁹ ha da sempre riconosciuto la revocabilità piena di queste concessioni, stipulate “a rischio e pericolo” del concessionario. Da ciò discende che nessuna garanzia è prevista a favore di costui, configurandosi una vera e propria immunità dell’amministrazione concedente.

La medesima giurisprudenza è, ad onor del vero, un po’ confusionaria al riguardo, perché consente il ricorso al giudice ordinario in materia di revoca delle concessioni gratuite e legittima un risarcimento del danno emergente, sebbene riconosca la piena legittimità della revoca e, quindi, l’assenza di colpa nell’amministrazione. A fare chiarezza sul punto interviene la Cassazione di Roma¹¹⁰ la quale, dopo aver qualificato la revoca della concessione gratuita su acque demaniali in termini di “atto amministrativo”, vieta al giudice qualsiasi valutazione sull’opportunità di tale provvedimento, limitando il suo sindacato ai soli vizi formali (es. violazione di legge). A fronte di una revocabilità *ad nutum*, nessun ristoro economico spetta al concessionario, dacché “la concessione porta in sé il

¹⁰⁸ *Ibidem*.

¹⁰⁹ Tra le varie pronunce, si segnala quella della Corte d’Appello di Firenze, sent. del 22 luglio 1868.

¹¹⁰ Cass. Roma, 29 ottobre 1878, in *Ann. Giur. It.*, 1879, I, p.376.

germe della sua possibile risoluzione”¹¹¹ ed è in essa insita una “condizione di precarietà”¹¹².

Per la concessione onerosa su acque demaniali viene, invece, recuperato il carattere privatistico: si tratta di un contratto regolato dal codice civile, da cui derivano veri e propri diritti soggettivi in capo al concessionario, dei quali può conoscere solo il giudice ordinario. Contestualmente, all’amministrazione è riconosciuto il diritto di adottare atti unilaterali che incidano sulle situazioni soggettive del concessionario, modificando o estinguendo il rapporto concessorio: si tratta di atti amministrativi autoritativi, idonei ad incidere sulla sorte giuridica di rapporti contrattuali di diritto privato, che non per questo traslano la competenza giudiziaria, la quale rimane radicata in capo al giudice ordinario. In conclusione, gli atti modificativi o estintivi di un contratto, seppur inquadrati nell’ambito pubblicistico, non intaccano lo schema negoziale-privatistico che è sicuramente preponderante in materia di concessioni.

I due modelli pratici di cui D’Alberti offre una chiara ricostruzione rappresentano soltanto una conferma di quella che è la tendenza della giurisprudenza sulle concessioni fino alla fine degli anni Ottanta: sono contratti privatistici, tipizzati o atipici, cui si applicano “le norme fondamentali del diritto delle obbligazioni e dei contratti: sui requisiti per la validità dei contratti, sugli effetti dei contratti, sulla loro interpretazione, sugli adempimenti e inadempimenti delle obbligazioni, sulle modalità risarcitorie, sui diversi tipi di risoluzione del rapporto contrattuale”¹¹³.

Per offrire un quadro completo degli orientamenti interpretativi *in subiecta materia*, l’Autore rileva l’esistenza anche di una giurisprudenza minoritaria che, pur sposando la veste contrattuale delle concessioni, ne nega la revocabilità, ed anzi qualifica un eventuale atto di revoca come un

¹¹¹ M. D’Alberti, *op. cit.*, p. 33.

¹¹² *Ibidem*.

¹¹³ *Ivi*, p. 40.

vero e proprio inadempimento contrattuale dell'amministrazione. Tutto ciò vale anche nel caso in cui la revoca si fondi su leggi sopravvenute incompatibili con le disposizioni normative sulle quali era basato il contratto oneroso di concessione: è quest'ultima considerazione che può fare chiarezza sulla problematica sottesa al tema in esame. La natura giuridica della concessione non è, infatti, una questione che può essere indagata soltanto da punto di vista giuridico: accanto a questo, vengono in considerazione valutazioni eterogenee, che coinvolgono il profilo economico e sociale. Entrato in vigore lo Statuto Albertino, chiara espressione di uguaglianza e legalità, i privilegi conferiti in epoca anteriore dai pubblici poteri a favore dei privati (e rafforzati dalla irrevocabilità di tale prerogative) non stavano più in piedi. In tale discorso si inserisce la costruzione contrattuale delle concessioni amministrative la quale, come rileva D'Alberti *expressis verbis*, "servì a mantenere in vita alcuni antichi privilegi degli appartenenti alle vecchie classi dominanti, pur in presenza di una legislazione rinnovata, ispirata a principi egualitari"¹¹⁴.

In realtà, se analizziamo più a fondo il tema, la concezione contrattualprivatistica riposa sull'esigenza di offrire una garanzia al privato che si trovi a contrattare con l'amministrazione, il quale non addiverrebbe alla conclusione di un accordo se non fosse certo che tale convenzione vincola entrambe le parti nello stesso modo: "questi patti sono una legge volontaria a cui si assoggettano tutte e due le parti" e danno al privato "il diritto di andare avanti ai tribunali per costringere l'amministrazione, quando fosse inadempiente, all'osservanza dei patti contrattuali", così si esprimeva Giorgi¹¹⁵ già nel lontano 1891. E questa è la medesima ragione per cui si ammette, in astratto, una certa revocabilità, ma la si subordina a

¹¹⁴ *Ivi*, p. 45.

¹¹⁵ G. Giorgi, *La dottrina delle persone giuridiche o corpi morali*, II, Firenze, 1891, pp. 39-40.

rigidi presupposti¹¹⁶ e ad un'ampia possibilità di indennizzo a favore del concessionario.

In conclusione, con D'Alberti (ma già prima con Giorgi), si apre una nuova era nello studio della natura giuridica della concessione, basata su una ricostruzione essenzialmente privatistica, che, tuttavia, non travolge completamente l'idea della concessione-contratto; la giurisprudenza continua, infatti, a riutilizzarla per tutto il corso del XX secolo, ritenendola l'unica strada praticabile per garantire la funzionalizzazione dei rapporti amministrativi.

1.6 La tesi unitaria: dalla concessione-contratto agli accordi endoprocedimentali

Negli ultimi anni, il tema si infittisce e si arricchisce di nuovi elementi: mi riferisco *in primis* all'art. 11 della Legge 241/1990 – che, prevedendo la possibilità per la p.a. di stipulare veri e propri accordi con il privato, ha ridotto “interesse biblioteche giuridiche a mera curiosità storico-culturale”¹¹⁷– e, in secondo luogo, alla Legge n. 15 del 2005, la quale, intervenendo sull'art. 1 della legge sul procedimento amministrativo, va ad introdurre il nuovo comma *1bis*, stando al quale “*la pubblica amministrazione, nell'adottare atti di natura non autoritativa, deve agire*

¹¹⁶ In particolare, nell'opera del Giorgi *cit.* nella nota prec., i casi ipotizzati sono essenzialmente tre: 1. Declaratoria di decadenza per colpa del concessionario, a cui non spetterà alcun indennizzo; 2. Revoca per forza maggiore o per variate condizioni naturali, termine quest'ultimo da riferire a mutamenti geofisici, e a cui non consegue alcun indennizzo; 3. Revoca per mutazione di criteri amministrativi, che dà diritto ad un congruo indennizzo.

¹¹⁷ Sono parole di F. Merusi, *Il coordinamento e la collaborazione degli interessi pubblici e privati dopo la riforma delle autonomie locali e del procedimento amministrativo*, in *Gerarchia e coordinamento degli interessi pubblici e privati dopo la riforma delle autonomie locali e del procedimento amministrativo*, a cura di AA. VV., Milano, Giuffrè, 1994, p. 31, che danno contezza della portata dirompente dovuta a tale intervento legislativo.

secondo le regole del diritto privato”: si viene così ad invertire il principio che aveva governato per circa due secoli l'attività amministrativa¹¹⁸.

Le innovazioni rappresentano uno spunto importante nell'ambito della ricostruzione fin qui condotta: ed infatti, non si è mancato di osservare come il problema “di inquadramento della concessione (...) tra teorie unilateralistiche, dualistiche ovvero contrattuali (di tipo c.d. panprivatistico) e (...) le raffinate ricostruzioni via via proposte – tendenti soprattutto a dimostrare o negare l'ammissibilità teorica dei contratti di diritto pubblico – risulta definitivamente superato dall'articolo 11 della Legge 241/1990 (...). E' chiaro, infatti, che una volta riconosciuta sicura cittadinanza nel nostro ordinamento all'istituto dell'accordo vertente sull'oggetto di potestà pubblicistiche (...) tale acquisizione non può non riguardare anche le concessioni”¹¹⁹.

1.6.1 (Segue) L'art. 11 della legge 241/1990: le posizioni della dottrina sulla natura dell'accordo

La fattispecie degli accordi endoprocedimentali nasce quale generica espressione della consensualità amministrativa, ma la sua introduzione nell'ordinamento è tutt'altro che scevra da perplessità. Il principale elemento di novità della disposizione sta nel tentativo di realizzare una sintesi tra due poli tradizionalmente inconciliabili: da un lato, il polo della

¹¹⁸ Questo principio è ben riassunto nelle parole di F. Cammeo, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 1960 (ristampa con note di aggiornamento), p. 51. “Il diritto pubblico è il diritto comune, ordinario per i rapporti fra individuo e Stato, come quello che risponde alla natura dei soggetti e dei rapporti; il diritto privato non può apparire come regolatore di quei rapporti se non in via eccezionale, il che può formularsi così: i rapporti tra individuo e Stato debbono presumersi regolati dal diritto pubblico, se non v'è espressa o chiara ragione in contrario”.

¹¹⁹ G. Greco, *Le concessioni di pubblici servizi tra provvedimento e contratto*, in *Dir. Amm.*, 1993, pp. 381 e ss. Nel suo scritto, l'Autore conferma che la potestà amministrativa, in materia concessoria, possa manifestarsi non solo attraverso provvedimenti ma anche tramite moduli contrattuali.

discrezionalità della pubblica amministrazione (di cui è indice anche il riferimento, contenuto nel primo comma dell'art. 11, al perseguimento dell'interesse pubblico); dall'altro, il polo dell'autonomia contrattuale, della libera determinazione delle parti (a tal proposito, è chiaro il rinvio ai principi del codice civile). Per la prima volta, il nostro ordinamento si preoccupa di regolare l'intreccio tra elementi pubblicistici ed elementi privatistici al fine di delineare una categoria che condensa in sé schemi giuridici assai distanti, quello dell'atto amministrativo e quello del negozio civilistico.

Oggi la dottrina prevalente continua a definire gli accordi regolati dall'art. 11 come un'entità ibrida tra il diritto pubblico e il diritto privato.

Art. 11 (Accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento)

1. In accoglimento di osservazioni e proposte presentate a norma dell'articolo 10, l'amministrazione procedente può concludere, senza pregiudizio dei diritti dei terzi, e in ogni caso nel perseguimento del pubblico interesse, accordi con gli interessati al fine di determinare il contenuto discrezionale del provvedimento finale ovvero in sostituzione di questo.

1-bis. Al fine di favorire la conclusione degli accordi di cui al comma 1, il responsabile del procedimento può predisporre un calendario di incontri cui invita, separatamente o contestualmente, il destinatario del provvedimento ed eventuali controinteressati.

2. Gli accordi di cui al presente articolo debbono essere stipulati, a pena di nullità, per atto scritto, salvo che la legge disponga altrimenti. Ad essi si applicano, ove non diversamente previsto, i principi del codice civile in

materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili. Gli accordi di cui al presente articolo devono essere motivati ai sensi dell'articolo 3.

3. Gli accordi sostitutivi di provvedimenti sono soggetti ai medesimi controlli previsti per questi ultimi.

4. Per sopravvenuti motivi di pubblico interesse l'amministrazione recede unilateralmente dall'accordo, salvo l'obbligo di provvedere alla liquidazione di un indennizzo in relazione agli eventuali pregiudizi verificatisi in danno del privato.

4-bis. A garanzia dell'imparzialità e del buon andamento dell'azione amministrativa, in tutti i casi in cui una pubblica amministrazione conclude accordi nelle ipotesi previste al comma 1, la stipulazione dell'accordo è preceduta da una determinazione dell'organo che sarebbe competente per l'adozione del provvedimento.

L'introduzione della fattispecie in esame ha condotto ad una vera e propria diatriba relativa alla qualificazione giuridica degli accordi tra p.a. e privati. Si fronteggiavano, da un lato, la tesi pubblicistica¹²⁰, stando alla quale essi si configuravano quali contratti di diritto pubblico e, dall'altro, la tesi privatistica¹²¹, che si fondava sull'interpretazione di una clausola contenuta nel seconda comma dell'art. 11¹²² e sull'utilizzo del termine "accordo", che è esattamente coincidente con quello dell'art. 1321 c.c.¹²³.

¹²⁰ Tra i cui sostenitori vi è Guido Greco.

¹²¹ Di cui fautore era già F. Ledda, *Il problema del contratto nel diritto amministrativo*, cit., p. 73, il quale sottolinea che "soltanto laddove termina il potere amministrativo, ivi possa trovare spazio il contratto" e definisce il nuovo art. 11 come "la norma base del contratto". Portata all'estremo, la ricostruzione privatistica consente addirittura di accostare la fattispecie di cui all'art. 11 a quella del contratto preliminare e dunque ammettere l'esperimento dell'azione ex art. 2932 c.c. E' quanto afferma S. Civitarese Matteucci in *Contributo... cit.*, p. 179.

¹²² Mi riferisco alla c.d. *clausola di compatibilità* che, attraverso la medesima tecnica normativa adoperata dal legislatore negli artt. 1323 e 1324 del c.c., rinvia alla disciplina in materia di obbligazioni e contratti "in quanto compatibili". Secondo G. Vettori, *Accordi «amministrativi» e contratto*, in *Gli accordi fra privati e pubblica amministrazione e la*

I sostenitori della ricostruzione pubblicistica basavano le loro argomentazioni su due indici: la suddetta *clausola di compatibilità*, intesa in chiave limitativa, e la generalizzata previsione del potere di *recesso per motivi di pubblico interesse* (di cui al quarto comma), esorbitante rispetto alle regole privatistiche. Nel 2000 interviene il Consiglio di Stato¹²⁴ che argina, almeno parzialmente, la diatriba, qualificando il recesso come un potere che si esplica sul piano pattizio.

Tanto basta per accantonare la tesi pubblicistica e lasciare spazio a quella privatistica. Quest'ultima, come detto, si fonda sul richiamo ai principi in materia di obbligazioni e contratti, contenuto nel comma secondo (c.d. "*clausola di compatibilità*") e sull'idea per cui, una volta esaurite nel provvedimento discrezionale tutte le ragioni dell'interesse pubblico, nella disciplina degli aspetti attuativi può lecitamente operare il contratto. Il fulcro del discorso sta nell'osservare come, a definire la fattispecie e dunque a costituire il rapporto obbligatorio tra le parti, sia il contratto e non il provvedimento: a seguito dell'accordo endoprocedimentale, si viene a costituire, tra l'amministrazione e il privato, un rapporto che inequivocabilmente richiama il binomio diritto/obbligo, piuttosto che quello potere/interesse legittimo. Difatti il provvedimento risulta privo di un effetto autonomo se concepito separatamente dal contratto, che integra, pertanto, l'unica fonte del rapporto.

disciplina generale del contratto, a cura di G. Barbagallo - E. Follieri - G. Vettori, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1995, p. 24, la compatibilità, a differenza dell'analogia, è "misura della portata normativa dei principi richiamati e implica un'applicazione diretta di essi" evocando una categoria unitaria, che è quella del contratto. Negli stessi termini anche G. Benedetti, *L'accordo procedimentale tra autorità e libertà*, in *Gli accordi fra privati e pubblica amministrazione e la disciplina generale del contratto*, cit., p. 89, "Il ricorso all'analogia presuppone la mancanza della regola del caso e la ricerca della norma che disciplina il caso simili o la materia analoga, ovvero dei principi generali dell'ordinamento; la compatibilità costituisce un limite all'estensione diretta di una regola da un caso ad un altro".

¹²³ Lo chiarisce, in maniera illuminante, G. Vettori, *Accordi amministrativi e contratto*, cit., p. 24, secondo il quale l'impiego della parola *accordo* "non esclude, anzi sollecita l'identificazione concettuale con il contratto".

¹²⁴ Cons. Stato, sentenza n. 264/2000.

Nonostante il legislatore abbia previsto un rinvio espresso alla normativa codicistica (pur sempre limitato all'assenza di una disciplina in senso diverso e alla compatibilità), la dottrina e la giurisprudenza¹²⁵ si sono sempre mostrate riluttanti ad adottare il sistema civilistico, forgiando piuttosto un regime autonomo di contrattualità di diritto pubblico, ma senza precisare in cosa si concretizzi, da un punto di vista giuridico, la diversità rispetto al contratto di diritto privato.

Un'operazione di tal fatta è criticabile già solo alla luce del dato testuale del comma secondo, sopra riportato, che contiene due riferimenti importanti.

Il primo è ai “*principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti*”¹²⁶: la scelta del termine “*principi*” piuttosto che quello di “*norme*” non è certo casuale. Nel lessico giuridico, la norma è ogni regola che disciplina “situazioni di interesse determinate mediante precetti determinati”¹²⁷, mentre i principi “si ricavano dalle norma attraverso un meccanismo logico di induzione amplificante”¹²⁸. Il legislatore avveduto preferisce, dunque, una formulazione più ampia, volendo richiamare, attraverso questo riferimento, non solo le norme generali codificate in

¹²⁵ La Corte di Cassazione, nel 1993, dimostra tutta la sua resistenza a qualificare una convenzione edilizia in termini contrattuali, preferendo piuttosto l'espressione di “*modulo convenzionale nel procedimento amministrativo*”. E' evidente la volontà della Suprema Corte di aggirare il problema della qualificazione giuridica. Lo sottolinea S. Civitaresse Matteucci, nel suo *Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa*, cit., p. 23, nota 56: “Se invece della locuzione 'modulo convenzionale' si usasse la parola contratto o forse anche accordo, sarebbe difficile giustificare la posizione secondo cui il modulo convenzionale...non raggiunge una...autonomia giuridica, potendo o essere disatteso dalla pubblica amministrazione (...) ovvero essere trasfuso in un elemento – eventualmente accidentale (condizione, onere) - del provvedimento che resta l'unico strumento di regolamentazione del rapporto”.

¹²⁶ Secondo S. Civitaresse Matteucci, il richiamo alla disciplina codicistica “non è da poco, poiché (...) rompe un dogma che tutto sommato aveva resistito in giurisprudenza e in dottrina fino al 1990, quello della unilateralità, indisponibilità ed inconsumabilità del potere amministrativo”. (*Contratti e accordi di diritto pubblico*, in *La disciplina generale dell'azione amministrativa. Saggi ordinati in sistema*, a cura di V. Cerulli Irelli, Napoli, Jovene, p. 100).

¹²⁷ Così G. Vettori, *Accordi amministrativi e contratto*, cit., p.32.

¹²⁸ *Ibidem*.

materia di obbligazioni e contratti, ma anche i principi ispiratori delle stesse.

Se anche volessimo tralasciare il richiamo espresso contenuto nell'art. 11, comma secondo, ad analoga conclusione potremmo pervenire per effetto di quanto dispone l'art. 1323 c.c., applicabile anche agli accordi amministrativi, a mente del quale *“Tutti i contratti, ancorché non appartengano ai tipi che hanno una disciplina particolare, sono sottoposti alle norme generali contenute in questo titolo”* (cioè del Titolo II del Libro IV del codice, intitolato “Dei contratti in generale”).

Anche Cavallo, nel suo saggio, argomenta tale tesi richiamando *tout court* la disciplina del codice civile e, nello specifico, l'art. 1322: “accertata la patrimonialità nel rapporto disciplinato dall'accordo, la natura tipica o atipica di questo si risolverà alla luce del secondo comma articolo 1322 codice civile”¹²⁹. La medesima tesi, come anticipato, è fatta propria dalla giurisprudenza amministrativa¹³⁰, che aderisce ad una linea interpretativa marcatamente civilistica per la sistemazione degli accordi. L'accordo amministrativo viene pertanto configurato in termini contrattuali e può seguire tanto uno schema tipico, quanto atipico, in tutti i casi in cui non segue uno schema legale predefinito, ma il suo contenuto sia stabilito mediante una diversa soluzione negoziata tra amministrazione e amministrato.

Naturalmente, e veniamo dunque alla seconda precisazione necessaria, l'applicazione dei principi in materia di contratti e obbligazioni è subordinata alla compatibilità e si deve escludere che la previsione di detta clausola stia ad implicare un vaglio di compatibilità dell'applicazione di singole norme del codice con il perseguimento dell'interesse pubblico da

¹²⁹ B. Cavallo, *Tipicità e atipicità nei contratti pubblici fra diritto interno e normativa comunitaria* cit., p. 20.

¹³⁰ Si veda, ad es., Cons. St. sez. VI, 15 maggio 2002 n. 2636, in *Giustamm.it*.

parte della p.a., come talvolta è stato ritenuto da dottrina e giurisprudenza¹³¹.

Pertanto, dall'interpretazione letterale del secondo comma, emerge una regola ermeneutica elementare, consacrata già nell'art. 15 delle Preleggi, che disciplina il rapporto tra norme generali e speciali e che non è affatto nuova se solo pensiamo alla relazione tra la disciplina generale del contratto (di cui agli artt. 1321 e ss. del cc) e i singoli tipi contrattuali. Anche per gli accordi amministrativi, le norme generali (cioè quelle del codice in materia di obbligazioni e contratti) si applicano in quanto compatibili con quelle specifiche contenute nell'accordo, le quali, in caso di incompatibilità, si impongono sulle prime. In definitiva, "la clausola di chiusura dell'art. 11, comma 2, della l. n. 241 significa allora soltanto che le norme generali del codice in materia di obbligazioni e contratti sono applicabili agli accordi amministrativi in quanto non contrastanti con le disposizioni specifiche relative a questi o alle obbligazioni in essi dedotte; così come le medesime norme generali sono applicabili a tutti i contratti nella misura in cui le stesse non contrastino con disposizioni particolari dedicate a singoli tipi contrattuali"¹³². Affermare che la disciplina privatistica si applica agli accordi in modo integrativo e complementare non è affatto cosa di poco conto, trovando applicazione in tutti quegli aspetti di regime non coperti dalla disciplina del procedimento amministrativo e attinenti alla fase di formazione e conclusione dell'accordo ma soprattutto alla fase di esecuzione dello stesso. Per questa via, non si viene a snaturare l'essenza autoritativa della parte pubblica, in quanto, come riconosciuto nella nota sentenza 204/2004 della Corte Costituzionale, la facoltà di stipulare accordi *ex art. 11* "presuppone l'esistenza del potere autoritativo": il punto di partenza è, pertanto, costituito da una potestà amministrativa che però non si esprime in un provvedimento, come avviene

¹³¹ Per un'analisi più approfondita si veda M. Renna, *Il regime delle obbligazioni nascenti dall'accordo amministrativo*, in *Dir. Amm.*, 2010, fasc. 1, pp. 270 e ss.

¹³² *Ibidem*.

di norma, bensì in un accordo caratterizzato da tutti gli elementi definitivi dell'art. 1321 c.c. Il risultato che ne consegue è quello di una figura che si presenta come “una fattispecie in cui vi è la compresenza di un contratto e di un esercizio di potestà amministrativa, che conserva i parametri suoi propri”¹³³.

Risolta la questione della natura giuridica degli accordi e venendo a trattare il tema specifico oggetto del presente studio, va detto che alcuni autori sottolineano l'importanza dell'introduzione dell'art.11 per conferire alla concessione “quell'unicità della quale la scienza giuridica ha sempre avvertito l'esigenza e che comporta anche una soddisfacente soluzione dell'incerto rapporto fra destino del provvedimento e sopravvivenza del contratto”¹³⁴.

L'accordo amministrativo viene così a rappresentare una categoria giuridica generale dell'ordinamento, in grado di conciliare la funzionalizzazione dell'attività amministrativa di diritto privato con il regime proprio dei contratti. Nell'art. 11 confluiscono “tutte le fattispecie consensuali nelle quali l'amministrazione interviene, non usando della propria autonomia privata, ma nell'esercizio di un potere funzionalizzato al fine pubblico indicato dalla norma”¹³⁵.

E questo necessario contemperamento di interessi (da un lato quello del privato, dall'altro quello pubblico) non osta in alcun modo ad una ricostruzione in termini contrattuali ed anzi l'art. 11 viene a rappresentare una “norma-ponte tra l'ordinamento dell'amministrazione e l'ordinamento generale”¹³⁶; ambedue sono infatti mossi dall'esigenza di coordinare interessi, potenzialmente o concretamente, confliggenti e “lo scopo di

¹³³ G. Greco, *Commento all'articolo 11*, in *L'azione amministrativa - Commento alla l. 7 agosto 1990, n. 241 modificata dalla l. 11 febbraio 2005 n. 15 e dal d.l. 14 marzo 2005, n. 35*, Aa. Vv., Milano, Giuffrè, 2005, pp. 421 e ss.

¹³⁴ Così 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. 623.

¹³⁵ *Ibidem*.

¹³⁶ S. Civitarese Matteucci, *Contributo...cit.*, p. 151.

risolvere, regolandoli mediante l'accordo, conflitti di interessi è il principio che sta alla base dell'idea di contratto"¹³⁷.

In via generale, l'articolo 11 consente la stipulazione di due tipologie di accordi: quelli **integrativi**, conclusi al fine di determinare il contenuto discrezionale del provvedimento finale senza eliminarne la necessità ed espressione di una piena negoziazione tra le parti; e quelli **sostitutivi**, che si riducono ad una deliberazione concordata tra l'Amministrazione precedente e il destinatario dell'emanando provvedimento, che viene appunto surrogato dall'accordo¹³⁸.

La convenzione accessiva ai rapporti concessori viene tendenzialmente ricondotta alla prima tipologia e dunque il rapporto concessorio viene ricostruito in termini unitari: non più due atti, secondo la tesi bifasica della "concessione-contratto", ma un unico strumento giuridico in cui vengono a coesistere un rapporto privatistico ed un rapporto pubblicistico.

Secondo Greco¹³⁹, la crisi della tesi dualista era dovuta, da un lato, alla difficoltà di concepire il provvedimento che, in mancanza del contratto, sarebbe risultato incapace di produrre effetti indipendentemente dalla convenzione; dall'altro, al fatto che la convenzione non poteva essere limitata agli aspetti patrimoniali, del tutto avulsi dall'esercizio del potere. "Tant'è che tra gli uni e gli altri si crea sovente un nesso sinallagmatico, che a sua volta giustifica e può condurre all'applicazione dello strumento risolutorio"¹⁴⁰. Il modello cui l'Autore si riferisce è proprio quello della concessione, che viene ricostruita in termini unitari e ricondotta al *genus* degli accordi di cui all'art. 11, in quanto "spezzarne" le componenti in un provvedimento autoritativo e in una convenzione meramente patrimoniale

¹³⁷ S. Civitarese Matteucci, *Contratti e accordi di diritto pubblico, cit.*, p. 32.

¹³⁸ Si tratta di una distinzione che, per gran parte della dottrina (S. Civitarese Matteucci, B. Cavallo, G. Sala), ha un ruolo meramente descrittivo, essendo entrambe le tipologie sottoposte al medesimo regime giuridico.

¹³⁹ G. Greco, *Commento all'articolo 11, cit.*, p. 433.

¹⁴⁰ *Ibidem*.

sarebbe “un tentativo di semplificazione, che tuttavia è fuorviante sia dal punto di vista dommatico, sia dal punto di vista delle implicazioni di regime”¹⁴¹.

Ora, quale sia in concreto la ricostruzione interpretativa accolta, non v'è dubbio che poco cambia dal punto di vista pratico: dire che il rapporto concessorio nasce grazie ad un provvedimento a cui accede un contratto, piuttosto che da un accordo endoprocedimentale tra l'Amministrazione e il privato, non vuol dire in alcun modo alterare la disciplina applicabile, che sarà consacrata, una volta per tutte, nel regolamento convenzionale posto in essere tra le parti.

I profili di incertezza che si annidano nella teoria delle concessioni qualificate in termini di accordi sono molteplici: la previsione di cui all'art. 11 è difatti contenuta nella legge sul procedimento amministrativo e, precisamente, nel capo III relativo alla partecipazione del privato in chiave collaborativa, e ciò rappresenta già un primo indice per escludere la validità di tale interpretazione. *Ad abundantiam*, si può sottolineare il rinvio che, in apertura, la disposizione citata fa all'art. 10 della medesima legge che, com'è noto, regola i poteri e le facoltà con cui si estrinseca la partecipazione al procedimento da parte degli interessati.

In definitiva, si può rilevare come l'oggetto dell'accordo amministrativo sia l'esercizio del potere discrezionale della p.a., mentre quello della convenzione è “l'acquisizione sul mercato di un'utilità alle migliori condizioni e per il perseguimento di un interesse pubblico o di un fine istituzionale. Siamo (...) dinanzi ad un rapporto necessariamente sinallagmatico che nulla condivide delle vicende della partecipazione e dell'istruttoria amministrativa”¹⁴².

La figura dell'accordo amministrativo non è esclusiva dell'ordinamento italiano: anche la Germania e la Francia hanno costruito

¹⁴¹ *Ivi*, p. 434.

¹⁴² In tal senso A. Moliterni, *Il regime giuridico delle concessioni di pubblico servizio*, cit., p. 595.

strumenti analoghi, ma si sono anche preoccupate di elaborarne una compiuta disciplina giuridica. Il “*contrat administratif*” si colloca in un vero e proprio sistema contrattuale di diritto pubblico, alternativo al contratto di diritto privato, edificato dal *Conseil d’Etat*. I tratti tipici di questa categoria contrattuale vengono rinvenuti essenzialmente nel carattere pubblico di almeno una della parti e nell’oggetto, che deve essere in qualche modo connesso con l’esecuzione di un servizio pubblico; in mancanza di quest’ultima caratteristica, l’atto potrà essere qualificato come “*contrat administratif*” se contiene una c.d. *clausola esorbitante*, cioè derogatoria della disciplina di diritto civile.

Allo stesso modo, il contratto di diritto pubblico tedesco (*Verwaltungsverträge*)¹⁴³ è oggetto di una disciplina assai minuziosa, soprattutto in materia di invalidità, tutela dei terzi e rapporti con il codice civile.

Tutto ciò non è avvenuto nel nostro ordinamento e, a quasi vent’anni dall’entrata in vigore dell’art. 11, tale disposizione continua a lasciare ampio spazio a dubbi interpretativi. Potevamo augurarci che la giurisprudenza svolgesse il suo ruolo pretorio ricalcando le orme del Consiglio di Stato francese e utilizzando quella clausola di compatibilità con il codice civile, di cui ho già detto in precedenza. Ma, di fronte a tale inerzia, non si può far altro che limitarsi ad applicare la norma alla luce della sua *ratio* che, come ho cercato di sottolineare, è semplicemente quella di favorire la conclusione negoziale dell’azione amministrativa discrezionale all’interno di un procedimento amministrativo tipico. Ogni sforzo ulteriore diretto ad ergere tale figura a modello generale rischia di rendere l’art. 11 un “contenitore” privo della sua innovativa forza precettiva, entro cui confluiscono rapporti del tutto eterogenei tra loro.

¹⁴³ Si tratta di un accordo volto alla valorizzazione di finalità pubblicistiche, le quali non devono ridursi a meri motivi, bensì assumere una tipica connotazione causale.

Potremmo allora ipotizzare che il richiamo all'art. 11 possa spiegare la sua utilità dal punto di vista sostanziale; ma ci troveremo, ancora una volta, a dover negare tale possibilità. In recenti pronunce¹⁴⁴, la giurisprudenza amministrativa, nel tentativo di individuare la disciplina applicabile agli accordi, fa riferimento *in primis* al regolamento convenzionale concreto e, in via subordinata, alle norme del codice civile, per escludere qualsiasi collegamento con l'art. 11. Siamo forse di fronte ad un altro dei tentativi bizzarri che il legislatore fa, creando figure dalla portata innovativa che rimangono prive di una pratica applicazione¹⁴⁵?

Pertanto, questa breve analisi ci consente di giungere alla medesima conclusione: il “cuore” del rapporto concessorio è in larga misura affidato al diritto comune e il regolamento convenzionale liberamente stipulato tra le parti riveste un'assoluta centralità, a tal punto che rifiutare aprioristicamente l'applicazione delle regole civilistiche, quantomeno nella fase di esecuzione, sarebbe un'operazione avventata se non del tutto anti-giuridica.

1.6.2 (Segue) L'articolo 1, comma 1bis introdotto dalla Legge 15/2005: la consacrazione della tesi privatistica.

Collegata al tema degli accordi tra amministrazioni e privati, è un'altra disposizione, introdotta dalla legge di riforma 15/2005 e collocata in apertura della legge sul procedimento amministrativo, che rappresenta il

¹⁴⁴ Si veda, a titolo esemplificativo, Cons. St., sez. IV, 23 dicembre 2010, n. 9347 su *Giustamm.it*, in materia di adempimento di una concessione relativa ad apparecchi da gioco lecito.

¹⁴⁵ Molti Autori sono di questo avviso: a proposito dell'art. 11, Giacchetti (*Gli accordi dell'art. 11 della legge 241/1990 tra realtà virtuale e realtà reale*, in *Procedimenti e accordi nell'amministrazione locale*. Atti del XLII Convegno di Varenna, Milano, 1997, pp. 111 ss.) li definisce una “realtà virtuale” e Cavallo (*Procedimento amministrativo e attività pattizia*, in *Il procedimento amministrativo tra semplificazione partecipata e pubblica trasparenza*, a cura di Cavallo, Torino, Giappichelli, 2000, pp. 119 ss.) parla di “bella favola degli accordi”.

punto di arrivo di una lenta ma inesorabile evoluzione interpretativa, che aveva avuto inizio negli anni Ottanta del secolo scorso.

Nell'art. 1 viene inserito il nuovo comma *1bis*, stando al quale

“La pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente.”

Tralasciando il problema della qualificazione degli atti non autoritativi che tanto ha affannato e continua ad affannare dottrina e giurisprudenza¹⁴⁶, l'innovazione ha una portata dirompente e consacra un principio generale: il diritto privato è applicabile all'attività amministrativa non autoritativa tutte quelle volte in cui non sussiste una disposizione derogatoria che preveda diversamente. Il canone generale dell'azione amministrativa al di fuori della potestà autoritativa – cioè di quella che, con espressione felice, viene definita *“amministrazione per contratto”* - diventa dunque il diritto privato mentre le norme diritto pubblico si applicano solo in presenza di una espressa previsione di legge. Si verifica, in tal modo, una vera e propria attrazione di atti non autoritativi dell'amministrazione nell'ambito del diritto privato, il che comporta l'applicazione necessaria e diretta delle norme del codice civile¹⁴⁷.

¹⁴⁶ Per un approfondimento si veda il contributo di F. Trimarchi Banfi, *Art. 1 comma 1 bis della L. N. 241 del 1990*, in *Il Foro Amm. CdS*, fasc. 3, 2005, pp. 947 e ss. Secondo l'Autrice “atti di natura non autoritativa sono quelli che non abbisognano dell'autoritatività, cioè gli atti che hanno il consenso (sostanziale) dell'interessato”.

Si veda, ancora, V. Italia, *Commento all'articolo 1*, in *L'azione amministrativa, cit.*, p. 85, il quale sottolinea che “Il nome che qualifica questi atti (atti paritetici, di gestione, negoziali, non imperativi, non autoritari, non autoritativi) indica questo aspetto sostanziale, questa “natura”, per cui l'atto non è unilaterale e non è vincolato ad una finalità che è – in modo determinante – pubblica. La volontà del privato e della pubblica amministrazione contribuiscono (anche se in modo diverso e secondo le norme del diritto privato) alla determinazione del contenuto e dell'efficacia di questo atto”.

¹⁴⁷ Lo sottolinea L. Iannotta, *L'adozione degli atti non autoritativi secondo il diritto privato*, in *Dir. Amm.*, 2/2006, pp. 353 e ss.

La necessità discende anche da un indice testuale, ossia l'utilizzo dell'indicativo nella lettera della norma: “*agisce*” vuol dire che è obbligatorio che agisca secondo i moduli privatistici, non sussistendo alcuna facoltà di scelta.

L'interpretazione del nuovo comma *1bis* non è stata totalmente unanime, rappresentando, secondo alcuni, semplicemente un'espressione dell'intercambialità tra gli strumenti della p.a., la quale potrebbe cioè agire attraverso strumenti negoziali privatistici al posto dei provvedimenti unilaterali a patto che:

- a) l'effetto cui una determinata azione giuridica è intesa sia tecnicamente raggiungibile tanto con il provvedimento che con il negozio;
- b) non sussistano norme inderogabili di divieto circa l'utilizzo dell'uno o dell'altro modulo¹⁴⁸.

Come per l'art.11, anche la disposizione introdotta dalla legge 15/2005 ha suscitato dubbi ed interrogativi sull'effettivo significato della sua portata e, a tal proposito, risulta illuminante la *Relazione della Prima Commissione permanente elaborata nel 2003*, nella quale si sottolinea a chiare linee che “la norma (...) esprime un principio tendenziale dell'attuale ordinamento, in favore del superamento del vecchio dogma che attribuiva alla pubblica amministrazione, in generale, il dovere di agire mediante poteri di imperio ed attraverso atti unilaterali; in sostanza la modifica si inquadra nelle moderne tendenze di privatizzazione volte a sottrarre parte delle connotazioni pubblicistiche tipiche dell'amministrare (...). La considerazione (...) alla base di tale previsione è che il negozio giuridico di diritto privato di per sé è strumento idoneo al perseguimento dei più diversi

¹⁴⁸ In questi termini, V. Cerulli Irelli, *Note critiche in tema di attività amministrativa secondo moduli negoziali*, in *Dir. Amm.*, fasc. 2, 2003, pp. 217 e ss.

fini e risultati e, quindi, anche dello specifico interesse pubblico che la pubblica amministrazione deve perseguire”¹⁴⁹.

La *ratio* della nuova disposizione è, pertanto, quella di sancire il definitivo superamento del concetto gerarchico dell’Amministrazione, per ritrarla quale soggetto che si colloca in posizione di parità con il cittadino e che perciò ben può usufruire degli strumenti tradizionalmente disposizione dei privati. Si realizza, per questa via, lo “spostamento radicale del baricentro dell’azione amministrativa (...) soggetta al diritto privato non solo in tutti i casi in cui possa avvalersi degli strumenti di diritto comune – e, dunque, degli strumenti a disposizione anche dei privati –, ma anche in tutti i casi in cui, sussistendo la disciplina pubblicistica dei provvedimenti amministrativi, l’amministrazione optasse per la conclusione concordata e contrattuale del procedimento, anziché per quella dell’atto unilaterale”¹⁵⁰.

Nondimeno, bisogna aggiungere che ricondurre l’attività amministrativa non autoritativa nell’ottica del diritto privato vuol dire anche rendere applicabili clausole generali, quali quella di buona fede e correttezza che, senz’altro, rappresentano l’espressione di una garanzia rafforzata per il privato, a tutela del suo legittimo affidamento. Per effetto dell’introduzione del comma *1bis*, infatti, l’Amministrazione potrà perseguire il pubblico interesse con atti autoritativi (ad esempio autorizzazioni), *de plano* rientranti nel diritto pubblico, ovvero con atti non autoritativi (ai quali la giurisprudenza riconduce proprio le concessioni) regolati dalle norme privatistiche ove non espressamente derogate. “Sicché la scelta dello strumento (...) consensuale anziché unilaterale, comporterebbe non solo una particolare modalità di esercizio (concordato e

¹⁴⁹ Relazione della Prima Commissione Permanente (Affari Costituzionali, Affari della Presidenza del Consiglio e dell’Interno, Ordinamento Generale dello Stato e della Pubblica Amministrazione) n. 1281-A, Comunicata alla Presidenza l’11 marzo 2003 sul disegno di legge Modifiche ed integrazioni alla legge 7 agosto 1990, n. 241, concernenti norme generali sull’azione amministrativa presentato dal Presidente del Consiglio dei ministri e dal Ministro per la funzione pubblica di concerto col Ministro per gli affari regionali.

¹⁵⁰ G. Greco, *L’azione amministrativa secondo il diritto privato: i principi*, in *La disciplina generale dell’azione amministrativa. Saggi ordinati in sistema*, a cura di V. Cerulli Irelli, Napoli, Jovene, p. 76.

non unilaterale) del potere, con conseguente arricchimento della fattispecie, ma anche la scelta della disciplina e del regime dell'atto-fonte, facendolo trascorrere dal campo fondamentalmente amministrativo al campo esclusivamente privatistico”¹⁵¹.

Si realizza così il rovesciamento dell'idea tradizionale, secondo la quale il diritto amministrativo è il diritto comune ordinario e il diritto privato può essere applicato solo *ex lege*; dal 2005, si fa strada l'idea opposta, per cui il diritto amministrativo può venire in gioco solo laddove la strumentazione giuridica di diritto comune non sia capace di produrre gli effetti voluti. Di conseguenza, lo strumento base dell'azione amministrativa non sarebbe più stato l'atto, ma il “negozio”, lo strumento tipico del diritto privato, e il diritto pubblico verrà in rilievo al solo fine di regolamentare profili di cui, di regola, il diritto privato non si occupa (ad esempio, “l'organizzazione interna del soggetto agente, il procedimento di formazione della sua volontà, le procedure di scelta del contraente, le approvazioni e i controlli”¹⁵²). Da questo punto di vista il diritto dei contratti pubblici è un diritto speciale in quanto, come è stato detto, “va più in là del diritto comune dei contratti, occupando settori di materia che quest'ultimo tendenzialmente non disciplina”¹⁵³.

La specialità viene in rilievo, in questo caso, perché rappresenta l'unico criterio applicabile per delineare la relazione tra i due sistemi del diritto pubblico e del diritto privato, che “convivono l'uno a fianco dell'altro (...) su una base di necessaria concordanza”¹⁵⁴, senza che si verifichi la prevalenza di un ramo sull'altro. La regola diviene il diritto civile, l'eccezione il diritto pubblico.

¹⁵¹ *Ibidem*.

¹⁵² Sono esempi di D. De Pretis, *L'attività contrattuale della p.a. e l'articolo 1bis della legge n.241 del 1990: l'attività non autoritativa secondo le regole del diritto privato e il principio di specialità*, in *Tipicità e atipicità dei contratti pubblici*, cit., a cura di F. Mastragostino, Bononia University Press, 2008, pp. 29 e ss.

¹⁵³ Il riferimento è a R. Caranta, *I contratti pubblici*, Torino, Giappichelli, 2004, p. 8.

¹⁵⁴ V. Italia, *Commento all'articolo 1*, cit., p. 95.

In questo discorso, condotto finora in termini generici, bisogna calare la questione specifica oggetto della presente analisi: può dunque la concessione essere soggetta alla disciplina civilistica? Può, in altri termini, rientrare nella categoria dei c.d. “*atti non autoritativi*” oggetto della nuova disposizione di cui all’art. 1 comma 1*bis*?

Qualora adottassimo la definizione di autoritatività fatta propria dalla gran parte della dottrina¹⁵⁵, dovremmo rispondere affermativamente a tali quesiti. Se l’atto autoritativo è idoneo ad incidere in via unilaterale e restrittiva nella sfera giuridica del privato, modificandola anche contro la sua volontà, *a contrario* si deduce che l’atto non autoritativo è quello che non può spiegare i suoi effetti in mancanza di un valido consenso da parte dell’interessato. Ebbene, che nell’atto concessorio il consenso del privato sia elemento imprescindibile non mi pare di poterlo mettere in dubbio. Nessuna difficoltà a qualificare la concessione in termini contrattuali deriva poi dal fatto che l’oggetto sia pubblico: risulta evidente che l’affidamento di un’attività imprenditoriale per assicurare l’erogazione di un servizio pubblico, ovvero la costruzione e gestione di un bene pubblico, trova il suo naturale terreno d’azione nel campo del diritto comune.

È dato comunemente acquisito che oggi si tenda a scomporre la vicenda concessoria in due momenti distinti: il primo, di carattere pubblicistico (c.d. “*di evidenza pubblica*”), costituisce il culmine dell’applicazione delle regole di diritto pubblico che presiedono l’attività amministrativa, il secondo ha, invece, natura strettamente privatistica. Ciò che conta, ai fini dell’individuazione della disciplina (e prima ancora del regime) applicabile è l’analisi del regolamento convenzionale in concreto adottato dalle parti, al fine di individuare come effettivamente influisca il diritto privato sul regime dei contratti adottati dalla p.a.: operazione cui

¹⁵⁵ Si veda, in via esemplificativa, *Studi di diritto amministrativo*, R. Chieppa e V. Lopilato, Milano, Giuffrè, 2007.

l'interprete è certamente solito e che si esplica adoperando i canoni ermeneutici del diritto civile.

1.7 Riflessioni conclusive

La problematica attinente alla configurabilità di un principio contrattuale nell'ambito dell'attività amministrativa è questione di lunga data e il dibattito sul c.d. "contrattualismo" è ancora aperto e irrisolto. L'incertezza normativa in materia e la mancanza di uno studio organico sul tema hanno reso la concessione una categoria giuridica nata *per astrazione*, delimitandone i confini rispetto a categorie contigue ed analizzandone i tratti caratteristici al fine di elaborare un regime generale, proprio e caratteristico sia dell'atto che del rapporto. In tal senso, si è detto che la concessione amministrativa è "categoria giuridica con valore normativo"¹⁵⁶, nel senso che se una determinata fattispecie, costruita dalla prassi ovvero definita *ex ante* dalla legge, viene ricondotta al genus delle concessioni, automaticamente le si applicano le regole giuridiche che costituiscono tale categoria, "indipendentemente dal fatto che tali regole siano state previste dal legislatore in relazione a quella particolare fattispecie ovvero definite dalle parti nel concretizzare i loro rapporti in un disciplinare di concessione"¹⁵⁷.

L'analisi fin qui svolta ha voluto passare in rassegna le principali ricostruzioni elaborate da dottrina e giurisprudenza sulla qualificazione giuridica delle concessioni, non per realizzare un mero esercizio di stile fine a se stesso, bensì per offrire un quadro generale di partenza che fornisse gli

¹⁵⁶ G. Pericu, *Il rapporto di concessione di pubblico servizio*, in *La concessione di pubblico servizio*, a cura di G. Pericu – A. Romano – V. Spagnuolo Vigorita, Milano, Giuffrè, 1995, p. 85.

¹⁵⁷ *Ibidem*.

strumenti più opportuni ad indagare quello che sarà il filo conduttore delle prossime pagine.

Probabilmente, uno studio tematico sulle concessioni avrebbe richiesto un approfondimento circa la definizione e soprattutto le tipologie di concessioni oggi rinvenibili nella prassi: mi riferisco alla consolidata distinzione tra concessione *costitutiva* e *traslativa*, di *sola gestione* ovvero di *costruzione e gestione*, a tacere dei numerosi sottotipi individuabili in base all'oggetto (beni pubblici, servizi pubblici, opere pubbliche). Ho invece ritenuto opportuno prescindere da tali profili sistematici – tradizionalmente riservati alla manualistica del diritto amministrativo – e concentrarmi sul problema della natura giuridica e sull'utilizzo pratico dell'istituto concessorio, per evitare di limitare aprioristicamente l'oggetto della presente indagine.

Ripercorrendo le principali tesi dottrinali e giurisprudenziali in materia, emerge con chiarezza il largo impiego del diritto civile nel settore della contrattualità delle pubbliche amministrazioni, reso ancora più evidente dalla prassi delle concessioni, sempre incline ad utilizzare, per la costruzione dei rapporti concessori, strutture integralmente contrattuali, abbandonando del tutto gli strumenti provvedimentali. Il filone dottrinale pubblicistico, inaugurato da Ranelletti, ha impostato il problema su di una presunta netta contrapposizione tra l'atto amministrativo e il contratto, come se si trattasse di due moduli di azione inconciliabili.

In seguito, tale ricostruzione è stata incrinata dall'elaborazione pretoria della *concessione-contratto*, che ha avuto notevoli implicazioni sul piano del diritto sostanziale, sancendo l'applicabilità pressoché integrale delle norme civilistiche sulle obbligazioni e sui contratti e riconoscendo uno spazio di operatività sempre più ampio al contratto di diritto comune.

Il punto terminale di questa evoluzione è rappresentato dalla concezione contrattualprivatistica, opera di D'Alberti: l'analisi pratica dello strumento concessorio consente all'Autore di rifuggire da banali costruzioni

dogmatiche per arrivare ad affermarne, con ragionevole certezza, la struttura integralmente contrattuale. A porre in essere il rapporto concessorio è una convenzione, che ne disciplina tutti gli aspetti, mentre l'unico atto amministrativo che può essere individuato si sostanzia in un decreto di mera approvazione del contratto, che incide esclusivamente sulla sua efficacia, rimanendo per il resto estraneo alle vicende di costituzione e regolazione del rapporto.

D'Alberti ricostruisce la relazione tra il provvedimento e il contratto, operando tre distinzioni¹⁵⁸:

a) può accadere che il provvedimento sia antecedente al contratto e in tal caso rileva come “elemento formativo del contratto” ovvero come “atto pre-costitutivo” rispetto al rapporto concessorio, con una funzione meramente strumentale, ma il vero atto costitutivo resta quello di natura contrattuale;

b) può anche accadere che il provvedimento segua il contratto e tuttavia, anche in questo caso, non svolge un ruolo autonomo, avendo piuttosto una funzione di controllo sulla regolarità dei principali contenuti contrattuali, perché è comunque l'atto negoziale a fissare la disciplina in concreto applicabile.

c) infine, il provvedimento può contenere una clausola concessoria autonoma e dettare precetti di regolazione di taluni aspetti del rapporto, non previsti nel contratto: in tal caso si realizza “una sorta di equiordinazione fra provvedimento e contratto ai fini della produzione degli effetti e, in particolare, ai fini della costituzione del rapporto concessorio.” In quest'ultima ipotesi, la caducazione di uno dei due atti comporta l'inefficacia dell'altro.

All'esito di quest'analisi, il D'Alberti arriva ad una conclusione netta: la struttura contrattuale degli atti e dei rapporti concessori è assolutamente prevalente, e ciò è chiaramente dimostrato dalla forza

¹⁵⁸ M. D'Alberti, *op. cit.*, pp. 307 e ss.

costitutiva che ha il contratto e di cui, invece, è privo il provvedimento. “Le concessioni vanno inquadrare come rapporti giuridici a genesi prevalentemente contrattuale, raramente provvedimentale”¹⁵⁹.

A ben vedere, ciò che spero di aver dimostrato in conclusione di questo capitolo, è la necessità, affidata agli operatori del diritto, di avviare una riconsiderazione generale del ruolo dell’atto amministrativo – e della concessione, nello specifico - all’interno del nostro sistema giuridico, al fine di acquisire la piena consapevolezza circa la sua possibile coesistenza con la figura del negozio. Ciò che si richiede al giurista è, in altri termini, uno sforzo operativo che sia volto a cogliere l’essenza della concessione, la quale rappresenta senz’altro una figura di diritto positivo, per nulla contrapposta a quella del “negozio” di diritto civile.

Una volta acquisita la veste contrattuale delle concessioni, sono applicabili *de plano* le regole del codice civile in materia di obbligazioni e contratti? Questa è una problematica su cui tanto si è scritto e si è detto, senza tuttavia pervenire ad una conclusione concorde.

Per individuare pedissequamente le regole applicabili all’esecuzione di ciascun accordo, l’interprete dovrà procedere come di consueto, identificando in concreto le specie di obbligazioni dedotte, al fine di selezionare le disposizioni del codice civile che debbano di volta in volta essere applicate. In un secondo momento, egli dovrà verificare l’eventuale esistenza di norme derogatorie rispetto alle norme codicistiche o comunque con queste incompatibili.

Tale *modus operandi* era ben noto già agli Autori del Novecento, i quali hanno dedicato i loro studi al fenomeno concessorio: chi optava per la genesi contrattuale della concessione, qualificandola in termini di contratto sinallagmatico, non aveva problemi ad estendere integralmente a questa le norme in materia di obbligazioni e contratti e, nello specifico, le

¹⁵⁹ *Ivi*, p. 294.

disposizioni relative all'equilibrio delle prestazioni¹⁶⁰. Chi, al contrario, riteneva che la concessione risultasse dalla combinazione tra il provvedimento ed il contratto, e avesse dunque genesi “mista”, si vedeva comunque costretto ad ammettere l'applicabilità del regime civilistico, mediante il filtro dell'art. 1339 c.c., ossia in chiave integrativa.

Oggi, lungi dal voler adottare aprioristicamente una tesi dogmatica piuttosto che un'altra, il compito del giurista è quello di analizzare la disciplina posta dalle parti per regolare il concreto assetto d'interessi, servendosi degli strumenti che il diritto – inteso nella sua accezione più ampia, e dunque comprensivo della legislazione, ma anche della dottrina e della giurisprudenza – gli ha fornito.

Il regime “speciale”, consacrato nella convenzione, potrà variare caso per caso, sebbene non si possa negare che oggi è tendenzialmente rappresentato da regole uniformi e stabili, ricalcate su formulari predisposti da leggi e provvedimenti.

Secondo l'insegnamento magistrale di F. Galgano, “la libera contrattuale assume un duplice significato: è libertà di perseguire finalità diverse da quelle perseguibili con i contratti tipici: ma è anche libertà di perseguire con modalità contrattuali atipiche finalità già perseguibili con i contratti tipici”¹⁶¹ e la stessa considerazione può essere riportata, *mutatis mutandis*, per l'attività non autoritativa che la p.a. svolge “per contratti”.

Oggi, uno dei principi cardine per eccellenza del diritto civile è indubbiamente rappresentato dall'autonomia privata, codificata nell'art. 1322 del nostro codice civile. Tale autonomia può essere declinata, da un lato, come libertà di determinare il contenuto del contratto (ai sensi del *primo comma* della disposizione citata) e, dall'altro, come libertà di concludere contratti atipici (ai sensi del *comma secondo*). Ebbene,

¹⁶⁰ Mi riferisco *in primis* alla disciplina della risoluzione per inadempimento, impossibilità sopravvenuta ed eccessiva onerosità sopravvenuta, che sarà oggetto di approfondimento nel capitolo successivo.

¹⁶¹ F. Galgano, *Diritto civile e commerciale*, Padova, Cedam, 2004, vol. II, p. 170.

soprattutto in questa seconda sfumatura, si legge l'essenza dell'attività contrattuale della p.a.: la regola della tipicità degli atti amministrativi viene, infatti, gradualmente declinata in senso relativo, riconoscendo che ai provvedimenti (*rectius* contratti) concessori possano essere discrezionalmente aggiunte clausole particolari, consistenti nell'obbligo di eseguire determinate prestazioni, purché esse non alterino o snaturino il carattere tipico dei provvedimenti stessi¹⁶².

A titolo esemplificativo, possono essere richiamate alcune disposizioni relative ai “*Contratti in generale*” che, come pure la giurisprudenza degli anni Quaranta ha ritenuto, risultano *sine dubio* applicabili all'attività amministrativa realizzata tramite moduli convenzionali: mi riferisco *in primis* alle norme sull'interpretazione dei contratti, di cui agli artt. 1362 e ss. del c.c., della cui applicabilità all'istituto della concessione non si è mai dubitato. “Sia sotto la vigenza del vecchio codice, sia dopo l'entrata in vigore del nuovo, si è sostenuta l'estensibilità delle norme in esame nel loro complesso e, in particolare, l'applicabilità dei principi dell'interpretazione complessiva delle clausole e della conservazione del contratto”¹⁶³.

Lo stesso discorso può valere per gli artt. 1175 e 1176 del c.c., in materia di correttezza e diligenza, o per l'art. 1375 c.c. (esecuzione in buona fede del contratto)¹⁶⁴, per gli artt. 1325 e 1346 c.c. sui requisiti essenziali del contratto, e, ancora, per le norme civilistiche in materia di nullità dei contratti.

¹⁶² Come ritenuto da Tar Lombardia, sent. 23 aprile 1975, n.73.

¹⁶³ Così sostiene M. D'Alberti, *op. cit.*, p. 273, richiamando Cass., 27 gennaio 19554, n. 224 e Corte App. Genova, 14 agosto 1964.

¹⁶⁴ Lo conferma il Cons. Stato, Sez. VI, 9 febbraio 1982 n. 70, in *Il Foro it.* vol. 116, no. 10, 1993, 2747, che, nel valutare la legittimità di un provvedimento dell'amministrazione che dichiarava la decadenza del concessionario, afferma “ove l'elemento della responsabilità soggettiva venga a mancare, l'amministrazione è tenuta a provvedere in altro modo alla tutela dell'interesse pubblico affidato alle sue cure, in quanto secondo lo schema legale assume preminente rilievo l'esigenza di conservazione del rapporto concessorio, anche alla luce di quei fondamentali canoni di *buona fede, correttezza e cooperazione*, che devono intendersi validi nello svolgimento del rapporto di concessione come nell'esecuzione di un qualunque tipo di rapporto contrattuale”.

A tal ultimo proposito, la questione si è posta con riferimento al potere di *ius variandi* dell'amministrazione, cioè alla facoltà riconosciuta di modificare unilateralmente la misura del canone a carico del concessionario: la giurisprudenza, a partire dagli anni Sessanta del secolo scorso, si è chiesta se fossero valide le clausole contrattuali che obbligavano il concessionario ad accettare le variazioni che l'amministrazione concedente deliberasse unilateralmente in costanza del rapporto. La risposta del giudice ordinario è stata negativa, sostenendo la nullità di tali clausole per indeterminatezza o indeterminabilità dell'oggetto della prestazione, in violazione del combinato disposto degli artt. 1346 e 1418 del codice civile.

Una simile tesi giudiziale assume rilievo sotto un duplice profilo: da un lato, riconosce al giudice ordinario la possibilità di intervenire sul contenuto contrattuale della concessione per modificarlo, potendo addirittura addivenire ad una declaratoria di nullità totale del contratto, salva l'inserzione automatica di norme imperative ex art. 1339 c.c. Dall'altro lato, la giurisprudenza nega espressamente un potere unilaterale dell'amministrazione di variare l'ammontare dei canoni: ciò sarà possibile solo in presenza di un accordo esplicito tra le parti.

Ulteriori norme privatistiche che sono state ritenute applicabili ai rapporti concessori sono quelle che regolano le varie ipotesi di risoluzione: il riferimento precipuo è agli artt. 1453-1469 c.c. Il tema sarà indagato più a fondo nella pagine seguenti; per ora mi basta sottolineare l'avvalorata applicabilità delle norme civilistiche (tanto quelle relative alla parte generale quanto quelle disciplinanti i singoli tipi contrattuali), non tanto nella fase genetica del rapporto concessorio – saldamente ancorata, come si è anticipato e si avrà modo di approfondire più avanti, al provvedimento unilaterale – quanto nella fase di esecuzione ed eventualmente di estinzione della concessione, a conferma dell'assunto per cui “il provvedimento *costituisce* il rapporto concessorio e il contratto ne *regola* gli aspetti

patrimoniali, facendo così intendere il rifiuto del diritto civile per la disciplina del momento formativo della concessione”¹⁶⁵.

All’esito della disamina delle due disposizioni della Legge 241 del 1990 (art. 11 e art. 1, comma 1*bis*), si può ragionevolmente concludere che, indipendentemente dall’accoglimento della natura privatistica o pubblicistica, una volta concluso l’accordo, alle sue vicende esecutive si debbano applicare le norme di diritto privato. L’assunto è corroborato dalla disposizione introdotta nel 2005, “diretta a individuare la disciplina applicabile in via generale a tutte le attività non autoritative dell’amministrazione” che può essere considerata “un nuovo fondamento dell’applicazione delle norme civilistiche quantomeno alle attività di esecuzione degli accordi: un fondamento che, in realtà, corrobora, assorbe e supera quello rappresentato dalla disposizione dell’art. 11, comma 2, secondo periodo, della legge n. 241”¹⁶⁶.

Il legislatore prima e, la dottrina poi, attestano l’emergere di una tendenza sempre più forte da parte della p.a. all’impiego di moduli di azione concordata, riconducibili a quel diritto comune che è il diritto privato, il quale racchiude in sé tutti gli strumenti per garantire l’efficace perseguimento dell’interesse pubblico. Indipendentemente dal fatto che la disciplina degli accordi si applichi o meno ai rapporti concessori, essa conferma che, nel nostro ordinamento, tanto che si adoperino poteri amministrativi quanto atti privatistici, i risultati sono equivalenti: la norma-base è e rimane sempre l’art. 1321 c.c. e la disciplina delle obbligazioni e dei contratti contenuta nel codice civile rappresenta il necessario punto di partenza.

La disamina della dottrina e della giurisprudenza mi consente pertanto di concludere che nel panorama giuridico odierno il contratto rappresenta uno strumento neutro, suscettibile di ricevere le più eterogenee

¹⁶⁵ M. D’Alberti, *op. cit.*, p. 277.

¹⁶⁶ M. Renna, *Il regime delle obbligazioni nascenti dall’accordo amministrativo, cit.*, p.272.

conformazioni in relazione agli interessi delle parti in gioco e, che per ciò solo, è idoneo ad essere adoperato anche dalla pubblica amministrazione nell'ambito dei rapporti concessori. La vasta letteratura in materia offre valide ragioni per ritenere che, a prescindere dalla qualificazione giuridica che si adotti, "il negozio rimane retto fundamentalmente dalle norme del diritto privato, poiché più semplice e aderente alla realtà delle cose è forse non muovere l'istituto dal suo terreno naturale"¹⁶⁷.

La rapida evoluzione della contrattualistica moderna non ci consente più di serbare perplessità in relazione al fatto che i meccanismi del contratto consentano una libertà di manovra ben più ampia di quella che possa offrire il pesante modello provvedimentale: ciò basta ad esigere che vengano utilizzati nell'ambito dei rapporti economici nazionali che, oggi più che mai, richiedono una regolamentazione e un controllo costante.

E quale migliore controllo di quello rispondente ai canoni che il lungimirante codificatore del 1942 ha individuato e consacrato nel codice civile?

L'esigenza di "giuridicizzare" i momenti consensuali dell'attività amministrativa non nasce solo dalla necessità di offrire un quadro di certezze agli operatori economici in relazione ai comportamenti dell'amministrazione, ma, principalmente, "rappresenta un mezzo per rendere trasparenti e verificabili i comportamenti di tutte le parti in gioco"¹⁶⁸.

¹⁶⁷ Così S. Civitarese Matteucci, *Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa*, cit., p. 75.

¹⁶⁸ *Ivi*, p. 32.

Capitolo II

Le conseguenze applicative: lo scioglimento della concessione tra revoca, recesso e risoluzione

SOMMARIO: **2.1** L'ATTO DI REVOCA – **2.1.1** (*SEGUE*) I TRE PRESUPPOSTI DELLA REVOCA SECONDO L'ART. 21 *QUINQUIES* DELLA LEGGE 241/1990 – **2.1.2** (*SEGUE*) IL DECRETO BERSANI-BIS E IL NUOVO COMMA *1BIS* DELL'ART. 21 *QUINQUIES* – **2.2** LA DISTINZIONE TRA LA REVOCA ED ALTRI ISTITUTI: ANNULLAMENTO E DECADENZA – **2.3** IL RECESSO – **2.3.1** (*SEGUE*) IL RECESSO NEL DIRITTO CIVILE – **2.3.2** (*SEGUE*) LA DISTINZIONE TRA REVOCA E RECESSO NEL DIRITTO PRIVATO – **2.3.3** (*SEGUE*) IL RECESSO NEL DIRITTO AMMINISTRATIVO: L'ART. 21 *SEXIES* E L'ART. 11, COMMA QUARTO DELLA LEGGE 241/1990 – **2.3.4** (*SEGUE*) IL RAPPORTO TRA REVOCA E RECESSO NEL DIRITTO PUBBLICO E LA SOLUZIONE OFFERTA DALL'ADUNANZA PLENARIA (SENTENZA 14/2014) – **2.4** LA RISOLUZIONE – **2.4.1** (*SEGUE*) LA RISOLUZIONE PER INADEMPIMENTO DELLA CONCESSIONE – **2.4.2** (*SEGUE*) L'ECESSIVA ONEROSITÀ SOPRAVVENUTA DELLA PRESTAZIONE: PRESUPPOSIZIONE E CLAUSOLA *REBUS SIC STANTIBUS* – **2.4.3** (*SEGUE*) L'IMPOSSIBILITÀ SOPRAVVENUTA DEL RAPPORTO CONCESSORIO – **2.5** OSSERVAZIONI CONCLUSIVE: QUESTIONI E PROSPETTIVE IN TEMA DI SCIOGLIMENTO DELLA CONCESSIONE

Finora la nostra analisi si è soffermata su di un piano esclusivamente dottrinale che, pur rappresentando il necessario punto di partenza, non è sufficiente per indagare a fondo il tema.

La disquisizione sulla controversa natura giuridica della concessione non vuole essere un discorso fine a se stesso; qualificare l'atto concessorio in termini contrattuali piuttosto che unilaterali ha delle precise conseguenze dal punto di vista pratico che saranno oggetto del presente capitolo. In particolare, aderire ad una tesi piuttosto che ad un'altra vuol dire consentire all'Amministrazione di servirsi di poteri altrimenti preclusi: mi riferisco al ben noto potere di revoca che, pur nell'aura di incertezza in cui è avvolto, rappresenta cosa assai diversa dall'annullamento d'ufficio e,

tuttavia, tende spesso a confondersi e sovrapporsi con altri strumenti, quali la decadenza ed il recesso.

La revoca rappresenta senza dubbio uno degli aspetti più delicati della materia ed è in grado di scardinare completamente la ricostruzione giuridica contrattuale del fenomeno concessorio: si tratta di un tema che mette in crisi la bilateralità del rapporto e, configurandosi quale vero e proprio privilegio riconosciuto all'Amministrazione, viene a rappresentare un "corpo estraneo all'interno di un rapporto contrattuale"¹⁶⁹.

Qualificare la concessione quale atto unilaterale - alla stregua di quanto ha fatto, per esempio, Ranelletti - vuol dire consentire alla p.a. di intervenire, sempre in via unilaterale, con i c.d. *provvedimenti di secondo grado*, volti a rimuovere gli effetti prodotti dai precedenti atti.

Un risultato analogo si ottiene anche per la "concessione-contratto", foggiate dalla Cassazione nel 1910: rimosso in autotutela il provvedimento "a monte", per quel principio *simul stabunt simul cadent* connaturato al collegamento negoziale, anche la convenzione "a valle" viene meno¹⁷⁰. Qualora, al contrario, sposassimo la tesi contrattualistica, dovremmo concludere che gli strumenti a disposizione della p.a. sono esattamente gli stessi che ciascun privato può utilizzare, e quindi, a seconda dei casi, il recesso o la risoluzione. Con riferimento proprio alla risoluzione, sarà necessario chiedersi se, in difetto di un'espressa disposizione di legge, si possa far uso anche di quelle due tipologie che prescindono

¹⁶⁹ S. Civitarese Matteucci, *Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa*, cit., p. 44.

¹⁷⁰ In realtà, con riferimento alla concessione-contratto, è opportuno richiamare una sentenza della Cassazione di Roma, del 9 febbraio 1918, la quale, dopo aver definito il rapporto concessorio "complesso e misto, di diritto pubblico e di diritto privato", afferma che vi è una "duplice categoria di elementi legittimatori della risoluzione": nell'ambito pubblicistico, "può avvenire che ragioni imperiose di pubblica necessità (...) impongano la cessazione, o la sospensione senza limite di tempo del servizio pubblico che è oggetto della concessione" e ciò rende legittima la revoca, dal momento che la ragione di ordine pubblico "sovrasta il vincolo contrattuale". Invece, "dal punto di vista del diritto privato, la legittimità della revoca può dipendere da fatti o da omissioni del concessionario, che rendano inadempito o male adempito il servizio, o insufficiente ai suoi fini, o ne compromettano gravemente la continuità e la sicurezza" (Cass. Roma, SS. UU., 9 Febbraio 1918, in *Il Foro it.*, vol. 43, 1918, 487).

dall'inadempimento della parte, e cioè, la risoluzione per eccessiva onerosità e per impossibilità sopravvenuta.

In definitiva, se si sostiene la natura contrattuale della concessione si arriva a negare che la parte pubblica possa recidere autonomamente il vincolo o esercitare arbitrariamente uno *ius poenitendi*.

Infine, far rientrare la concessione tra gli accordi di cui all'art. 11 legge 241/90 implica che ad essi sia applicabile quella particolare forma di recesso "*per motivi di pubblico interesse*", di cui al quarto comma della medesima disposizione.

Quali possano essere le cause di scioglimento anticipato della concessione e quali i rimedi a fronte di eventuali sopravvenienze saranno le linee direttrici del discorso che mi accingo ad intraprendere. L'analisi non può tuttavia prescindere dall'attenta valutazione dei (seppur pochi) dati normativi a disposizione e, parallelamente, dalla disamina dei principali orientamenti giurisprudenziali e dottrinali *in subiecta materia*.

Individuare una soluzione definitiva a tali problematiche è compito assai arduo e forse irrealizzabile per tutti coloro che proclamino dogmaticamente il netto divario tra diritto pubblico e diritto privato.

Ci sono questioni giuridiche che, per loro natura, si collocano al confine tra i due sistemi e richiedono, ai fini di una completa trattazione, un approccio necessariamente "integrato". Solo un *modus operandi* di questo genere consentirà di evitare pericolose aporie di sistema che potrebbero addirittura condurre ad applicare regimi giuridici differenti al medesimo rapporto.

Così è per la concessione la quale, se talvolta viene costruita come "sintesi" di un provvedimento e di un contratto, altre volte, invece, viene a coincidere unicamente con la convenzione, mancando un atto unilaterale di genesi del rapporto.

Nel primo caso emerge nella sua pienezza il problema del contemperamento tra strumenti privatistici e pubblicistici; ma *quid iuris* nel

secondo caso? Non essendo individuabile un provvedimento pubblicistico dovrà a priori escludersi l'applicabilità di rimedi unilaterali, quali la revoca? E si dovrà, quindi, far ricorso unicamente ai mezzi che il diritto privato mette a disposizione delle parti di un qualunque contratto? La risposta a tali quesiti non può rischiare di essere approssimativa; deve, piuttosto, mirare a realizzare il giusto temperamento tra la tutela dell'interesse pubblico della p.a., che legittimerebbe un suo ripensamento, e la stabilità del vincolo negoziale, suscettibile di essere incrinata solo dalle "armi pari" di cui dispongono i contraenti.

Un temperamento dunque assai difficile da raggiungere, che ha trovato una prima affermazione in alcune pronunce della giurisprudenza, in cui viene proclamata una tendenziale separazione tra una prima fase (c.d. *pubblicistica*, soggetta ai normali poteri autoritativi della p.a.) ed una seconda fase (c.d. *negoziale*) la quale, avendo avvio con la stipulazione del contratto, resta retta dalla disciplina civilistica. Tale frattura è alla base dell'assunto per cui se si ammettesse, ad esempio, la possibilità che la revoca determinasse lo scioglimento del contratto, si finirebbe per riconoscere che un atto unilaterale possa incidere su un rapporto contrattuale, in palese contraddizione con quanto sancito dalle disposizioni di legge (tanto di diritto privato quanto di diritto amministrativo).

Il quadro così tracciato e l'"impermeabilizzazione" della fase privatistica alle esigenze pubblicistiche consentono di rinvenire una chiave di lettura volta a cogliere il cuore del problema.

2.1 L'atto di revoca

La ragione che indusse Oreste Ranelletti a configurare in termini autoritativi la concessione è essenzialmente una: quella di giustificare il

potere dell'Amministrazione di incidere in via unilaterale su un provvedimento attributivo di facoltà al privato, rimuovendone gli effetti, con un altro atto, a sua volta avente i caratteri di un provvedimento – c.d. “*di secondo grado*”, proprio perché operante su un altro provvedimento, “*di primo grado*” -, che tradizionalmente viene qualificato in termini di revoca.

In via preliminare, va detto che tanto la revoca quanto l'annullamento sono strumenti tipici rientranti nel generale potere di “autotutela”, che consente all'amministrazione di “farsi giustizia da sé, senza dover ricorrere all'intervento del giudice”¹⁷¹ e che può essere esercitata tanto per rimuovere vizi di legittimità quanto di opportunità.

La definizione maggiormente accreditata di “autotutela” è quella offerta dall'Illustre Benvenuti: l'autotutela è “quella parte dell'attività amministrativa con la quale la stessa pubblica amministrazione provvede a risolvere conflitti, potenziali o attuali, insorgenti con altri soggetti, in relazione ai suoi provvedimenti o alle sue pretese”¹⁷² senza il necessario intervento di un'autorità giurisdizionale¹⁷³. L'autotutela è una categoria nata in via dogmatica e dai confini assai incerti; naturalmente non si sostanzia in un potere assoluto che può essere esercitato *ad libitum*, ma è sottoposto al necessario rispetto di due limiti: il principio di legalità, che da sempre informa l'attività amministrativa, e la tutela dell'affidamento del privato, la quale richiede un attento contemperamento degli interessi in gioco. A tal proposito, una certa dottrina¹⁷⁴ riteneva che l'esercizio di questo potere trovasse un limite nell'esistenza di diritti soggettivi perfetti, che siano nati dall'atto amministrativo o da questo siano stati resi esercitabili, ma la giurisprudenza ha definitivamente smentito questa tesi.

Attraverso l'autotutela, la p.a. può porre in essere un vero e proprio *ius poenitendi*, rimodulando un atto affinché sia conforme all'interesse

¹⁷¹ La definizione è di R. Chieppa e V. Lopilato, in *Studi di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 438.

¹⁷² F. Benvenuti, voce *Autotutela (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, vol. V, Milano, 1959, pp. 540-544.

¹⁷³ G. Coraggio, *Autotutela (Dir. Amm.)*, in *Enc. Giur. Treccani (ad vocem)*, Roma, 1989.

¹⁷⁴ Il riferimento è a A.M. Sandulli, *Manuale di Diritto amministrativo*, Napoli, Jovene, 1984.

pubblico; quest'ultimo, difatti, potrebbe in qualche modo essere vanificato da esigenze e circostanze sopravvenute, al punto che il provvedimento emanato perde la sua utilità. Di fronte a tale situazione pregiudizievole, l'amministrazione non ha solo il potere, ma un effettivo dovere di intervenire per limare le "deformazioni" del provvedimento.

Nell'ambito della teoria generale del diritto, fu la Scuola Viennese a parlare per prima di *revoca* o meglio di *irrevocabilità*: l'atto giuridico ha una sua forza intrinseca, una irretrattabilità che addirittura veniva equiparata alla forza del giudicato. Nel nostro ordinamento, il concetto di "cosa giudicata" ha spazio solo nell'ambito processuale, ma l'idea di un'irretrattabilità dell'atto giuridico si fa discendere da un ragionamento diverso: "premesso che gli atti giuridici contengono un comando, un atto di volizione, che logicamente non può esser diretto che a provvedere per il futuro e non anche per il passato, l'atto validamente emanato è, in se stesso considerato, propriamente irretrattabile in quanto il suo ritiro implicherebbe l'ammissibilità di una portata retroattiva di un atto di volontà"¹⁷⁵.

In altri termini, il soggetto che si renda conto, dopo essere addivenuto all'emanazione di un precedente atto, che il suo interesse è mutato, non potrà agire sull'atto in sé, ma dovrà operare sugli effetti di questo, al fine di rimuoverli. Ora, affinché ciò sia possibile, trattandosi di una modifica della situazione giuridica attuale, occorrerà la coesistenza di alcuni elementi¹⁷⁶: i) la disponibilità della situazione giuridica da modificare, intesa quale titolarità attuale di quel rapporto; ii) un interesse dello stesso ordine e natura di quello richiesto per l'emanazione del provvedimento da revocare, non essendo sufficiente il perseguimento dell'interesse pubblico generale¹⁷⁷; iii) il carattere continuativo del medesimo rapporto.

¹⁷⁵ R. Alessi, *La revoca degli atti amministrativi*, Milano, Giuffrè, 1956, p. 8.

¹⁷⁶ Messi in luce da R. Alessi, *op. ult. cit.*, p. 10.

¹⁷⁷ A tal proposito, evocativa è la frase utilizzata da S. Vasta, *I procedimenti di revisione*, in *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, a cura di V. Cerulli Irelli, Napoli, Jovene, 2006,

La trattazione del tema della revoca non può tuttavia essere ristretta negli angusti confini del diritto pubblico, il quale offre inevitabilmente una nozione incompleta di tale istituto: è necessario, infatti, esaminarne i tratti essenziali partendo dal diritto privato, come ha fatto illustre dottrina.

I primi contributi scientifici sulla *figura iuris* in questione prendono le mosse dall'assimilazione tra l'atto amministrativo e il negozio giuridico: quest'ultimo altro non è se non la manifestazione di volontà volta a costituire, modificare o estinguere un rapporto giuridico. Allo stesso modo, "l'atto amministrativo è la manifestazione della volontà statale diretta a modificare unilateralmente lo *status quo ante*"¹⁷⁸. Il parallelismo così instaurato si estende anche alla revoca, definita dunque come una "manifestazione di volontà con la quale si intende togliere di mezzo, agli effetti giuridici, una manifestazione di volontà precedente"¹⁷⁹. Il suo ambito applicativo non conosce limitazioni, trattandosi invero di una figura giuridica di portata generale, propria di una molteplicità di branche del diritto, ivi inclusa quella privatistica¹⁸⁰. Quello di revoca si configura pertanto come un concetto unitario, che mantiene le medesime caratteristiche tanto nel diritto pubblico quanto nel diritto privato.

Se volgiamo lo sguardo proprio a quest'ultimo, notiamo subito che di "revoca" si parla già nel codice civile: agli artt. 1328 e 1329 con riferimento alla proposta contrattuale e alla conseguente accettazione; all'art. 1723, in tema di mandato; all'art. 1738 relativamente al contratto di spedizione.

Si tratta, in tutti questi casi, di un atto che può assumere varie forme, con cui un soggetto priva dei suoi effetti giuridici un negozio (o un mero

pp. 331 e ss., secondo la quale "il potere di revoca esiste se e in quanto esiste il potere di provvedere sicché (...) il potere di revocare è potere discrezionale di amministrare".

¹⁷⁸ G. La Rosa, *La revoca del provvedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2013, p. 3.

¹⁷⁹ F. Cammeo, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, Giuffrè, 1911, p. 450; cfr. L. Meucci, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino, Fratelli Scoca Editore, 1898, p. 144.

¹⁸⁰ Così G. Codacci Pisanelli, *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano, Giuffrè, 1939, pp. 117 e ss. In particolare, l'Autore pone l'accento sulla circostanza che la revoca non sia un istituto, per così dire, di esclusivo appannaggio del diritto amministrativo.

atto precontrattuale nel caso degli artt. 1328 e 1329) originariamente posto in essere. Nel diritto comune, tuttavia, la possibilità di revoca è eccezionale ed è consentita solo in ipotesi tassative¹⁸¹, a differenza del diritto amministrativo, nell'ambito del quale "tale facoltà è stata per lungo tempo ammessa anche in difetto di un'esplicita previsione normativa, in quanto espressiva di un potere generalmente appartenente all'Amministrazione"¹⁸².

La mancanza di una previsione specifica che regolasse la potestà di revoca ha portato la dottrina amministrativistica ad elaborarne varie ricostruzioni: originariamente, la revoca veniva ammessa tanto per ragioni di legittimità quanto per motivi di opportunità. Tuttavia, nel primo caso, aveva efficacia retroattiva, facendo venir meno il provvedimento sin dalla sua emanazione, mentre, per il provvedimento inopportuno, spiegava effetti soltanto *ex nunc*.

A partire dagli anni Venti, il Consiglio di Stato inizia a circoscrivere il profilo di questo istituto limitandolo all'ipotesi del ritiro di un provvedimento, ancorché legittimo, bensì inopportuno. Nell'altra ipotesi, invece, non si parla più di revoca, ma di *annullamento d'ufficio*: annullamento che, di conseguenza, opera un riesame dell'atto precedente al fine di verificarne la validità originaria, mentre la revoca "si localizza sui risultati dell'atto, che vengono rivisti alla luce della situazione fattuale e dell'assetto di interessi pubblici e privati in essere al momento del nuovo intervento dell'autorità amministrativa"¹⁸³.

¹⁸¹ Di diverso avviso è G. Falcon, *Questioni sulla validità e sull'efficacia del provvedimento amministrativo nel tempo*, in *Dir. amm.*, fasc. 1, 2003, pag. 1 e ss., secondo il quale la revocabilità degli atti ad efficacia durevole è la regola, l'irrevocabilità l'eccezione; ciò vale anche nel diritto privato, con riferimento alla revoca di atti unilaterali, come potrebbero essere quelli dell'amministratore di una società o di un condominio o del tutore di un incapace. In tali ipotesi, secondo l'Autore, "la cura di un interesse, pubblico o privato, non si esaurisce con l'emanazione del singolo atto, in quanto successive esigenze possono richiedere l'interruzione o la modifica dei suoi effetti".

¹⁸² Così sempre R. Chieppa e V. Lopilato, *op. cit.*, p. 438. Del medesimo avviso è E. Lombardo Pellegrino, *Teoria giuridica delle deliberazioni amministrative*, Milano, Giuffrè, 1898, p. 49, secondo cui "nel diritto amministrativo la revoca rappresenterebbe la regola per mantenere l'ordine giuridico dell'amministrazione".

¹⁸³ O. Settesoldi, *Commento all'articolo 21-quinquies*, in *L'azione amministrativa*, cit., AA.VV., p. 851.

La dottrina era poi ulteriormente divisa: da un lato c'era chi parlava di *revoca per ius poenitendi*, esercitabile “sulla base di un giudizio circa la perdurante opportunità del provvedimento a soddisfare l'interesse pubblico”¹⁸⁴ nei confronti di un altro provvedimento che ancora non aveva prodotto i suoi effetti; dall'altro, c'era chi, invece, riteneva configurabile solo la c.d. *revoca per sopravvenienze*, fondata su sopraggiunte ragioni di fatto o di pubblico interesse che rendevano inopportuna la permanenza del provvedimento già efficace.

Anche sul fondamento del potere di revoca era in atto una *querelle*, poiché non era chiaro se essa fosse espressione di un generale potere di autotutela e potesse dunque comportare il ritiro del provvedimento inopportuno alla luce di *qualunque* interesse pubblico o se, invece, potesse essere giustificata solo nel caso in cui il provvedimento si ponesse in contrasto con quello *specifico* interesse pubblico a fondamento dell'atto emanato.

Oggi ogni discussione è superata dall'introduzione, ad opera della legge 15/2005, di quel Capo IVbis della Legge 241 del 1990, rubricato “*Efficacia ed invalidità del provvedimento amministrativo*”, nell'ambito del quale troviamo, per la prima volta, una norma espressamente dedicata alla revoca: l'art. 21 *quinquies*. Tale norma viene ad inserirsi in un contesto notevolmente lacunoso, mancando una disciplina generale dell'istituto, nonostante molteplici fossero i singoli riferimenti normativi che vi facevano rinvio, “anche se non sempre in maniera conforme alla costruzione dell'istituto scaturente dalla prevalente elaborazione dottrina e giurisprudenziale (...), ingenerando una deplorable confusione terminologica che ha negativamente influenzato la prassi amministrativa ed a cui la novella legislativa pone finalmente termine”¹⁸⁵.

¹⁸⁴ Così testualmente, R. Chieppa e V. Lopilato, *op. cit.*, p. 440.

¹⁸⁵ Sono le riflessioni di O. Settesoldi, *Commento all'articolo 21-quinquies, cit.*, p. 851.

L'art. 21 *quinquies* si occupa, nello specifico, della revoca prevedendo tre presupposti alternativi:

1. sopravvenuti motivi di pubblico interesse;
2. mutamento della situazione di fatto non prevedibile al momento dell'adozione del provvedimento;
3. nuova valutazione dell'interesse pubblico originario (c.d. *ius poenitendi*).

Prima facie, il quadro che ne risulta è quello di una revoca configurata quale atto amministrativo a carattere discrezionale, unilaterale, di natura costitutiva, che può avere ad oggetto, stando al dettato normativo, soltanto atti ad efficacia durevole, determinandone l'inidoneità a produrre ulteriori effetti (efficacia *ex nunc*). Pertanto, l'atto revocato viene sì rimosso ma non ne viene cancellata l'esistenza né gli effetti ed i rapporti nel frattempo intervenuti vengono a cessare solo a partire dal momento della revoca.

Per quanto concerne il procedimento di adozione, la norma nulla prevede; pare dunque opportuno rammentare gli orientamenti giurisprudenziali e dottrinali consolidatisi già prima dell'entrata in vigore della legge del 2005. In particolare, si richiama costantemente la tesi del c.d. "*contrarius actus*", secondo la quale il procedimento di emanazione dell'atto di revoca dovrebbe essere uguale a quello che ha portato all'adozione dell'atto da revocare.

La giurisprudenza ribadisce, in molteplici occasioni¹⁸⁶, che "*la funzione amministrativa in questione è di contenuto identico, seppur di segno opposto, a quella esplicita in precedenza e dunque essa deve articolarsi secondo gli stessi moduli già adottati senza i quali rischia di risultare monca o comunque difettosa rispetto all'identica causa del*

¹⁸⁶ Si veda Cons. St., sez.V, sent. 6291/2004; cfr. Cons. St., sez. VI, sent. 1080/2004; cfr. Tar Campania, Salerno, sent. 1752/2004, su *Giustamm.it*.

potere: pertanto l'amministrazione è tenuta a porre in essere un procedimento gemello di quello a suo tempo seguito per l'adozione dell'atto revocando".

E' stato inoltre chiarito¹⁸⁷ come il concetto di procedimento "gemello" vada inteso come un "*procedimento analogo e non rigorosamente identico, tant'è che è possibile che l'amministrazione apporti modifiche rispetto al procedimento relativo alla formazione del provvedimento da revocare, ma solo purché le garanzie di partecipazione vengano accresciute e comunque mai compresse*".

Infine, sempre stando alle tesi maggioritarie in dottrina e giurisprudenza, si ritiene che l'atto di revoca debba rivestire la medesima forma *ad substantiam* richiesta per l'atto da revocare o quantomeno, forme equipollenti.

2.1.1 (Segue) I tre presupposti della revoca secondo l'art. 21 *quinquies* della legge 241/1990

L'art. 21 *quinquies* ha rappresentato un'innovazione di ampia portata nel diritto amministrativo, offrendo per la prima volta una disciplina positiva generale della revoca. Le tre ipotesi che possono legittimare tale potere sono alternative e si sostanziano, tutte, in una valutazione circa l'opportunità di conservare o meno il provvedimento. Si tratta, a ben vedere, di una valutazione non oggettiva – a differenze di ciò che accade per la legittimità e l'efficacia -, bensì soggettiva.

Lo sottolinea in maniera nitida Piras, affermando che "per quanto grandi siano i limiti che alla scelta discrezionale derivano dalla necessità di applicare determinate regole o di osservare norme e principi relativi

¹⁸⁷ Da Tar Calabria, Catanzaro, sez. II, sent. 2797/2002 e da Cons. St., sez. IV, sent. 1557/1999, su *Giustamm.it*.

all'azione amministrativa, il giudizio di opportunità presenta sempre un settore che è irriducibile a canoni predeterminati”¹⁸⁸. Dunque, per decidere se un atto è o meno inopportuno, la p.a. dovrà vagliare la sussistenza di quello che viene comunemente definito “vizio di merito” e che può assumere tre differenti profili:

1. Sopravvenuti motivi di pubblico interesse: non v'è dubbio che la norma richieda, tra le righe, che l'interesse sia *concreto ed attuale*, non essendo sufficiente il generale interesse al mero ripristino della legalità violata. Inoltre, come sottolinea la giurisprudenza, fondamentale è che il provvedimento di revoca, assunto nell'esercizio del potere di autotutela, sia *“adeguatamente motivato, in particolare allorché incide su posizioni in precedenza acquisite dal privato, non solo con riferimento ai motivi di interesse pubblico che giustificano il ritiro dell'atto, ma anche in considerazione delle posizioni consolidate e all'affidamento ingenerato nel destinatario dell'atto da revocare”* (Così Cons. Stato, sez. IV, sentenza del 7 febbraio 2012, n. 662).

2. Mutamento imprevedibile della situazione di fatto: l'aggiunta dell'attributo è opera della legge 164/2014. Anteriormente, qualsiasi mutamento dei fatti avrebbe potuto legittimare la p.a. ad intervenire con la revoca, a fronte dell'attuale formulazione che richiede una modificazione non prevedibile – in base all'ordinaria diligenza, si intende – nel momento in cui il provvedimento è stato emanato. In questo modo, appare rafforzata la posizione del privato e ridotto notevolmente l'ambito di operatività della revoca, escludendo il ricorso a tale strumento nei casi in cui l'amministrazione avrebbe dovuto prevedere l'avveramento di nuove circostanze di fatto.

¹⁸⁸ A. Piras, *Invalidità* (dir. amm.), in *Enc. Dir.*, Milano, 1972.

3. Nuova valutazione dell'interesse pubblico originario: a fronte dell'ampia formulazione di tale presupposto legittimante, che consente alla p.a. un vero e proprio *ius poenitendi*¹⁸⁹, la sopra menzionata legge del 2014 ha previsto un'eccezione. Non è consentito, infatti, procedere alla revoca in conseguenza di una rivalutazione dell'interesse che ha spinto ad emanare il provvedimento, se quest'ultimo è attributivo di vantaggi economici oppure se si tratta di un'autorizzazione. L'interpretazione che la giurisprudenza offre di questa deroga è ampia: rientrano nell'esclusione tutti quei provvedimenti che hanno una portata ampliativa per il destinatario. Si tratta di una modifica rilevante, che risponde anche all'esigenza di ridurre, almeno in parte, il contenzioso che tale presupposto di revoca aveva comportato, in quanto difficilmente accettato dai destinatari del provvedimento. Naturalmente, la nuova valutazione deve essere effettuata in comparazione con gli interessi in gioco, saggiando, cioè, se “le situazioni giuridiche consolidate possano essere sacrificate per il soddisfacimento dell'interesse pubblico rivalutato”¹⁹⁰.

Così formulati, i presupposti richiesti dall'art. 21 *quinquies* danno tutta l'impressione di voler trasformare la revoca, da strumento ordinario qual è tradizionalmente configurata, a strumento eccezionale, contemperando valori fondamentali quali la certezza del diritto e la stabilità dei rapporti giuridici con l'affidamento del privato. Le tre condizioni legittimanti di cui *supra* sono state costruite dal legislatore del 2005 “a maglie larghe” e consentono di individuare nel provvedimento “una divergenza rispetto al paradigma normativo non di tipo formale, ma (...) di

¹⁸⁹ Sottolinea V. Cerulli Irelli, subito dopo l'introduzione della norma, che tale presupposto rappresenta “un grado assai ampio di esercizio di potere discrezionale” e che, pertanto, “deve essere puntualmente verificato caso per caso per sondarne la legittimità” (V. Cerulli Irelli, *Verso un più compiuto assetto della disciplina generale dell'azione amministrativa*, in *Astrid Rassegna on line*, 2005, n. 4).

¹⁹⁰ Così S. Vasta, *I procedimenti di revisione*, cit., p. 338.

tipo qualitativo, intendendosi raffigurare in tal modo la inidoneità del provvedimento (o la sua non completa attitudine) a soddisfare l'interesse pubblico originario"¹⁹¹.

Ricostruiti in termini generali i tratti caratteristici della revoca, è opportuno valutare se esista e quale sia il margine operatività di tale potere nel campo delle concessioni. Il giurista avveduto non tarderà ad osservare che la risposta al quesito dipende, ancora una volta, dalla natura giuridica che viene attribuita all'atto concessorio: se ad essere posto in essere è un provvedimento amministrativo *tout court, nulla questio* sull'ammissibilità di una revoca che rispetti i requisiti imposti dall'art. 21 *quinquies* della legge 241/90. I problemi sorgono, tuttavia, nella maggior parte della fattispecie concessorie in cui, come dimostrato, è difficile operare una qualificazione unitaria in termini provvedimentali piuttosto che contrattuali, trovandosi spesso dinanzi ad un atto complesso. Basta questo per comprendere come la revoca rappresenti "uno dei punti più incerti e controversi della dottrina amministrativa"¹⁹².

2.1.2 (Segue) Il Decreto Bersani-bis e il nuovo comma 1bis dell'art. 21 *quinquies*

Dopo aver analizzato la disciplina generale della revoca di cui all'art. 21 *quinquies* della l. 241/90, il tema oggetto del presente studio richiede un approfondimento relativo all'attuale comma 1bis della disposizione in commento, che è stato aggiunto dal comma quarto dell'art. 12 del Decreto Legge 7/2007 (noto come Decreto Bersani-bis), poi soppresso dalla relativa legge di conversione (L.40/2007) ma reintrodotta dal comma 8 *duodevicies*

¹⁹¹ *Ibidem.*

¹⁹² V.M. Romanelli, *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano, Giuffrè, 1939, p. 68.

dell'art. 13 del medesimo d.l., aggiunto dalla relativa legge di conversione, e che oggi testualmente reca:

“1-bis. Ove la revoca di un atto amministrativo ad efficacia durevole o istantanea incida su rapporti negoziali, l'indennizzo liquidato dall'amministrazione agli interessati è parametrato al solo danno emergente e tiene conto sia dell'eventuale conoscenza o conoscibilità da parte dei contraenti della contrarietà dell'atto amministrativo oggetto di revoca all'interesse pubblico, sia dell'eventuale concorso dei contraenti o di altri soggetti all'erronea valutazione della compatibilità di tale atto con l'interesse pubblico”.

Si tratta di un'innovazione che stravolge la “fisionomia” della revoca per com'era stata delineata dal legislatore del 2005: l'ambito di questo istituto, infatti, nasce circoscritto ad “atti i cui effetti si producono nel tempo e, al momento della revoca, sono ancora in produzione”¹⁹³ e “la cui portata dispositiva si svolge in un arco temporale continuativo, nel quale è possibile individuare una linearità temporale che, nel momento in cui interviene la revoca, è ancora presente”¹⁹⁴. In altri termini, gli unici atti che possono essere oggetto di revoca sono gli atti ad efficacia durevole.

Con il nuovo comma *1bis* i risultati che in termini di ricostruzione sistematica della revoca sarebbero apparsi plausibili in base alla normativa previgente vengono rimessi in discussione e ciò vale a maggior ragione per la fattispecie della concessione.

Cosa ha voluto dire infatti il legislatore quando ha parlato di “revoca di un atto amministrativo ad efficacia istantanea che incida su rapporti negoziali”? Per comprenderlo è interessante leggere la Relazione Governativa all'art. 12 del decreto legge n. 7 del 2007 (che nella legge di

¹⁹³ Sono parole tratta da S. Vasta, *I procedimenti di revisione, cit.*, p. 334.

¹⁹⁴ *Ibidem.*

conversione diventerà l'art. 13 commi da *8quingiesdecies* a *8duodevicies*), in cui è dimostrato come il nuovo comma *1bis* venga introdotto non in un contesto astratto di riforma della legge sul procedimento amministrativo, “bensì quasi come un'appendice alla decisione del Governo di revocare, con atto di rango legislativo, una serie di concessioni rilasciate alla T.A.V. S.p.A. dall'Ente Ferrovie dello Stato il 7 agosto 1991 per la realizzazione di linee dell'alta velocità ferroviaria”¹⁹⁵.

La vicenda riguarda la concessione rilasciata alla T.A.V. S.p.A. per realizzare il sistema di collegamento ferroviario ad alta velocità e alle concessioni che la predetta società ha rilasciato a sua volta a contraenti generali (c.d. sistema del *general contractor*) per la costruzione di singole tratte della rete di collegamento. La realizzazione di tale infrastruttura, causa di accese polemiche, ha scatenato un confuso susseguirsi di soluzioni legislative, spesso in contrasto. Senza scendere nel merito della questione e limitando l'analisi alla *supra* menzionata l. 40/2007, si è trattato di un intervento con cui il legislatore ha colto l'occasione per affrontare attentamente la questione relativa alle conseguenze patrimoniali derivanti dalla revoca, stante il principio generale dell'indennizzabilità dei pregiudizi sofferti dai privati, introdotto soltanto due anni prima (con la ricordata l. 50/2005).

Fino al 2007, infatti, nel silenzio della legge, gli interpreti adottavano i medesimi parametri utilizzati per il risarcimento del danno (*damnum emergens* e *lucrum cessans*) anche ai fini della quantificazione dell'indennizzo. Per porre fine ad una prassi che destava dubbi di incostituzionalità (per violazione dei principi di uguaglianza e ragionevolezza *ex art. 3 Cost.*, per contrasto con l'art. 21 *quinquies*), il legislatore ha previsto una volta per tutte che l'indennizzo fosse parametrato al solo danno emergente.

¹⁹⁵ S. Pensabene Lioni, *Gli accordi con la pubblica amministrazione nell'esperienza del diritto vivente*, Torino, Giappichelli, 2007, p. 97.

Le richiamate vicende sono utili per mettere a fuoco lo stretto legame tra il comma 1bis e la revoca dei provvedimenti concessori. A tal proposito, ci sono alcuni passaggi della menzionata relazione governativa che risultano illuminanti:

“L’articolo 12 si occupa della riapertura alle gare nel settore ferroviario. La storia del treno ad alta velocità (TAV) prende il via agli inizi degli anni ’90, quando, per realizzare le nuove, costosissime linee ferroviarie ad alta velocità non si fecero le gare pubbliche (che avrebbero consentito di scegliere le migliori imprese secondo il principio di concorrenza), come era invece previsto dal diritto italiano e della Comunità europea, e nemmeno si stipularono contratti di appalto, che avrebbero garantito il controllo pubblico sulla progettazione e sulla realizzazione dei lavori. Si inventò, invece, il sistema del « general contractor ». In particolare, il 19 luglio 1991 le Ferrovie dello Stato (FS) costituirono TAV S.p.A., una nuova società per azioni, alla quale affidarono la concessione per la realizzazione delle infrastrutture per il treno ad alta velocità.

(omissis) Il Governo confida ora che, risolvendo l’anomalia descritta, sarà possibile concludere in modo trasparente, rapido ed efficace le opere per l’alta velocità ancora da ultimare, affidando i lavori mediante gara pubblica europea e ristabilendo, così, i principi di trasparenza, imparzialità ed efficacia economica dell’azione amministrativa, in modo da evitare inutili sprechi di denaro pubblico. In particolare, la disposizione in esame revoca le concessioni rilasciate a TAV Spa dall’Ente Ferrovie dello Stato e a RFI Spa per la realizzazione di talune tratte ferroviarie (Milano-Verona; Verona-Padova; Milano-Genova; Terzo valico dei Giovi). Gli effetti delle revoche si estendono a tutti i connessi rapporti convenzionali stipulati con i general contractors tra il 1991 e il 1992. Sarà così possibile riaprire la realizzazione delle opere in esame al mercato e alla libera concorrenza, mediante l’espletamento di gare pubbliche europee, che

consentiranno – finalmente – la scelta dell’offerta economica più conveniente, nonché la tutela dell’interesse pubblico mediante un’adeguata vigilanza sul rispetto dei tempi e degli oneri finanziari pattuiti.

(omissis) Il comma 4 disciplina in via generale l’obbligo di corresponsione di un indennizzo nei casi di revoca di atti amministrativi che incida su precedenti rapporti negoziali con i privati. In sostanza, si estende anche all’attività privatistica la previsione di cui all’articolo 21-quinquies della legge 7 agosto 1990, n. 241, che prevede, in termini più generici, l’ipotesi di « revoca che comporta pregiudizi in danno di soggetti direttamente interessati ». Poiché la revoca consegue ad una diversa valutazione ovvero ad una sopravvenienza che impongono una rivisitazione dell’interesse pubblico come inizialmente apprezzato, è opportuno che il potere di revocare il provvedimento sia condizionato all’obbligo di indennizzare il privato, che per effetto della revoca abbia subito un pregiudizio, anche nei casi – sempre più frequenti – di attività negoziale dell’amministrazione. Versandosi in una ipotesi di responsabilità da atto lecito, motivata in ragione dell’interesse pubblico, non si tratta di un risarcimento del danno ma di indennizzo, in relazione al quale sono dettate anche le modalità per la quantificazione riferita, sotto il profilo quantitativo, al solo danno emergente, con esclusione dei vantaggi futuri venuti meno e nel rispetto dei principi civilistici della valutazione del concorso e dell’attività svolta dall’interessato (articolo 1226 del codice civile)”.

Altrettanto degno di nota è il parere (favorevole) espresso dalla Commissione Giustizia, che propose di circoscrivere la disposizione in commento soltanto alle concessioni, evitando di introdurla in via generale nell’art. 21 *quinquies* con l’effetto di consentirne l’applicazione ogni qualvolta si fosse discorso generalmente di “revoca di provvedimenti amministrativi”.

Ma questa osservazione fu totalmente disattesa dal Governo, il quale arrivò a “blindare” la disposizione e ad elevare a regola generale quella che, nell’intento originario, voleva essere una regola concepita per un caso particolare: quello della revoca delle concessioni alla T.A.V. S.p.A.

Ricostruito in breve l’*iter* normativo della presente disposizione (che, come anticipato, fu rimossa dalla legge di conversione e poi dalla medesima ripristinata), va sottolineato il notevole sforzo della dottrina per tentare di offrire un’interpretazione il più possibile coerente della norma in esame.

Pertanto, allo stato della legislazione in materia, la tesi prevalente ritiene che la revoca abbia ad oggetto *normalmente* atti ad efficacia durevole ma che possa *anche* riguardare atti ad efficacia istantanea, nella misura in cui questi non abbiano già prodotto i propri effetti (per esempio perché sottoposti a condizione sospensiva). Non sarebbe prospettabile una ricostruzione in termini differenti, considerando che la rivalutazione dell’interesse pubblico originario presuppone, per sua natura, uno sviluppo diacronico della vicenda.

Altra dottrina¹⁹⁶ sostiene che anche gli atti ad efficacia istantanea siano revocabili se non ancora portati a compimento, ma in realtà la tesi maggioritaria al momento preferisce, in tal caso, parlare di *ritiro* e non di revoca.

Da ultimo, va notato come il nuovo comma *1bis* sia stato introdotto nel 2007 col precipuo intento di regolare le ricadute finanziarie derivanti dalla revoca delle concessioni e pertanto il fulcro di tale disposizione va rinvenuto nei criteri dettati ai fini della determinazione dell’indennizzo¹⁹⁷,

¹⁹⁶ Il riferimento è a A.M. Sandulli, *Manuale di Diritto amministrativo*, Napoli, Jovene, 1984.

¹⁹⁷ La questione trascende i fini del presente lavoro di tesi, ma la letteratura sul tema è vastissima. Si veda G. La Rosa, *La revoca del provvedimento amministrativo: l'instabilità delle decisioni amministrative tra esigenze di funzionalizzazione e tutela degli interessi privati*, Milano, Giuffrè, 2013; S. Pensabene Lioni, *Gli accordi con la pubblica amministrazione nell'esperienza del diritto vivente*, cit.; si segnala, ancora, G. Manfredi, *Revoca e modelli di tutela dell'affidamento nei commi 1-bis e 1-ter dell'art. 21-quinquies della legge n.241 del 1990*, in www.Giustamm.it.

applicabili tanto nel caso di atti ad efficacia istantanea quanto nel caso di atti ad efficacia durevole.

C'è un elemento ulteriore che merita di essere tenuto in considerazione: la disposizione oggetto di esame parla espressamente di revoca di atti incidenti su rapporti negoziali e ciò dimostra ancor di più, qualora ve ne fosse bisogno, il suo rilievo ai fini della soluzione del problema: è ammessa la revoca della concessione nel caso in cui questa sia ricostruita in termini privatistici? E, soprattutto, c'è spazio per un intervento in chiave unilaterale anche dopo che l'amministrazione è addivenuta alla stipulazione del contratto, ponendosi così in una posizione paritaria col privato?

La prima citata Relazione Governativa al disegno di legge di conversione del d.l. 7/2007, dichiara *apertis verbis* che la norma in argomento “*estende anche all'attività privatistica la previsione di cui all'art. 21quinquies della legge 7 agosto 1990, n. 241 che prevede in termini più generali l'ipotesi di revoca che comporta pregiudizi in danno dei soggetti direttamente interessati*”. L'interprete della norma si è dunque trovato di fronte all'annosa questione relativa alla sussistenza di un diritto all'indennizzo nelle ipotesi in cui la revoca incida su contratti *pleno iure* privatistici.

In realtà, il principale campo di applicazione della norma, come confermato anche dai lavori parlamentari, è quello dell'incidenza della revoca del provvedimento concessorio sul contratto ad esso collegato, secondo il noto brocardo “*simul stabunt simul cadent*”. Si tratta allora di un fantomatico tentativo di recuperare, quasi un secolo dopo, la figura della concessione-contratto coniata dalla Cassazione nel 1910?

La questione resta aperta; certo è che il comma *1bis* dell'art. 21 *quinquies*, sebbene sia frutto di una pessima tecnica legislativa¹⁹⁸, è stato

¹⁹⁸ Ne è espressione anche il fatto che, fino alla l. 35/2012, l'art. 21 *quinquies* prevedeva due commi (*1bis* e *1ter*) dal medesimo tenore contenutistico.

“pensato” con precipuo riferimento alla revoca delle concessioni¹⁹⁹ (qualificate espressamente in termini privatistici) ma, come sottolinea illustre dottrina, non sembra possa essere inteso “quale norma attributiva del generale potere di revoca di provvedimenti incidenti su rapporti negoziali, limitandosi a porre una specifica disciplina sul calcolo dell’indennizzo”²⁰⁰. Ne consegue che l’amministrazione potrà recidere il vincolo negoziale tramite la revoca nella sola ipotesi in cui “tale potere sia espressamente attribuito da una specifica norma di relazione”²⁰¹.

Di fronte a tali difficoltà, la problematica attinente alla revoca della concessione richiede un’indagine più approfondita, diretta in primo luogo a delimitare i confini tra questo istituto ed altri ad esso affini.

2.2 La distinzione tra la revoca ed altri istituti: annullamento e decadenza

Sovente la prassi amministrativa ha utilizzato impropriamente il termine “revoca” per riferirsi alla rimozione di un atto viziato *ab origine*, che dunque, a rigore, dovrebbe essere annullato. Questa imprecisione terminologica è stata sottolineata anche dalla giurisprudenza, che ha messo in evidenza “*l’abuso di termini impropri da parte della pubblica amministrazione – la quale, in sede di autotutela, adopera l’espressione «revoca» per indicare i casi di annullamento per vizi preesistenti e non rilevati -*” dovendo invece annullare con effetto *ex tunc* “*il provvedimento a suo tempo emanato, quando vi ravvisi vizi già esistenti in quel momento e che ne avrebbero impedito o sconsigliato l’emanazione, a nulla rilevando*

¹⁹⁹ G. La Rosa, *Lo scioglimento del contratto della pubblica amministrazione: alla ricerca di un punto di equilibrio tra il recesso e la revoca incidente su rapporti negoziali*, in *Dir. Proc. Amm.*, fasc. 4, 2012, pp. 1453 e ss.

²⁰⁰ *Ivi*, p. 1467.

²⁰¹ *Ibidem*.

*che tale omessa valutazione sia dipesa, o meno da colpa imputabile alla stessa pubblica amministrazione*²⁰².

Come già rilevato in precedenza, la revoca di un atto si limita ad agire sugli effetti di questo, rimuovendoli con efficacia *ex nunc* e si fonda su un elemento estrinseco e sopravvenuto rispetto all'atto.

Al contrario, l'annullamento, pur rientrando sempre nella generale categoria dell'autotutela, agisce sull'atto medesimo, di per sé illegittimo, trovando il suo fondamento in una condizione intrinseca (l'invalidità) e lo abolisce con efficacia *ex tunc*, ripristinando la situazione originaria come se l'atto annullato non fosse mai esistito.

La distinzione con la revoca, dunque, si realizza sotto molteplici profili:

- in ordine all'oggetto, avendo l'annullamento ad oggetto l'atto, la revoca gli effetti di questo;
- in ordine ai motivi (revoca per ragioni di merito, cioè di convenienza e opportunità, ed annullamento dell'atto per motivi di legittimità);
- in ordine all'efficacia, *ex tunc* per annullamento, *ex nunc* per la revoca²⁰³.

Anche l'annullamento è stato disciplinato *ex novo* dalla legge di riforma del 2005, che ha introdotto nella Legge 241/1990 l'art. 21 *novies*, stando al quale il provvedimento amministrativo illegittimo - adottato in violazione di legge o viziato da eccesso di potere o da incompetenza - può essere annullato d'ufficio, in presenza di ragioni di interesse pubblico - entro un termine ragionevole (oggi fissato *ex lege* in 18 mesi) e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati - dall'organo che lo ha emanato ovvero da altro organo previsto dalla legge.

²⁰² Cons. Stato, sez. V, sent. 22 gennaio 1999, n. 55.

²⁰³ In questi termini F. Merusi, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "trenta" all'"alternanza"*, 2001, Milano, Giuffrè, *passim*.

La norma riconosce espressamente il carattere discrezionale dell'annullamento e fa salva la possibilità di convalida del provvedimento annullabile. In conclusione, alla base del potere di annullamento ci sono vizi di legittimità intrinseci rispetto all'atto, mentre i tre presupposti legittimanti la revoca concernono, al contrario, un elemento esterno rispetto alla connotazione formale dell'atto.

In realtà, una diffusa improprietà lessicale si registra anche con riferimento ad un altro istituto, che tradizionalmente riveste una funzione prettamente sanzionatoria: la decadenza²⁰⁴. Di fronte all'inadempimento del privato agli obblighi assunti in dipendenza di un atto amministrativo, la p.a. può reagire *iure proprio* con un atto sanzionatorio, senza bisogno di un ordinario giudizio di cognizione.

In numerose pronunce²⁰⁵, il Consiglio di Stato ha chiarito quali sono i presupposti per dichiarare decaduto il concessionario (e in generale qualsiasi controparte privata dell'Amministrazione), individuandoli precisamente in due elementi:

- il concessionario deve aver commesso una grave violazione degli obblighi contrattuali²⁰⁶ consacrati nella convenzione accessiva, ovvero degli obblighi generali di buona fede e correttezza;

²⁰⁴ Le piuttosto frequenti imprecisioni terminologiche sono probabilmente dovute al fatto che, fino agli anni Venti, la giurisprudenza parlava di *revoca* tanto con riferimento ai motivi di pubblico interesse a fondamento della stessa, quanto nel caso di inadempimento del concessionario. Si veda, per esempio, App. Firenze, 7 aprile 1925, Zanboni c. Comune di Pisa, in *Riv. Amm.*, 1925, 657, la quale afferma espressamente che “*non tutte le inadempienze possono dar luogo alla revoca della concessione per causa di decadenza*”. Cfr. Cass., 7 luglio 1925, secondo la quale la revoca “*può essere adottata indipendentemente da una previsione espressa, sia normativa che contrattuale, ma, per essere legittima, deve essere fondata esclusivamente o su ragioni imperiose di pubbliche necessità o su fatti o deficienze che rendano inadempito o male adempiuto il servizio*”.

²⁰⁵ Si veda, fra le tante, Cons. Stato, sez. V, sent. 1327/2000, su *Giustamm.it*.

²⁰⁶ E' inevitabile il richiamo alla **risoluzione per inadempimento** che richiede l'imputabilità e la gravità, ai sensi dell'art. 1455 c.c. Lo sottolinea E. Bruti Liberati, *Le vicende.. cit.*, p. 166, affermando che “non sono ravvisabili ragioni di pubblico interesse che possano giustificare (...) la deroga alle regole generali sancite rispettivamente dagli artt. 1453 e 1218 del codice civile”. Nello stesso senso si esprime M. D'Alberti, nell'opera più volte richiamata, p. 348, assimilando l'esplicita previsione di decadenza ad una **clausola risolutiva espressa**. In senso parzialmente analogo, ma con riferimento all'assimilazione tra **revoca** e risoluzione, cfr. Tar Sicilia, Catania, sez. IV, sent. 6 luglio 2009, n. 1230, secondo cui “*la clausola della convenzione, che collega la*

- la violazione di tali obblighi deve essere imputabile al concessionario, sulla base di un rigoroso nesso di causalità.

Basterebbero tali condizioni per tracciare una linea di confine piuttosto marcata tra l'istituto ora menzionato e la revoca, che "non è una sanzione, né rispetto al privato beneficiario dell'atto da revocare in vista di un certo suo comportamento personale; né rispetto all'atto da revocare, in vista di una invalidità sua"²⁰⁷, ma si configura piuttosto come "un modo particolare, per la p.a., di conseguire il soddisfacimento di un pubblico interesse"²⁰⁸. In realtà, l'uso dei termini *revoca* e *decadenza* non è mai stato troppo preciso, con tutto ciò che ne discende in tema di riparto di giurisdizione. A tal proposito, notevoli sono stati gli sforzi della giurisprudenza amministrativa, sempre pronta a ribadire che "*la revoca costituisce un provvedimento di secondo grado, con il quale la Pubblica Amministrazione concedente ritira, con effetto non retroattivo, l'atto di conferimento della concessione, per sopravvenute ragioni che rendono il rapporto concessorio non più conforme al pubblico interesse*" e che "*la revoca si distingue dalla decadenza, in quanto implica l'obbligo della P.A. di corrispondere un indennizzo al concessionario; viceversa, la decadenza comporta l'obbligo, in capo al concessionario, di risarcire all'Amministrazione i danni eventualmente subiti, in conseguenza dell'inadempimento*"²⁰⁹.

Tralasciando il profilo del ristoro pecuniario – indennizzo o risarcimento - che travalica, almeno in parte, i fini della presente trattazione, merita subito di essere sottolineato che la questione della distinzione tra revoca e decadenza nasce per regolare un problema "a monte", quello relativo al riparto di giurisdizione. Tradizionalmente si

revoca della concessione (...) al ritardo dell'avvio della rete telematica, costituisce clausola risolutiva espressa".

²⁰⁷ R. Alessi, *La revoca degli atti amministrativi*, cit., p. 66.

²⁰⁸ *Ibidem*.

²⁰⁹ Così si esprime l'Avv. Massimiliano Alesio, nella *Nota a Cons. Stato, sez. V, sent. 1327/2000*, in *Diritto e Diritti*, 2000.

afferitava la competenza del giudice amministrativo nel caso di revoca per pubblico interesse e quella del giudice ordinario nei casi di decadenza dovuta ad inadempimento. Tuttavia, il criterio discrezionale non poteva soltanto essere fissato in astratto, *ex ante*, ma veniva concretamente individuato nella “vera essenza e finalità dell’atto impugnato”²¹⁰.

Come rileva D’Alberti, erano gli aspetti formali, tra i quali esemplificativamente la motivazione e il dispositivo, a distinguere un atto di revoca da uno di decadenza, seppur frequenti fossero i casi di “motivazioni polimorfe”, che si richiamavano sia a ragioni di interesse pubblico che ad inadempimento del concessionario: in tali casi, la giurisprudenza “afferitava la prevalenza ora dell’una o dell’altra ragione”²¹¹.

Una nota vicenda giudiziaria degli anni Settanta, riguardante il Casinò di Venezia, ha sancito il definitivo radicamento dell’idea per cui la decadenza era conoscibile dal giudice ordinario, la revoca, al contrario, dal giudice amministrativo. Segnatamente, l’amministrazione comunale aveva qualificato un provvedimento in termini di *revoca per motivi di pubblico interesse* nonostante, a fondamento dello stesso, risultassero determinanti gli inadempimenti del concessionario alle obbligazioni dedotte nella convenzione. La questione arriva in Cassazione a seguito dell’impugnazione della pronuncia del Consiglio di Stato per ragioni di giurisdizione e la Suprema Corte, dopo aver ribadito che la “*decadenza, determinante la risoluzione del rapporto per inadempimento (...) trovava la sua origine in una serie di comportamenti in contrasto con le obbligazioni*

²¹⁰ Così Cons. Stato, sez. V, sent. del 9 ottobre 1946.

²¹¹ M. D’Alberti, *op. cit.*, p. 26. L’Autore richiama, a proposito delle motivazioni polivalenti dell’amministrazione, una decisione del Consiglio di Stato, sez. IV, del 27 marzo 1956 n. 355, avente ad oggetto un atto di cessazione impugnato che faceva riferimento, da un lato, all’inadempimento da parte del concessionario dei patti contrattuali e, dall’altro, alla sopravvenuta inopportunità per la p.a. di mantenere in vita la concessione. Secondo il Supremo Collegio, le inadempienze del concessionario erano state valutate non ai fini di una risoluzione per inadempimento, ma soltanto come uno dei motivi che rendevano opportuna una revoca per pubblico interesse. Pertanto, veniva rigettata l’eccezione di difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, sollevata dalla difesa dell’amministrazione.

*della convenzione, denunciando la inidoneità tecnica ed organizzativa del concessionario a mantenere la gestione su quell'alto livello al quale egli si era impegnato nella convenzione, e che si era estrinsecato in una serie di violazioni dell'impegno, di volta in volta contestate, tali da compromettere, nel loro insieme, tale livello e, con esso, i fini essenziali della convenzione stessa*²¹² accoglie il ricorso. Il Consiglio di Stato²¹³ aveva affermato la propria giurisdizione in base ad un erroneo concetto di revoca, confondendo le inadempienze e i fatti imputabili al concessionario con generici fatti sopravvenuti del tutto estranei alla persona del concessionario (presupposto necessario della revoca): gli inadempimenti, infatti, pur essendo sopravvenuti, erano connessi al rapporto contrattuale e perciò potevano legittimare una declaratoria di decadenza, ma non una revoca. La Cassazione coglie anche l'occasione per ribadire che il provvedimento di revoca incide su interessi legittimi - *rectius* diritti soggettivi "degradati" -, mentre la decadenza "*non può prescindere dalle ripercussioni che derivano al diritto soggettivo del concessionario né può, quindi, sottrarsi al sindacato del giudice ordinario*"²¹⁴.

Si tratta di una decisione che inaugura un filone giurisprudenziale assai pregevole, arginando in parte il problema della determinazione giuridica dell'atto di cessazione, che raggiunge una completezza sino ad ora sconosciuta. Il ragionamento logico della Cassazione nella sentenza ivi citata merita di essere riprodotto per la sua linearità: l'attenzione dell'interprete deve ricadere innanzitutto su quello che è il contenuto obiettivo del provvedimento, al fine di ricostruirne l'effettiva natura. Per far ciò, non possono essere disattesi i criteri ermeneutici consacrati negli artt. 1362 e ss. del codice civile, primo fra tutti, quello dell'interpretazione letterale: occorre pertanto prendere in esame il testo del provvedimento ed

²¹² Cass. Civ., 9 novembre 1967, n. 2705, in *Il Foro it.*, vol. 91, 6, 1968, 1605.

²¹³ Cons. Stato, sez. IV, 30 marzo 1966, n. 182 in *Il Foro it.*, vol. 91, no. 6, 1968, 1605, poi oggetto di gravame dinanzi alla Cassazione (che si pronuncia con la sent. richiamata nella nota prec.).

²¹⁴ Così sempre Cass., sent. 9 novembre 1967, n. 2705, *cit.*

enuclearne il senso più puro, cercando di tralasciare le perplessità terminologiche e concettuali che, come finora evidenziato, sono innegabili. Ma il *modus operandi* dell'interprete gli preclude di fermarsi al piano letterale, dovendo egli necessariamente indagare anche la comune intenzione delle parti, valutando il loro comportamento complessivo, addirittura quello posteriore alla conclusione dell'accordo.

Perciò, la Cassazione giunge ad affermare che *“l'interpretazione dell'atto amministrativo, soggetta in via generale ai criteri ermeneutici validi per tutti i negozi giuridici dettati dagli artt. 1362 e segg. del codice civile, compatibilmente con l'origine soggettivamente autoritativa dell'atto, con la sua necessaria tipicità, e con la sua intrinseca natura unilaterale, può e deve, nei congrui casi, giovare anche di elementi sussidiari ed estrinseci all'atto stesso, che valgano a mettere in evidenza la reale volontà dell'ente pubblico, e quindi, giovare anche degli atti amministrativi, anteriori e successivi, coordinati in unità teleologica a quelli soggetti ad interpretazione, e naturalmente, altresì, di tutte le caratteristiche e di tutte le circostanze emergenti dal procedimento amministrativo”*²¹⁵.

Emerge da queste parole il cuore del ragionamento, che si sostanzia nel necessario temperamento tra le regole imposte dal diritto civile, vevoli per tutti i negozi giuridici - a prescindere, dunque, dal fatto che la concessione trovi o meno la sua *sedes materiae* nel diritto amministrativo – e i principi che guidano l'azione amministrativa e che si ripercuotono sulle caratteristiche dell'atto posto in essere (autoritatività, tipicità, ecc...). Ciò che conta è che, dopo un esame degli aspetti formali del provvedimento oggetto della controversia (ad es. motivazione e dispositivo), si passi ad analizzare il tipo di potere che l'amministrazione ha esercitato e, in seguito, si superi la dimensione dell'atto impugnato e si esamini l'intero

²¹⁵ *Ibidem.*

procedimento di cessazione, tenendo conto anche degli atti amministrativi ad esso coordinati²¹⁶.

La questione relativa alla natura giuridica del potere di revoca e di decadenza e, per l'effetto, al riparto di giurisdizione in materia, seppur emblematiche dell'incertezza regnante *in subiecta materia*, sono destinate a sopirsi in conseguenza della Legge istitutiva dei TAR (n. 1034 del 6 dicembre 1971) la quale, con il suo art. 5, devolve alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo i rapporti di concessione di beni e servizi. Si tratta di un'innovazione la cui *ratio* risiede proprio nella particolare compenetrazione tra interessi legittimi e diritti soggettivi esistente in materia concessoria che aveva dato luogo a profonde incertezze giurisprudenziali non solo in tema di revoca, decadenza, annullamento, ma anche in ordine alla proroga e al diniego di proroga.

Qualora volessimo concludere, in linea con una parte minoritaria della dottrina²¹⁷, che il potere di risoluzione unilaterale del rapporto con il concessionario inadempiente sia qualificabile in termini di vero potere amministrativo, ci troveremmo ugualmente costretti a rilevare che “ciò non significa che alla vicenda dell'inadempimento del concessionario di pubblico servizio e della reazione dell'amministrazione non debbano applicarsi anche regole privatistiche”²¹⁸. Anzi, vi è di più: il criterio generale oggi sancito dall'art. 1 comma *1bis* della l. 241/90 induce a ritenere che le deroghe alla disciplina del codice civile siano ammesse solo se richieste dal carattere funzionalizzato dell'agire amministrativo, dunque soltanto in via eccezionale.

L'analisi fin qui condotta fa riemergere il tema che ha costituito il punto di partenza del presente studio e cioè se ed in che misura la concessione sia qualificabile in termini contrattuali. A ben vedere, dalla

²¹⁶ Così ricostruisce l'*iter* ermeneutico da seguire M. D'Alberti, *op. cit.*, p. 240.

²¹⁷ Il riferimento è a E. Bruti Liberati, *Le vicende del rapporto di concessione di pubblico servizio*, *cit.*, p. 165.

²¹⁸ *Ibidem*.

sentenza del Consiglio di Stato *supra* menzionata²¹⁹, emerge chiaramente che la concessione costituisce un rapporto giuridico unitario, di natura prevalentemente contrattuale, disciplinato dal codice civile e non più un provvedimento unilaterale di carattere esclusivamente pubblicistico.

Anche D'Alberti²²⁰, nella sua monografia sulla natura contrattuale della concessione, ritiene ammissibile una revoca e ne offre vari spunti ricostruttivi: la qualifica, per esempio, come “*factum principis*”²²¹, indicando con tale formula un'ipotesi di impossibilità oggettiva²²², insieme al caso fortuito e alla forza maggiore. Si tratterebbe, a detta dell'Autore, dell'espressione di poteri estranei a quelli negoziali, riferibile all'amministrazione come autorità e rilevante nei confronti del rapporto contrattuale come fatto esterno, “produttivo di una automatica rottura funzionale del vincolo sinallagmatico”²²³. Riconoscendo l'“obsolescenza” di questo concetto, D'Alberti opta allora per una ricostruzione della revoca in termini di “clausola implicita di revocabilità”, come se le attribuzioni concessorie fossero subordinate al generale presupposto “*rebus sic stantibus*”²²⁴. Ancora, egli considera la revoca come atto amministrativo di integrazione del regolamento contrattuale, diretto all'estinzione del rapporto e giustifica questa vicenda sulla base del disposto dell'art. 1339 c.c.

In ogni caso, la soluzione più corretta del problema, a detta dell'Autore, sta nell'“accettare il fenomeno quale si verifica nella prassi”²²⁵, osservando come la revoca possa essere fondata su previsioni normative o contrattuali esplicite ovvero possa, in altri casi, atteggiarsi a provvedimento

²¹⁹ Mi riferisco a Cons. Stato, Sez. IV, sent. n. 182 del 30 marzo 1966, *cit.*, da cui è scaturita la controversia tra il Comune di Venezia e il Casinò Municipale.

²²⁰ Si veda Cap. I, par. 1.5.

²²¹ M. D'Alberti, *op. cit.* pp. 354-355.

²²² L'Autore riprende l'illustre insegnamento di noti civilisti quali E. Roppo e R. Sacco, i quali, nel sottolineare l'elasticità del concetto di impossibilità della prestazione e la sua variabilità in relazione al tipo di obbligazione (ossia al tipo di contratto e di operazione economica), parlavano di impossibilità sopravvenuta, causata da “*rescriptum principis*”.

²²³ M. D'Alberti, *op. cit.*, p. 355.

²²⁴ Per questa ricostruzione, si veda *infra*, par. 2.4.2.

²²⁵ M. D'Alberti, *op. cit.*, p. 355.

discrezionale posto in essere all'amministrazione contraente, la quale si trova qui, in via del tutto eccezionale, a "cambiare veste" indossando quella dell'autorità.

In definitiva, nessun dubbio può essere serbato in relazione al fatto che la revoca rappresenta un tema chiave per la ricostruzione della natura del rapporto concessorio, nonché "uno dei problemi più complessi nella storia giuridica delle concessioni amministrative"²²⁶.

Prescindendo dalle differenti ricostruzioni, di cui ho offerto solo una breve disamina, l'approccio che il giurista deve necessariamente adottare è, ancora una volta, quello consueto: trarre dal regolamento convenzionale tutti quegli indici che sono necessari per qualificare un determinato potere in termini di revoca, piuttosto che di annullamento o di decadenza. Non v'è dubbio, difatti, che questo complesso strumentario di poteri pubblicistici sia ugualmente posto a presidio del corretto svolgimento del rapporto concessorio e della rispondenza dell'attività gestita dal privato al pubblico interesse.

Quale che sia la tesi adottata, non vi è più spazio per sostenere acriticamente una pretesa incompatibilità tra la revoca e la logica contrattuale²²⁷; come ho cercato di dimostrare, infatti, gradualmente la revoca cessa di essere un fatto arbitrario, uno strumento di *imperium* dell'amministrazione e tende a divenire una scelta seria, da ponderare attentamente e da adottare solo in presenza di specifiche e comprovate esigenze pubbliche. L'unico modo per ricostruire la disciplina in concreto applicabile alle diverse fattispecie è quello di valorizzare la qualificazione

²²⁶ *Ivi*, p. 202.

²²⁷ Si tratta di un principio oggi unanimemente condiviso, come dimostra l'applicazione che del medesimo fa anche l'ordinamento francese. Il *contrat administratif*, cui ho accennato nel Cap. I par. 1.6.1, pur essendo caratterizzato da un regime peculiare - paragonabile a quello del nostro "contratto di diritto pubblico", di dubbia configurabilità - rientra comunque nella nozione di contratto, che è comune al diritto civile e amministrativo. Pertanto, si ammette un atto di revoca (*resiliation*) che possa incidere sul contratto senza per questo alterarne l'essenza. Dello stesso avviso è la giurisprudenza del nostro Consiglio di Stato che, già dalla sent. n. 32 del 25 luglio 1942, afferma che il potere di revoca va regolato "tenendo in specifica considerazione l'ambientazione contrattuale del rapporto".

della relazione intercorrente tra le parti, contemperando gli elementi pubblicistici e quelli privatistici.

2.3 Il recesso

Dopo aver analizzato le caratteristiche essenziali della revoca e le possibilità di interferenza con altri strumenti, occorre volgere lo sguardo ad una figura ancora diversa: il recesso. Si tratta di un istituto regolato in via generale dall'art. 1373 del codice civile che ha, di recente, trovato una specifica sistemazione anche nel campo del diritto amministrativo, ad opera della legge di riforma n. 15 del 2005: per questa via, è stato introdotto, nella legge sul procedimento amministrativo, l'art. 21 *sexies*.

Il tema è di rilevante interesse ai fini della presente trattazione alla luce dell'incertezza che attiene all'atto di scioglimento del rapporto concessorio; analizzati i presupposti e l'ambito di operatività della revoca, è opportuno riferire anche di quel diritto potestativo che è il recesso e che, per sua natura, si presta ad essere uno strumento alquanto elastico, i cui presupposti non sono sempre rigidamente predeterminati. Le ricostruzioni "ondivaghe" della dottrina²²⁸ e della giurisprudenza hanno in più occasioni qualificato "revoca" ciò che appariva essere un recesso *tout court*, e viceversa. Per indagare a fondo il tema, conviene prendere le mosse dall'esame del diritto positivo e, precisamente, dalla normativa privatistica.

²²⁸ Si pensi a quanto affermato da D'Alberti, *op. cit.*, pp. 349-350, secondo il quale tutte le volte in cui il potere di revoca incidente sul rapporto contrattuale è espressamente previsto dalla legge o dal contratto è evidente il richiamo agli artt. 1372 e 1373 del c.c. e pertanto si tratterebbe, in realtà, di una vicenda di recesso unilaterale dal contratto o, per dirla con le parole dell'Autore, di un "recesso causale da contratto di durata". Di conseguenza, "non avrebbe senso ricorrere alla figura pubblicistica della revoca per sopravvenienza, potendosi trovare la spiegazione integrale della vicenda nel diritto civile; revoca sarebbe soltanto un nome, essendo la sostanza quella del recesso, espressione di un diritto potestativo privatistico".

2.3.1 (Segue) Il recesso nel diritto civile

Ai sensi dell'art. 1373 del codice civile, rubricato "*Recesso unilaterale*":

“Se a una delle parti è attribuita la facoltà di recedere dal contratto, tale facoltà può essere esercitata finché il contratto non abbia avuto un principio di esecuzione.

Nei contratti a esecuzione continuata o periodica, tale facoltà può essere esercitata anche successivamente, ma il recesso non ha effetto per le prestazioni già eseguite o in corso di esecuzione.

Qualora sia stata stipulata la prestazione di un corrispettivo per il recesso, questo ha effetto quando la prestazione è eseguita.

È salvo in ogni caso il patto contrario”.

Questa norma, come noto, pone un'eccezione alla regola dell'efficacia vincolante *inter partes* del contratto, sancita dall'art. 1372 c.c., a mente del quale "*il contratto ha forza di legge tra le parti. Non può essere sciolto che per mutuo consenso o per cause ammesse dalla legge.*" Dal combinato disposto di queste due norme del codice civile si desume che il vincolo contrattuale è di regola intangibile e che il diritto potestativo di recesso può avere fonte legale ovvero convenzionale.

Mi sembra opportuno avviare il discorso partendo dall'esegesi dell'art. 1373 c.c., come sopra riportato. Il primo comma limita la possibilità di recesso per le parti alle ipotesi in cui il contratto non sia stato, neanche in parte, eseguito (il riferimento è ai *contratti ad esecuzione istantanea*) e il comma secondo rappresenta una specificazione di questo principio; statuisce, invero, che il recesso è ammesso anche nei contratti di durata, ma ha effetti solo *ex nunc*, senza intaccare in via retroattiva le prestazioni eseguite o in via di esecuzione. Per i *contratti a tempo*

indeterminato, “il tradizionale sfavore per i rapporti contrattuali perpetui impone, infatti, un temperamento del principio *pacta sunt servanda*”²²⁹. La ragione deve essere rinvenuta nell’idea che il rapporto perpetuo richiede che tutte le risorse materiali ed umane siano concentrate su di sé, costituendo un ostacolo per lo sviluppo economico e un vincolo eccessivo per le parti: *ius libertatis non debet infringi*, dicevano i Romani.

Nel panorama normativo nazionale, si rinvengono delle fattispecie in cui è il legislatore a prevedere la fissazione di un termine di durata come requisito essenziale del contratto (ad esempio per le società di capitali, ex art. 2328 n. 13 c.c.); altri casi, invece, in cui la durata viene determinata *ex lege* (si pensi alla locazione, che non può durare per un tempo superiore ai trent’anni ex art 1573 c.c.) e infine, in altre svariate ipotesi, si ammette tendenzialmente la costituzione *ex contractu* di un rapporto a tempo indeterminato, facendo salva per le parti la facoltà di recesso (tra i tanti esempi, si veda l’art. 1569 c.c. in tema di somministrazione). Da ciò deriva quella regola generale, di elaborazione dottrinale, per cui, nei contratti a tempo indeterminato, è ammessa la libera recedibilità previo preavviso, anche se non sussiste un’espressa previsione normativa o contrattuale al riguardo.

Tornando all’esegesi dell’art. 1373 c.c., il terzo comma della disposizione in commento si riferisce alla previsione eventuale di un corrispettivo per il recesso, che la parte recedente può versare in via anticipata (c.d. caparra penitenziale) o nel momento in cui esercita il suo diritto potestativo (c.d. multa penitenziale).

Infine, l’ultimo comma fa salva qualsiasi pattuizione contraria e oggi è prassi invalsa, per le parti avvedute di un contratto, quella di tipizzare una o più specifiche ipotesi di recesso nel regolamento convenzionale.

²²⁹ Così F. Caringella, L. Buffoni, *Manuale di diritto civile*, Roma, Dike Giuridica Editrice, VIII ed., 2015, pp. 1071 e ss.

Può destare sorpresa il fatto che la regolamentazione di uno strumento così importante e diffuso sia affidata ad un'unica norma del codice civile che, tra l'altro, in soli quattro commi non può avere alcuna pretesa di completezza. Si tratta, infatti, di una disciplina generale assai scarna, all'origine di numerosi problemi applicativi. In realtà, già la Relazione Allegata al Codice Civile²³⁰, dopo aver qualificato il recesso “una causa di scioglimento del contratto legittimato da una particolare disposizione di legge o dalla volontà delle parti”, dava atto dell'intenzione di non fornire una disciplina dettagliata dell'istituto, stante il fatto che lo stesso appare con particolarità proprie in ogni contratto nel quale può ammettersi. “Basti pensare alle differenze che involge quando concerne la somministrazione (art.1569 del c.c.), l'affitto (art. 1616 del c.c.), l'appalto (art. 1660 del c.c., secondo e terzo comma, art. 1671 del c.c., art. 1674 del c.c.), il contratto di agenzia (art. 1750 del c.c.), il lavoro (art. 2118 del c.c., primo comma, e art. 2119 del c.c., primo comma), il contratto d'opera (art. 2227 del c.c. e art. 2237 del c.c.) rispetto ai casi di recesso nel contratto di società (art. 2285 del c.c., primo e secondo comma)”²³¹.

Già per i codificatori del 1942 era quindi evidente che il recesso assumesse configurazioni particolari a seconda della fattispecie concreta in cui veniva ad operare e tutto ciò è oggi ancor più lampante, se pensiamo alle molteplici ipotesi c.d. *speciali* di recesso, presenti soprattutto nella legislazione di settore²³². La lacunosa disciplina generale di questo istituto ha fatto sì che dottrina e giurisprudenza rivestissero un ruolo fondamentale - realmente creativo - nell'elaborazione delle sue caratteristiche essenziali: si è così operata una prima distinzione, che attiene alle ragioni addotte a

²³⁰ Il riferimento è alla Relazione del Ministro Guardasigilli Dino Grandi al Codice Civile del 4 aprile 1941.

²³¹ Sono parole tratte dalla medesima Relazione, pubblicata su www.consiglionazionaleforense.it/collana-studi-storici-e-giuridici/-/asset_publisher/IXdcpIwg0t9M/content/relazione-del-ministro-guardasigilli-grandi-al-codice-civile-del-1942.

²³² Si pensi, solo per fare un esempio, ai numerosi casi di recesso previsti nel Codice del Consumo (in materia di contratti a distanza e negoziati fuori dai locali commerciali, per il contratto di multiproprietà, ecc....).

fondamento dell'esercizio del diritto di recesso, distinguendo il recesso c.d. *ordinario* da quello c.d. *straordinario*.

In via preliminare, occorre precisare che tale discorso si riferisce soltanto alle ipotesi di recesso legale, potendo le parti, nel caso di pattuizione convenzionale, “vestire” il recesso come preferiscono e dunque prevedere che un certo fatto sopravvenuto piuttosto che un altro possa legittimare lo scioglimento del vincolo. Se invece è il legislatore ad intervenire stabilendo che una o entrambe le parti possano esercitare il loro diritto potestativo in presenza di determinate ragioni giustificatrici (ad es. “giusta causa” o “giustificato motivo”²³³) saremo di fronte ad un'ipotesi di c.d. *recesso legale straordinario*.

Tuttavia, controversa è la possibilità di esercitare il diritto di recesso a fronte del colpevole inadempimento della controparte, che rappresenta sì un fatto sopravvenuto, ma per il quale l'ordinamento appresta un rimedio di carattere diverso e cioè la risoluzione. La questione è stata oggetto di numerose pronunce giurisprudenziali²³⁴, stando alle quali, di fronte all'inadempimento contrattuale, la parte non inadempiente ha alternativamente a disposizione l'azione risolutoria o il diritto di recesso; fermo restando che l'esercizio dell'una preclude l'altra e viceversa.

In secondo luogo, qualora il legislatore non intervenga a predeterminare *ex ante* i motivi a fondamento del recesso, le parti potranno esercitarlo *ad nutum* (c.d. *recesso legale ordinario*) sempre, tuttavia, nel rispetto del principio di buona fede. Quest'ultimo, per consolidata

²³³ Si tratta di formule per cui difetta una nozione unanime; in linea generale, vi si fa rientrare “qualsiasi fattore sopravvenuto (di fatto o di diritto) che possa compromettere (anche potenzialmente) l'interesse della parte alla prosecuzione del rapporto” (così F. Caringella – L. Buffoni, *Manuale di diritto civile, cit.*, pp. 1071 e ss.).

²³⁴ La tesi della recedibilità per inadempimento è stata seguita da *Cass. Civ. 14 dicembre 1985, n. 6347 in Giust. civ.*, 1986, I, 1394, e, più di recente, da *Cass. Civ. 31 marzo 2017, n. 8343, su Pluris.it* in cui si legge che la dichiarazione della volontà di ritenersi sciolto dal vincolo contrattuale esclude la responsabilità del dichiarante se risulti giustificata dall'inadempimento della controparte. A questo orientamento aderisce una dottrina secondo cui in questi casi il recesso altro non è se non un adattamento, giustificato dai caratteri obiettivi del rapporto, del potere di risoluzione extragiudiziale che si attua con la diffida ad adempiere, con la conseguente possibilità di applicazione analogica dell'art. 1454 c.c.

giurisprudenza, richiede al contraente recedente di rendere nota la sua volontà alla controparte con congruo preavviso, di talché potranno essere adottate tutte quelle misure atte ad evitare i danni causati dallo scioglimento del rapporto contrattuale; in mancanza, chi esercita il diritto di recesso senza dare il preavviso (ovvero fornendolo in un tempo non congruo²³⁵), sarà tenuto al risarcimento dei danni.

Una seconda distinzione (*rectius* tripartizione) operata in letteratura ha riguardo alla funzione che il recesso svolge in quel determinato rapporto. Si viene così a distinguere il *recesso determinativo*, volto ad integrare il programma negoziale fissando un termine in precedenza non convenuto, dal c.d. *recesso-impugnazione*, che specifiche disposizioni di legge prevedono per far fronte ad eventuali sopravvenienze o vizi genetici del contratto, in chiave di “autotutela” (è il caso della vendita a misura di beni immobili, per cui se la misura risulta superiore a quella pattuita nel contratto, l’acquirente sarà tenuto a versare un supplemento del prezzo, ma avrà la possibilità di recedere se l’eccedenza supera il ventesimo della misura dichiarata, *ex art. 1537 c.c.*); infine, è ammesso anche un *recesso per ius poenitendi*, che consente alle parti di sciogliersi dal vincolo contrattuale in forza di un ripensamento e, di regola, entro un breve termine (è il caso del recesso contemplato dalla recente disciplina consumeristica).

Quest’ultima categoria non può non richiamare alla mente i presupposti della revoca che, come visto, viene tradizionalmente concepita come il potere dell’amministrazione di operare una rivalutazione dell’interesse originario a fondamento del provvedimento. Va però rammentato che il panorama civilistico non prevede una norma di carattere generale sulla revoca, a differenza del recesso, limitandosi a fare uso del termine in ipotesi specifiche²³⁶.

²³⁵ In alcuni casi, è il legislatore che fissa la congruità del termine, negli altri casi la valutazione spetterà al giudice.

²³⁶ Ho già richiamato nelle pagine precedenti l’art. 1328 e l’art. 1723 c.c. Per le medesime considerazioni, si veda *supra*, par. 2.1.

Pertanto, si richiede all'interprete uno sforzo operativo notevole, volto ad indagare quale sia la corretta qualificazione di un determinato atto di scioglimento al fine di individuarne lo specifico regime applicativo. E il problema è ancora più sentito nel campo delle concessioni, a fronte di una generale incapacità delle parti di prevedere e definire *ex ante* tutte le possibili contingenze che potrebbero verificarsi nel corso dell'esecuzione del contratto.

2.3.2 (Segue) La distinzione tra revoca e recesso nel diritto privato

La dottrina civilistica non è unanime nel tracciare la linea di confine tra revoca e recesso i quali, stando alla tesi maggioritaria, si inseriscono ambedue all'interno del fenomeno della risoluzione negoziale²³⁷ e, precisamente, rappresentano “i due modelli di risoluzione negoziale di tipo unilaterale”²³⁸. Dal punto di vista teorico, il tratto distintivo tra l'istituto della revoca e del recesso viene tradizionalmente identificato nel fatto che il recesso incide sul *rapporto*, mentre la revoca incide sull'*atto giuridico*, “consistendo in particolare nella ritrattazione facoltativa dell'atto medesimo, con l'effetto di privarlo di efficacia *ab origine*”²³⁹. Di conseguenza, sul piano applicativo, mentre la revoca ha necessariamente efficacia retroattiva, il recesso, poiché incide sul rapporto, potrebbe anche avere efficacia *ex nunc*.

Seppur sostenuta da autorevole dottrina, è evidente che si tratta di una distinzione alquanto labile nella realtà dei fatti, che tende a divenire

²³⁷ Per risoluzione negoziale si intende l'estinzione del contratto per atto di autonomia negoziale (così C. M. Bianca, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 733).

²³⁸ Così F. Frigida, *Il recesso e la revoca*, in *Il contratto, Aggiornato al d.l. 24 gennaio 2012, n.1, conv. In l. 24 marzo 2012 n.27 (d.l. liberalizzazioni) e alla proposta di regolamento europeo dell'11 ottobre 2011 relativi a un diritto comune europeo della vendita*, a cura di P. Fava, Milano, Giuffrè, 2012, pp. 1973 ss.

²³⁹ Sono considerazioni tratte da F. Caringella e L. Buffoni, *Manuale di diritto civile*, cit., pp. 1071 e ss.

sempre più sfumata anche a fronte della incuria del legislatore, il quale spesso utilizza i due termini in modo non appropriato, in guisa da far ritenere che gli stessi vadano considerati alla stregua di sinonimi²⁴⁰. Ed infatti, analizzando il dato positivo, possiamo notare come già il codice civile faccia uso del termine “revoca” in maniera dissonante, adoperandolo talvolta come sinonimo di recesso e dunque come ipotesi di scioglimento da un rapporto obbligatorio (è il caso dell’art. 1723 c.c. in tema di revoca del mandato); altre volte, invece, la revoca non incide sul rapporto ma si estrinseca nel mero ritiro di un atto (così per l’art. 1328 che, nel prevedere la possibilità di revoca della proposta e dell’accettazione non può che riferirsi ad atti prenegoziali, non essendo ancora sorto il rapporto contrattuale).

È questa la ragione per cui una parte della dottrina arriva a negare la distinzione ivi richiamata tra revoca e recesso, giudicandola priva di un reale contenuto, in quanto la revoca cancella il negozio estinguendone l’efficacia giuridica e il recesso estingue il rapporto caducando il contratto per il futuro²⁴¹. In sostanza, il recesso in senso stretto non è altro che un atto che estingue il rapporto, all’esito del quale il contratto non vincola più le parti, *alteris verbis* perde la sua efficacia giuridica.

L’alternativa estinzione dell’atto-estinzione del rapporto non sarebbe idonea a spiegare la reale differenza tra revoca e recesso, che verrebbe perciò a cadere; disvolere il contratto, infatti, significa concretamente negargli efficacia giuridica e nulla cambia se tale risultato è ottenuto disvolendo direttamente il rapporto (tramite il recesso) ovvero il negozio quale atto di autonomia privata (mediante la revoca). La conseguenza è la medesima: viene meno, in via diretta o indiretta, l’efficacia giuridica dell’atto.

²⁴⁰ Così ritiene anche M. Franzoni, *Degli effetti del contratto Artt. 1372-1373*, in *Commentario al Codice Civile* diretto da P. Schelsinger, I, Milano, Giuffrè, 1998, pp. 311-312.

²⁴¹ È la tesi di C. M. Bianca, *Diritto civile*, III, *cit.*, p. 733.

Un altro filone dottrinale reputa che tanto la revoca quanto il recesso siano caratterizzati dalla medesima efficacia estintiva, ma incidano su atti strutturalmente diversi: la prima estingue gli effetti giuridici di un precedente atto unilaterale o di un contratto stipulato nell'interesse preminente della parte revocante (come è per il mandato), mentre il secondo quelli di un precedente contratto²⁴².

Infine, un'altra voce dottrinale²⁴³, in realtà piuttosto isolata, rinviene il discrimine tra le due figure in commento nel fatto che il recesso rivesta sempre il carattere di atto recettizio, mentre la revoca possa anche non esserlo (ad esempio, si veda l'art. 1396 comma primo c.c.) e nella circostanza che soltanto la revoca è utilizzata per la caducazione degli atti unilaterali *mortis causa* (ad es. il testamento) o del diritto di famiglia.

La mancanza di una regolamentazione normativa generale in materia di revoca degli atti giuridici ha portato la dottrina ad elaborarne le più diverse definizioni, il cui tratto comune può comunque essere rinvenuto nell'idea che si tratti di un atto che ne elimina un altro precedente, concretizzandosi nell' "esplicazione di uno *ius poenitendi*, cioè di una facoltà di ritrattare o ritirare una volontà già manifestata"²⁴⁴. Come già rilevato, nel diritto privato il potere di revoca scaturisce da un'espressa disposizione normativa: un atto sarà revocabile per volontà del legislatore e non delle parti, il che non esclude che queste ultime possano ugualmente limitare in via pattizia tale potere²⁴⁵.

Il carattere peculiare della revoca viene individuato nella sua natura di atto unilaterale, non rientrando nel suo perimetro giuridico i casi in cui, per l'eliminazione di un atto, occorra la volontà di più soggetti: pertanto, dinanzi ad un atto collegiale, la revoca deve essere posta in essere da tutti i

²⁴² P. Sirena, *I recessi unilaterali*, in *Trattato del contratto* diretto da V. Roppo, a cura di M. Costanza, III, *Effetti*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 114.

²⁴³ M. Franzoni, *Degli effetti del contratto*, cit., p. 312.

²⁴⁴ L. Ferri, *Revoca in generale: a) Diritto privato*, in *Enc. Dir.*, XL, Milano, Giuffrè, 1989, p. 197.

²⁴⁵ S. Romano, *Revoca (diritto privato)*, in *Nss. Dig. It.*, XV, Torino, UTET, 1968, p. 809.

fautori del medesimo, rappresentanti tutti un'unica parte, senza che ciò alteri il carattere unilaterale della stessa. Richiamando una delle tesi ricostruttive *supra* menzionate, la revoca esplicherebbe i suoi effetti soltanto nel campo degli atti unilaterali²⁴⁶, fermo restando che non tutti gli atti unilaterali sono revocabili. “Non sussiste, infatti, una simmetria con i contratti che sono, invece, tutti risolvibili attraverso il mutuo dissenso”²⁴⁷.

Questo assunto rappresenta la premessa per osservare come il fenomeno della revoca sia più comune nel diritto pubblico che nel diritto privato, in quanto nel primo sono più diffusi gli atti unilaterali laddove nel secondo è lo strumento contrattuale a rivestire una posizione privilegiata ed un utilizzo notevole²⁴⁸.

Attenta dottrina²⁴⁹ non manca, tuttavia, di ribadire la necessità di tenere distinto l'istituto in commento da altri fenomeni che determinano la cessazione di situazioni giuridiche, quali l'annullamento, la risoluzione, la rescissione e la disdetta. Difatti, i primi tre, pur avendo ad oggetto – come la revoca – atti giuridici, sono originati da una causa, originaria e sopravvenuta, inerente agli atti stessi, che finisce per inficiarli. La disdetta, invece, non elimina un atto e non ne cancella gli effetti – diversamente dalla revoca -, limitandosi ad impedire la tacita rinnovazione di un rapporto negoziale (sul punto si vedano gli artt. 1596 e 1597 c.c.).

Ancora diverso è il mutuo dissenso di cui parla l'art. 1372 c.c., che si sostanzia in un nuovo contratto con cui le parti mirano a ripristinare la realtà giuridica anteriore ad un precedente negozio²⁵⁰.

In definitiva, potremmo provare a elaborare una soluzione convincente relativamente al problema della configurabilità di un potere di revoca e di recesso nell'ambito della convenzione concessoria, ritenendo

²⁴⁶ A mò di esempio basti rammentare l'art. 15 c.c. sulla revoca dell'atto costitutivo di una fondazione, la revoca del testamento *ex artt.* 679 e ss., c.c. , la revoca della procura *ex art.* 1396 c.c. e la revoca della promessa al pubblica *ex art.* 1990 c.c.

²⁴⁷ F. Frigida, *Il recesso e la revoca, cit.*, p. 1997.

²⁴⁸ Lo rileva L. Ferri, *Revoca in generale, cit.*, p. 197.

²⁴⁹ Il riferimento è a F. Frigida, *op. cit.*, p.1999.

²⁵⁰ S. Romano, *Revoca, cit.*, p. 810.

che sia necessaria una specifica previsione al riguardo e che, in linea di massima, una clausola convenzionale che preveda la possibilità della revoca o del recesso, “inserendosi nel fisiologico sviluppo paritetico del rapporto”, non rivesta natura provvedimentale, in quanto “la struttura, la funzione e gli effetti di detta clausola corrispondono, senza apprezzabili differenze morfologiche, alla fisionomia tipica dei contratti di durata”²⁵¹.

2.3.3 (Segue) Il recesso nel diritto amministrativo: l’art. 21 *sexies* e l’art. 11, quarto comma della legge 241/90

Nell’ambito del Capo IV**bis** della Legge 241/1990, introdotto *ex novo* dalla legge di riforma del 2005, è confluita una specifica disposizione dedicata, come anticipato, al “*Recesso dai contratti*” della pubblica amministrazione. Tale norma si limita a prevedere in maniera apodittica che:

“Il recesso unilaterale dai contratti della pubblica amministrazione è ammesso nei casi previsti dalla legge o dal contratto.”

Emerge *ictu oculi* come tale disposizione ricalchi in modo fedele l’art. 1373 del codice civile. Anche il legislatore amministrativo si preoccupa, infatti, di specificare che il recesso unilaterale della p.a. può trovare la sua fonte o in una disposizione di legge o in una pattuizione convenzionale, *tertium non datur*. La *ratio* ispiratrice, stando alla Relazione della Commissione del Senato di accompagnamento del relativo disegno di legge, si lega alla necessità di una “piena ed intera riconduzione della disciplina del provvedimento amministrativo al principio di legalità”.

²⁵¹ R. Chieppa – V. Lopilato, *Studi di diritto amministrativo, cit.*, p. 730.

Una volta instaurato il rapporto contrattuale, l'amministrazione perde la propria posizione di supremazia e si vede sottomessa al principio della parità delle parti: l'abbandono del ruolo gerarchico e l'incentivazione del modello paritario rispondono alla "tendenza dell'ordinamento verso il superamento del dogma che storicamente attribuiva all'amministrazione il dovere di agire mediante poteri d'imperio ed atti unilaterali"²⁵². Non è pertanto possibile, nell'ambito di un rapporto contrattuale, che la p.a. vi ponga fine assumendo un provvedimento amministrativo, di carattere autoritativo, con la pretesa che lo stesso prevalga sul regolamento negoziale semplicemente perché finalizzato al perseguimento dell'interesse pubblico; alla parte pubblica si richiede lo sforzo di porre in essere la propria attività con le capacità e gli strumenti propri dell'operatore privato ²⁵³. L'introduzione di questa disposizione nella legge del 1990 non è stata salutata con favore dalla gran parte della dottrina, la quale ne ha messo in luce "la modesta portata innovativa, se non, addirittura, la superfluità, mettendola in relazione con il coevo disposto dell'art. 1bis della medesima legge 241/1990"²⁵⁴, al quale si deve l'introduzione del principio secondo cui la pubblica amministrazione "*nell'adozione di atti di natura non autoritativa, può agire secondo le norme del diritto privato, quando la legge non disponga altrimenti*".

Venendo al dettato normativo, l'art. 21^{sexies} fa un richiamo evidente alla disciplina del codice civile, limitandosi semplicemente a prevedere che la fonte del recesso può essere legale o convenzionale, senza in alcun modo "procedimentalizzare" l'istituto. Da ciò discende che anche le parti di un rapporto amministrativo potrebbero stipulare un contratto e prevedere i presupposti in base ai quali può essere esercitato il recesso, oppure potrebbe

²⁵² Così si legge nella *supra* richiamata Relazione parlamentare.

²⁵³ Così G. Ruggeri, *Commento all'articolo 21-sexies*, in *L'azione amministrativa...cit.*, pp. 865 e ss.

²⁵⁴ Sono le parole di F. Mazzella, *Cenni in materia di recesso dai contratti*, in *L'azione amministrativa*, a cura di A. Cioffi, C. Romano, M. Della Scala, P. Lazzara, p. 792. Negli stessi termini si è espresso anche G. Alpa, definendo l'art. 21 *sexies* una "superfetazione legislativa".

farlo il legislatore *ex ante*, con un'espressa norma in tal senso (ad es. l'art. 11, quarto comma della legge 241/1990, che sarà oggetto di approfondimento in seguito).

Un'altra criticità è stata messa in luce dalla dottrina: nell'art. 21^{sexies} non compare alcun riferimento all'interesse pubblico, come se lo scioglimento del rapporto potesse prescindere dalla valutazione di questo, ma la contro-obiezione che si è giustamente mossa a questa critica riposa sulla medesima *ratio* alla base dell'introduzione della disciplina. In altri termini, alla p.a. “non viene riconosciuta una generalizzata facoltà di recesso in virtù della cura del (superiore) interesse pubblico in quanto, in tali ipotesi (afferenti all'esecuzione dei contratti), la stessa Amministrazione non si muove in posizione di supremazia rispetto alla controparte privata”²⁵⁵. In altri termini, se alla base del ripensamento della p.a. c'è una nuova valutazione dell'interesse pubblico, lo strumento con cui dovrà agire sarà la revoca in autotutela, di cui all'art. 21 *quinquies* e non il recesso. Nel momento in cui il contratto è concluso, la parte pubblica si spoglia della sua veste di supremazia e si cala in un contesto paritario, perfettamente regolato dal diritto privato; da ciò discende che potrà sciogliersi dal vincolo contrattuale nei medesimi termini previsti per un qualsiasi negozio civile, in base a una disposizione di legge o ad una pattuizione contrattuale.

In realtà, il testo dell'art. 21 *sexies* originariamente licenziato dal Senato prevedeva tanto il riferimento alle “ragioni di interesse pubblico”, quanto l'obbligo di indennizzo²⁵⁶. L'espunzione di queste due previsioni nella versione definitiva ha condotto alcuni autori ad affermare la tipicità del recesso così configurato. Tale assunto si regge sulla comparazione tra la norma in argomento e i diversi istituti del recesso dagli accordi e della

²⁵⁵ *Ibidem*.

²⁵⁶ Il disegno di norma aveva il seguente tenore: “*Il recesso unilaterale dai contratti da parte dell'amministrazione è ammesso nei soli casi previsti dalla legge o dal contratto, e sempre che lo richiedano rilevanti ragioni di interesse pubblico, fermo restando il principio dell'indennizzo di cui all'art. 21^{quater}*”.

revoca del provvedimento, rispettivamente previsti dagli artt. 11 e 21 *quinquies* della L. n. 241 del 1990 e contraddistinti da una spiccata atipicità. Segno evidente di tale atipicità, stante al predetto indirizzo dottrinale, si coglie nel fatto che richiedono la specificazione dell'interesse pubblico che di volta in volta ne sorregge l'adozione, oltre che l'indennizzo per il pregiudizio concretamente arrecato. "Il recesso di cui parla l'art. 21 *sexies* è, al contrario, tipizzato, proprio in quanto la norma fa rinvio a specifiche previsioni di legge o di contratto alle quali l'interesse pubblico è sotteso"²⁵⁷.

Prima che la legge 15 del 2005 introducesse una norma di carattere generale per disciplinare l'istituto del recesso nel procedimento amministrativo, esisteva già una disposizione espressamente dedicata a questa figura: l'art. 11 della medesima legge 241/1990 che, nell'ammettere la possibilità di addivenire ad accordi tra p.a. e privati, espressamente riconosceva alla prima la facoltà di sciogliere unilateralmente questo vincolo, nei termini di cui al quarto comma:

“ 4. Per sopravvenuti motivi di interesse pubblico l'amministrazione recede unilateralmente dall'accordo, salvo l'obbligo di provvedere alla liquidazione di un indennizzo in relazione agli eventuali pregiudizi verificatisi in danno del privato.”

Dalla disposizione sopra richiamata emerge un duplice ordine di considerazioni: *in primis*, a differenza dell'art 21 *sexies*, il legislatore del 1990 prevede un presupposto cui ancorare il diritto di recesso, e cioè i "sopravvenuti motivi di interesse pubblico" (quindi si tratterebbe, in base alle considerazioni svolte sopra, di un recesso straordinario e non *ad nutum*); in secondo luogo si fa salvo l'obbligo per la p.a. recedente di corrispondere un indennizzo, dunque una somma di denaro dovuta al

²⁵⁷ E' la tesi di F. Manganaro, *Recesso dall'appalto pubblico e giurisdizione ordinaria*, in *Urb. e App.*, 7/2014, pp. 798-804.

privato per il pregiudizio da lui subito derivante da un atto lecito. Bastano questi due rilievi, insieme al fatto che l'art. 11 non riguarda contratti di diritto comune, ma accordi tra amministrazione e privati che si atteggiano a modalità consensuale di esercizio del potere amministrativo, per concludere che la disposizione in commento, a dispetto del *nomen iuris*, disciplina un potere di revoca e non di recesso²⁵⁸.

Nella fattispecie in argomento, infatti, l'amministrazione ritorna su una propria precedente decisione (frutto di un incontro di volontà con il privato) per modificare le situazioni giuridiche soggettive da essa scaturenti, in virtù di motivi di pubblico interesse che devono essere *sopravvenuti* rispetto al regolamento pattizio. Ebbene, ulteriore indice a conferma di tale assunto, è proprio la richiesta "sopravvenienza", logicamente incompatibile con la struttura tipica del recesso, quale risulta dal complesso normativo delle disposizioni del diritto civile e amministrativo. Si viene pertanto a configurare quella che, con espressione felice, è stata definita un'ipotesi di "autotutela legata"²⁵⁹, ossia un potere di revoca che ha come effetto lo scioglimento del rapporto.

Siamo perciò dinanzi ad una previsione che, più che richiamare il disposto dell'art. 21 *sexies*, è in linea con la revoca di cui all'art. 21 *quinquies*, seppure, nel caso degli accordi, i presupposti legittimanti lo scioglimento non includano anche la mera rivalutazione, bensì soltanto i

²⁵⁸ La letteratura in tal senso è ampia: si veda E. Mauro, *Osservazioni in tema di revoca del provvedimento amministrativo e di recesso dagli accordi procedurali*, in *Foro Amm.* T.A.R., 2004, pp. 554 e ss., che parla di recesso come "manifestazione di un vero e proprio potere amministrativo, con conseguente possibilità di assimilazione al potere di revoca"; nello stesso senso M. Immordino, *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Torino, Giappichelli, 1999; S. Pensabene Lioni, *Gli accordi con la pubblica amministrazione nell'esperienza del diritto vivente*, cit.; G. La Rosa, *Lo scioglimento del contratto della pubblica amministrazione*, cit.

²⁵⁹ V. Cerulli Irelli, *Corso di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 1997, p. 513. Nello stesso senso R. Chieppa – V. Lopilato, *Studi di diritto amministrativo*, cit., p. 398, secondo cui alla base del concetto di "autotutela legata" sta "il principio di inesauribilità del potere amministrativo discrezionale, che vuole che tale potere e le relative determinazioni devono sempre essere finalizzate alla realizzazione del pubblico interesse, con la conseguenza che quando tale interesse muta si impone una rimodulazione dello stesso potere esercitato e dunque la interruzione del rapporto non più rispondente alla finalità pubblicistiche".

sopravvenuti motivi di interesse pubblico²⁶⁰; la ragione di ciò va rinvenuta nel fatto che, nel caso degli accordi di cui all'art. 11, ben maggiore sarà l'affidamento riposto dal privato rispetto al provvedimento unilaterale a cui tradizionalmente si applica l'art. 21*quinquies*. Tale assunto è confermato dalle considerazioni di Vasta, per cui “in presenza di un provvedimento unilaterale per la cui formazione il privato non abbia preso parte, l'amministrazione può operare anche una nuova e diversa valutazione dell'interesse pubblico originario con possibilità più ampie di quelle ammesse per il caso di accordo”²⁶¹. Tende così a riaffiorare la veste pubblicistica della p.a. la quale, solo nel caso dell'art. 11 e non nei restanti casi in cui si vincoli con un contratto, potrà sciogliersi unilateralmente dall'accordo, purché motivi le ragioni sopravvenute in considerazione della funzionalizzazione degli accordi al perseguimento sempre e comunque dell'interesse pubblico.

Ad onor del vero, accanto alla tesi maggioritaria²⁶², che riconduce il potere di cui all'art. 11, quarto comma ad una vera e propria potestà di revoca, vi è una ricostruzione di carattere diverso, stando alla quale, la disposizione citata sarebbe *de plano* riconducibile nell'alveo del recesso privatistico, di cui all'art. 1373 c.c.

Di questa idea è Renna, che qualifica l'art. 11, quarto comma come “un'ipotesi speciale di recesso, alla stregua delle previsioni, rinvenibili nelle norme del codice civile dedicate ai singoli contratti, che attribuiscono potestà di recesso unilaterale a una o più parti contrattuali”²⁶³. Secondo

²⁶⁰ Nel medesimo senso anche E. Mauro, *op. cit.*, p. 566, secondo cui “il raggio di azione della revoca è più ampio, abbracciando anche la mutata valutazione di un'immutata situazione materiale”. L'Autore individua un tratto distintivo tra la revoca e il recesso nel fatto che la prima configurerebbe un provvedimento ad alto tasso di discrezionalità, mentre il recesso sarebbe un atto a discrezionalità minima.

²⁶¹ S. Vasta, *I procedimenti di revisione, cit.*, p. 338.

²⁶² Sostenitori di questa tesi sono, fra i tanti, E. Bruti Liberati, *Consensus e funzione*; F. Fracchia, *L'accordo sostitutivo*; G. Greco, *Il regime degli accordi* e V. Cerulli Irelli, *Corso di diritto amministrativo*.

²⁶³ M. Renna, *Il regime delle obbligazioni nascenti dall'accordo amministrativo, cit.*, pp. 270 e ss.

l'Autore, ai fini di una ricostruzione pubblicistica dell'istituto, non è sufficiente la considerazione per cui l'art. 11, a differenza dell'art. 1373 c.c. prevede un obbligo di motivazione e un indennizzo da corrispondere alla controparte; si sottolinea, difatti, come la normativa civilistica sia ricca di ipotesi di recesso motivato (tra cui l'art. 1660, terzo comma, c.c., relativo alla facoltà di recesso del committente dal contratto di appalto, nel caso in cui si rendano necessarie variazioni progettuali di notevole entità; oppure le ipotesi in cui il legislatore richiede la "giusta causa" o il "giustificato motivo") e, al contempo, figurino "numerose ipotesi di recessi all'esercizio dei quali consegue l'obbligo, per le parti recedenti, di indennizzare parzialmente o totalmente le altre parti degli eventuali pregiudizi da queste subiti a causa dello scioglimento del rapporto contrattuale (si veda, ad es., il già citato art. 1660, terzo comma, c.c. (...) o l'art. 1671 c.c., riguardante la facoltà di recesso ad nutum del committente dal contratto di appalto)"²⁶⁴.

Orbene, a prescindere dalla tesi che si voglia in concreto adottare (improprio utilizzo del termine recesso per indicare una revoca, ovvero riconduzione dell'art. 11, quarto comma della legge 241/1990 all'art. 1373 c.c.²⁶⁵), rimane il fatto che si tratta di un potere riservato alla p.a. solo nel caso di accordi con il privato, da cui restano perciò escluse tutte le ipotesi in cui sussista un rapporto negoziale e paritario tra le parti. Nella fase iniziale l'Amministrazione entra in contatto con il privato, mantenendo la sua "veste" pubblicistica e agendo secondo i poteri e le norme di diritto amministrativo; quando però addiviene alla stipula del contratto (che sia di diritto pubblico o di diritto privato poco importa), si verifica una cesura fondamentale e l'intera fase successiva, attinente all'esecuzione del

²⁶⁴ *Ibidem*.

²⁶⁵ Va rilevato, *a latere*, che è stata elaborata anche una terza teorica relativa alla natura del recesso, rimasta tuttavia isolata. Mi riferisco a F. Tuccari, *Recesso ed inadempimento negli accordi amministrativi*, Bari, Cacucci, 1993, p. 34, secondo cui "il recesso di cui si tratta (...) va visto per ciò che è in realtà; esso rappresenta un istituto proprio degli accordi amministrativi procedurali, il quale non trova corrispondenza piena né nella revoca amministrativistica, né nelle figure di risoluzione o di recesso civilistiche".

rapporto, sarà retta dai principi civilistici e fondata sul carattere paritario della relazione contrattuale.

Questo è il principio di diritto sancito a partire dalla nota sentenza del Consiglio di Stato, emessa dall'Adunanza Plenaria il 20 giugno 2014, n. 14²⁶⁶. Della stessa e di altre pronunce giurisprudenziali mi occuperò nel paragrafo seguente.

2.3.4 (Segue) Il rapporto tra revoca e recesso nel diritto pubblico e la soluzione offerta dall'Adunanza Plenaria.

Ripercorrendo sinteticamente le fila del discorso condotto fino a questo momento, la revoca ed il recesso rappresentano due strumenti differenti a disposizione della p.a., di cui, il primo, ha effetto *ex nunc* e si fonda su una nuova valutazione di opportunità circa il mantenimento o la rimozione del provvedimento, mentre il recesso opera sul rapporto, anche *ex tunc*, ed è subordinato ai presupposti in concreto individuati nel contratto o dalla legge.

Un po' più in là si spinge Santise²⁶⁷ che, nella sua analisi, distingue revoca e recesso sulla base di molteplici profili: la revoca, secondo l'Autore, viene apprestata solo per i contratti di diritto pubblico ed è regolata, in via generale, dall'art. 21 *quinquies* della l. 241/1990 e, in via speciale, dalle disposizioni dell'art. 11, quarto comma della stessa legge e dall'art. 158 del Codice dei contratti pubblici (oggi art. 176, come novellato dal Decreto legislativo 50/2016). Per quanto attiene al recesso, invece, esso può avere ad oggetto solo contratti di diritto privato ed è regolato dall'art. 21 *sexies* della legge sul procedimento amministrativo. A tal proposito, degna di nota è una considerazione che l'Autore fa in relazione a

²⁶⁶ Cons. Stato, Ad. Plen., 29 gennaio 2014, n. 6, in *Il Foro it.*, 2014, III, 518.

²⁶⁷ M. Santise, *Coordinate ermeneutiche di diritto amministrativo*, cit., pp. 348 e ss.

quest'ultima norma, sottolineando che, se la p.a. potesse agire in via di autotutela in qualsiasi momento, e dunque anche dopo la stipula del contratto, tale previsione sarebbe totalmente inutile.

Questa affermazione necessita di essere ricostruita e, se del caso criticata, alla luce dell'evoluzione della giurisprudenza amministrativa e ordinaria degli ultimi anni. Tradizionalmente, infatti, il giudice amministrativo ha sempre ritenuto che il *“potere di eliminare gli atti amministrativi dalla serie di evidenza pubblica (...) sussiste anche in caso di esistenza del contratto, fermo restando che in tal caso sorge, per effetto della revoca legittima (art. 21quiquies della legge n.241 del 1990) un diritto all'indennizzo”*²⁶⁸. Nella medesima prospettiva si è posta la sentenza del 27 novembre 2013, n. 5993 del Consiglio di Stato, secondo cui l'Amministrazione conserva il potere di revocare i propri atti di gara in ogni tempo, anche successivamente alla stipula del contratto. In particolare, *“il mutamento della situazione da regolare, determinato dallo scorrere del tempo e dalla connessa nuova valutazione dell'interesse pubblico originario o sopravvenuto, è quindi elemento che l'Amministrazione può motivatamente e legittimamente prendere in considerazione per addivenire ad una nuova determinazione con effetti anche su atti negoziali, rispetto ai quali le conseguenze sono di carattere meramente indennitario”*.

Questo orientamento subisce una battuta d'arresto grazie al Tar Lazio, Roma, che, con sentenza n. 2432 del 6 marzo 2013, relativa all'esecuzione di un contratto di appalto pubblico, finalmente statuisce che i poteri di autotutela possono essere esercitati fino al momento della stipulazione del contratto. *“L'aggiudicazione definitiva è un procedimento amministrativo privo di qualunque connotazione privatistica (...) e i poteri di autotutela possono essere senz'altro esercitati fino alla stipulazione del contratto”*. Successivamente, l'unico strumento di cui la p.a. dispone è il recesso, non potendo più essere esercitato il potere autoritativo di revoca.

²⁶⁸ Così Cons. Stato, 17 marzo 2010, n. 1554 su *Giustamm.it*.

In linea con questa impostazione si pone il Consiglio di Stato²⁶⁹, il quale ritiene conforme all'art. 21 *quinquies* il provvedimento di revoca di una gara d'appalto emesso in seguito alla rivalutazione dell'originario interesse pubblico, qualora tale potere sia attivato *prima* della stipulazione del contratto, quando ancora gli interessi economici della parti non si sono consolidati. Da tanto deriva che tale potere non sussiste dopo la stipula del contratto.

Volgendo lo sguardo alla giurisprudenza della Cassazione, si riscontra una generale riluttanza ad ammettere un potere di revoca capace di incidere sul contratto all'esito di una procedura ad evidenza pubblica; la Suprema Corte afferma, infatti, che tutte le vicende successive alla stipulazione dell'accordo si sostanziano in questioni di validità ed efficacia del medesimo, ancorché scaturenti dall'esercizio di poteri pubblicistici di autotutela. In particolare, due sentenze²⁷⁰ della Cassazione sono concordi nel ritenere che *“una volta concluso il contratto, il ripensamento dell'Amministrazione in ordine alla realizzazione dell'opera per sopravvenuti motivi di opportunità va ricondotto al potere contrattuale di recesso (...), in quanto tale scelta si riverbera sul contratto”* e che, in seguito alla suddetta conclusione del contratto, *“le parti pubblica e privata si trovano in una posizione paritetica e le rispettive situazioni soggettive si connotano del carattere, rispettivamente, di diritti soggettivi ed obblighi giuridici a seconda delle posizioni assunte in concreto”*; pertanto, l'atto di revoca in autotutela dell'aggiudicazione, ciononostante adottato, incide necessariamente sul sinallagma funzionale, determinando una lesione del diritto soggettivo del privato.

L'analisi fin qui svolta è propedeutica all'esame di una nota sentenza, con cui finalmente il Consiglio di Stato, in Adunanza plenaria, dimostra di concordare con la tesi sino a quel momento prospettata dalla

²⁶⁹ Cons. Stato, 13 aprile 2011 n. 2291, in *DirittoeGiustizia.it*.

²⁷⁰ Si tratta di due sentenze delle Sezioni Unite, 26 giugno 2003 n. 10160 e 17 dicembre 2008 n. 29245.

giurisprudenza ordinaria. Si pronuncia all'esito di un'ordinanza di rimessione della V Sezione del Consiglio di Stato, la n. 5786 del 2013: il nodo gordiano da sciogliere è comprendere fino a che punto il potere autoritativo di revoca sia esercitabile anche nella fase privatistica contrattuale, in cui la p.a. si trova in una posizione di parità con il contraente privato e rilevano posizioni di diritto soggettivo e non di interesse legittimo²⁷¹.

La decisione *de qua* prende le mosse da un caso che riguardava l'A.T.I. Alfa, la quale aveva impugnato dinanzi al Tar il provvedimento di un'azienda per la mobilità, con il quale era stata disposta la revoca in autotutela della progettazione e dell'esecuzione dei lavori necessari per realizzare un deposito tramviario. A seguito dell'aggiudicazione, era stato stipulato il contratto di appalto, in seguito revocato dall'azienda, adducendo molteplici motivi di interesse pubblico (tra cui "la sostanziale non esecuzione dell'appalto, l'aggravio dei costi, le sopravvenute esigenze operative"). Il ricorso dell'A.T.I. mirava a far accertare che l'esercizio del potere di revoca esorbitasse dai presupposti di legge e veniva perciò accolto dal Tar²⁷², ritenendo che il provvedimento fosse stato adottato "*in assenza del suo essenziale presupposto e cioè di un oggetto costituito da un provvedimento che continua ancora a spiegare effetti*".

Secondo il giudice amministrativo di primo grado, per sciogliersi dal contratto l'Amministrazione avrebbe dovuto ricorrere all'istituto del recesso, ai sensi dell'art. 134 del codice dei contratti pubblici (oggi art. 109).

Di fronte a tale statuizione, l'azienda propose appello, eccependo di aver esercitato la revoca in conformità all'art. 21 *quinquies* della legge

²⁷¹ Per un approfondimento si veda la nota di commento all'ordinanza di rimessione di V. Tevere, *La Pubblica Amministrazione può revocare l'aggiudicazione dopo la stipula del contratto?*, in *Amministrativamente*, n. 3-4, 2014.

²⁷² Tar Lazio, Roma, sez. II ter, sent. 2432 del 2013, su *Giustamm.it*.

241/90 che, in senso lato, comprende anche gli atti ad efficacia istantanea²⁷³.

Il giudice d'appello, in via preliminare, ribadisce la distinzione tra revoca e recesso, sottolineando che *“sebbene il recesso condivide con la revoca la struttura unilaterale - essendo classificato in dottrina come diritto potestativo - tuttavia, ai sensi degli artt. 1372 e 1373 cod. civ., lo stesso ha la propria fonte necessariamente in una clausola negoziale o in una specifica norma di legge autorizzativa. Inoltre, il suo esercizio non è procedimentalizzato, a differenza della revoca, e non sono richiesti particolari oneri motivazionali, - basta infatti che sia portato a conoscenza dell'altro contraente e che venga rispettato il principio di buona fede oggettiva (artt. 1375 e 1175 c.c.)”*. Così inquadrata la problematica generale, si prende atto *“ (...) che vi sono elementi che potrebbero indurre a riconsiderare l'indirizzo allo stato prevalente presso la giurisprudenza amministrativa. E ciò alla luce della necessità di interpretare il dato normativo (...) in una prospettiva sistematica ed in chiave teleologica, le sole vie praticabili alla luce degli esiti incerti che un criterio rigidamente letterale ex art. 12 preleggi condurrebbe, causa il contrasto tra le diverse norme vigenti in materia”*.

In seguito, la sentenza richiama la sistematica cui ho fatto riferimento in apertura del presente lavoro di tesi, opera di M. S. Giannini²⁷⁴, il quale, nell'ambito del *genus* “contratti pubblici”, distingue tra contratti di diritto privato e contratti di diritto pubblico: questi ultimi si caratterizzano per quel particolare legame che instaurano con un provvedimento amministrativo, di cui rappresentano il “complemento necessario” (l'esempio tipico è quello delle convenzioni accessive a concessioni di beni pubblici).

²⁷³ Per il dibattito relativo alla tipologia di atti suscettibili di revoca si veda *supra*, paragrafo 2.1.2.

²⁷⁴ M. S. Giannini, *Diritto amministrativo*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1993.

La questione dell'ammissibilità di un potere di revoca anche dopo la stipula del contratto dipenderà, quindi, dalla categoria di appartenenza del negozio stipulato. Stando alla tesi del giudice rimettente, *“per i contratti di diritto pubblico, quindi, il potere di revoca dovrebbe sussistere anche dopo la stipula del contratto perché il negozio è collegato al provvedimento di cui determina il contenuto e ne regola i rapporti. In questo ambito contrattuale la P.A. conserva la sua autoritatività e non si pone su un piano di netta parità con il privato”*.

La vera fattispecie problematica, secondo il Supremo Consesso, sarebbe quella dei c.d. “contratti ad evidenza pubblica” – categoria di dubbia ammissibilità -, in cui il contratto, sia di diritto privato che di diritto pubblico, viene stipulato dopo l'espletamento di una fase di evidenza pubblica, che si conclude con l'aggiudicazione. In queste ipotesi sarebbe difficile ammettere un potere di revoca, almeno nei casi in cui il contratto è di diritto comune, sia pure “vestito” della specialità propria della disciplina ad evidenza pubblica, in quanto ciò comprometterebbe il principio di affidamento del privato: costui, infatti, addivenuto alla stipula del contratto con la p.a., confida nella relativa stabilità di questo ed ha maturato aspettative di profitto, che non potranno essere poste nel nulla da un mero ripensamento della parte pubblica.

Tale tesi è avvalorata dalla normativa del Codice dei contratti pubblici che, all'art. 134 (dal 2016 è il nuovo art. 109), consente alla stazione appaltante di recedere in qualunque momento, ma previo pagamento *“dei lavori eseguiti e del valore dei materiali utili esistenti in cantiere, oltre al decimo dell'importo delle opere non eseguite”*. La stipula del contratto si colloca nel diverso quadro del rapporto paritetico tra i contraenti con predominanza del diritto privato, riflettendosi questa scissione anche sul piano strutturale. “Da ciò deriva che la p.a. non potrà ritirare in via unilaterale il consenso confluito con quello della parte privata nell'accordo di cui all'art. 1325 n. 1) c.c., essendo in seguito possibile solo

il mutuo dissenso di cui all'art. 1372 c.c. ed operando, altresì, la prevista facoltà di recesso non sull'atto contrattuale ma sul rapporto²⁷⁵.

La materia si profilava dunque talmente complessa da richiedere un intervento dell'Adunanza Plenaria, la quale si è pronunciata con la sentenza n.14 del 2014. Quest'ultima si allinea solo in parte con la tesi sostenuta nell'ordinanza di rimessione, sancendo effettivamente una vera e propria separazione tra la prima fase, di carattere pubblicistico, che si conclude con l'aggiudicazione definitiva, e la seconda fase, che inizia con la stipulazione del contratto e prosegue con l'attuazione del rapporto negoziale, la quale, rivestendo un carattere privatistico, è retta da norme civilistiche. In quest'ultima fase, come sottolinea l'Adunanza Plenaria, la p.a. si pone in posizione di parità con il privato, parità che viene definita, però, solo *tendenziale*. Cosa si voglia intendere con tale attributo viene specificato nei seguenti termini, richiamando una sentenza della Corte Costituzionale²⁷⁶:
“in relazione alla fase negoziale, che ha inizio con la stipulazione del contratto, (...) l'amministrazione si pone in una posizione di tendenziale parità con la controparte ed agisce nell'esercizio non di poteri amministrativi, bensì della propria autonomia negoziale. Ne consegue che la disciplina della predetta fase deve essere ascritta prevalentemente all'ambito materiale dell'ordinamento civile. Sussiste, infatti, l'esigenza, sottesa al principio costituzionale di eguaglianza, di garantire l'uniformità di trattamento, nell'intero territorio nazionale, della disciplina dei momenti di conclusione ed esecuzione dei contratti di appalto. Ciò, però, non significa (...) che, in relazione a peculiari esigenze di interesse pubblico, non possano residuare in capo all'autorità procedente poteri pubblici riferibili, tra l'altro, a specifici aspetti organizzativi afferenti alla stessa fase esecutiva”.

²⁷⁵ In questi termini si esprime ancora M. Santise, *op. cit.*, p. 354.

²⁷⁶ Corte Cost., sent. 43 del 2011 in giurcost.org. Negli stessi termini, anche Cass., SS.UU., 23 novembre 2011, n. 391 su *Pluris.it* e Cons. Stato, 26 gennaio 2009, n. 450 su *Giustamm.it*.

Secondo l'Adunanza plenaria, *“nel contesto di un rapporto paritetico, sono apprestate per l'amministrazione norme speciali, derogatorie del diritto comune, definite di autotutela privatistica²⁷⁷”* e la ragione risiede nel fatto che l'attività amministrativa, anche se esercitata secondo moduli privatistici, è sempre volta al fine primario dell'interesse pubblico, con la conseguente previsione, su tale presupposto, di regole specifiche e distinte.

Nella sentenza, il Collegio richiama poi alcune norme del Codice dei contratti pubblici ²⁷⁸, al fine di dimostrare la specialità del diritto di recesso, per cui il legislatore amministrativo ha ritenuto opportuno inserire una norma specifica (l'art. 21sexies), a fronte della generale previsione civilistica (art. 1373 c.c.). Ne deriva, quindi, che *“la posizione dell'amministrazione nella fase del procedimento di affidamento di lavori pubblici, aperta con la stipulazione del contratto, è definita dall'insieme delle norme comuni, civilistiche, e di quelle speciali, individuate dal Codice dei contratti pubblici, operando l'amministrazione, in forza di queste ultime, in via non integralmente paritetica rispetto al contraente privato, fermo restando che le sue posizioni di specialità, essendo l'amministrazione comunque parte di un rapporto che rimane privatistico, restano limitate alle singole norme che le prevedono”*.

Da ciò si desume che, se la p.a. avesse avuto la possibilità di intervenire con la revoca anche nella fase privatistica, una disposizione del tenore dell'art. 134 del Codice appalti (oggi art. 109) sarebbe stata inutile e presumibilmente l'amministrazione avrebbe sempre fatto ricorso alla meno costosa revoca: invece, a ben vedere, la previsione di un potere di recesso *speciale* preclude, di conseguenza, l'esercizio della revoca.

²⁷⁷ Il concetto di “autotutela privatistica” verrà costantemente ripreso dalla giurisprudenza successiva e così definito da Ad. Plen., sent. 6/2014: *“l'autotutela privatistica è il potere previsto dalla legge in casi tassativi, nei quali l'Amministrazione fa valere le conseguenze derivanti dall'inadempimento del privato nell'ambito di un rapporto paritetico”*.

²⁷⁸ Si tratta, in particolare, degli art. 134 (oggi 109), 136 (oggi 108) e 158 (oggi 176), che saranno oggetto di analisi nel capitolo successivo.

In conclusione, stando alla sentenza 14/2014, il potere unilaterale di revoca è sempre esercitabile nella fase pubblicistica, cioè fino alla conclusione del contratto; nel momento successivo, avente ad oggetto l'esecuzione del rapporto negoziale, l'unico strumento a disposizione dell'amministrazione è il recesso.

L'orientamento inaugurato da questa pronuncia è oggi costantemente ribadito: per una conferma, nei medesimi termini si è espresso, di recente, il Tar di Firenze²⁷⁹. *“L'art. 21 quinquies, l. n. 241 del 1990, codificando in termini generali l'istituto della revoca, trova spazio all'interno delle procedure di affidamento dei contratti pubblici fino al momento della stipula del contratto, che chiude la fase pubblicistica ed apre quella negoziale, tendenzialmente paritetica, avviata la quale la revoca cede il passo, in presenza di sopravvenuti motivi di opportunità della stazione appaltante, all'esercizio del diritto di recesso. Il ritiro di un'aggiudicazione legittima postula la sopravvenienza di ragioni di interesse pubblico (o una rinnovata valutazione di quelle originarie) particolarmente consistenti e preminenti sulle esigenze di tutela del legittimo affidamento ingenerato nell'impresa che ha diligentemente partecipato alla gara, rispettandone le regole e organizzandosi in modo da vincerla, ed esige, quindi, una motivazione particolarmente convincente circa i contenuti e l'esito della necessaria valutazione comparativa dei predetti interessi (...). Nel bilanciamento dei contrapposti interessi, la sopravvenuta impossibilità di avvalersi della prestazione dell'altra parte, come è causa di risoluzione del contratto già stipulato (cfr. Cass. civ., Sez. III, 20 dicembre 2007, n. 26958), così giustifica la revoca dell'aggiudicazione, dovendosi ritenere recessivo l'affidamento riposto dall'aggiudicatario sulla stipula ed esecuzione del contratto”.*

²⁷⁹ Con la sentenza Tar Toscana, Firenze, sez. I, 2 febbraio 2018 n. 187, su *Giustamm.it*.

I principi finora rammentati, seppur pronunciati in relazione a rapporti contrattuali riconducibili all'appalto pubblico, possono *sine dubio* essere estesi all'enigmatica *figura iuris* della concessione.

Ed infatti, parte della dottrina evidenzia come, in particolare per le concessioni-contratto, riemerge quel generale potere di revoca di cui all'art. 21*quinquies*, non esistendo, allo stato della legislazione, una norma speciale prevista per le concessioni: come se, in questo caso, l'amministrazione non perdesse mai la propria posizione di supremazia.

In realtà, come ho cercato di dimostrare nel Capitolo I, oggi anche la concessione (che la si qualifichi in termini di contratto di diritto pubblico o di diritto privato) si sostanzia in un regolamento contrattuale che predetermina le sopravvenienze rilevanti ai fini dello scioglimento del rapporto. Dunque, ritenere che l'amministrazione conservi un potere autoritativo anche nel momento in cui addviene alla stipula di un modulo consensuale con il privato, mi sembrerebbe, onestamente, a dir poco avventato. E questo vale, a maggior ragione, alla luce dell'intervento del 2016 sul Codice degli appalti, che ha introdotto, nella Parte III, dedicata alle concessioni, una norma espressamente rubricata "*Cessazione, revoca d'ufficio, risoluzione per inadempimento e subentro*", che è l'art. 176 (oggetto di analisi nel capitolo successivo). Da ciò discende, volendo riadattare il ragionamento dell'Adunanza plenaria, che il potere di autotutela non potrà essere esercitato, in relazione alle concessioni, con modalità diverse da quelle contemplate.

In breve, si può concludere la disamina dei principali orientamenti giurisprudenziali, affermando che, qualora esista una norma che vada a delimitare l'ambito di applicazione di un certo istituto (revoca, recesso o risoluzione), tale norma si applicherà in quanto *lex specialis*; in mancanza, la soluzione sarà offerta dal diritto comune e dai principi generali dell'ordinamento.

2.4 La risoluzione

Dopo l'esame dei due istituti della revoca e del recesso che, dal 2005, hanno avuto un espresso riconoscimento normativo anche nel campo amministrativo, ritengo opportuno dedicare il successivo paragrafo ad un'altra figura tipica del diritto civile che, invece, non trova spazio nel diritto amministrativo, o almeno non in via esplicita: mi riferisco alla risoluzione.

Data ormai per acquisita l'ampia applicabilità delle norme civilistiche al diritto delle concessioni, problema concreto che si è posto assai di frequente nella pratica è stato quello di individuare lo strumento più opportuno per reagire ad un eventuale inadempimento delle parti. L'insegnamento impartito dal diritto privato vuole che, in tali casi ed in mancanza di una diversa volontà delle parti, a sanzionare l'inadempimento della controparte intervengano le norme di cui agli artt. 1453 e seguenti del codice civile. Il legislatore del '42, infatti, ha ritenuto opportuno introdurre per la prima volta un istituto che, nelle sue diverse declinazioni, intercettasse eventuali patologie attinenti al rapporto²⁸⁰, incidenti sull'equilibrio contrattuale; equilibrio suscettibile dunque di subire un'alterazione in conseguenza delle più svariate sopravvenienze.

La dottrina - seguita anche dalla giurisprudenza ormai consolidata - distingue la *risoluzione giudiziale* (per cui è indispensabile una pronuncia dell'autorità giudiziaria che può avere, a seconda dei casi, natura costitutiva ovvero meramente dichiarativa) da altre ipotesi di *risoluzione stragiudiziale* o *di diritto*, in cui è consentito all'autonomia privata "gestire" la sorte del contratto in caso di inadempimento.

²⁸⁰ Nell'ambito della risoluzione si parla di *difetti funzionali*, per distinguerli dai c.d. *difetti genetici*, causa di nullità, annullamento o rescissione e che "inquinano" il sinallagma contrattuale *ab initio*, cioè dal momento in cui sorge il vincolo negoziale e incidono sull'atto, piuttosto che sul rapporto.

Con riferimento alla prima macro-categoria, la risoluzione giudiziale può avere a suo fondamento tre cause diverse: l'inadempimento - che rappresenta il modello generale di risoluzione, poi adattato per le altre fattispecie (regolato agli artt. 1453 e ss., c.c.) -; l'eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione (*ex art. 1467 c.c.*); l'impossibilità sopravvenuta della prestazione, disciplinata dagli artt. 1463-1466 c.c. È bene ora procedere ad un'analisi specifica delle tre tipologie di risoluzione, per come ricostruite ed adoperate nell'ambito della fattispecie concessoria.

2.4.1 (Segue) La risoluzione per inadempimento della concessione

Già la prima sentenza della Cassazione²⁸¹ sulla concessione-contratto, dopo aver affermato *expressis verbis* che le parti possono agire dinanzi al giudice ordinario per far valere le violazioni contrattuali, sottolinea la differenza intercorrente fra i rimedi a disposizione della pubblica amministrazione concedente e quelli, assai diversi, spettanti al concessionario. Il contraente pubblico dispone, infatti, di tutte le possibili azioni giudiziarie – condanna all'adempimento, risoluzione, risarcimento -, salvo sempre il ricorso a strumenti di autotutela, tra cui la declaratoria di decadenza²⁸². D'altro canto, il concessionario, a fronte dell'inadempimento del concedente, può avanzare una pretesa limitata all'azione di risarcimento: tanto la condanna all'adempimento, quanto la pronuncia di risoluzione risultano precluse, al fine di evitare l'ingerenza del giudice ordinario nel contenuto di un atto amministrativo (com'è la concessione-contratto, se ricostruita in termini di fattispecie unica, di natura prevalentemente provvedimentale). In altre parole, il principio di rigida separazione tra potere esecutivo e potere giudiziario vieta a quest'ultimo

²⁸¹ Il riferimento è, ancora una volta, a Cass. Roma, 1910, *cit.*

²⁸² Lo sottolinea M. D'Alberti, *op. cit.*, p. 260.

qualsiasi controllo non solo sull'atto originario di concessione, che assorbe in sé il contratto accessivo, ma anche sui provvedimenti successivi (di modifica, di denuncia dell'inadempimento) adottati dal concedente. Questo fu l'orientamento della giurisprudenza fino agli anni Trenta del secolo scorso.

Le prime aperture in materia sono opera della giurisprudenza arbitrale, la quale inizia a riconoscere l'utilizzabilità della risoluzione per inadempimento legandola all'affermazione della separazione tra il provvedimento concessorio e il contratto accessivo. Si sostiene, pertanto, l'indipendenza del negozio contrattuale, fonte di reciproci diritti e doveri, dall'atto amministrativo concessorio, tale per cui *“il giudice ordinario (e... quello arbitrale) non potrà porre nel nulla quell'atto amministrativo; ma ben può e deve indagare se il contratto sia stato osservato o meno, quali siano i diritti ed obblighi che a carico di ciascuno derivano dal comportamento tenuto e, ove occorra, può rescindere il contratto per inadempienza dell'una o dell'altra parte od anche sostituire alcune prestazioni ad altre diverse”*²⁸³.

Da questo momento in poi viene riconosciuto il generale potere del giudice ordinario di incidere, mediante la pronuncia di risoluzione, sul contratto, senza in alcun modo toccare l'atto amministrativo. Ma una domanda si pone necessaria: cosa succede al provvedimento pubblicistico all'esito della risoluzione del contratto? Negli anni Sessanta, dottrina e giurisprudenza rispondono che il provvedimento non perde la sua validità, ma diviene *“inutile o, comunque, privo di effetti”*²⁸⁴. Alcune volte è direttamente il giudice che detta le regole applicabili al caso in conseguenza della cessazione del rapporto, provvedendo, ad esempio, sulla sorte degli impianti utilizzati dal concessionario, sul rimborso per le opere compiute e, per gli aspetti patrimoniali, applicando i precetti specifici contenuti nel

²⁸³ Così Coll. Arb., Lodo 23 luglio 1949, relativamente ad una concessione di pubblico servizio.

²⁸⁴ Così Cass. Civ., 12 giugno 1963, n. 1575, in *Giust. civ.*, 1964, I, 384.

contratto accessivo alla concessione, integrati dalle norme civilistiche generali²⁸⁵.

Nonostante la resistenza opposta dalle Amministrazioni pubbliche e dall'Avvocatura dello Stato alla riconoscibilità esplicita di una risoluzione per inadempimento del concedente, la giurisprudenza conferma strenuamente l'applicabilità di tale strumento alle concessioni-contratto, ribadendo la tesi della separazione e della indipendenza tra provvedimento concessorio e contratto ad esso accessivo. *“In tema di concessione-contratto il privato gode di ampia tutela”* e la pronuncia di risoluzione *“non va ad incidere sull'atto unilaterale di concessione, pur rimanendo questo temporaneamente improduttivo di effetti: nella specie, la risoluzione, fondandosi sull'inadempimento della pubblica amministrazione, (...) incide sull'aspetto contrattuale del rapporto”*²⁸⁶.

In ogni caso non va dimenticato che la p.a. dispone, da parte sua, anche degli strumenti di autotutela; tra questi, al fine del tema oggetto di studio in questo paragrafo, va rammentato l'utilizzo del potere di decadenza, spesso impropriamente detto “revoca sanzionatoria” che ha, tra i suoi presupposti, proprio un grave inadempimento del concessionario²⁸⁷.

Secondo una certa dottrina²⁸⁸, tuttavia, tali strumenti di “risoluzione unilaterale” sarebbero utilizzabili ogni qualvolta fosse ravvisabile un provvedimento amministrativo autoritativo, venendo meno, invece, in presenza di un accordo riconducibile al paradigma dell'art. 11, l. 241/90 ovvero in presenza di un atto negoziale *tout court*. In questi casi, l'unica possibilità per la p.a. - che, secondo quanto statuito anche dall'Adunanza plenaria con la sopra richiamata sentenza, si colloca in una posizione di *“tendenziale parità”* col privato - sarebbe quella di far valere

²⁸⁵ Lo evidenzia M. D'Alberti, *op. cit.*, p. 262, riprendendo la pronuncia della Cass, 12 giugno 1963, *cit.*

²⁸⁶ Così Cass. Civ., 25 maggio 1968, n. 1604, in *Il Foro it.*, vol. 91, 7/8, 1968, 1773.

²⁸⁷ Per approfondimenti si veda *supra*, paragrafo 2.1.3.

²⁸⁸ Il riferimento è a S. Pensabene Lioni, *Gli accordi... cit.*, p. 106.

l'inadempimento di controparte esclusivamente nei modi previsti dal codice civile.

Scendendo ora dal piano teorico a quello fattuale, va messo in luce come oggi l'amministrazione tenda, nella gran parte dei rapporti concessori, a prevedere espressamente nella convenzione lo strumento di reazione a fronte di un eventuale inadempimento della controparte. Anche questa ipotesi viene però ricondotta, dalla dottrina e dalla giurisprudenza maggioritarie, non ad un potere unilaterale di revoca, bensì ad una vera e propria clausola risolutiva espressa *ex art.* 1456 c.c.²⁸⁹

Il tema della risoluzione per inadempimento, in conclusione, non solleva problemi applicativi notevoli, ritenendosi unanimemente applicabili le norme del codice civile²⁹⁰. Più complessa è la questione relativa all'eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione.

²⁸⁹ È questa la tesi di Cons. Stato, Sez. V, 19 marzo 1996, n. 277, nella quale viene statuito perspicuamente quanto segue: *“Giova premettere che, in linea astratta, il rapporto concessorio, concernente la gestione di un bene del demanio o del patrimonio indisponibile, può cessare o per ragioni connesse agli interessi pubblici che il bene è destinato a soddisfare, ovvero per inadempimento, da parte del concessionario, degli impegni derivanti dal contratto attuativo del provvedimento di concessione. Mentre nel primo caso l'amministrazione agisce nell'esercizio del potere autoritativo di autotutela, onde la legittimità del suo operato va verificata alla stregua delle norme pubblicistiche, nel secondo caso la vicenda si svolge su un piano paritetico e trovano applicazione le norme civilistiche che l'amministrazione si è vincolata ad osservare mediante la sottoscrizione dell'atto negoziale”*. Il Collegio ha perciò ritenuto che una deliberazione della Giunta provinciale, impugnata nel giudizio *de quo*, pur determinando in via unilaterale la risoluzione del contratto in conseguenza dell'asserito inadempimento contrattuale della società concessionaria, fosse inquadrabile nel disposto degli artt. 1453 e ss., c.c. Cfr. in senso analogo, Cons. Stato, Sez. V, sent. 27/01/2006, n. 236 su *Giustamm.it* e, più di recente Tar Sicilia, Catania, sez. IV, 6 luglio 2009 n. 1230 su *Giustamm.it*, secondo cui *“la clausola della convenzione, che collega la revoca della concessione per la raccolta dei giochi pubblici al ritardo dell'avvio della rete telematica, costituisce una clausola risolutiva espressa (tali essendo le clausole, le quali, nell'ambito del rapporto di natura privatistica originato dall'atto convenzionale, collegano all'inadempimento del privato la possibilità della P.A. di annullare o revocare l'erogazione, attuando un meccanismo sanzionatorio assimilabile alla clausola risolutiva espressa disciplinata dall'art. 1456 c.c.)”*.

²⁹⁰ Per averne una conferma si veda la sentenza del Tar Campania, Napoli, 5 novembre 2010, n. 23132 su *Giustamm.it*, che con riferimento alla risoluzione di un contratto di distribuzione di energia elettrica e gestione lampade votive del cimitero comunale ha affermato che *“la fattispecie, che indubbiamente concerne non già il momento genetico ma quello esecutivo del rapporto tra le parti del presente giudizio, va inquadrata nell'ambito della disciplina della risoluzione per inadempimento disciplinata dagli artt. 1453 ss. c.c., la quale, contrariamente a quanto opinato da parte ricorrente, trova applicazione anche nel caso in esame; non vale, infatti, a provare il contrario il fatto che il contratto avesse ad oggetto la regolamentazione di un rapporto concessorio, in tesi non riconducibile allo schema dei contratti a prestazioni corrispettive al quale fa riferimento la lettera dell'art. 1453 c.c., poiché la risoluzione per inadempimento è rimedio*

2.4.2 (Segue) L'eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione: presupposizione e clausola *rebus sic stantibus*

La fattispecie della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta è probabilmente quella di maggior interesse ai fini del nostro tema. Nell'ambito della concessione, difatti, se ne sono offerte ricostruzioni interessanti e talvolta curiose, che possono essere qui brevemente ripercorse in quanto utili al fine di prospettare una soluzione al problema.

Va detto, innanzitutto, che l'art. 1467 del codice civile, espressamente dedicato alla risoluzione dei contratti sinallagmatici per eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione, la subordina ad alcuni requisiti. Nello specifico, l'onerosità:

- deve verificarsi nell'ambito di un rapporto contrattuale ad esecuzione continuata o periodica ovvero ad esecuzione differita;
- deve riguardare la prestazione di una delle parti che, appunto, diviene eccessivamente gravosa rispetto all'altra;
- deve essere dovuta ad eventi straordinari ed imprevedibili, successivi alla conclusione del contratto ed attinenti alla fase di esecuzione del medesimo.

In presenza delle condizioni *de qua*, la risoluzione viene a rappresentare il rimedio che consente ai contraenti o di ripristinare il sinallagma contrattuale, modificando equamente le condizioni del contratto (*ex art. 1467, terzo comma, c.c.*) ovvero di scioglierlo definitivamente, mediante la pronuncia costitutiva di risoluzione del giudice.

previsto in caso di alterazione del nesso di corrispettività tra attribuzioni patrimoniali contrapposte che può aversi pure in contratti unilaterali (...) e che sussiste anche nel rapporto concessorio”.

Tralasciando in queste sede i requisiti che, ad esempio, devono rivestire i caratteri della straordinarietà e dell'imprevedibilità dell'evento causa di risoluzione, mi sembra più opportuno indagare come tale fattispecie sia stata ricostruita nel settore delle concessioni.

Il problema appare già delicato se pensiamo che i rapporti concessori sono tendenzialmente ad esecuzione continuata ed anzi sono per lo più caratterizzati da una durata lunghissima, che ha conseguenze assai pregiudizievoli sull'equilibrio economico-finanziario. Tutto ciò risulta acuito dal fatto che, prima del codice del 1942, l'istituto della risoluzione per eccessiva onerosità aveva conosciuto una tiepida elaborazione soltanto in via di prassi: la dottrina e la pratica forense spiegavano che in tutti i rapporti contrattuali a lungo termine, e specialmente nelle concessioni, dovesse sempre intendersi sottintesa la clausola "*rebus sic stantibus*", la quale consentiva l'applicazione dello strumento di cui all'art. 1467 c.c. (introdotto, come anticipato, solo nel 1942) e della *reductio ad aequitatem*.

Anche per questa fattispecie, come per quella di cui agli artt. 1453 e ss. c.c., la giurisprudenza fu in un primo momento assai restia ad ammettere la proponibilità della domanda di risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta, ritenendo che la stessa implicasse la rimozione del provvedimento amministrativo di concessione, tradizionalmente intangibile da parte del giudice ordinario. Si disse che pronunciare la risoluzione "*equivarrebbe a sindacare l'opera del Governo già riconosciuta insindacabile*"²⁹¹.

In un secondo momento, una volta superato il principio della separazione dei poteri e dell'immodificabilità dell'atto amministrativo da parte del giudice ordinario, si riconobbe l'applicabilità dell'art. 1467 c.c., in quanto "*non si chiede(va) al magistrato di dichiarare illegittimo l'operato della pubblica amministrazione, ma solo si riconosce(va) e si afferma(va) la potestà della giurisdizione ordinaria a pronunciare la rescissione del*

²⁹¹ Così Cass. Roma, sent. 24 marzo 1919.

*contratto di concessione per sopravvenute circostanze, le quali, al dire della stessa ricorrente, renderebbero la sua osservanza così gravosa da alterare profondamente la corrispettività delle obbligazioni*²⁹². L'unico limite all'operatività dello strumento risolutorio era rappresentata, in questo caso, dalla previsione di norme speciali in particolari settori, come quello tramviario e ferroviario, le quali stabilivano espressamente l'obbligo, per i concessionari, di provvedere a tutti gli eventi, ordinari e *straordinari*, senza potersi esimere dagli obblighi contratti.

Ancora una volta, il pieno riconoscimento dell'applicabilità della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta si deve alla giurisprudenza arbitrale, che distingue rigidamente l'atto unilaterale dall'elemento negoziale il quale, spesso, è *“addirittura preponderante per la complessità degli accordi che intervengono, in libertà di determinazioni, tra la pubblica amministrazione ed il privato”*²⁹³. Pertanto, nonostante non si potesse estendere integralmente la disciplina civilistica ai rapporti originati dalla concessione-contratto, *“in ogni caso trovavano applicazione i principi fondamentali e irrinunciabili relativi alle obbligazioni contrattuali, come quello sull'equilibrio economico tra le prestazioni delle parti. In particolare, si sostenne l'applicabilità dell'art. 1467 del codice civile del 1942, sulla eccessiva onerosità sopravvenuta, e quindi la possibilità di risoluzione giudiziale del rapporto chiesta dal concessionario”*²⁹⁴.

²⁹² Così Cass. Roma, sent. 27 marzo 1923.

²⁹³ Così Coll. Arb., Lodo 23 giugno 1948.

²⁹⁴ Lo sottolinea M. D'Alberti, *op. cit.*, p. 266, richiamando la controversia da cui è scaturito il Lodo arb. *cit.* nella nota prec. Nella specie, il caso riguardava una concessione ferroviaria la cui società concessionaria aveva agito in giudizio chiedendo l'equa modificazione delle clausole contrattuali e non la risoluzione del rapporto. La sua domanda venne rigettata e il collegio arbitrale colse l'occasione per precisare che *“L'invocato art. 1467 cod. civ. non sancisce senz'altro e incondizionatamente, come è ben noto, un diritto della parte colpita dalla sopravvenuta eccessiva onerosità ad ottenere un'equa modificazione dei patti contrattuali. In realtà, esso sancisce un diritto alla risoluzione del contratto, che può convertirsi in un diritto a più eque condizioni contrattuali soltanto se l'altra parte preferisca, con questo mezzo, evitare la risoluzione. Se volesse darsi una costruzione alla norma di legge potrebbe dirsi che il contraente contro il quale si rivolge la domanda di risoluzione ha, mediante una exceptio, la facultas alternativa di liberarsi dalla risoluzione del contratto, assumendo l'obbligazione di una equa modificazione del contratto stesso. In altri termini il sorgere di tale obbligazione è condizionato alla manifestazione della volontà della parte colpita dalla eccessiva onerosità di sciogliere il rapporto contrattuale ed*

I successivi orientamenti dottrinali e giurisprudenziali, ad onor del vero, non si mostrano concordi. Tende, infatti, a riaffiorare la tesi dell'unità sostanziale del rapporto che origina dalla concessione-contratto, escludendo dunque la possibilità di scindere l'atto di natura pubblicistica, facendolo soggiacere alla regole del diritto pubblico, dal contratto, soggetto per sua natura al diritto privato. Ne consegue che *“la disciplina del rapporto contrattuale trova i suoi limiti nel principio che nei confronti dell'ente concedente non sono consentite pronunce che importino modificazione o revocazione dell'atto amministrativo o comunque sospensione della sua esecutorietà”*²⁹⁵. In quest'ottica, tanto la *reductio ad aequitatem* quanto la risoluzione per eccessiva onerosità sono considerate inammissibili.

Dal canto suo, la dottrina mostra una maggiore apertura nel consentire il ricorso alla fattispecie di cui all'art. 1468 c.c. (relativo ai contratti con obbligazioni di una sola parte), ma riconoscendo al concessionario la facoltà di chiedere solo un'equa modificazione e non la mera riduzione della sua prestazione, vincolata di per sé alle esigenze del pubblico interesse²⁹⁶.

inoltre alla scelta dell'altro contraente del mezzo consentito dalla legge per opporvisi". Mancando, dunque, la domanda giudiziale di risoluzione, *“manca, in concreto, la premessa necessaria per l'accoglimento, nella presente situazione processuale, della pretesa attrice”*.

²⁹⁵ In tal senso, con molta chiarezza, Trib. Piacenza, 17 luglio 1951, in *Giur. Cass. Civ.*, 1951, 3° quadr., 1135. In dottrina, si veda U. Ardigone, *Concessioni di pubblico servizio ed eccessiva onerosità*, in *Giur. Comp. Cass. Civ.*, 1951, III, pp. 1139 e ss.

²⁹⁶ È la tesi di L. Biamonti, *Sulla eccessiva onerosità sopravveniente nel corso delle concessioni amministrative di servizi e degli appalti pubblici*, in *Foro it.*, 1949, I, p. 772. L'applicazione analogica al rapporto concessorio dell'art. 1468 c.c. viene giustificata affermando che *“una volta ammesso che tale rapporto rientra nel quadro della eccessiva onerosità, non mi sembra dubbio che la ragione della speciale tutela non debba annullarsi per la impossibilità di funzionamento del congegno a cui è informato l'art. 1468, ma debba permanere attuandosi la tutela stessa nel suo scopo essenziale della reductio ad aequitatem, senza che interferisca e possa venire in discussione la questione circa la conservazione o meno del rapporto in corso di durata. E poiché, quando non ha ritenuto ammissibile o conveniente l'azione di risoluzione, il legislatore ha attribuito direttamente alla parte danneggiata l'azione per la reductio ad aequitatem, propendo a ritenere che possano essere riconosciuti gli estremi logico-ermeneutici dell'analogia per l'applicazione alla ipotesi del rapporto di concessione ferroviaria del rimedio regolato dall'art. 1468”*.

Ciò che sembra sfuggire all'Autore è che la concessione non è un contratto da cui derivano obbligazioni per una sola parte!

Riassumendo, fino agli anni Sessanta la tesi maggioritaria in merito all'applicabilità della risoluzione *ex art. 1467 c.c.* alle concessioni, può essere delineata nel seguente modo: il concessionario ha sicuramente la possibilità di agire in giudizio chiedendo la risoluzione del contratto a fronte di un'eccessiva onerosità sopravvenuta e l'amministrazione convenuta – salva la facoltà di eccepire la mancanza dei presupposti legali richiesti dalla norma in oggetto – può evitare la risoluzione offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto. Se a tale proposta (possiamo immaginare che si concretizzi in una domanda riconvenzionale) segue l'inerzia o il rifiuto dell'attore, sarà il giudice a valutare se l'offerta del convenuto sia sufficiente a ripristinare un equilibrio adeguato tra le prestazioni, riconducendo così il contratto ad equità.

L'impatto relativa all'inammissibilità di un sindacato giudiziale sul contenuto del provvedimento concessorio è per tale via risolta, in quanto è la stessa amministrazione, convenuta nel giudizio avente ad oggetto la risoluzione, a proporre mutamenti delle originarie clausole della concessione alla controparte e il giudice non può fissare di propria iniziativa la sostanza delle modificazioni, ma si limita ad apprezzare se l'offerta del concedente faccia cessare o meno l'eccessiva onerosità²⁹⁷.

La giurisprudenza successiva tende comunque a ribadire la netta separazione, e dunque l'indipendenza sul piano della validità e dell'efficacia, fra provvedimento di concessione e contratto accessivo. L'assunto è rafforzato dal fatto che, nella gran parte dei casi, le clausole che interessano ai fini dell'eccessiva onerosità sono contenute nella convenzione accessiva che riveste integralmente natura contrattuale – e di questo nessuno dubita -; perciò la modifica avente ad oggetto la convenzione lascia totalmente impregiudicato il provvedimento amministrativo.

²⁹⁷ Questo è, a grandi linee, il ragionamento della Cass. SS. UU., 27 gennaio 1959, n. 224, in *Il Foro it.*, vol. 83, 3, 1960, 453.

Come detto in apertura del presente paragrafo, già anteriormente all'entrata in vigore del codice del 1942, venne elaborata una ricostruzione peculiare in tema di eccessiva onerosità sopravvenuta, al fine di consentire l'esperibilità di questo istituto. Mi riferisco alla c.d. clausola *rebus sic stantibus*, che, in linea con quanto sostenuto da Illustri Autori, doveva sempre ritenersi implicita al rapporto concessorio²⁹⁸. Come dire, dunque, che la relazione concedente-concessionario stava in piedi se e fino a quando si fosse mantenuto quel determinato equilibrio contrattuale.

Le prospettive della dottrina in materia sono molteplici: Piraino²⁹⁹ tende a ricondurre la clausola *de qua* alla generale figura della presupposizione cercando, per tale via, di offrire anche una soluzione alla questione del controverso rapporto tra i motivi e la causa del negozio, rimasto insoluto, ad esempio, nella teorica di Bodda³⁰⁰. Quest'ultimo, infatti, dopo aver affermato la rilevanza dei motivi nell'ambito dei rapporti contrattuali della p.a, aveva omesso di precisare la funzione da questi in concreto svolta. Piraino individua allora un preciso legame tra tali motivi, che inducono l'amministrazione a contrarre, e la causa del negozio, legame che si sostanzia proprio nel meccanismo della presupposizione.

Si tratta di una figura, com'è noto, creata *ex novo* dalla dottrina, di fronte alla più totale mancanza di una definizione e di una disciplina normativa³⁰¹.

²⁹⁸ Anche la giurisprudenza è del medesimo avviso, come dimostrano molteplici pronunce: Cons. Stato, sez. V, 26 aprile 1972, n. 299; cfr. Cons. Stato, sez. V, 30 ottobre 1981, n. 523, in cui si legge che “*le concessioni di beni o servizi sono sempre assistite dalla clausola rebus sic stantibus la quale, anche se non espressamente formulata, consente all'amministrazione di incidere sul rapporto qualora si verifichi una notevole modifica della situazione di fatto e delle esigenze da soddisfare*”.

²⁹⁹ S. Piraino, *La presupposizione negli accordi in tema di espropriazione per pubblica utilità*, Milano, Giuffrè, 1971.

³⁰⁰ Il riferimento è a P. Bodda, *Ente pubblico, soggetto privato e atto contrattuale*, cit., oggetto di un'analisi più specifica nel Cap. I della presente tesi (vedi *supra*, par. 1.3).

³⁰¹ Per la giurisprudenza, la presupposizione ricorre “*quando una certa situazione, di fatto o di diritto, passata, presente o futura, di carattere obiettivo – la cui esistenza, il cui venir meno ed il cui verificarsi sia, cioè, del tutto indipendente dall'attività o dalla volontà dei contraenti e non costituisca l'oggetto di una loro specifica obbligazione – possa, pur in mancanza di un espresso riferimento ad essa nelle clausole contrattuali, ritenersi tenuta presente dai contraenti medesimi nella formazione del loro consenso, come presupposto avente valore determinante ai fini*”.

La presupposizione rappresenta una derivazione dei principi generali in materia di affidamento e buona fede e si presenta con la struttura di un fatto che emerga implicitamente dal contratto; sia comune alle parti; costituisca il presupposto della volontà contrattuale, il cui verificarsi sia del tutto indipendente dalla volontà dei contraenti³⁰². Sono proprio queste caratteristiche che consentono di individuare un nesso tra un fatto imprevedibile e la clausola generale di cui all'art. 1467 c.c. che costituisce causa di risoluzione del contratto³⁰³. La tesi di Piraino si fonda sull'assunto per cui l'evento, sopravvenuto alla conclusione del contratto e indipendente dalla volontà dei contraenti, faccia venir meno il presupposto oggettivo che le parti hanno avuto presente al momento della conclusione del contratto; di conseguenza, la medesima sopravvenienza rende non più compatibile la disciplina pattizia con l'interesse pubblico, di talché l'amministrazione deve rimettere in movimento il suo potere giuridico che, "nel trasformarsi in regolamento contrattuale, aveva raggiunto una posizione di quiete"³⁰⁴.

In definitiva, la tesi di Piraino ritiene che la clausola *rebus sic stantibus*, operante tramite il meccanismo della presupposizione, rappresenti il punto di snodo della contrattualità amministrativa, risultando

dell'esistenza e del permanere del vincolo contrattuale" (Cass., sez. II, 24 marzo 1998, n. 3083, in *Giust. civ.*, 1998, vol. 48, fasc. 12, pp. 3163/3175).

³⁰² Tali requisiti vengono ricostruiti da S. Civitarese Matteucci, *Contributo...cit.*, p. 156 riprendendo l'opera di Piraino, *La presupposizione, cit.*, p. 65.

³⁰³ In questo senso si veda l'orientamento prevalente in giurisprudenza, stando al quale il fondamento normativo della presupposizione deve essere rinvenuto nell'art. 1467 c.c., che sarebbe a sua volta espressione del principio generale *rebus sic stantibus*, con la conseguenza che la presupposizione costituisce un'ipotesi di risoluzione giudiziale del contratto *ex tunc* (ad esempio, Cass. Civ., 29 settembre 2004, n. 19563, in *Contratti*, 2005).

³⁰⁴ Così S. Civitarese Matteucci, *Contributo...cit.*, p. 157. L'Autore in realtà arriva ad una conclusione diversa da quella sostenuta dalla dottrina contemporanea, ritenendo che la clausola *rebus sic stantibus* venga in rilievo anche con riferimento al recesso di cui all'art. 11, comma quarto, l. 241/90 che, per tale via, configurerebbe piuttosto un'ipotesi di risoluzione. Scrive l'Autore che "il recesso previsto dall'art. 11, legge n. 241 del 1990, che tante discussioni ha acceso, si presta ad essere ricondotto al medesimo schema ora descritto, con una differenza (magari non marginale ma) che non intacca, ad avviso di chi scrive, la sostanziale identità dell'uso degli strumenti in esame. Al di là, infatti, del *nomen* usato (recesso), la fattispecie sembra configurare un'ipotesi *sui generis* di risoluzione, proprio perché tale «recesso» è espressamente subordinato a «motivi sopravvenuti»" (Così S. Civitarese Matteucci, *Regime giuridico dell'attività amministrativa e diritto privato*, in *Dir. Pubbl.*, fasc. 2, maggio-agosto 2003).

applicabile non solo alla concessione, ma a tutti i rapporti negoziali dell'amministrazione³⁰⁵.

In senso parzialmente analogo si è espressa altra dottrina³⁰⁶ che, nel ricondurre la fattispecie concessoria nell'ambito del diritto comune, ha sottolineato come la clausola *rebus sic stantibus* – espressione del principio di buona fede – venga a rappresentare, insieme al principio *pacta sunt servanda*, il cardine della disciplina contrattuale. “La circostanza che la dinamica degli interessi pubblici presenta un indice di sopravvenienza tendenzialmente maggiore, che non la dinamica dei rapporti fra privati, non può certo far revocare in dubbio che siamo in presenza ad ogni effetto di atti contrattuali”³⁰⁷.

Quale sia effettivamente lo spazio di applicazione della presupposizione nel campo della contrattualità amministrativa è questione insoluta; certo è che il vincolo contrattuale concessorio, così come ogni altro, è “serio e tendenzialmente definitivo”³⁰⁸ e l'assetto degli interessi in gioco è cristallizzato in un patto rispetto al quale non qualsiasi fatto nuovo costituisce sopravvenienza ai fini della risoluzione, ma solo il verificarsi di

³⁰⁵ Dello stesso avviso è la giurisprudenza della Cassazione, che qualifica la presupposizione “*clausola implicita in ogni contratto a prestazioni corrispettive*” in base all'art. 1467 c.c. in tema di risoluzione (così Cass. Civ., 12 maggio 1943, n. 1149; cfr. Cass. Civ., sent. 3 dicembre 1991, n. 12921, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1992, I, 784), seguita da illustre dottrina (R. Sacco, *La presupposizione e l'art. 1467 c.c.*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1948, II; cfr. anche dello stesso autore *Motivi, fini*, in *Tratt. Dir. Priv.*, diretto da P. Rescigno, p. 335, in cui Sacco sottolinea che la presupposizione, costituendo un'esplicazione della clausola generale sulla buona fede, tende, in quanto tale, ad eludere la stretta osservanza del principio di tipicità delle cause di risoluzione del contratto). Per l'operatività della presupposizione in ordine ai contratti dell'amministrazione, si veda Tar Sardegna, sent. 27 maggio 1994, n. 734.

³⁰⁶ F. Merusi, *Il coordinamento e la collaborazione degli interessi pubblici e privati dopo le recenti riforme*, in *Dir. Amm.*, 1993, p. 36.

³⁰⁷ *Ibidem*.

³⁰⁸ G. Falcon, *Le convenzioni pubblicistiche*, cit., p. 271. Nella sua monografia, più volte citata, nel cercare di delineare la struttura delle convenzioni frutto dell'incontro di un atto di autonomia privata e di un potere funzionale – tra cui potremmo teoricamente far rientrare la concessione –, l'Autore ne afferma l'equiparazione al contratto di diritto privato sulla base della sussistenza di un vincolo definitivo per le parti in ambedue le situazioni. Tale vincolo potrebbe essere alterato solo per il sopravvenire di circostanze obiettive che rilevino come cause di scioglimento dell'accordo; è del tutto eccezionale, “in relazione al sopraggiungere di cause impreviste ed imprevedibili la possibilità di una sua (*i.e. della convenzione*) legittima revoca”. Immediato appare il collegamento con i presupposti richiesti dall'art. 1467 e con la figura della presupposizione che pertanto, per Falcon, legittima un atto di scioglimento che non viene qualificato in termini di risoluzione, bensì di revoca.

quegli “avvenimenti straordinari e imprevedibili” richiesti dall’art. 1467 c.c.³⁰⁹

Così come nei rapporti interprivati un fatto sopravvenuto che abbia i requisiti richiesti dalla legge legittimerebbe lo scioglimento o la rinegoziazione del vincolo, così anche nell’ambito della fattispecie concessoria, tale evento straordinario ed imprevedibile deve consentire la risoluzione del contratto, in mancanza della quale possibilità si configurerebbe un assoluto privilegio per la parte pubblica, in spregio alla lettera e allo spirito delle norme.

In definitiva, istituti che erodono la stabilità del rapporto contrattuale – come quello della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta – dimostrano che non sussiste una generale incompatibilità tra la logica contrattuale (fondata sul principio espresso dall’art. 1372 c.c., per il quale «il contratto ha forza di legge tra le parti») e la funzione amministrativa, la quale per sua natura “richiede la possibilità di adattamento delle decisioni amministrative al mutare degli interessi pubblici, e quindi mal si concilia con quelle composizioni di interessi aventi il carattere della definitività”³¹⁰.

Gli istituti privatistici consacrati nel codice civile e rielaborati dalla dottrina e dalla giurisprudenza, pur nella loro frammentazione, rendono manifesto che il riconoscimento di un potere di scioglimento unilaterale, in presenza di un mutamento dei presupposti che hanno originato il consenso dell’amministrazione, non è incompatibile con la natura proprio del contratto. Tanto nei rapporti tra privati, quanto in quelli tra privati e pubblica amministrazione (com’è tipicamente la concessione) è possibile che il sinallagma contrattuale subisca alterazioni imprevedibili, di fronte alle quali i contraenti, nel rispetto dei generali canoni di buona fede e correttezza, devono essere in grado di attivare gli strumenti che l’ordinamento mette a loro disposizione. Tra questi, la clausola *rebus sic*

³⁰⁹ Così si esprime anche S. Civitarese Matteucci, *Contributo... cit.*, p. 195.

³¹⁰ A. Benedetti, *I contratti della pubblica amministrazione tra specialità e diritto comune, cit.*, p. 175.

stantibus consente di mantenere invariata la misura e l'equilibrio delle prestazioni contrattuali originarie, adattandole alla nuova situazione³¹¹. Si tratta di “un formidabile strumento di appianamento degli eventuali contrasti insorti tra le parti”³¹², di un istituto che mira a salvaguardare l'autentica volontà dei contraenti.

2.4.3 (Segue) L'impossibilità sopravvenuta del rapporto concessorio

Dopo aver saggiato l'applicabilità delle norme codicistiche sulla risoluzione alla concessione, risulta evidente che la risposta non può basarsi su un'acritica affermazione di incompatibilità tra il modello concessorio e quello contrattuale, richiedendo un'analisi più approfondita, anche e soprattutto alla luce della realtà dei fatti. Il medesimo *modus operandi* deve essere seguito in relazione all'ultima tipologia di risoluzione regolata dal codice civile agli artt. 1463 e ss., c.c.: la risoluzione per impossibilità sopravvenuta della prestazione.

La fattispecie si configura ogniqualvolta la prestazione di una parte, all'interno di un rapporto sinallagmatico, diventa oggettivamente impossibile per causa non imputabile alla parte medesima; è evidente il rinvio implicito alla disciplina generale dell'impossibilità, di cui all'art. 1256 c.c. - a mente del quale “*l'obbligazione si estingue quando, per causa non imputabile al debitore, la prestazione diviene impossibile*”. Se l'impossibilità - oggettiva e sopravvenuta - della prestazione di una parte si verifica nel contesto di un contratto a prestazioni corrispettive, di conseguenza, anche se l'altra prestazione è ancora possibile, viene ad essere inciso il sinallagma e pertanto il contratto si risolve. Verificatasi l'impossibilità, secondo l'art. 1463, non si potrà più chiedere l'adempimento

³¹¹ Così G. Balocco, *op. cit.*, p. 17.

³¹² *Ibidem*.

della controprestazione e sorgerà anche l'obbligo di restituzione di ciò che si sia già ricevuto, secondo le norme sulla ripetizione dell'indebitato (art. 2033 c.c.).

Contrariamente a quanto avvenuto per l'eccessiva onerosità, la fattispecie in commento non ha dato luogo a particolari problemi nella giurisprudenza sulle concessioni. L'istituto civilistico è infatti stato ricostruito, in relazione ai rapporti concessori, in maniera parallela a quanto è accaduto nell'ambito del diritto contrattuale. Una volta acquisita l'idea della separazione tra provvedimento amministrativo e contratto, ne deriva che a quest'ultimo sarà *de plano* applicabile il regime giuridico dell'atto negoziale e quindi anche gli artt. 1463 e ss., c.c.

Un'osservazione però merita un breve approfondimento: l'istituto della risoluzione per impossibilità sopravvenuta ha subito una vera e propria rivitalizzazione nella dottrina sulle concessioni-contratto, venendo adoperato per spiegare giuridicamente la sorte del rapporto contrattuale a seguito della revoca legittima del rapporto concessorio.

Mi riferisco allo studio di Gullo³¹³, più volte citato, in cui l'Autore, tentando di offrire una ricostruzione sistematica del rapporto tra provvedimento e contratto, afferma che la caducazione della concessione "a monte", tramite l'esercizio del potere di revoca, opera in via diretta sul contratto "a valle", ribadendo il principio "*simul stabunt simul cadent*". Di talché il negozio non risulta più eseguibile, in quanto le obbligazioni in esso dedotte, concernenti le prestazioni divenute impossibili, si estinguono. "E ciò per il costituirsi di una situazione uguale a quella regolata dalle norme civilistiche sulla risoluzione dei contratti le cui parti siano liberate per la sopravvenuta impossibilità delle prestazioni dovute"³¹⁴.

In conclusione, esaminati gli orientamenti della giurisprudenza e, su un binario parallelo, quelli della dottrina, si possono sintetizzare

³¹³ F. Gullo, *Provvedimento e contratto, cit., passim*.

³¹⁴ *Ivi*, p. 273.

brevemente i risultati raggiunti. Che lo strumento risolutorio, nelle sue tre sottocategorie regolate dagli artt. 1453 e ss. c.c., rappresenti un istituto di portata generale che non può essere ritenuto aprioristicamente inapplicabile alle concessioni mi sembra ormai un dato di fatto. Il perseguimento dell'interesse pubblico, che anima e guida l'attività amministrativa in ogni singola fase, non è di per sé incompatibile con la logica del contratto; da ciò si desume, per le ragioni ampiamente esposte, che l'amministrazione non potrà pretendere di agire in autotutela con strumenti di carattere unilaterale tutte quelle volte in cui sussista un rapporto contrattuale che richiede l'applicazione degli istituti privatistici. Non è detto, anzi è altamente improbabile, che l'amministrazione, agendo in autotutela, garantisca la realizzazione di un risultato più soddisfacente agli interessi generali.

La posizione di parità tra le parti di un contratto (seppur solo *tendenziale*, come ribadito dall'Adunanza Plenaria, nella menzionata sentenza 14/2014), richiede la necessaria tutela dell'affidamento del privato e l'unico mezzo per assicurarla è dichiarare applicabili, con i necessari adattamenti, le norme del codice civile. Il contratto consente innegabilmente di ricomporre l'evidente conflitto di interessi concedente-concessionario e un programma condiviso, si sa, è meglio di un programma imposto.

Tale assunto è confermato da una recente pronuncia del Consiglio di Stato³¹⁵, la quale, come già aveva fatto la sentenza oggetto di gravame, mette in luce che *“non vi è ragione, in generale, per escludere l'applicabilità di tale forma legale di risoluzione (il riferimento è all'eccessiva onerosità sopravvenuta), ricorrendone i presupposti, anche ai contratti della pubblica amministrazione, ma – si ribadisce – ciò non*

³¹⁵ Cons. Stato, sez. IV, 19 agosto 2016, n. 3653, su *Giustamm.it*. Si tratta di una pronuncia alquanto interessante ai fini del tema ivi oggetto di studio: dopo aver escluso, in linea generale, il carattere aleatorio dei contratti di concessione con dovizia di argomentazioni, il Collegio conferma la tendenziale applicabilità della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta. Nel caso in questione, tuttavia, si è ritenuto che gli eventi sopravvenuti non esorbitassero dall'alea normale del contratto e dunque è stato dichiarato inapplicabile il rimedio *ex art. 1467 c.c.*

consegue ad una applicazione delle norme del codice civile, quale automatica conseguenza della riconosciuta natura contrattuale dell'atto, ma ad una verifica puntuale e in concreto del tipo di contratto considerato. Le ipotesi legali di risoluzione del contratto ben possono trovare applicazione anche per i contratti della pubblica amministrazione, non sottraendosi questi ultimi alla generale disciplina di tutela delle attribuzioni patrimoniali derivanti dal contratto e, dunque, del sinallagma contrattuale. Diversamente opinando, si riserverebbe alla sola amministrazione la possibilità di sciogliersi (unilateralmente e, dunque, autoritativamente) dal vincolo contrattuale, con ciò incidendo ab esterno sulla parità delle parti del rapporto contrattuale e quindi conferendo alla P.A. una inammissibile posizione di supremazia”.

Pertanto, concludendo, nessun indice normativo e nessun orientamento giurisprudenziale ci consentono di serbare ulteriori dubbi sull'applicabilità delle norme in materia di risoluzione anche alla concessione. Lo hanno affermato in maniera convinta i giudici decenni or sono con riferimento alla concessione-contratto e non si vede come possano esimersi dal farlo i nostri magistrati, di fronte a rapporti concessori la cui disciplina è, in tutto o in parte, consacrata in una convenzione riconducibile al diritto comune.

Le categorie civilistiche, del resto, sono da sempre dotate di un'efficacia dogmatica trascendente e cioè di un'attitudine a rappresentare realtà normative diverse che si tratta di ordinare concettualmente. “Per quanto attiene alla volontà negoziale e ai suoi vizi non dovrebbe esservi alcun ostacolo ad estendere gli istituti di diritto comune, giacché la p.a. agisce come persona giuridica e le nozioni civilistiche sono le sole che possono regolare i momenti patologici di questa fase”³¹⁶. Se le obbligazioni di cui trattasi sono riconducibili ad un contenuto pattizio, seppur per il

³¹⁶ G. Vettori, *Accordi “amministrativi” e contratto*, in *Gli accordi fra privati e pubblica amministrazione e la disciplina generale del contratto*, a cura di G. Barbagallo - E. Follieri - G. Vettori, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, p. 31.

tramite di un provvedimento amministrativo, non si vede come possano non applicarsi le norme sull'adempimento di tali obbligazioni, finendo il provvedimento per atteggiarsi a mera fonte formale e non sostanziale.

Certo è altrettanto evidente che, una volta risolto il contratto (o convenzione che dir si voglia), ciò avrà una precipua incidenza sull'atto amministrativo e forse è questa la ragione per cui il controllo giurisdizionale in materia è affidato al giudice speciale e non a quello ordinario; rientra, infatti, nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo la “questione dell'accertamento dei profili di inadempimento relativi a un atto convenzionale e delle relative conseguenze in punto di risoluzione del contratto per inadempimento”³¹⁷. Anche la recente giurisprudenza civile di legittimità sembra confermare una tale prospettiva, in ragione del semplice fatto che l'atto di risoluzione incide “sul relativo rapporto, di natura concessoria”³¹⁸, pur avendo ad oggetto l'inadempimento di un'obbligazione di fonte contrattuale.

2.5 Osservazioni conclusive: questioni e prospettive in tema di scioglimento della concessione

Passate in rassegna le principali teorie della dottrina e della giurisprudenza su istituti cardine del nostro ordinamento, è necessario ora provare ad offrire una soluzione, se di soluzione possa effettivamente parlarsi.

I rapporti concessori rivestono una rilevanza innegabile nella realtà odierna e sollevano problematiche non solo sul piano economico ma anche su quello giuridico. Il presente capitolo ha cercato – e si spera di averlo

³¹⁷ Tar Lombardia, Milano, sez. III, 1 settembre 2014, n. 2289, su *Giustamm.it*.

³¹⁸ E' la tesi sostenuta da Cass., SS. UU., 25 febbraio 2014, n. 4430, su *Pluris.it*.

fatto in maniera adeguatamente approfondita – di indagare le cause e soprattutto i rimedi a fronte di un’alterazione del sinallagma che, come lega le prestazioni di un qualsiasi rapporto contrattuale, così inevitabilmente riguarda la fattispecie concessoria.

La concreta ricostruzione del regime giuridico applicabile deve scontare, come rilevato, molteplici profili di incertezza che avvolgono i principali orientamenti giurisprudenziali e dottrinali.

Le prime ambiguità si rinvengono nella pratica, invalsa e sconveniente, per cui spesso il legislatore adopera un unico *nomen iuris* per designare figure giuridiche tra loro ben differenti; chiunque si sia avvicinato al mondo del diritto sa, tuttavia, che questo non vincola in alcun modo l’interprete nella determinazione della categoria giuridica più confacente alla fattispecie concreta.

Il giurista avveduto deve mettersi in gioco e perciò deve indagare – spesso con un notevole sforzo intellettuale - quale potere sia stato obiettivamente esercitato al fine di qualificare il tipo di atto effettivamente posto in essere. Pertanto, al di là del *nomen iuris*, tanto le attuali ipotesi di revoca che quelle di recesso debbono necessariamente essere ricondotte ad una previsione di legge (se presente) ovvero al regolamento convenzionale; ugualmente, un effettivo inadempimento delle parti che impedisca la prosecuzione del rapporto va “agganciato” ai consueti presupposti civilistici.

Tutti questi strumenti testimoniano in maniera profonda quanto possano essere variegata le ipotesi di scioglimento anticipato del rapporto concessorio, a fronte di eventi e sopravvenienze materiali spesso del tutto imprevedibili ed impreviste. A nulla vale obiettare che le norme civilistiche e dunque lo strumento contrattuale presuppongono una parità tra le parti che, nel caso della concessione, è alterata dall’utilizzo di strumenti autoritativi; anche la p.a., addivenuta alla definizione consensuale del rapporto di concessione, si impegna al rispetto dell’equilibrio

sinallagmatico, che viene quindi a fungere da limite all'esercizio di potestà *tout court* pubblicistiche.

Il quadro normativo e i recenti interventi del legislatore, che si è cercato seppur brevemente di illustrare, rendono assai più complesso il compito dell'interprete di fronte alla fattispecie concessoria.

Due sono le ipotesi prospettabili: può, infatti, darsi il caso di un "atto complesso", che risulti dalla combinazione tra un autonomo provvedimento di concessione ed una convenzione regolatrice accessiva, per cui l'interprete sarà tenuto ad adoperare i canoni del diritto pubblico nella fase antecedente alla stipulazione del contratto e, in un momento successivo, non potrà esimersi dall'impiego dei tradizionali strumenti contrattuali.

Ben diverso, e largamente frequente nella pratica, è l'ipotesi in cui la fattispecie concreta venga a coincidere totalmente con la convenzione, non essendo individuabile un autonomo provvedimento concessorio. Pertanto, sia la disciplina degli aspetti amministrativi, che la regolamentazione dei profili patrimoniali è rimessa alla convenzione, che viene a rappresentare il momento genetico esclusivo del rapporto concessorio.

Le medesime osservazioni sono messe in luce da una sentenza del Consiglio di Stato³¹⁹, in cui si sottolinea come nei casi, peraltro ampiamente maggioritari, nei quali la convenzione non è prodromica né sostitutiva di alcun provvedimento autoritativo di concessione, sarà esclusivamente questa a fondare e definire il rapporto giuridico con il concessionario. La convenzione viene espressamente qualificata "*quale atto genetico (e non meramente accessorio) del rapporto concessorio*", il quale "*conserva una struttura complessa riguardante tanto la disciplina degli aspetti amministrativi, quanto la regolazione dei profili patrimoniali del rapporto*".

³¹⁹ Cons. Stato, sez. V, sent. 1327/2000 in materia di concessione del servizio di distribuzione del gas metano.

In definitiva, l'esame complessivo delle disposizioni di legge in materia sembra imporre "di attribuire valore discriminante (...) alla circostanza che il rapporto di concessione (...) abbia a suo fondamento (anche) un distinto provvedimento di concessione ovvero assuma a suo momento genetico esclusivo il contratto"³²⁰. Ecco che allora il nostro cerchio si chiude. Il presente elaborato ha infatti preso le mosse dall'analisi della controversa natura giuridica che, ancora oggi, tende ad essere attribuita alla concessione: il problema è aperto ed anzi riemerge nel suo contenuto più vivo quando si parla della cessazione di tale rapporto.

Chi difende acriticamente la tesi pubblicistica si troverà infatti a negare qualsiasi spazio per l'utilizzo degli strumenti privatistici; diversamente, chi sposa la tesi della concessione-contratto ovvero quella "contrattual-privatistica", non tarderà ad ammettere la piena applicabilità delle norme civilistiche. Ciò che va tenuto presente in ogni caso è che, in mancanza di un espresso riferimento normativo, non è possibile escludere a priori istituti-chiave del nostro ordinamento, rischiando altrimenti di operare "in pregiudizio dei principi civilistici della parità fra le parti e del carattere bilateralmente vincolante del contratto"³²¹.

Tutto ciò è avvalorato dagli orientamenti della giurisprudenza e, *in specie*, dalla menzionata pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (sent. 14/2014). "Dinanzi al dato incontrovertibile della natura paritetica delle relazioni che si instaurano tra amministrazione e concessionario", i giuristi non rinunciano ad individuare "un presidio pubblicistico, quanto meno rispetto alla fase costitutiva del rapporto"³²²; questo serve, tra l'altro, a rendere maggiormente flessibile il rapporto contrattuale a fronte delle esigenze della parte pubblica, immaginando, con

³²⁰ S. Pensabene Lioni, *op. cit.*, p. 105.

³²¹ *Ivi*, p. 110.

³²² Sono le considerazioni di A. Moliterni, *Il regime giuridico delle concessioni di pubblico servizio*, *cit.*, p. 645.

un po' di fantasia, che tutti i contratti sinallagmatici si reggano su un'implicita clausola *rebus sic stantibus*.

Tale presidio pubblicistico è stato rinvenuto, inizialmente³²³, nell'atto unilaterale e discrezionale all'origine del rapporto concessorio, cui accedeva un contratto di diritto privato. In un secondo momento, le forti esigenze di carattere pubblicistico hanno trovato risposta nella categoria degli accordi amministrativi disciplinati dall'art. 11, l. 241/90 e poi nel contratto di diritto pubblico. Oggi, qualsiasi ragione ostativa alla ricostruzione privatistica del regime giuridico del rapporto concessorio è venuta meno: l'interesse pubblico può essere curato tanto con un provvedimento amministrativo quanto con un negozio privato ed il diritto comune non può essere relegato in un ruolo meramente eccezionale.

Non si tratta soltanto di una prospettiva *de iure condendo*, semmai *de iure condito*: ed infatti, che oggi la gran parte dei rapporti concessori siano distinguibili in due fasi è ormai un dato di fatto. La fase pubblicistica, conclusasi con l'aggiudicazione, cede il passo ad una fase privatistica e la convenzione rappresenta la compiuta consacrazione delle modalità di regolamentazione del rapporto.

Il preconetto da superare è quello per cui diritto privato e diritto pubblico sono sistemi rigidamente inconciliabili; autorevole dottrina ha messo in luce come il diritto privato rappresenti un ramo dell'ordinamento capace di "espandersi, fino a colmare le lacune eventualmente lasciate aperte"³²⁴ dal sistema di diritto pubblico. In questa prospettiva, lo schema contrattuale viene a rappresentare uno strumento neutro e sufficientemente flessibile, in grado di regolare compiutamente le attività economiche,

³²³ Secondo la teorica della concessione-contratto, frutto di una "creazione" della Cassazione nel 1910, che ancora oggi ricompare nelle pronunce della giurisprudenza.

³²⁴ In questo senso M. Santilli, *Il diritto civile dello Stato*, Milano, Giuffrè, 1985, p. 241 e ss.

seppur volte al perseguimento dell'interesse pubblico. In poche parole, il contratto si fa vero strumento di regolazione dei fatti economici³²⁵.

Assistiamo gradualmente “al compimento della parabola della concessione amministrativa intesa come atto amministrativo discrezionale (...) ed evocativo di un determinato regime giuridico alternativo al diritto comune”³²⁶. Il reale atteggiarsi del fenomeno concessorio non può più essere spiegato mediante rigidi concetti autoritativi; al contrario, bisogna necessariamente adottare una prospettiva contrattuale, che induca “a guardare alla concessione come ad uno strumento attraverso il quale il soggetto pubblico, mantenendo fermo il suo ruolo istituzionale di cura degli interessi della collettività regola lo svolgimento delle attività preordinate al soddisfacimento di tali interessi, secondo logiche prettamente imprenditoriali”³²⁷.

Lo schema negoziale in cui la concessione viene ricondotta non mira affatto a spogliare la p.a. del suo potere di controllo sul corretto svolgimento del rapporto; proprio tale potere ben potrà essere esercitato attraverso gli istituti che già il diritto privato offre ai contraenti per “modellare la distribuzione del rischio contrattuale: *recessi, risoluzioni, clausole risolutive, clausole penali* possono egualmente consentire all'amministrazione di far valere le proprie esigenze a tutela del pubblico interesse”³²⁸.

Il potere pubblicistico dell'amministrazione si estrinseca e si esaurisce prima della stipulazione del contratto e non è comunque in grado

³²⁵ L'idea è ampiamente diffusa nei sistemi giuridici di *common law*, in cui si parla comunemente di “*regulation by contract*”. Anche la dottrina continentale si è avvicinata al tema, ritenendo che “in un mondo dominato dallo scambio (...) sarebbe assurdo pensare che l'amministrazione pubblica si debba, al contrario, ritirare in una sorta di esilio monacale, per custodire gelosamente le icone del potere imperativo, dell'atto unilaterale e via dicendo” (G. Berti, *Il principio contrattuale nell'attività amministrativa*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, Milano, 1988, p. 49).

³²⁶ A. Moliterni, *op. cit.*, pp. 653-654.

³²⁷ Così V. Ricciuto - A. Nervi, *Il contratto della pubblica amministrazione*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2009, p. 47.

³²⁸ A. Moliterni, *op. cit.*, p. 656.

di “scheggiare” il contenuto essenziale del regolamento convenzionale, ossia la costituzione di diritti e obblighi reciproci giuridicamente vincolanti per le parti. È proprio nell’autoregolamentazione che giace il cuore dell’autonomia privata, che non viene intaccato da pretese affermazioni di supremazia dell’interesse pubblico³²⁹. Nessuno dubita poi che il concetto di autonomia privata richieda di essere declinato diversamente a seconda del contesto socio-economico in cui si manifesta e a seconda della diversa natura e della diversa forza dei soggetti coinvolti: in ciò si coglie l’intrinseco nesso che consente al diritto privato di interagire incessantemente col diritto pubblico³³⁰. Ma il primo contiene in sé tutti gli strumenti giuridici in grado di assicurare il miglior perseguimento degli interessi di cui sono portatrici le parti e che trovano una sintesi proprio nel contratto.

Il diritto privato è diritto comune a soggetti pubblici e a soggetti privati ed oggi è ricco di previsioni – contenute nel codice civile o nelle leggi di settore – che, “senza alterare la natura paritetica del rapporto, legittimano l’attribuzione di poteri eccezionali ad una sola delle parti”³³¹, al fine di consentire la più idonea tutela dell’interesse in concreto perseguito. È in quest’ottica che dobbiamo leggere quei poteri unilaterali che consentono alla p.a. di recidere anticipatamente il vincolo contrattuale, in virtù di sopravvenienze che rendano la prosecuzione del rapporto non più compatibile col suo interesse attuale. Il pensiero va immediatamente alla revoca per motivi di pubblico interesse, sopra ampiamente approfondita: ciò che spero di aver dimostrato è che anche uno strumento unilaterale di tal fatta non va a trasformare in atto amministrativo un vero e proprio

³²⁹ La questione è stata già approfondita nel Capitolo I, richiamando la tesi di chi afferma validamente che “l’interesse pubblico (...) non può conformare la funzione del contratto e modellarne la causa quasi per una preminenza naturale” (così F. Ledda, *Per una nuova normativa sulla contrattazione pubblica*, in Aa. Vv., *Studi in onore di Antonio Amorth*, vol. I, *Scritti di diritto amministrativo*, Milano, 1982, p. 334).

³³⁰ La letteratura sul punto è vasta. Si veda M. Giorgianni, *Il diritto privato e i suoi attuali confini*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961, pp. 2 e ss.

³³¹ Così sempre A. Moliterni, *op. cit.*, p. 659.

contratto, ma risulta essere, ancora una volta, il frutto del libero esplicarsi dell'autonomia negoziale.

In definitiva, una volta ricondotto il potere di scioglimento del rapporto concessorio ad una specifica previsione di legge ovvero ad una libera pattuizione delle parti, non conta se l'atto in concreto adottato venga qualificato in termini di "revoca" piuttosto che di "recesso".

Tutte le volte in cui l'amministrazione decide di scendere sul terreno dell'autonomia privata anche l'esecuzione del rapporto viene ad essere retta dai criteri ordinari che governano l'esecuzione del rapporto obbligatorio³³².

³³² *Ivi*, p. 661, richiamando le parole di F. Ledda, *Il problema del contratto*, cit., p. 111, secondo cui "lo Stato che, deposta la corona, discende dall'empireo della potestà sovrana per contrattare con il cittadino, deve poi muoversi su un solido terreno. E il terreno non può essere che quello del diritto privato, cioè quello stesso su cui si manifesta la specifica rilevanza della disposizione dell'altro contraente".

Capitolo III

La prospettiva europea: profili pubblicistici e comparatistici della concessione

SOMMARIO: **3.1** LA COMUNICAZIONE INTERPRETATIVA DELLA COMMISSIONE – **3.2** LA CONCESSIONE ALLA LUCE DEL DIRITTO UE: DALLA DIRETTIVA DEL 2004 AL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI DEL 2016 – **3.2.1** (*SEGUE*) UNO SGUARDO AL DIRITTO PUBBLICO: GLI ARTT. 108 E 109 DEL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI – **3.2.2** (*SEGUE*) L'AMBIGUA FORMULAZIONE DELL'ART. 176 DEL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI – **3.3** PROSPETTIVE COMPARATISTICHE: L'ESPERIENZA GIURIDICA DELLA FRANCIA – **3.3.1** (*SEGUE*) IL CONTRATTO DI DIRITTO PUBBLICO NELL'ESPERIENZA TEDESCA – **3.3.2** (*SEGUE*) LA DIVERSA SOLUZIONE ADOTTATA IN COMMON LAW: IL SISTEMA INGLESE – **3.4** CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE E NECESSITÀ DI “ATTUALIZZAZIONE” DEL MODELLO ITALIANO

L'intreccio indissolubile tra disciplina privatistica e pubblicistica è ormai un dato acquisito alla scienza giuridica. Nella teoria generale dei contratti della pubblica amministrazione, “un profilo di commistione tra elementi privatistico-negoziali ed elementi autoritativo-provvedimentali costituisce un connotato insopprimibile”³³³. Oggi si può affermare con ragionevole certezza che, ciascuno nel proprio campo di applicazione, il diritto pubblico e il diritto privato abbiano pari dignità di ruolo.

Ciò vale, *a fortiori*, per il tema oggetto del presente elaborato: la concessione viene infatti a collocarsi in una zona di confine, in cui entrambe le discipline sono inevitabilmente chiamate ad operare. Il compito del giurista è quello di “stabilire di volta in volta i segmenti che ricadono sotto la disciplina dell'uno o dell'altro e le relative interferenze, senza

³³³ L. V. Moscarini, *I contratti della pubblica amministrazione e la disciplina dell'art. 11 della l. 7.8.1990, n. 241*, in *Gli accordi fra privati e pubblica amministrazione e la disciplina generale del contratto*, cit., p. 67.

tuttavia tentare di trasferire canoni ed esigenze proprie di ciascun ramo del diritto nell'altro"³³⁴.

Sino a questo momento, la nostra indagine si è mossa in un'ottica prevalentemente privatistica, cercando di saggiare quale sia, nei fatti, la reale natura giuridica della concessione e, di conseguenza, quali siano i rimedi esperibili in presenza di una "patologia" del rapporto. Nel presente capitolo si tenterà, senza alcuna pretesa di esaustività, di volgere lo sguardo al diritto pubblico, per com'è oggi intriso di disposizioni che concernono il sistema delle concessioni. Nessuno dubita, infatti, che si tratta di un tema che va necessariamente considerato in un assetto giuridico permeabile alle esigenze di carattere pubblico che coinvolge.

Pertanto, si impone ora come indispensabile l'esame del dato positivo, che non può limitarsi al diritto interno, ma deve allargare i suoi orizzonti per calarsi nella più ampia prospettiva europea. E' l'Unione Europea, infatti, che manifesta grande attenzione per il tema delle concessioni e la ragione è facilmente intuibile: il sistema concessorio ha da sempre alimentato un vero e proprio mercato, in cui soggetti privati e pubblici entrano in contatto, utilizzando gli strumenti più disparati e muovendosi in dinamiche sempre più variegata da Paese a Paese. Ecco allora subito svelata la necessità di fare in modo che questo "mercato" sia regolato da quei principi tanto cari all'Unione Europea che hanno tutti, come fine ultimo, la tutela della concorrenza. Le tradizionali categorie giuridiche del nostro ordinamento avevano difatti creato "un mercato distorto e falsato"³³⁵ che soltanto il diritto comunitario poteva definitivamente travolgere. Con l'introduzione dei principali istituti dello Stato del mercato, "non c'è più un diritto amministrativo e un diritto,

³³⁴ G. Greco, *L'azione amministrativa secondo il diritto privato: i principi*, in *La disciplina generale dell'azione amministrativa. Saggi ordinati in sistema*, a cure di V. Cerulli Irelli, Napoli, Jovene, 2006, p. 86.

³³⁵ M. Ramajoli, *Concessioni di pubblico servizio e diritto comunitario. Autonomia e responsabilità degli Stati membri nei confronti del disegno liberalizzatore comunitario*, in *La concessione di pubblico servizio*, cit., p. 356.

almeno apparentemente, privato con due giudici diversi e non comunicanti fra di loro”³³⁶, ma un sistema giuridico unico “per un fenomeno che, nella sua commistione di pubblico e di privato, è unitario”.

È il 12 aprile del 2000 quando la Commissione Europea emana una Comunicazione interpretativa, avente ad oggetto le concessioni nel diritto comunitario: ha così inizio una fase che porterà all’elaborazione di due Direttive europee (2004/18/CE e 2014/23/UE), recepite a livello interno nel c.d. Codice dei contratti pubblici.

Per la prima volta la concessione non è più un istituto “residuale”, definibile per differenza rispetto all’appalto, ma acquista un’autonomia tale da costituire una categoria a sé.

La c.d. Direttiva concessioni (2014/23/UE) è una direttiva “di prima generazione”, contenente una disciplina generale e non dettagliata. E’ per questo che gli Stati la recepiscono mantenendo ampi margini di discrezionalità e cercando di coniugare questa figura contrattuale con le categorie giuridiche tradizionali radicate all’interno dei singoli ordinamenti.

La prospettiva transnazionale, che rappresenterà il *fil rouge* del presente capitolo, rende evidente come il sistema giuridico sia una costruzione necessariamente flessibile, in cui il diritto interno subisce continui adattamenti ed eccezioni. E’ infatti risaputo che “quando si analizzano i meccanismi correntemente utilizzati nella contrattualistica transnazionale, occorre rinunciare al supporto di tutta una serie di certezze che l’elaborazione sistematica del diritto offre al giurista che opera e ragiona nell’ambito del diritto interno”³³⁷.

Per tale motivo, verranno brevemente passate in rassegna alcune delle principali esperienze europee, per comprendere come il tema oggetto della presente trattazione sia affrontato al di là dei confini nazionali. Ci si

³³⁶ F. Merusi, *Annullamento dell’atto amministrativo e caducazione del contratto*, in *Il Foro Amm. - TAR*, 2004, fasc. 2, vol. 3, p. 574.

³³⁷ A. Negri, *Il contratto e i tipi contrattuali: notazioni a proposito dell’adattabilità dei sistemi giuridici a fronte delle esigenze degli accordi transnazionali*, in *Gli accordi fra privati e pubblica amministrazione e la disciplina generale del contratto*, cit., p. 43.

renderà conto, infatti, che l'annosa *querelle* sulla natura giuridica della concessione – di cui si è dato conto nel Capitolo I – non è un problema solo italiano. Interessante sarà quindi valutare la soluzione che questi ordinamenti stranieri adottano e il modo in cui la predetta Direttiva del 2014 è stata da loro recepita.

Il fine ultimo cui mira l'analisi che mi accingo ad intraprendere è dimostrare che l'immanenza del diritto europeo rispetto agli ordinamenti giuridici nazionali è ormai un tassello imprescindibile, che non può essere trascurato nella trattazione di qualunque fenomeno giuridico.

Per comprendere l'importanza che il tema riveste attualmente, è bene procedere per gradi.

3.1 La comunicazione interpretativa della Commissione

*“Le concessioni sono uno strumento che alcuni Stati membri usano da tempo, soprattutto per realizzare e finanziare grandi lavori d'infrastruttura, come collegamenti ferroviari o una parte rilevante di quelli stradali”*³³⁸. Questo è l'*incipit* della citata Comunicazione della Commissione, che rappresenta un atto di trasparenza necessario al fine di chiarire l'ambiguo quadro giuridico alla luce dell'esperienza acquisita.

Sempre più frequente era, infatti, il rischio di un'elusione della disciplina comunitaria in materia di affidamento di appalti pubblici: operazioni rientranti in questo settore venivano, infatti, celate sotto la falsa veste di concessioni, le quali risultano per tale via sottratte alla disciplina degli appalti e soggette soltanto al necessario rispetto dei principi comunitari relativi a parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza,

³³⁸ Comunicazione interpretativa della Commissione europea del 12 aprile 2000, pubblicata su G.U.C.E. 121/5 del 29 aprile 2000 e consultabile all'indirizzo www.eur-lex.europa.eu.

mutuo riconoscimento, proporzionalità. Era ormai indiscussa la prassi per cui, facendo leva sull'unilateralità del provvedimento, l'Amministrazione poteva facilmente aggirare il principio di concorrenza. Si poneva dunque come necessaria l'enunciazione di una *actio finium regundorum* tra appalto e concessione, che ponesse fine a queste pratiche elusive.

Nella Comunicazione si mette in luce come non esista, allo stato, una definizione di concessione nel Trattato e l'unica definizione rinvenibile nel diritto europeo derivato è quella della Direttiva 93/37/CEE (c.d. Direttiva lavori, abrogata dalla Direttiva 2004/18/CE, di cui si dirà *infra*), che prevede un regime specifico per la concessione di lavori, tralasciando le altre forme di concessione. Tuttavia la Commissione tiene a precisare che la mancanza di un quadro giuridico chiaro e compiuto non comporta che la concessione sia sottratta alle norme e ai principi del Trattato: la stessa, configurandosi come "*atto dello Stato avente ad oggetto prestazioni di attività economiche o forniture di beni*", è soggetta alle norme del Trattato e ai principi della giurisprudenza comunitaria.

Viene di seguito passata in rassegna la definizione contenuta nella richiamata Direttiva lavori – abrogata, giova ribadirlo, nel 2004 - che, all'art.1 lett. d) , definisce la concessione di lavori pubblici come:

“un contratto che presenta le stesse caratteristiche degli appalti pubblici di lavori, ad eccezione del fatto che la controprestazione dei lavori consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera o in tale diritto accompagnato da un prezzo”.

Una definizione residuale, dunque, che necessariamente richiama quella di “appalti pubblici di lavori”, di cui all'art. 1 lett. a) della medesima Direttiva:

“*gli appalti pubblici di lavori sono contratti a titolo oneroso, conclusi in forma scritta tra un imprenditore e un'amministrazione aggiudicatrice (...) aventi per oggetto l'esecuzione o, congiuntamente, l'esecuzione e la progettazione di lavori relativi ad una delle attività di cui all'allegato II o di un'opera (...) oppure l'esecuzione, con qualsiasi mezzo, di un'opera rispondente alle esigenze specificate dall'amministrazione aggiudicatrice*”.

La menzionata Comunicazione del 2000 elabora una nuova definizione di concessione, che rappresenta un traguardo importante: la tradizionale distinzione tra l'appalto, atto di natura contrattuale, e la concessione, provvedimento unilaterale accrescitivo della sfera giuridica del privato, viene meno e anche la seconda è qualificata in termini contrattuali³³⁹.

E' evidente, come subito rileverebbe il giurista attento, che tale nuova definizione è consacrata in un atto della Commissione che non ha valenza normativa: infatti “le comunicazioni costituiscono un atto atipico, privo, almeno in linea di principio, di effetti giuridici vincolanti”³⁴⁰ utilizzato frequentemente per almeno tre scopi differenti. In primo luogo le comunicazioni possono essere adoperate “per alimentare il dialogo inter-istituzionale su temi e materie destinati ad essere regolamentati in via normativa (comunicazioni c.d. *informative*)”³⁴¹; in secondo luogo, è prospettabile un loro utilizzo volto a “fissare regole di condotta cui la Commissione intende informare la propria prassi e che essa chiede agli Stati membri di rispettare (comunicazioni c.d. *decisorie*)”³⁴²; infine, la

³³⁹ Per un approfondimento dell'orientamento giurisprudenziale comunitario, si veda C. Giust. CE, 26 aprile 1994, in C-272/1991, *Lottomatica*, che individua il criterio distintivo tra appalto e concessioni nel trasferimento di poteri al concessionario (punto 24).

³⁴⁰ Così testualmente A. Barone e U. Bassi, *La comunicazione interpretativa sulle concessioni nel diritto comunitario: spunti ricostruttivi* (Nota a Commissione Comunità europee, 29 aprile 2000), in *Foro it.*, 2000, IV, p. 389.

³⁴¹ *Ibidem*.

³⁴² *Ibidem*.

comunicazione si può prefiggere l'obiettivo di "rendere nota ai soggetti interessati la ricostruzione dei diritti e degli obblighi derivanti da determinate disposizioni comunitarie (...) e, se del caso, l'indirizzo che essa intende seguire nell'applicazione delle stesse disposizioni (comunicazioni c.d. *interpretative*)"³⁴³. Proprio quest'ultima è l'ipotesi che ricorre nella Comunicazione del 2000, con cui la Commissione mira dichiaratamente a precisare le norme ed i principi del Trattato che si applicano a tutte le forme di concessione.

Proprio perché contenuta in un atto non vincolante, qualcuno ha detto che non si tratterebbe di una definizione in senso formale "atteso che (...) solo un atto di natura legislativa avrebbe potuto crearne una"³⁴⁴. Tuttavia è solo una questione di tempo, perché nel 2004 la medesima nozione verrà trasposta in una Direttiva – e dunque in un atto di diritto c.d. derivato - e poi recepita anche nel nostro ordinamento.

La ragione di questo cambio di prospettiva va rinvenuta nella necessità di garantire il rispetto delle regole di "evidenza pubblica" in un settore particolarmente delicato, qual è quello delle concessioni, in cui non era più ammissibile una valutazione totalmente discrezionale nella scelta del contraente.

Tutto ciò contribuisce in maniera decisiva a far venire meno quella che tradizionalmente è stata la caratteristica principale del provvedimento concessorio: l'essere espressione di un potere amministrativo unilaterale ed autoritario, cioè il sostanzarsi in un trasferimento di pubblici poteri ai privati che non poteva che fondarsi su una componente *strictu sensu* fiduciaria. Ma nel momento in cui gli scambi si allargano e cresce il mercato, si avverte l'esigenza di far cadere una delle principali ragioni d'essere della distinzione tra il regime giuridico degli appalti e quello delle concessioni e, per la prima volta, anche queste ultime vengono qualificate

³⁴³ *Ibidem.*

³⁴⁴ *Ibidem.*

alla stregua di contratti e sottoposte al medesimo regime di evidenza pubblica.

Venuta meno questa distinzione di natura giuridica, cos'è che oggi distingue l'appalto dalla concessione? Secondo la Comunicazione della Commissione è il c.d. *rischio di gestione*, cioè l'attribuzione al concessionario del diritto di gestire l'opera come contropartita della sua costruzione, che può essere anche accompagnato da un prezzo³⁴⁵. Si può pertanto parlare di concessione solo in presenza di un'alea della gestione che passa dal concedente al concessionario: in mancanza, quel rapporto contrattuale sarà qualificabile come appalto.

La sistematica tanto cara al diritto civile potrebbe allora far rientrare il contratto di concessione nei "contratti aleatori", categoria elaborata dalla Pandettistica tedesca, in contrapposizione al "contratto commutativo". In realtà, se ci allineiamo all'approccio di Bianca³⁴⁶, secondo il quale "il carattere aleatorio del contratto rileva principalmente in tema di rescissione per lesione" e "l'alea che caratterizza i contratti aleatori incide (...) sul contenuto delle prestazioni ed è estranea all'alea delle variazioni di costi e di valori delle prestazioni", dobbiamo ragionevolmente escludere che la concessione sia qualificabile in questi termini. L'alea che la caratterizza, infatti, "è qualcosa di più e di diverso rispetto alla normale alea dell'imprenditore che, per conseguire l'utile sperato, deve saper organizzare in modo adeguato i propri mezzi di produzione e rientrare nelle previsioni economiche che ha formulato in sede di offerta"³⁴⁷.

Dunque, l'alea assunta dal concessionario va al di là della normale alea d'impresa ma ciò non basta a dire che si tratti di un contratto aleatorio:

³⁴⁵ La giurisprudenza della Corte di Giustizia europea (sez. III, 10 marzo 2011, in C-274/09) afferma che "il rischio di gestione (...) deve essere inteso come esposizione dell'impresa all'alea del mercato, che può tradursi nel rischio di concorrenza da parte di altri operatori, nel rischio di uno squilibrio tra domanda e offerta di servizi, nel rischio di insolvenza dei soggetti che devono pagare il prezzo dei servizi forniti, nel rischio di mancata copertura integrale delle spese di gestione o ancora nel rischio di responsabilità di un danno legato ad una carenza del servizio".

³⁴⁶ C. M. Bianca, *Diritto civile, III, Il contratto*, II ed., Milano, Giuffrè, 2000, p. 187.

³⁴⁷ R. Caranta, *I contratti pubblici, cit.*, p. 115.

per quest'ultimo, il codice civile esclude l'esperibilità dei rimedi rescissori ma, in realtà, nel regolamento convenzionale è quasi sempre prevista una garanzia in favore del concessionario in caso di eccessiva onerosità. Il tema dell'ammissibilità o meno dei rimedi civilistici è stato già oggetto della precedente trattazione³⁴⁸; ciò che mi preme sottolineare in questa sede è che, nella Comunicazione oggetto di analisi, è proprio la Commissione a citare come esempio di concessione di lavori pubblici *“il contratto mediante il quale uno Stato attribuisce a una società il diritto di costruire o gestire un'autostrada, permettendole di remunerarsi attraverso la riscossione di un pedaggio nei confronti dell'utente”*³⁴⁹. Nello specifico, il caso sarà oggetto di precipua analisi nel Capitolo IV, ma questo esempio rappresenta sicuramente un ottimo punto di partenza e un indice da non sottovalutare.

3.2 La concessione alla luce del diritto dell'Unione Europea: dalla Direttiva del 2004 al Codice dei contratti pubblici del 2016

Una compiuta analisi della disciplina pubblicistica risulta ultronea ai fini del presente elaborato; tuttavia, mi pare ugualmente opportuno porre lo sguardo, seppure in maniera concisa, a quello che è stato il processo di recepimento delle Direttive europee in materia di contratti pubblici all'interno del nostro ordinamento.

Come già anticipato, fino al 2004 non esisteva una definizione normativa di concessione di servizi: tale lacuna normativa viene finalmente colmata da una Direttiva, precisamente la 2004/18/CE (disciplinante i contratti pubblici nei settori ordinari ed emanata quasi contestualmente alla Direttiva 2004/17/CE, che aveva ad oggetto i settori speciali). Pur essendo

³⁴⁸ Si veda *supra*, Cap. II.

³⁴⁹ Comunicazione della Commissione *cit.*, pag. 7.

esclusa dall'ambito applicativo, viene fornita la seguente definizione di "concessione di servizi":

“è un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, ad eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo” (art.1, par.4).

Ciò che sorprende, ad un primo esame della disciplina, è che il legislatore europeo non sia entrato nel merito della distinzione tra concessione e appalto e non si sia allineato all'approdo della Comunicazione della Commissione del 2000, facendo permanere una sostanziale incertezza. A tal proposito, va rammentato che la dottrina e la giurisprudenza italiana prevalenti continuavano ad utilizzare come *discrimen* il carattere trilaterale della concessione (che instaura un rapporto tra concedente-concessionario-utente), a fronte di una tendenziale bilateralità dell'appalto.

Inoltre, quantunque venga finalmente sancita a livello normativo la natura contrattuale della concessione, non sono mancate “resistenze” pubblicistiche a questa ricostruzione³⁵⁰, ostentate per esempio da F. Fracchia³⁵¹, il quale auspica una certa circospezione nell'esaltazione del dato testuale che da essa può essere estrapolato, atteso che, spesso, l'impiego di alcune formule letterali deriva dalla preoccupazione del legislatore comunitario di utilizzare pragmaticamente una locuzione valida per tutti gli ordinamenti.

Mi sembra si tratti di un'opinione difficile da condividere, che va a forzare il dato letterale e trascura le regole di ermeneutica generale; *a fortiori* alla luce del fatto che, anche in sede di recepimento, il legislatore

³⁵⁰ Probabilmente alimentate proprio dal silenzio della normativa comunitaria sul punto che non ha certo favorito l'allineamento della prassi interna agli orientamenti europei.

³⁵¹ F. Fracchia, *Concessione amministrativa*, in *Enc. Dir. Annali*, vol. I, Milano, 2007.

nazionale ha definito la concessione un “contratto” e non ha potuto far altro che riferirsi all’unica categoria contrattuale conosciuta nel nostro ordinamento e disciplinata agli artt. 1321 e ss. del codice civile³⁵².

Il recepimento di tale normativa (cioè delle Direttive nn. 17 e 18 del 2004) avviene con il Decreto legislativo n. 163 del 2006, recante il *Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*, poi modificato con tre interventi correttivi (D.lgs. nn. 6 e 113 del 2007 e 152 del 2008).

La perdurante situazione di indeterminatezza giuridica porta il Parlamento europeo ed il Consiglio ad emanare una proposta di direttiva sull’aggiudicazione dei contratti di concessione (COM/2011/897), mossi dall’intento di raggiungere un maggiore grado di certezza giuridica. “Tanto la definizione di concessione quanto il contenuto preciso degli obblighi di trasparenza e di non discriminazione previsti dal Trattato risultano poco chiari. La conseguente mancanza di certezza giuridica accresce il rischio di cancellazione o cessazione anticipata di contratti aggiudicati illegalmente e, da ultimo, scoraggia le autorità dal ricorrere a concessioni anche laddove questo tipo di contratto può essere una soluzione valida”³⁵³. In aggiunta, va notato come l’assenza di una normativa completa andasse a detrimento della trasparenza, stante il fatto che ogni Stato membro interpretava i principi dei Trattati UE come riteneva più opportuno.

In questo contesto particolarmente ambiguo, la soluzione più adeguata appare chiaramente quella di allargare l’ambito di applicazione della normativa sugli appalti anche alle concessioni.

³⁵² Dello stesso avviso è M. Ceruti, *Le concessioni tra contratto, accordo e provvedimento amministrativo*, in *Urb. e App.*, 6/2016, p. 639, il quale afferma: “A me pare che cercare di coniugare la concezione provvedimentale della concessione-atto e la natura negoziale della concessione-contratto sia un errore grossolano 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”. E aggiunge, richiamando la disciplina pubblicistica che “una volta tanto, in questo caso, soccorre l’assimilazione agli appalti: se essi sono contratti a tutti gli effetti, pur preceduti da un provvedimento amministrativo ad evidenza pubblica, non si comprende per quale ragione dovrebbero valere considerazioni diverse per le concessioni”.

³⁵³ Par. 2 della Relazione alla proposta di direttiva.

L'ultima tappa nel percorso di elaborazione della *figura iuris* del “contratto di concessione” è rappresentata da una nuova Direttiva, la 2014/23/CE (c.d. Direttiva Concessioni) recepita, a livello interno, con il D.lgs. 50/2016³⁵⁴ (nuovo Codice dei contratti pubblici, integrato e modificato dal D.lgs. 56/2017). Si tratta di un atto con cui l'Unione Europea interviene al “al dichiarato scopo di creare un quadro giuridico idoneo, equilibrato e flessibile, tale da consentire una più ampia diffusione dell'istituto concessorio”³⁵⁵. E' una direttiva-quadro (o c.d. “di prima generazione”) che contiene una disciplina sommaria e poco dettagliata ma che rappresenta, allo stesso tempo, il primo tentativo di offrire una regolamentazione organica dei contratti di concessione, nella consapevolezza che essi rappresentano “importanti strumenti (...) in quanto concorrono al miglioramento della concorrenza in seno al mercato interno”³⁵⁶.

Nel Codice dei contratti pubblici vengono trasposte (all'art. 3, lett. uu) e vv)) le definizioni di concessione di lavori e di servizi già contenute nelle Direttive n. 17 e 18 del 2004³⁵⁷, specificando però che il concessionario assume il rischio operativo legato alla gestione delle opere o

³⁵⁴ Recante “Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture”.

³⁵⁵ G. Greco, *La direttiva in materia di “concessioni”* in *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Comunitario*, V, 2015, p. 1095.

³⁵⁶ *Ibidem*.

³⁵⁷ Le definizioni dell' art. 3 hanno il seguente tenore:

uu) «**concessione di lavori**»: un contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto in virtù del quale una o più stazioni appaltanti affidano l'esecuzione di lavori ovvero la progettazione esecutiva e l'esecuzione, ovvero la progettazione definitiva, la progettazione esecutiva e l'esecuzione di lavori ad uno o più operatori economici, riconoscendo a titolo di corrispettivo unicamente il diritto di gestire le opere oggetto del contratto o tale diritto accompagnato da un prezzo, con assunzione in capo al concessionario del rischio operativo legato alla gestione delle opere;

vv) «**concessione di servizi**»: si intende un contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto in virtù del quale una o più stazioni appaltanti affidano ad uno o più operatori economici la fornitura e la gestione di servizi diversi dall'esecuzione di lavori di cui alla lettera ll), riconoscendo a titolo di corrispettivo unicamente il diritto di gestire i servizi oggetto del contratto o tale diritto accompagnato da un prezzo, con assunzione in capo al concessionario del rischio operativo legato alla gestione dei servizi.

dei servizi, e consacrando finalmente a livello normativo gli orientamenti della Corte di Giustizia³⁵⁸ e della Commissione (come richiamati nella *supra* citata Comunicazione del 2000).

L'elemento caratterizzante del rapporto concessorio, idoneo a distinguerlo dal contratto di appalto, diviene dunque, *ex lege*, il trasferimento del rischio operativo³⁵⁹, cioè l'assunzione di quel rischio connesso all'incertezza del ritorno economico dell'attività di gestione tanto nelle concessioni di lavori che in quelle di servizi.

La portata innovativa della Direttiva del 2014 è evidente anche in relazione a due differenti tematiche: la prima attiene alle sopravvenienze contrattuali per cui, essendo la concessione un tipico rapporto di durata, viene espressamente riconosciuto alle parti un ampio margine di negoziazione. Ed è qui che, tra le file del discorso, merita di essere rilevata una questione in parte già affrontata: la normativa lascia ancora aperto quel problema di antica memoria, ossia se ed in che misura permangano poteri pubblicistici in fase di esecuzione che consentano all'Amministrazione di intervenire in via unilaterale sul sinallagma contrattuale³⁶⁰.

In secondo luogo, il legislatore del 2014 detta per la prima volta una norma espressamente dedicata alle concessioni autostradali (è l'articolo 178); “non si tratta, tuttavia, di un regime che interessa in modo esauriente il rapporto concessorio e le dinamiche convenzionali tra concedente e concessionario, ma solo di previsioni frammentate, adottate con l'obiettivo di favorire gli investimenti privati in infrastrutture particolarmente rilevanti (soprattutto) in periodi di crisi economica, ricorrendo ai capitali del mercato”³⁶¹.

³⁵⁸ Si veda, in via meramente esemplificativa, Corte giust., 18 luglio 2007, in causa C-437/07, in *curia.europa.eu*.

³⁵⁹ Definito all'art. 3, lett. zz) del D.lgs. 50/2016 come “il rischio legato alla gestione dei lavori o dei servizi sul lato della domanda o sul lato dell'offerta o di entrambi, trasferito all'operatore economico nei casi di cui all'articolo 180 (...)”.

³⁶⁰ Si veda *amplius* par. 3.2.2, in relazione all'art. 176 Codice contr. pubbl.

³⁶¹ Così si esprime M. Macchia, *I contratti di concessione*, in *Gior. Dir. Amm.*, 4/2016, p. 482.

Senza addentrarmi eccessivamente nel merito della disciplina, ritengo opportuno sottolineare un ultimo punto. Fermo restando che la Direttiva, com'è noto, rappresenta uno strumento di armonizzazione e non di vera e propria unificazione - com'è, invece, il Regolamento - , e senza dubitare del fatto che inevitabilmente i modelli giuridici dei vari Paesi mantengono differenze sostanziali, un notevole passo in avanti è stato compiuto. “Tuttavia, il rispetto delle scelte nazionali, non può essere una giustificazione posta a fondamento del fatto che una stessa attività sia gestita in base alle regole del libero mercato o sia soggetta a diritti di esclusiva e restrizioni a seconda della metodologia di gestione prescelta in ogni singolo ordinamento”³⁶².

Pertanto, allo stato della legislazione *in subiecta materia*, giova ribadire che è irragionevole una qualificazione della concessione in termini diversi da quanto è avvenuto a livello europeo: la concessione è un contratto e, nel nostro ordinamento, non può che essere soggetta, almeno in via tendenziale, alle regole del codice civile.

Anche la più recente dottrina si è interrogata circa la possibilità di continuare a disquisire intorno all'essenza della concessione, chiedendosi se sia ancora opportuno cercare di ricondurre tale istituto agli schemi giuridici del diritto interno ovvero se sia necessario acquisire, una volta per tutte, che la definizione sarebbe oggi quella e solo quella oggetto della disciplina sovranazionale³⁶³. Qualche Autore, in realtà, obietta che il diritto comunitario si sarebbe disinteressato della natura pubblica o privata del rapporto, avendo perseguito il fine ultimo di estendere l'applicabilità della disciplina a tutela della concorrenza³⁶⁴. Come dire che, nonostante il

³⁶² G. Strozzi, *Il ruolo del principio di sussidiarietà nel sistema dell'Unione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1993, p. 59.

³⁶³ Di questo secondo avviso è G. Greco, *op. cit.*, p. 1095, il quale ritiene che “tutte le concessioni tradizionali dovrebbero rientrare nell'ambito applicativo della Direttiva”.

³⁶⁴ In questo senso R. Villata, *Pubblici servizi. Discussioni e problemi*, Milano, Giuffrè, 2008, pp. 106 e ss., secondo cui “l'art. 3 del (vecchio) Codice dei contratti pubblici qualifica espressamente come contratto la concessione di servizi, ma il dato non pare in realtà significativo, (...) perché l'intento del legislatore comunitario era quello di tracciare un confine tra appalti e

legislatore (europeo prima e italiano dopo) abbia qualificato la concessione in termini contrattuali, il dato letterale dovrebbe in realtà essere trascurato se non addirittura trasgredito, con il pericolo di dare vita a pratiche analoghe a quelle del *gold plating*.

A mio modesto parere, l'esperienza del diritto vivente dimostra chiaramente che, se il legislatore europeo interviene con un atto normativo, lo fa con il chiaro intento di offrire certezza in un settore che di certezza è del tutto sfornito; tanto è accaduto anche nell'ambito concessorio, per cui è possibile concludere che oggi la concessione è qualificata al di fuori di ogni dubbio in termini pattizi, quale vincolo fondato su una sostanziale pariteticità tra le parti. A conferma di tale assunto può essere citato il considerando 75 della Direttiva in argomento³⁶⁵, che si occupa specificatamente della rinegoziazione ad opera delle parti in costanza di rapporto; ecco allora dimostrata l'esistenza di un reale concorso di intenti e di una collaborazione tra parte pubblica e parte privata che trova la sua sintesi nel riconosciuto potere di rinegoziare le condizioni dell'accordo, al fine del miglior perseguimento dell'interesse pubblico. Una tale facoltà sarebbe del tutto inconcepibile ove la concessione venisse qualificata quale atto che si impone in via unilaterale al destinatario, finanche contro la sua volontà.

concessioni di servizi e non di fornire una nozione generale e di incidere sulla potestà organizzativa degli Stati membri" (n.d.a.).

³⁶⁵ Uno stralcio del Considerando 75 è del seguente tenore: “ (omissis) *Una nuova procedura di concessione è necessaria quando vengono apportate modifiche sostanziali alla concessione iniziale, in particolare al campo di applicazione e al contenuto dei diritti e degli obblighi reciproci delle parti, inclusa la ripartizione dei diritti di proprietà intellettuale. Tali modifiche dimostrano l'intenzione delle parti di rinegoziare termini o condizioni essenziali della concessione in questione.* (omissis)”

3.2.1 (*Segue*) Uno sguardo al diritto pubblico: gli artt. 108 e 109 del Codice dei Contratti Pubblici

Esaminata brevemente l'evoluzione normativa dell'istituto concessorio a livello sovranazionale, è bene ora passare ad analizzare nello specifico alcune disposizioni, contenute nel Codice dei contratti pubblici (D.Lgs. 50/2016), che rivestono un'importanza notevole ai fini del presente studio. In via preliminare, va rilevato come tale decreto presenti un carattere talmente coeso ed unitario da meritare il nome e la dignità di un vero e proprio Codice, inteso come atto che consolida le disposizioni più rilevanti nel tentativo di offrirne una sistemazione complessiva secondo una *ratio* comune³⁶⁶. Esso si compone di duecentoventi articoli e venticinque allegati ed è strutturato in sei Parti³⁶⁷: a venire in rilievo ai nostri fini sono, nello specifico, la Parte II, dedicata ai “*Contratti di appalti per lavori, servizi e forniture*” e la Parte III, espressamente intitolata “*Contratti di concessione*”.

Due osservazioni appaiono subito indispensabili: la prima attiene alla volontà del legislatore, che ha deciso, per la prima volta, di introdurre una disciplina *unitaria* delle concessioni, dedicandovi una porzione di testo suddivisa in un Capo *primo*, relativo ai principi generali, in un *secondo*, afferente alle garanzie procedurali ed in un *ultimo*, riguardante la fase di esecuzione.

La seconda considerazione necessaria si sostanzia, ancora una volta, in una questione di “tecnica legislativa”: mi riferisco alla scelta, consacrata nell'art. 164 comma secondo del D.lgs. 50/2016, di rendere applicabili anche alle concessioni le norme contenute nella Parte I e II, “in quanto

³⁶⁶ Così M. P. Chiti, *Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giornale Dir. Amm.*, 4/2016, p. 439.

³⁶⁷ Precisamente: Parte I “Ambito di applicazione, principi, disposizioni comuni ed esclusioni”; Parte II “Contratti di appalti per lavori, servizi e forniture”; Parte III “Contratti di concessione”; Parte IV “Partenariato pubblico privato e contraente generale”; Parte V “Infrastrutture e insediamenti prioritari”; Parte VI “Disposizioni finali e transitorie”.

compatibili”. Questo vuol dire, in altri termini, che sia agli appalti che alle concessioni – una volta effettuato il consueto vaglio di compatibilità – si applicheranno alcuni principi generali, accanto alla disciplina che regola le procedure di scelta del contraente, i criteri di aggiudicazione, le modalità di pubblicazione dei bandi e degli avvisi di gara, i requisiti di qualificazione soggettivi, i termini di ricezione delle domande di partecipazione, nonché le modalità esecutive del contratto.

Come già rilevato, la definizione di concessione figura all’art. 3 lett. uu) e vv) e coincide sostanzialmente con quanto affermavano le Direttive 17 e 18 del 2004: si tratta di un contratto che segue gli schemi degli appalti di lavori o di servizi, con la caratteristica che il concessionario assume il rischio operativo legato alla gestione dell’opera o del servizio. Del medesimo tenore è l’art. 5 della Direttiva Concessioni che, dopo aver fornito le definizioni, provvede subito a specificare quella che è la caratteristica precipua delle concessioni (e il *discrimen* rispetto all’appalto) e cioè che *“l’aggiudicazione di una concessione di lavori o di servizi comporta il trasferimento al concessionario di un rischio operativo (...)”*.

Una volta acquisito, dunque, che la concessione è qualificata in termini contrattuali, torna alla ribalta il tema che ha rappresentato il filo conduttore delle pagine precedenti e cioè quali siano gli strumenti più opportuni al fine di reagire ad eventuali “patologie” del sinallagma contrattuale. I possibili rimedi nell’ambito privatistico sono già stati messi in evidenza: ma *quid iuris* se ci troviamo di fronte ad un contratto pubblico?

Nell’indagare il tema così brevemente ricostruito, ci sono alcune norme del Codice dei contratti pubblici che appaiono emblematiche: mi riferisco, *in primis*, agli **artt. 108 e 109**, contenuti nella Parte II, ovverosia quella dedicata agli appalti. Sembrerebbe che l’esegesi di tali norme travalichi i confini del nostro studio, volto, almeno in via principale, ad approfondire i caratteri della concessione (e non dell’appalto!).

Tuttavia, richiamando alla mente quanto ho sottolineato pocanzi e quanto il legislatore ha avuto premura di specificare nell'art. 164 comma secondo del D.lgs. 50/2016 – ossia che le disposizioni della Parte I e II si applicano anche alle concessioni, in quanto compatibili – appare evidente saggiare se tale compatibilità sussista o meno tra le figure in commento e il contratto di concessione.

Ebbene, entrando *in medias res* nell'esegesi dell'art. 108, merita subito di essere sottolineato come questa norma elenchi tassativamente le ipotesi in cui è opportuno procedere alla risoluzione del contratto, distinguendo tra *facoltative* (ai sensi del primo comma) ed *obbligatorie* (ai sensi del comma secondo).

Il primo comma prevede, nello specifico, che il contratto *può* essere risolto:

- a) se ha subito una modifica sostanziale³⁶⁸ che avrebbe richiesto una nuova procedura di appalto ai sensi dell'articolo 106;
- b) se sono state superate le soglie previste nell'ambito dei casi previsti dal comma 7 dell'articolo 106;
- c) se l'aggiudicatario si è trovato, al momento dell'aggiudicazione dell'appalto, in una delle situazioni di esclusione per aver subito condanne di cui all'articolo 80, comma 1;
- d) se l'appalto non doveva essere aggiudicato in considerazione di una grave violazione degli obblighi derivanti dai trattati, come riconosciuto dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea in un procedimento ai sensi dell'articolo 258 TFUE, o di una sentenza passata in giudicato per violazione delle norme contenute nel presente codice.

Prima facie, si tenderebbe a dire che con quest'elencazione il legislatore abbia voluto tipizzare i presupposti che possono portare alla

³⁶⁸ Una modifica è “sostanziale” quando altera considerevolmente gli elementi essenziali del contratto originariamente pattuiti ovvero soddisfa le condizioni indicate all'articolo 106, comma 4.

risoluzione del contratto. Di questo avviso è gran parte della dottrina, opinando che tale disciplina assume carattere di specialità rispetto a quella di respiro generale, dettata dal codice civile negli artt. 1453 e ss. in tema di risoluzione del contratto: disciplina che, peraltro, tornerebbe comunque applicabile, in via residuale ed in quanto compatibile con quella speciale, ai contratti pubblici³⁶⁹.

Va però segnalata l'esistenza di un diverso filone dottrinale, secondo il quale l'art. 108 comma primo non sarebbe stato declinato in maniera conforme con i caratteri e gli istituti propri del diritto interno. Stando a quest'ultimo orientamento, il termine "risoluzione" costituisce, infatti, un *nomen iuris* utilizzato dal legislatore europeo che è stato riprodotto in maniera pedissequa a livello nazionale "creando confusione e sollevando problemi che sembravano ormai superati nel quadro normativo previgente rispetto al codice"³⁷⁰. Per provare a sopperire a tale mancato coordinamento, l'interprete deve chiedersi quale sia la natura dei vizi presi in considerazione dalla norma in esame, al di là del *nomen iuris* "risoluzione" usato in senso atecnico. Ad una lettura attenta emerge come tali fattispecie contemplino dei vizi di legittimità afferenti la fase di

³⁶⁹ Così G. Capo, *Commento all'art. 108*, in *Codice dei contratti pubblici*, G. M. Esposito, vol. II, Roma, UTET Giuridica, 2017. In tal senso, tra gli altri, E. Gaz, *La risoluzione*, in *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, a cura di R. Villata – M. Bertolissi – V. Dominichelli – G. Sala, Cedam, vol. II, Padova, 2014, pp. 1505 ss., secondo il quale non sarebbe revocabile indubbio l'applicabilità delle disposizioni civilistiche ai contratti pubblici. Ciò vale, *a fortiori*, per le ipotesi di risoluzione non contemplate espressamente dalla legislazione speciale (e cioè l'impossibilità e l'eccessiva onerosità sopravvenuta). Del medesimo avviso è anche la giurisprudenza: si veda Cass. Civ., 9 settembre 2011, n. 18549 in *DirittoeGiustizia.it*, ripresa da Cons. Stato, sent. 3653/2016 e Cass. Civ., 27 ottobre 2016, n. 21749 su *Pluris.it*.

³⁷⁰ Così A. Farruggio, *Art. 108 D.lgs. 50/2016: quale rapporto con l'annullamento d'ufficio dopo la stipula del contratto?*, in *Salvis Juribus*, <http://www.salvisjuribus.it/art-108-d-lgs-502016-quale-rapporto-con-lannullamento-dufficio-dopo-la-stipula-del-contratto/>. Del medesimo avviso è P. Malanetto, *La disciplina speciale dei contratti pubblici: procedure di affidamento, contratto ed esecuzione del rapporto tra diritto civile e diritto amministrativo. Problematiche attuali*, in *Sito Giustizia amministrativa - Studi e contributi*, 2018, 4., p.27, la quale, sottolineando che "l'imprecisa terminologia trova la sua radice nella acritica trasposizione del termine utilizzato nelle direttive", rileva anche che "il nostro legislatore non solo ha omesso una trasposizione critica e consapevole della categoria giuridica ma, per aumentare la confusione, ha inserito nella previsione normativa fattispecie che nel precedente codice erano suddivise in più articoli, alcune delle quali effettivamente corrispondono alla risoluzione contrattuale come intesa nel nostro ordinamento".

evidenza pubblica e riconducibili in realtà ad un istituto diverso: l'annullamento d'ufficio *ex art. 21novies* della l. 241/90, ammesso anche successivamente alla stipula del contratto di appalto.

Non merita dunque di essere condivisa quella ricostruzione che vede nella risoluzione uno strumento privatistico alternativo rispetto all'annullamento d'ufficio, idoneo ad escludere l'applicazione di quest'ultimo una volta concluso il contratto di appalto; “si tratta di una tesi dottrinale fondata su un'estensione analogica del principio di diritto espresso dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 14/2014”³⁷¹, la quale aveva escluso l'ammissibilità della revoca *ex art. 21quinquies* l. 241/1990 una volta concluso il contratto, residuando per l'amministrazione la sola possibilità di fare ricorso al diritto di recesso dal contratto di appalto (*ex art. 134 D.lgs. 163/2006; oggi art. 109 D.lgs. 50/2016*)³⁷².

La tesi avanzata per cui il termine “risoluzione” debba, in realtà, essere letto come “annullamento d'ufficio” non trova smentita per il solo fatto che le ipotesi di cui al comma primo prevedano un intervento solo facoltativo: è infatti acquisito che oggi l'esercizio del potere di autotutela non sia doveroso, fondandosi sempre su una valutazione di opportunità della p.a.

Da ultimo, elemento che corrobora la tesi fin qui sostenuta è l'introduzione, ad opera del Correttivo del 2017, del comma *1bis* nell'art. 108, che espressamente richiama l'art. 21*novies*, seppur al fine di escludere l'operatività dei termini ivi previsti (18 mesi).

Una valutazione separata merita invece il comma secondo dell'art. 108, che contempla ipotesi di risoluzione obbligatoria, in cui è *necessario* procedere allo scioglimento del contratto: in particolare, ciò accade qualora sia intervenuta, nei confronti dell'appaltatore, la decadenza dell'attestazione di qualificazione per aver prodotto falsa documentazione o dichiarazioni

³⁷¹ A. Farruggio, *op. ult. cit.*, <http://www.salvisjuribus.it/art-108-d-lgs-502016-qualere-rapporto-con-lannullamento-dufficio-dopo-la-stipula-del-contratto/>

³⁷² La richiamata sentenza è stata oggetto di approfondita analisi *supra*, Cap. II, par. 2.3.4.

mendaci oppure sia intervenuto un provvedimento definitivo che dispone l'applicazione di una o più misure di prevenzione di cui al codice delle leggi antimafia e delle relative misure di prevenzione, ovvero sia intervenuta sentenza di condanna passata in giudicato per i reati di cui all'articolo 80.

La disposizione prende in esame circostanze sopravvenute rispetto all'aggiudicazione che, in virtù del principio *tempus regit actum*, non possono essere riconosciute come vizi di legittimità del provvedimento di aggiudicazione stesso; pertanto non è possibile giungere alle medesime conclusioni sopra viste per le ipotesi di cui al comma primo. Piuttosto, si tratta di casi in cui è più corretto riferirsi all'esercizio del potere di decadenza, la quale, come già visto *supra*³⁷³, si fonda su una valutazione prettamente sanzionatoria.

Un'ulteriore diversità si riscontra poi al comma terzo del citato articolo, in cui figura una previsione generale di risoluzione come conseguenza di “*un grave inadempimento dell'appaltatore, tale da comprometterne la buona riuscita delle prestazioni*”. “In questo caso dunque il termine *risoluzione* sarà da declinare in una terza accezione, non dissimile dalla risoluzione per inadempimento *ex artt. 1453 e 1455 c.c.*”³⁷⁴.

In sostanza, dalle disposizioni ivi richiamate, emerge un potere di risoluzione del contratto cui l'ente appaltante può far ricorso in presenza di situazioni critiche oltre che nel caso di gravi inadempienze.

Tuttavia, nei casi previsti dal primo comma dell'art. 108, la risoluzione (o annullamento d'ufficio, che dir si voglia) è meramente eventuale, potendo essere evitata laddove, nel bilanciamento tra gli interessi in gioco, risulti prevalente quello pubblico alla prosecuzione del rapporto contrattuale. Non così nelle ipotesi di cui al comma successivo, in cui non v'è spazio per alcuna valutazione comparativa e la risoluzione (*rectius*

³⁷³ Si veda Cap. II, *par. 2.2.*

³⁷⁴ Così sempre A. Farruggio, *op. cit.*, <http://www.salvisjuribus.it/art-108-d-lgs-502016-qualere-rapporto-con-lannullamento-dufficio-dopo-la-stipula-del-contratto/>.

decadenza) dev'essere senz'altro disposta. Infine, un terzo regime risulta nel comma terzo dell'art. 108, in cui l'inadempimento non può non richiamare alla mente l'istituto civilistico previsto dagli artt. 1453 e ss. c.c. In conclusione, se da un lato l'art. 108 ha il merito di racchiudere in un'unica disposizione fattispecie prima "disseminate" in vari articoli del previgente Codice degli appalti³⁷⁵, dall'altro è mancato, in sede di recepimento, un coordinamento tra quanto previsto dal legislatore europeo e gli istituti propri del diritto nazionale. Imprescindibile sarà, in tal senso, il compito dell'interprete.

Venendo alla disposizione successiva, l'art. 109 del D.lgs. 50/2016 prevede il generale potere della stazione appaltante di *"recedere dal contratto in qualunque tempo previo il pagamento dei lavori eseguiti o delle prestazioni relative ai servizi e alle forniture eseguiti nonché del valore dei materiali utili esistenti in cantiere nel caso di lavoro o in magazzino nel caso di servizi o forniture, oltre al decimo dell'importo delle opere, dei servizi o delle forniture non eseguite (omissis)"*.

Anche per questa norma, è opportuno richiamare i principi consacrati dall'Adunanza Plenaria che, nella più volte citata sentenza 14/2014 ha stabilito che *"il recesso dal contratto, seppure riconducibile al potere di autotutela, è caratterizzato dalla regolamentazione unilaterale del rapporto che vede coinvolte posizioni di diritto soggettivo tra committente ed appaltatore ed è regolamentato dalle regole pubblicistiche dei contratti pubblici e dalle norme e dai principi in materia di contratti previsti dal Codice Civile (cfr. ad es. l'art. 1671 c.c.)"*, applicando il modello per il

³⁷⁵ Lo evidenzia nel suo Parere (n. 855/2016) anche il Consiglio di Stato, Commissione Speciale, richiamando, quali antecedenti dell'art. 108, alcuni artt. del previgente D.lgs. 163/2006; precisamente, si tratta dell'**Art. 135** Risoluzione del contratto per reati accertati e per revoca dell'attestazione di qualificazione; **Art. 136** Risoluzione del contratto per grave inadempimento, grave irregolarità e grave ritardo; **Art. 137** Inadempimento di contratti di cottimo; **Art. 138** Provvedimenti in seguito alla risoluzione dei contratti; **Art. 139** Obblighi in caso di risoluzione del contratto; **Art. 140** Procedure di affidamento in caso di fallimento dell'esecutore o risoluzione del contratto.

quale la p.a., salvo che la legge disponga diversamente, può agire secondo le norme di diritto privato.

Pertanto, a regolamentare il potere di recesso interviene una pluralità di fonti, che si pone a confine tra diritto pubblico e diritto privato. Le chiare indicazioni fornite nella sentenza appena richiamata consentono di ribadire come, una volta addivenuti alla stipula del contratto, il potere di revoca risulti precluso e, in presenza di sopravvenute ragioni di inopportunità nella prosecuzione del rapporto negoziale, l'Amministrazione potrà soltanto esercitare il diritto potestativo regolato dall'art. 109.

Anche dopo l'introduzione del nuovo articolo 109 (che ricalca il tenore del previgente art. 134 del D.lgs. del 2006 e di cui non v'è traccia nelle Direttive europee 23, 24 e 25 del 2014), due questioni rimangono tendenzialmente aperte: la prima attiene all'individuazione dei presupposti per l'esercizio del recesso e la seconda riguarda, invece, il tema del riparto di giurisdizione, cioè l'identificazione del giudice competente.

Per tentare di offrire una soluzione al primo quesito, merita di essere sottolineato come l'art.109 rappresenti un'evidente proiezione dell'art. 21^{sexies} della L. n. 241/90, titolato appunto "Recesso dai contratti" - e analizzato nel Capitolo II -, il quale dispone che il recesso unilaterale dai contratti della pubblica amministrazione è ammesso nei casi previsti dalla legge o dal contratto, richiamando implicitamente anche i principi del codice civile (di cui agli articoli 1372 e 1373 c.c.), e, per gli appalti privati, l'art. 1671 c.c., nei limiti in cui siano applicabili.

Negli stessi termini si è espressa di recente anche la giurisprudenza, evidenziando come "la disciplina del recesso non attribuisce al soggetto pubblico il potere di intervenire *ab extra* sul rapporto in forma e modalità autoritative, ma riconosce una facoltà di matrice privatistica riconducibile al paradigma di cui agli artt. 1373 c.c. e 21 *sexies* l. 241/90"³⁷⁶.

³⁷⁶ Così Cons. Stato, 22 maggio 2015, n. 2562, su *Giustamm.it*.

Dunque, così come per la risoluzione, presupposto per l'esercizio del recesso è che il contratto sia stato concluso e che ne sia stata avviata l'esecuzione. Invero, una volta stipulato il contratto, è proprio il recesso lo strumento di cui la p.a. può servirsi per sciogliersi dal rapporto, ove ravvisi sopravvenute ragioni di opportunità che la inducano ad orientarsi in tal senso.

In buona sostanza, come chiarito dall'Adunanza Plenaria (sentenza n. 14 del 2014), “ *la posizione dell'amministrazione nella fase del procedimento di affidamento (.....) aperta con la stipulazione del contratto è definita dall'insieme delle norme comuni, civilistiche, e di quelle speciali, individuate dal codice dei contratti pubblici, operando l'amministrazione, in forza di quest'ultime, in via non integralmente paritetica rispetto al contraente privato, fermo restando che le sue posizioni di specialità, essendo l'amministrazione comunque parte di un rapporto che rimane privatistico, restano limitate alle singole norme che le prevedono*”.

La parte pubblica viene perciò a trovarsi, giova ribadirlo, in una posizione *tendenzialmente* paritetica rispetto alla controparte privata: situazione, questa, alla quale la dottrina e poi anche la giurisprudenza hanno fatto riferimento coniando l'espressione di “autotutela privatistica”, intesa come il potere con il quale, nell'ambito di un rapporto ormai paritetico, l'Amministrazione fa valere le conseguenze derivanti dall'inadempimento del privato alle obbligazioni assunte.

Ma quali sono, *de facto*, i presupposti che possono legittimare l'esercizio del diritto di recesso? Si tratta, di regola, di fatti e circostanze sopravvenuti che non sono riconducibili alle ipotesi in presenza delle quali si dà corso alla risoluzione alla luce dell'art. 108, analizzato in precedenza³⁷⁷.

³⁷⁷ Con riferimento alla distinzione tra risoluzione e recesso, cfr. Cons. Stato, 10 agosto 2016, n. 3573 su *Giustamm.it*, stando alla quale “*la risoluzione si configura come rimedio d'inadempimento disposto in via autoritativa dalla p.a.*”, mentre il recesso, “*pur comportando anch'esso lo scioglimento del rapporto per volontà unilaterale dell'Amministrazione, costituisce*

Stando al dettato normativo, sembrerebbe che il legislatore abbia configurato un'ipotesi di recesso *ad nutum*: in realtà, come ha rilevato nel già menzionato parere 855/2016 anche il Consiglio di Stato, sarebbe opportuno provvedere ad integrare l'obiettiva lacunosità dell'art.109. Frattanto, è comunque un principio logico oltre che giuridico immanente nel nostro ordinamento che l'esercizio del potere non può mai essere arbitrario. Ne consegue che, pur in assenza di puntuale previsione, non può negarsi l'obbligo di "corredare" l'atto di recesso con un'adeguata motivazione che tenga conto delle circostanze che, caso per caso, dovessero presentarsi; e ciò soprattutto in un'ottica di tutela dell'appaltatore, che potrà agire con gli strumenti messi a disposizione dall'ordinamento.

Rimane da affrontare un'ultima questione, quella relativa al riparto di giurisdizione: secondo il criterio elaborato dalla giurisprudenza amministrativa, tutte le controversie attinenti ad un momento *successivo* rispetto alla stipula del contratto rientrano nell'orbita del contenzioso ordinario. *A contrario*, nella fase prodromica alla conclusione del contratto è competente il giudice amministrativo³⁷⁸.

Una volta condotta, seppur a grandi linee, l'esegesi delle due disposizioni che disciplinano lo scioglimento del contratto d'appalto, appaiono necessarie alcune osservazioni, al fine di comprendere se gli artt. 108 e 109, in base alla clausola di compatibilità di cui all'art. 164 comma

espressione di un diritto potestativo il cui esercizio non postula la sussistenza di particolari condizioni ma può aver luogo in qualsiasi momento, senza che assumano rilievo i motivi che lo hanno determinato, richiedendosi soltanto, a tal fine, la corresponsione di un indennizzo in favore dell'appaltatore".

³⁷⁸ L'orientamento è costantemente ribadito dalla giurisprudenza, anche di legittimità: si veda, di recente, Cass., ord. 12 giugno 2015, n. 12177, su *Italggiure.giustizia.it* secondo la quale "sussiste la giurisdizione del giudice ordinario (...) quando la domanda attenga alla fase esecutiva del rapporto contrattuale (nella specie, risoluzione per inadempimento) o quando la p.a., dietro lo schema dell'annullamento in autotutela, intervenga direttamente sul contratto per vizi suoi propri, anziché sulle determinazioni prodromiche in sé considerate". Cfr. Cons. Stato, sent. 22 maggio 2015, n. 2562, *cit.*, che rimarca come in materia di contratti della pubblica amministrazione ogni questione relativa al recesso esercitato nel corso del rapporto contrattuale attenga all'esercizio "di diritti potestativi, iscrivibili nell'autotutela di diritto privato, con conseguente radicamento della giurisdizione del giudice ordinario".

secondo del D.Lgs. 50/2016, possano trovare spazio anche nell'ambito delle concessioni.

Innanzitutto, desta stupore il fatto che due istituti di portata generale come il recesso e la risoluzione siano disciplinati non nella Parte Prima del Codice dei contratti pubblici, bensì nella Seconda, riferita agli appalti; in ogni caso, la dottrina è pressoché unanime nel ritenere che si tratta di previsioni che ben possono essere adattate a *tutti* i contratti pubblici stipulati dalla p.a., e quindi anche alla concessione.

In secondo luogo, tanto il recesso quanto la risoluzione incidono sulla fase di esecuzione del rapporto contrattuale che - secondo i ben noti principi della sentenza 14/2014, più volte richiamata - riveste carattere privatistico. Tuttavia, qualcuno fa notare che, pur essendo istituti privatistici, nel momento in cui ad esercitare il diritto di recesso ovvero la risoluzione del contratto sia un'Amministrazione pubblica, "essi perdono la connotazione strettamente privatistica ed assumono veste e profilo pubblicistico"³⁷⁹.

In realtà, l'orientamento della giurisprudenza è dissonante: si vedano, da ultime, due pronunce del Consiglio di Stato³⁸⁰ che hanno sancito *expressis verbis* il carattere contrattuale di questi due poteri (e di conseguenza la giurisdizione ordinaria in materia).

A fronte dell'incertezza sulla natura giuridica di tali atti, una parte della dottrina prospetta una visione quanto più "aperta" e definisce tali figure come istituti "spuri", ibridi, non suscettibili di essere configurati come assolutamente privatistici o pubblicistici. In una materia tanto complessa, il recesso e la risoluzione rendono ancora più difficile

³⁷⁹ Così I. Coppola, *Recesso e risoluzione nel contratto di diritto pubblico*, in www.camminodiritto.it, estratto dal n. 12/2017, p. 25.

³⁸⁰ Si tratta di Cons. Stato, sez. VI, 17 marzo 2014, n. 1321, su *Giustamm.it* (su una fattispecie di recesso da un contratto pubblico) e di Cons. Stato, sez. V, 25 novembre 2015, n. 5356, su *Giustamm.it*.

individuare un confine netto tra il diritto privato e il diritto pubblico, finendo così per assumere “una doppia anima”³⁸¹.

Venendo ora al tema oggetto di discussione, ho evidenziato *supra* come non sia più prospettabile una totale equiparazione tra appalto e concessione, soprattutto alla luce degli ultimi interventi del legislatore europeo. Nondimeno, le disposizioni appena analizzate venivano tradizionalmente ritenute applicabili alle concessioni pubbliche già anteriormente all’entrata in vigore del D.lgs. 50/2016; non si vede, allora, come ciò non debba essere confermato *a fortiori* dopo le nuove Direttive che, per la prima volta, hanno dato vita ad una regolamentazione unitaria dell’istituto concessorio.

Naturalmente l’approccio comunitario, seppur lodevole, non è stato in grado di archiviare, una volta per tutte, la *vexata quaestio* interna sulla natura giuridica delle concessioni³⁸². Coloro che continuano strenuamente a difendere la tesi provvedimentale, motivano questa presa di posizione sull’esigenza di preservare il ruolo di supremazia della p.a. sulla controparte privata: riflettendo, però, appare evidente come il medesimo risultato sia ottenibile mediante apposite clausole negoziali.

L’interprete si trova così a dover valutare - in base al predetto vaglio di compatibilità, di cui all’art. 164 comma secondo del D.Lgs. 50/2016 – se anche il rapporto concessorio possa venir meno in presenza delle circostanze che legittimano la risoluzione *ex art.* 108 ovvero per l’esercizio del generico diritto di recesso di cui all’art. 109. L’immediata risposta affermativa trova un ostacolo nell’art. 176 del medesimo Codice dei contratti pubblici, contenuto, a differenze delle norme *de quibus*, nella Parte III espressamente dedicata al contratto di concessione. Occorre però

³⁸¹ Ne parla in questi termini I. Coppola, *op. cit.*, p. 34, ammettendo anche una doppia impugnativa (davanti al giudice ordinario e a quello amministrativo).

³⁸² Lo evidenzia chiaramente M. Ceruti, *Le concessioni tra contratto, accordo e provvedimento amministrativo*, cit., p. 637, affermando che “l’ordinamento nazionale ha conosciuto uno sviluppo tormentato in ordine all’istituto concessorio, anche per effetto dell’influenza del diritto europeo che ha spesso colto impreparati i giuristi domestici ed incontrato le resistenze dei medesimi”.

valutare attentamente se l'incompatibilità sia soltanto apparente ovvero sia in grado di travolgere i profili sostanziali dell'istituto.

3.2.2 (Segue) L'ambigua formulazione dell'art. 176 del Codice dei contratti pubblici

L'art. 176 offre una sistemazione organica delle vicende estintive del contratto di concessione. Già la rubrica della disposizione è alquanto eloquente: "*Cessazione, revoca d'ufficio, risoluzione per inadempimento e subentro*". Il legislatore italiano, nel recepire l'art 44 della Direttiva 2014/23/UE, genericamente rubricato "Risoluzione delle concessioni"³⁸³, ha deciso di accostare insieme istituti tra loro profondamente diversi, per natura e derivazione.

La clausola d'apertura desta subito qualche perplessità: infatti, all'affermazione "*fermo restando l'esercizio dei poteri di autotutela*" – che pertanto dovrebbe comportare che tali istituti rimangano fuori dall'ambito di applicazione della norma -, consegue un elenco di ipotesi che in realtà sono inquadrabili proprio nell'autotutela.

In effetti, il primo comma recepisce il menzionato art. 44 della Direttiva, che prevede di "*porre termine alla concessione in vigenza della stessa per presupposti che sono legati a vizi originari o sopravvenuti*

³⁸³ **Articolo 44**, Risoluzione delle concessioni

"Gli Stati membri assicurano che le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori abbiano la possibilità, alle condizioni fissate dal diritto nazionale applicabile, di porre termine alla concessione in vigenza della stessa, se una o più delle seguenti condizioni sono soddisfatte: a) la concessione ha subito una modifica che avrebbe richiesto una nuova procedura di aggiudicazione della concessione ai sensi dell'articolo 43; b) il concessionario si è trovato, al momento dell'aggiudicazione della concessione, in una delle situazioni di cui all'articolo 38, paragrafo 4, e avrebbe dovuto pertanto essere escluso dalla procedura di aggiudicazione della concessione; c) la Corte di giustizia dell'Unione europea constata, in un procedimento ai sensi dell'articolo 258 TFUE, che uno Stato membro ha mancato a uno degli obblighi a lui incombenti in virtù dei trattati per il fatto che un'amministrazione aggiudicatrice o un ente aggiudicatore appartenente allo Stato membro in questione ha aggiudicato la concessione in oggetto senza adempiere gli obblighi previsti dai trattati e dalla presente direttiva".

dell'atto concessorio". Si tratta, dunque, di quei vizi che, nell'ordinamento interno, legittimano il ricorso all'autotutela, nelle forme dell'annullamento (per vizi originari) e della revoca (per vizi sopravvenuti). Nello specifico, le circostanze che legittimano la "cessazione" della concessione (questo il termine usato dal nostro legislatore, del tutto irragionevolmente) sono tre, vale a dire: i) se il concessionario fosse, al momento dell'aggiudicazione, in una delle situazioni che importavano esclusione dalla procedura di aggiudicazione; ii) se la Corte di giustizia dell'Unione europea constati, in un procedimento ai sensi dell'art. 258 TFUE, che un'amministrazione aggiudicatrice o un ente aggiudicatore appartenente ad uno Stato membro abbia aggiudicato la concessione senza adempiere gli obblighi previsti dai Trattati e della direttiva stessa; iii) se la stessa abbia subito una modifica che avrebbe richiesto una nuova procedura di aggiudicazione della concessione.

Alla luce delle considerazioni svolte fin qui, l'attento giurista coglierà immediatamente che le tre ipotesi *de quibus*, più che avere ad oggetto lo svolgimento del rapporto di concessione (in altri termini, la c.d. fase privatistica, secondo il distinguo operato dalla sentenza dell'Adunanza plenaria 14/2014), si collocano nella precedente fase pubblicistica e afferiscono al momento dell'aggiudicazione.

Pertanto, la dottrina (e anche il Consiglio di Stato³⁸⁴) ritiene preferibile inquadrare tale ipotesi nell'ambito dell'annullamento d'ufficio³⁸⁵ e critica la scelta insoddisfacente del legislatore, che non si è limitato ad

³⁸⁴ Cons. Stato, sez. C, parere n. 855 del 2016 su *Giustamm.it*, in cui si evidenzia che "Si tratta di fattispecie che nell'ordinamento nazionale giustificano c.d. pubblicistica nella forma dell'annullamento d'ufficio (in tal senso, come si vedrà, va integrata la rubrica)".

³⁸⁵ C. Nuzzo, *Concessione autostrade tra diritto pubblico e privato alla luce dei fatti di Genova*, in *Giuricivile*, 2018, 9, <https://giuricivile.it/concessione-autostrade-tra-diritto-pubblico-e-privato-alla-luce-dei-fatti-di-genova/> parla di un annullamento d'ufficio "a statuto speciale", alla luce di due elementi di specialità rispetto all'art. 21^{novies} della l. 241/90: il venir meno di alcuni presupposti fondamentali per l'esercizio del potere di annullamento e la tipizzazione delle ipotesi in cui il concedente può disporlo, come se l'autotutela, da discrezionale qual è per antonomasia divenisse invece doverosa.

usare un *nomen iuris* improprio (“cessazione”)³⁸⁶, ma si è anche “dimenticato” di delineare l’oggetto e le conseguenze derivanti da tale annullamento³⁸⁷.

Ma la superficialità del legislatore emerge in tutta la sua evidenza al quarto comma dell’art. 176 del D.lgs. 50/2016: un’unica disposizione, infatti, equipara (quanto al trattamento economico spettante al concessionario) due ipotesi tanto diverse:

- risoluzione per inadempimento dell’amministrazione aggiudicatrice;
- revoca della concessione per motivi di pubblico interesse (poi ripresa nel comma sesto della stessa disposizione).

Basti pensare soltanto alle profonde differenze che intercorrono tra la revoca e la risoluzione per cogliere i dubbi gnoseologici che tale disposizione solleva: alla revoca, istituto di chiara matrice unilaterale, viene infatti affiancata la risoluzione, per di più richiamando espressamente, nel successivo comma settimo, le norme del codice civile³⁸⁸. L’imprecisione terminologica del nostro legislatore è stata messa in luce anche dai giudici di Palazzo Spada³⁸⁹ che ne auspicano, pertanto, un’integrazione opportuna.

³⁸⁶ L’annullamento d’ufficio riaffiora, quasi magicamente, soltanto nel comma terzo della disposizione in commento, che prevede che “*nel caso in cui l’annullamento d’ufficio dipenda da vizio non imputabile al concessionario si applica il comma 4*”.

³⁸⁷ Tra le tante questioni aperte vi è quella relativa all’efficacia di tale annullamento, *ex tunc* (com’è la regola nel nostro ordinamento) ovvero *ex nunc*? Questa seconda soluzione sarebbe ipotizzabile nel caso in cui l’annullamento intervenisse a distanza di molti anni (si pensi al caso di violazione del diritto europeo da parte della stazione appaltante, accertata dalla Corte di giustizia UE), sicché il problema del travolgimento degli effetti *medio tempore* prodottisi effettivamente si pone.

³⁸⁸ Di questo avviso è M. Ceruti, *op. cit.*, p. 641, il quale mette in luce come “affiancare la revoca per motivi di pubblico interesse alla risoluzione per inadempimento significa di fatto equiparare uno strumento pubblicistico di autotutela ad un rimedio contrattuale civilistico” con il conseguente paradosso per cui “nel primo caso la concessione sarebbe un provvedimento amministrativo, mentre nel secondo caso un contratto (tanto che il nuovo Codice ha espressamente incluso l’applicazione dell’art. 1453 del codice civile)”.

³⁸⁹ Il riferimento è a Cons. Stato, sez. C, parere n. 855 del 2016 *cit.*, in cui si evidenzia che “*la disposizione (cioè l’art. 176 in argomento, n.d.a.) impone una corretta disamina della terminologia comunitaria e nazionale, terminologia a cui corrispondono nella sostanza istituti diversi*”.

Inoltre, la previsione di una potestà di revoca ha riproposto il problema della possibile persistenza di poteri pubblicistici nella fase di esecuzione della concessione, nonché, il problema della natura della concessione e del giudice competente a deliberare le controversie sorte in fase di esecuzione³⁹⁰.

Per questa ragione, attenta dottrina ha rilevato come tale ipotesi di revoca, di cui tra l'altro non vi era alcun cenno nella Direttiva, abbia allontanato la concessione dal lido dell'inquadramento contrattuale per (ri)avvicinarla alla figura degli accordi *ex art. 11, l. 241/90*, "posto che la permanenza del rapporto contrattuale è esposta alle conseguenze derivanti dalla variazione dell'interesse pubblico"³⁹¹.

Ulteriori perplessità possono essere avanzate proprio in relazione al comma settimo della disposizione in esame, che reca testualmente: "*Qualora la concessione sia risolta per inadempimento del concessionario trova applicazione l'art. 1453 del codice civile*". La previsione è speculare rispetto a quella contenuta nel comma quarto, con la differenza che in questo caso ad essere inadempiente è il concessionario e non l'amministrazione aggiudicatrice.

Nonostante l'apparente formulazione lineare, due osservazioni si impongono come necessarie: in primo luogo, in questo caso l'esplicito rinvio all'art. 1453 c.c. elimina alla radice ogni dubbio circa l'inquadramento di tale fattispecie estintiva: siamo di fronte ad un istituto privatistico *tout court* e il regime applicabile è interamente quello civilistico³⁹².

Dunque, se da un lato il legislatore ha fatto sfoggio di chiarezza espositiva, dall'altro lato alcuni profili di incertezza continuano a destare

³⁹⁰ Lo evidenzia G. Greco, *La Direttiva in materia di "Concessioni"*, in *Riv. it. Dir. Pubbl. Com.*, p. 1114.

³⁹¹ Così G. Pantaleo, *Sviluppo del rapporto concessorio dall'unità d'Italia fino al d.lgs. 50/2016*, in www.osservatorio-oci.org/, p.161.

³⁹² Lo ribadisce anche la Cassazione: v. Cass. civ., sez. II, 29 febbraio 2016, n. 3940, in *Il Foro it.*

problemi interpretativi; che ne è infatti della risoluzione per eccessiva onerosità ovvero per impossibilità sopravvenuta? Che l'assenza di previsioni a riguardo sia frutto di un'espressa scelta legislativa sembra alquanto insostenibile, anche perché tali fattispecie sono tutt'altro che remote nella prassi delle concessioni. Piuttosto, si tratta dell'ennesima "dimenticanza" legislativa, foriera di perplessità a cui la dottrina tenta di offrire soluzioni variegate.

La tesi prevalente – a mio avviso indubbiamente corretta – propende per la piena applicabilità dell'art. 1467 c.c. (in materia di eccessiva onerosità sopravvenuta), considerato che tale ipotesi assume un valore certamente rilevante alla luce della natura durevole e continuativa dei rapporti concessori. "In presenza di prestazioni che si rivelino nel tempo eccessivamente onerose in ragione di eventi straordinari e non prevedibili, deve ritenersi applicabile l'art. 1467 c.c. In tale ipotesi, che risulta nettamente distinta dall'alea che caratterizza il rapporto concessorio, dovrebbe darsi la possibilità all'Amministrazione di ricondurre ad equità il contratto per evitare la risoluzione *ex art. 1467*, comma 2, c.c."³⁹³

La giurisprudenza³⁹⁴, chiamando in causa una non ben argomentata specialità del diritto dei contratti di cui sia parte un'amministrazione pubblica, ritiene estensibile l'istituto dell'eccessiva onerosità sopravvenuta ma con una precisazione: l'applicazione delle categorie codicistiche "*non discende per così dire 'automaticamente' dalla espressa natura contrattuale*", riconosciuta dalla legge, "*bensì dall'esame in concreto in ordine all'applicabilità dell'istituto ai contratti della pubblica amministrazione*"; quindi, "*la pur riconosciuta natura contrattuale all'atto in esame (...) non comporta di per sé la diretta applicazione delle norme*

³⁹³ Così S. Cresta, *La cessazione delle concessioni in bilico tra decadenza e annullamento: commento all'art. 176 del nuovo Codice dei contratti pubblici (D. Lgs. n. 50/2016)*, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici*, a cura di F. Caringella e M. Protto, Roma, Dike Giuridica Editrice.

³⁹⁴ Si veda Cons. Stato, sez. IV, 19 agosto 2016, n. 3653, su *Giustamm.it*.

*del codice civile in tema di obbligazioni e contratti*³⁹⁵. Secondo il giudice amministrativo, infatti, “*il rapporto amministrazione/concessionario, fondato sulle (usualmente definite) concessioni/contratto, proprio in ragione delle sue peculiarità originate dall’inerenza all’esercizio di pubblici poteri, non ricade in modo immediato, e tanto meno integrale, nell’ambito di applicazione delle disposizioni del codice civile*”³⁹⁶; per questa via, viene data per presupposta la sussistenza di poteri autoritativi più evocati che spiegati, genericamente qualificati in termini unilaterali e perfettamente compatibili con il diritto privato, purché contemplati in una delle fonti previste dal codice, quali il contratto o la legge)³⁹⁷.

In conclusione, non vi sarebbe ragione, in generale, per escludere l’applicabilità di tale forma legale di risoluzione, ricorrendone i presupposti, anche ai contratti della p.a. ma, secondo l’opinabile ricostruzione dei giudici di Palazzo Spada, ciò non conseguirebbe ad una applicazione *sic et simpliciter* delle norme del codice civile, ma ad una verifica puntuale ed in concreto del tipo di contratto considerato.

3.3 Prospettive comparatistiche: l’esperienza giuridica della Francia

La Direttiva concessioni segna una svolta importante nell’elaborazione dottrinale e giurisprudenziale in merito alla natura giuridica della concessione. Come ho sottolineato, si tratta però di una direttiva c.d. di prima generazione, la quale, a differenza delle direttive c.d. *self executing*, non contiene una disciplina altamente dettagliata e lascia spazio a notevoli diversificazioni nei singoli ordinamenti nazionali. Pertanto, ritengo opportuno affrontare il discorso, seppur solo a grandi

³⁹⁵ *Ibidem.*

³⁹⁶ *Ibidem.*

³⁹⁷ Di questo avviso è L.R. Perfetti, *Codice dei contratti pubblici commentato. Art. 176 Cessazione, revoca d’ufficio, risoluzione per inadempimento e subentro*, in www.academia.edu.

linee, considerando alcune tra le principali esperienze giuridiche europee, in particolare quella francese, tedesca ed inglese.

Il sistema giuridico francese ha seguito un percorso del tutto analogo a quello sviluppatosi nel nostro ordinamento nazionale, elaborando la figura, cui ho già accennato in precedenza³⁹⁸, del *contrat administratif*; in tal modo, il modello concessorio viene ricostruito in un'ottica contrattuale, seppure non del tutto privatistica.

Infatti, i *contracts administratifs* nascono esclusivamente per via pretoria³⁹⁹ e non sono assoggettati ad una normativa organica, bensì a frammentarie leggi di settore: “proprio i giudici hanno estratto dal corpo delle varie previsioni settoriali (...) una struttura unitaria, fondata su una serie di principi comuni, inserendo la relativa materia nell'ambito di una vera e propria teoria generale dei contratti amministrativi”⁴⁰⁰. Tale inquadramento dogmatico rivendica la sua completa autonomia rispetto alla sfera privatistica e comprende, al suo interno, non solo appalti e concessioni di lavori pubblici, servizi e forniture ma, di recente, anche “contratti di ricerca” (tramite i quali un ente pubblico affida ad un ricercatore o ad un istituto di ricerca incarichi scientifici), “contratti di studio” (tendenzialmente preordinati all'elaborazione di un progetto di opera pubblica) e “contratti industriali” (aventi ad oggetto la predisposizione di un prototipo e l'effettuazione di altre operazioni di alto livello tecnologico).

La categoria dei *contracts administratifs* include quindi sia i “contratti speciali” appena citati che vari “contratti innominati”, non riconducibili ad alcuna tipologia negoziale predefinita dal legislatore.

In questo contesto di progressiva contrattualizzazione dell'attività amministrativa (in linea con quanto avvenuto anche nel nostro

³⁹⁸ Si veda *supra*, Cap. I, par. 1.6.1.

³⁹⁹ Lo sottolinea anche A. Moliterni, *op. cit.*, p. 596, affermando che “quanto al *contrat administratif*, la giurisprudenza del *Conseil d'Etat*, a partire dagli anni Trenta del secolo scorso, ha messo in piedi un vero e proprio «sistema» contrattuale di diritto pubblico alternativo a quello del contratto di diritto privato, con regole ben definite e antitetiche rispetto a quelle di diritto civile”.

⁴⁰⁰ G. Balocco, *op. cit.*, p. 7.

ordinamento), nell'ordinamento francese la concessione è *sine dubio* qualificabile come *contrat administratif*. La difficoltà sta però nell'individuare la precipua natura giuridica di questa categoria, chiedendosi come possa distinguersi da quella dei contratti di diritto civile.

In maniera analoga al nostro ordinamento, anche il sistema francese non ha predisposto dei criteri formali che permettano di individuare i tratti peculiari del *contrat administratif*; perciò, ancora una volta, l'arduo compito spetta all'interprete.

E' così che la giurisprudenza ha tentato di definire dei criteri distintivi, individuandoli precipuamente nei seguenti:

1. occorre che l'accordo sia concluso tra due o più parti, di cui almeno una sia una pubblica amministrazione;
2. l'oggetto del contratto deve essere in qualche modo connesso all'esecuzione di un pubblico servizio;
3. nell'ipotesi in cui non si verifichi il presupposto di cui al n.2, si configurerà ugualmente un contratto amministrativo qualora vi siano contenuta una c.d. "clausola esorbitante".

Si potrebbe pensare, a primo acchito, che l'applicazione dei suddetti criteri sia lineare e per nulla gravosa. Nulla di più sbagliato! Foriera di notevoli criticità è, infatti, la nozione di "clausola esorbitante", che la giurisprudenza francese definisce come quella pattuizione con cui le parti esprimono la loro volontà di sottrarre il contratto al diritto civile, adottando appunto clausole derogatorie⁴⁰¹. Ma anche una definizione di tal fatta non è totalmente risolutiva; "risulta infatti assai arduo, in molti casi, stabilire quando una clausola rivesta carattere derogatorio al diritto privato"⁴⁰².

La giurisprudenza tende ad adoperare, quale elemento discriminante, la posizione dell'amministrazione e la conseguente ineguaglianza giuridica

⁴⁰¹ Cfr. *Court de Cassation, ch. civ.*, 22 novembre 2005, ric. n. 04-11284.

⁴⁰² G. Balocco, *op. cit.*, p. 10.

tra le parti del *contract administratif*: tutte le volte in cui, con quel determinato atto negoziale, la pubblica amministrazione si faccia carico della tutela dell'interesse pubblico, allora la disciplina di quel contratto non sarà *tout court* ricompresa nel diritto civile.

La prima obiezione che viene mossa a tale ricostruzione è facilmente intuibile: i casi in cui l'amministrazione, mediante la stipula di un qualsiasi contratto, non persegue l'interesse pubblico sono rari se non del tutto marginali.

Ulteriore tratto distintivo di questa figura dogmatica viene individuato nel fatto che, se normalmente in un contratto tra privati si realizza un incontro di volontà libere ed autonome, al contrario la volontà dell'amministrazione non è mai del tutto libera, stante la presenza di limiti che l'ordinamento statale gli impone. L'effetto precipuo di questo assunto si rinviene nella struttura del *contract administratif*: nella gran parte dei casi, infatti, si tratta di un atto equiparabile al nostro "contratto per adesione" ex artt. 1341-1342 c.c. (che l'ordinamento francese chiama "*cahier des charges*"), in cui la parte pubblica fissa molteplici condizioni negoziali e la controparte privata può solo accettarle o rifiutarle in blocco, senza alcun margine di trattativa.

Il pregiudizio per il contraente privato si fa ancora più evidente se pensiamo ai poteri di modifica, revoca e decadenza spettanti all'amministrazione: la supremazia di quest'ultima "trova la sua ragion d'essere nel primato dell'interesse generale", che le consente di "implementare, modificare o ridurre le obbligazioni della parte privata, senza che questa abbia la facoltà di opporsi"⁴⁰³. Viene dunque negata al privato la possibilità di ricorrere agli ordinari strumenti privatistici come, ad esempio, l'eccezione di inadempimento (*inadimplenti non est adimplendum*), potendo semmai, nei casi più gravi, ricorrere al giudice e chiedere la risoluzione definitiva del contratto. Anche qualora si verifichi

⁴⁰³ *Ivi*, p. 12.

una situazione imprevista, si dice che il contratto entra in una fase denominata dalla giurisprudenza “periodo extracontrattuale”⁴⁰⁴, in cui le parti sono tenute ad incontrarsi per tentare il riequilibrio sinallagmatico, prima di poter adire l’autorità giudiziaria per la risoluzione.

Le altre ipotesi di estinzione del contratto, nella dogmatica del *contrat administratif*, attengono a fattispecie “fisiologiche” quali la scadenza del termine di durata convenzionalmente previsto ovvero l’integrale esecuzione delle prestazioni dedotte, ovvero a casi “patologici”, tra i quali cause di forza maggiore ovvero la volontà della parti. Con riguardo a quest’ultima ipotesi, l’amministrazione può sciogliere unilateralmente l’accordo, oltre che nei casi espressamente convenuti nel regolamento, anche per grave inadempimento della controparte o per motivi di pubblico interesse (evidente è l’analogia con il sistema giuridico italiano).

A fronte di questo inquadramento generale, alcune precisazioni devono farsi in specie riguardo alla concessione.

In via preliminare, occorre rammentare che la Francia, come l’Italia, ha recepito la Direttiva 2014/23/UE, senza per ciò stravolgere la concezione interna che, come pocanzi sottolineato, già adoperava una ricostruzione contrattualistica dello strumento concessorio.

Pertanto, la *concession* è un *contract administratif* e il concessionario è tenuto ad effettuare la prestazione pattuita (ad es. fornire un servizio), i proventi della quale costituiscono la remunerazione per il capitale investito, a fronte dell’assunzione del rischio dell’operazione. Sul piano giuridico, la *concession* è l’atto negoziale che individua le obbligazioni delle parti, a cui solitamente si accompagnano una *convention*, contenente il contratto di delega (ad es. di un pubblico servizio) e il citato *cahier des charges*, che si sostanzia in un accordo tariffario.

⁴⁰⁴ In realtà, il termine non deve trarre in inganno perché il vincolo negoziale rimane ugualmente in essere tra le parti, verificandosi una mera “acquiescenza”.

Va tuttavia segnalato come, a dispetto delle considerazioni fin qui svolte in merito ai notevoli poteri di azione della parte pubblica, oggi l'amministrazione concedente venga spesso a trovarsi in una situazione di debolezza, a causa della quale risulta preclusa la possibilità di adoperare gli strumenti contrattuali a propria disposizione, sia in fase di negoziazione, sia in sede di esecuzione del contratto. Dal canto suo il privato, invece, si impone con una forza sempre maggiore e interventi in chiave autoritativa mediante gli strumenti del c.d. *rachat* (il nostro subentro) o della c.d. *resiliation* (la modificazione unilaterale) sono sempre più rari⁴⁰⁵.

3.3.1 (Segue) Il contratto di diritto pubblico nell'esperienza tedesca

L'esperienza giuridica tedesca non è poi così lontana da quella francese: la Germania è infatti il sistema in cui ha origine la teorica del "contratto di diritto pubblico", categoria giuridica di controversa configurazione.

I caratteri essenziali di questa figura sono stati già, in parte, delineati⁴⁰⁶: mi preme ora fare ulteriori rilievi di carattere concettuale per passare poi ad analizzare specificamente il modello concessorio tedesco.

Giova ribadire come, in svariati settori di azione, l'amministrazione possa ugualmente servirsi di schemi negoziali di carattere privatistico, oltre che del menzionato contratto di diritto pubblico. Pertanto, al fine di individuare il regime normativo di volta in volta applicabile, sono stati elaborati alcuni criteri discretivi, di origine normativa o giurisprudenziale, per capire dinanzi a quali fattispecie ci si trova.

Il primo è costituito dalla presenza, nel regolamento contrattuale, di clausole improntate al diritto pubblico.

⁴⁰⁵ Per un'analisi più approfondita si veda L. Saltari – A. Tonetti, *op. cit.*, pp. 133 e ss.

⁴⁰⁶ Si veda Cap. I, parr. 1.3 e 1.6.1.

Il secondo criterio presuppone che l'atto negoziale contenga l'obbligo di emettere un provvedimento espressione di potestà pubblica.

Ulteriore elemento sintomatico è costituito dalla presenza di clausole relative al riconoscimento di un diritto o all'imposizione di un obbligo di natura pubblicistica⁴⁰⁷.

Tuttavia, con riguardo a tale ultimo criterio, non di rado le clausole negoziali assumono valore "neutro" nell'ambito della singola fattispecie, non afferendo né al diritto privato, né a quello pubblico. Pensiamo, ad esempio, alla ricorrente pattuizione concernente il pagamento di una somma di denaro: in questi casi, per superare la criticità, la dottrina⁴⁰⁸ ritiene che bisogna aver riguardo allo scopo del pagamento. In altri termini, se lo stesso è finalizzato all'ottenimento di un permesso amministrativo, allora l'intero contratto assumerà veste pubblicistica; al contrario, ove sia volto ad ottenere il trasferimento della proprietà di un immobile, avrà carattere tipicamente privatistico. Qualora nel regolamento convenzionale fossero presenti tanto elementi afferenti al diritto pubblico quanto al diritto privato, saremo dinanzi ad un "contratto misto", che viene comunque attratto nell'orbita pubblicistica.

Dal punto di vista giuridico, si ammette che il contratto di diritto pubblico tedesco possa essere inficiato da vizi di nullità (per motivi tassativamente previsti nella legge sulla procedura amministrativa) che ne determinano la caducazione, per evitare la quale, la *figura iuris* in esame potrà essere, all'occasione, oggetto di rinegoziazione tra le parti. Ed infatti, carattere precipuo di tale categoria, è la clausola *rebus sic stantibus*, volta, come già ampiamente discusso⁴⁰⁹, ad appianare eventuali contrasti insorti tra le parti, a seguito del verificarsi di eventi imprevisi. In pratica, qualora "sorga per l'amministrazione una nuova esigenza, di pubblico interesse, a

⁴⁰⁷ I medesimi criteri sono così riassunti da G. Balocco, *op. cit.*, pp. 15-16.

⁴⁰⁸ Il riferimento è alla dottrina francese (H. Maurer, *Droit administratif allemand*, Parigi, 1994, pp. 366 e ss.) ma anche a quella italiana (G. Greco, *Accordi integrativi e sostitutivi del provvedimento*, *cit.*, pp. 55 e ss.).

⁴⁰⁹ V. *supra*, par. 2.4.2

tenore della quale il sinallagma contrattuale debba essere modificato, la stessa ha diritto a che l'accordo sia variato o, addirittura, sciolto, fatto salvo il riconoscimento di un equo indennizzo alla controparte privata"⁴¹⁰.

Se è invece la controparte a subire uno sbilanciamento del sinallagma, l'ordinamento le consente di attivarsi attraverso un'apposita "denuncia", mediante la quale avrà il diritto di riportare il contratto all'originaria intenzione delle parti⁴¹¹. Ove ciò non sia possibile, ad esclusivo beneficio della parte pubblica, è ammesso anche il diritto di recesso, determinando così lo scioglimento del vincolo negoziale, previo indennizzo. Una facoltà, questa, che ha tutti i caratteri di una revoca, piuttosto che di un recesso!⁴¹²

Venendo al tema delle concessioni, così come è accaduto nel nostro ordinamento, anche in Germania tendenzialmente controversa è la loro natura giuridica. Infatti, "a tale contratto di diritto privato si è talora attribuita la denominazione di 'contratto amministrativo', ma una corrente dottrinale preferisce riservare la denominazione predetta al 'contratto di diritto pubblico', per porre in rilievo che in tal caso il contratto è operante nel campo amministrativo vero e proprio, cioè nel campo pubblicistico"⁴¹³.

In effetti, la sistematica del contratto di diritto pubblico ha sicuramente esercitato un'influenza da non sottovalutare; nondimeno, ciò che va posto in luce è il principio del riequilibrio del sinallagma negoziale, da ultimo menzionato. Le reciproche manifestazioni di volontà delle parti

⁴¹⁰ G. Balocco, *op. cit.*, p. 17.

⁴¹¹ Cfr. G. Falcon, *Le convenzioni pubblicistiche, cit.*, p. 66, secondo cui "qualora le circostanze che sono state determinanti nella posizione del contenuto contrattuale si siano, dalla conclusione del contratto, alterate in modo essenziale, così che non possa essere richiesto ad una parte di tener ferma l'originaria disciplina contrattuale, allora tale parte può ottenere un adattamento del contenuto contrattuale alle mutate circostanze, o (se un adattamento non è possibile o non può essere richiesto ad una parte) denunciare il contratto".

⁴¹² Così la pensa G. Greco, *op. ult. cit.*, p. 62, il quale afferma che "un siffatto potere di recesso viene comunemente considerato alla stregua di un'applicazione – di portata peraltro limitativa, in quanto circoscritta solo all'esigenza di evitare un pregiudizio grave dell'interesse pubblico – del potere generale di revoca dell'atto amministrativo: per questo motivo trova giustificazione la corresponsione di un indennizzo in favore della parte privata".

⁴¹³ Così M. Gallo, *Contratto di diritto pubblico*, in *Novissimo Digesto*, vol. IV, 1964, pp. 644 e ss.

devono sempre disporsi su un piano di uguaglianza e tentare di salvaguardare il vincolo negoziale che le lega, a tal punto che il potere di risoluzione del contratto risulta del tutto eccezionale; ancor più, alla luce dell'art. 44 della Direttiva 2014/23/UE (da noi recepito nell'art. 108 Codice contr. pubbl., *supra* analizzato).

L'esperienza pratica tedesca dimostra in realtà che ad essere utilizzato, nella gran parte dei rapporti pubblici, non è tanto lo strumento concessorio, quanto l'appalto. La concessione ha, pertanto, un ambito applicativo residuale e si presenta con conformazione triplice.

Il primo modello di concessione è il *F-Modell*, utilizzato prevalentemente nel settore stradale. Viene stipulato un contratto tra un privato e l'autorità amministrativa, mediante il quale si prevede che la remunerazione della prestazione svolta dal primo sarà direttamente acquisita da costui. Possiamo allora immaginare, per esempio, che l'eventuale pedaggio autostradale (che nel sistema tedesco è una tassa, ha natura pubblicistica e non è una controprestazione civilistica), andrà direttamente a vantaggio del concessionario. Si viene così a configurare una relazione tripartita concedente-concessionario-utente.

Tale modello non è in realtà tanto diffuso, risultato più frequente il ricorso al c.d. *A-Modell* (analogo al Partenariato Pubblico-Privato), la cui disciplina confluisce essenzialmente nell'atto negoziale. Infine, altra forma di P.P.P. è il *V-Modell*, il cui elemento caratterizzante è rappresentato dall'effettiva disponibilità e percorribilità, da parte degli utenti finali, del tratto di strada oggetto del partenariato⁴¹⁴.

In conclusione va notato come, nonostante la concessione sia uno strumento non particolarmente utilizzato nell'esperienza giuridica tedesca, la figura del contratto di diritto pubblico ha rivestito particolare importanza, soprattutto alla luce del dialogo instauratosi tra la dottrina italiana e quella

⁴¹⁴ L'analisi approfondita di tali modelli e altre tematiche sono sviluppate da L. Saltari – A. Tonetti, *op. cit.*, pp. 117 e ss.

tedesca. Tuttavia, se tale categoria giuridica ha trovato una piena affermazione normativa in Germania, è stata invece rigettata dalla giurisprudenza del nostro Paese, che ha subito una maggiore influenza dal *contrat administratif* di stampo francese.

3.3.2 (Segue) La diversa soluzione adottata in *common law*: il sistema inglese

Fino a questo momento l'analisi si è soffermata sulle soluzioni approntate dagli ordinamenti continentali. Travalicando ora i confini del mondo di *civil law*, ci troviamo di fronte ad un contesto largamente differente, giustificato *in primis* dalla distanza che intercorre tra la concezione anglosassone del diritto e quella tipicamente continentale. “Nonostante la diversità dei due contrapposti sistemi, facenti capo a differenti scuole di pensiero, il diritto inglese delle concessioni può apparire, ai nostri fini, di interesse, in quanto in grado di influenzare, in qualche misura, gli orientamenti del legislatore comunitario, che mostra di tenere sempre di più in considerazione l'impostazione anglosassone”⁴¹⁵.

La premessa necessaria è che il diritto britannico conosce la figura del *public contract*, che è tuttavia poco diffusa nella pratica; la ragione riposa nella teoria dell'*ultra vires*, elaborata a livello dottrinale e consistente nella “preclusione, imposta all'amministrazione, di stipulare accordi che, in qualche modo, si scontrino o travalichino i compiti e le finalità dell'ente emanante”⁴¹⁶. In altre parole, se la p.a. conclude un contratto eccedendo la finalità di interesse pubblico sottesa al suo operato, tale atto è nullo se non addirittura inesistente. Paragonando tale concezione con il nostro sistema, potremmo dire che il *public contract* ha qualche tratto

⁴¹⁵ G. Balocco, *op. cit.*, p. 22.

⁴¹⁶ *Ibidem*.

di somiglianza con la teorica provvedimentale ed autoritativa dell'esercizio delle potestà pubbliche; lo spazio per una regolamentazione contrattuale dei pubblici poteri risulta, pertanto, assai circoscritto.

La chiave di volta si registra nel 1997, anno in cui viene emanato il *Local Government contracts Act* che per la prima volta consente alle amministrazioni locali di stipulare veri e propri contratti, disapplicando *in subiecta materia* il principio dell'*ultra vires*. La progressiva contrattualizzazione viene consacrata, anche nell'ordinamento inglese, dal recepimento delle Direttive comunitarie, che tuttavia non impediscono il tradizionale ruolo creativo dei giudici di *common law*.

Con specifico riferimento alla concessione, gli schemi giuridici più di frequente adoperati sono essenzialmente due:

1. Il contratto **Design, Build, Finance, Operate (DFBO)**, che appare *prima facie* analogo al nostro provvedimento unilaterale concessorio. In realtà, nella fase di negoziazione tra parte pubblica e parte privata (*negotiated procurement process*) l'apporto di quest'ultima nella definizione del contenuto contrattuale appare fondamentale: il potenziale concessionario presenta un'offerta che è tendenzialmente libera, seppure non siano del tutto assenti limiti all'autonomia contrattuale. Limiti di due ordini: di fonte legislativa (ad esempio nella fase a monte dell'individuazione dell'opera, in cui è necessario ottenere un'autorizzazione per la realizzazione del progetto), e di *soft law*⁴¹⁷, nella predeterminazione della forma contrattuale e dei suoi contenuti. Con riferimento a tale ultimo profilo, va riscontrato uno sbilanciamento del sinallagma contrattuale in favore della parte pubblica concedente, che trova la sua espressione nei c.d. *flexibility rights* in punto di modifiche contrattuali, nella *voluntary termination by Authority*, e nel potere

⁴¹⁷ Tra gli strumenti di *soft law* si segnalano, ad es., le *non statutory guidance*, linee guida, manuali operativi e vademecum di diverse autorità pubbliche.

sostitutivo (c.d. *right to step*): si tratta di prerogative pubblicistiche che inducono ragionevolmente ad affermare che “il sistema britannico tende oggi a rifuggire lo strumento negoziale come metodo di espressione della volontà dell’amministrazione”⁴¹⁸ e la natura giuridica delle concessioni inglesi (almeno per il modello del DFBO) è riconducibile nell’alveo della teorica del contratto di diritto pubblico⁴¹⁹.

2. Meno frequente è la stipula di c.d. **Concession Agreements**, tramite i quali la parte pubblica concede diritti esclusivi per la costruzione, gestione e manutenzione di grandi opere (ad esempio, autostrade). Anche in tal caso, come per il DFBO, le condizioni di base del rapporto non sono interamente rimesse all’autonomia negoziale e permangono, in capo alla parte pubblica, poteri autoritativi come quello di recesso previo indennizzo (*voluntary termination by Authority*) o il *right to step in* (cioè il diritto del concessionario di intervenire per ragioni di salute pubblica, di sicurezza, di tutela dell’ambiente, in caso di emergenza ovvero per adempiere ad obblighi di legge). Questa figura, a differenza della precedente, vede comunque il contraente pubblico e quello privato collocarsi su un piano paritario e la giurisprudenza riconosce ugualmente l’applicabilità di alcuni istituti di diritto civile: le regole sulla responsabilità (*rule of liability*), sull’inadempimento contrattuale (*breach of contract*) e sui relativi rimedi sono, infatti, quelli della *ordinary private law of contract*⁴²⁰.

Confrontati i due modelli *de quibus* con il nostro ordinamento continentale, appare *ictu oculi* predominante la vicinanza della *concession*

⁴¹⁸ G. Balocco, *op. cit.*, p. 23.

⁴¹⁹ Per approfondimenti, si veda L. Saltari – A. Tonetti, *op. cit.*, pp. 116 e ss.

⁴²⁰ Così, S. Arrowsmith, *The law of Public And Utilities Procurement*, London, Sweet and Maxwell, 2007, § 2.1.

agreement all'esperienza italiana; non solo per il *nomen iuris* ma anche per la sostanza del rapporto concessorio che, come fin qui ho tentato di dimostrare, conserva inevitabilmente dei profili contrattuali. Che il modello negoziale sia un tratto distintivo del sistema inglese non è dubitabile, rappresentando il contratto la fonte principale di regolazione del rapporto tra parte pubblica e controparte privata.

In definitiva, il sistema concessorio di *common law* si caratterizza indubbiamente per la sua efficienza, anche grazie ad un modello di *governance* capace “di attrarre gli investimenti dei privati, di far leva sugli standard contrattuali per regolare il rapporto a tutela degli interessi pubblici, di esercitare un efficace controllo sul rispetto dei vincoli assunti, di migliorare nel tempo anche la qualità degli strumenti contrattuali utilizzati”⁴²¹.

3.4 Considerazioni conclusive e necessità di “attualizzazione” del modello italiano

L'analisi fin qui condotta si è mossa su un duplice piano: da un lato, è stato preso in esame l'approccio europeo al tema delle concessioni, cercando di delineare quel processo di progressiva contrattualizzazione che ha avuto compimento con il recepimento della Direttiva 2014/23/UE nel Codice dei contratti pubblici (D.lgs. 50/2016). In questo *corpus* normativo, le disposizioni esaminate ci consentono di fare alcune riflessioni conclusive. Con riferimento al contratto di appalto pubblico, gli articoli 108 e 109 disciplinano due forme differenti di scioglimento: nello specifico, la prima norma prevede la risoluzione del contratto ancorandola a presupposti specifici, mentre l'art. 109 ammette genericamente un potere di recesso che

⁴²¹ L. Saltari – A. Tonetti, *op. cit.*, p. 179.

viene tratteggiato con linee meno marcate, non risultando tipizzate le circostanze in presenza delle quali il predetto diritto potestativo può essere esercitato.

Per ciò che riguarda invece la concessione, si può astrattamente ipotizzare l'operatività degli istituti da ultimi menzionati, alla luce della clausola di compatibilità consacrata nell'art. 164 comma secondo del D.Lgs.50/2016, la quale, come tramanda la secolare dottrina civilistica, costituisce un limite all'estensione diretta di una regola da un caso ad un altro. Sembrerebbe allora che non sussistano limiti in tal senso. Eppure, a spezzare il filo di tale pretesa compatibilità interviene l'art. 176 del Codice dei contratti pubblici, una norma che racchiude in sé istituti dalla più varia natura e derivazione. In questo coacervo giuridico frutto dell'impellenza del legislatore, trova spazio una risoluzione per inadempimento che sembra impedire l'applicabilità dell'art. 108. Non così per il recesso, che non comparso in alcuna disposizione della Parte III, può legittimamente operare per il contratto di concessione, negli stessi termini in cui è stato delineato dal legislatore all'art. 109.

La c.d. Direttiva Concessioni ha avuto il merito di dar vita ad una costruzione giuridica unitaria di questo istituto che, fino a quel momento, non aveva avuto una sua propria dignità. Il silenzio normativo che regnava *in subiecta materia* aveva persino portato a sostenere che il tema delle concessioni fosse integralmente sottratto alla disciplina comunitaria, trattandosi di un settore riservato alla piena ed esclusiva sovranità statale⁴²².

Nel 2014 non solo si ribadisce il carattere contrattuale della concessione, ma se ne elabora una disciplina che, seppur ricalcando per molti versi quella dell'appalto pubblico, se ne differenzia essenzialmente per un elemento: l'assunzione del rischio operativo. Il paradigma concettuale sovranazionale così elaborato fa sì che le concessioni si spoglino del loro tradizionale radicamento pubblicistico e vengano ad

⁴²² Così M. Ramajoli, *Concessioni di pubblico servizio e diritto comunitario*, cit., p. 321.

essere considerate a tutti gli effetti contratti. Sullo sfondo, si staglia l'inestricabile intreccio tra le regole privatistiche sottostanti alla regolazione consensuale del rapporto e i principi e gli strumenti propri del diritto pubblico.

Se nei decenni precedenti il concessionario era il beneficiario di diritti speciali o esclusivi, in virtù dei quali quest'ultimo si sostituiva all'amministrazione, nell'ottica sovranazionale del Ventesimo secolo, la concessione "è integralmente piegata alle esigenze del mercato: non solo il concessionario è scelto a mezzo di procedura ad evidenza pubblica, ma quest'ultimo è un *partner* privato che si confronta col mercato"⁴²³, sopponendosi al rigido rispetto delle regole concorrenziali.

I meccanismi del mercato sono però vari e variegati a seconda del contesto di riferimento: la prospettiva comparatistica adottata nella seconda parte del presente capitolo vuole avere come obiettivo quello di dimostrare l'esigenza, sempre più sentita, di essere giuristi moderni, che non si chiudono nei ristretti confini del sistema nazionale, ma allargano i propri orizzonti. Attraverso un'analisi - per quanto approssimativa - degli ordinamenti francese, tedesco ed inglese, si è avuta contezza del fatto che il termine "concessione" ha una funzione meramente descrittiva, dovendo l'interprete tener conto, volta per volta, delle specificità dei singoli modelli considerati. Un *modus operandi* di tal fatta è infatti l'unico a poter garantire un approccio sistematico, che tenga conto tanto del dato giuridico quanto di quello empirico, e che è indispensabile in un settore, com'è quello concessorio, oggi assai complesso.

In conclusione, non è più possibile limitarsi ad esaminare il problema in oggetto in chiave meramente storica, la quale consentirebbe di indagare solo una faccia del fenomeno concessorio complessivamente considerato; occorre necessariamente aggiornare il metodo di analisi, tenendo sempre ben a mente la logica di contorno, che non può non essere

⁴²³ L. Saltari - A. Tonetti, *op. cit.*, p. 295.

quella contrattuale, idonea, meglio di ogni altra, a garantire la “parità delle armi” tra i contraenti, nel rispetto del principio *pacta sunt servanda*.

Il nostro ordinamento giuridico è divenuto, e diviene sempre più, un ordinamento giuridico aperto o, per dirla con le parole di Gino Gorla, “comunicante”, partecipe di un mondo che adesso sempre più comunica. Tale apertura del nostro diritto non è rivolta solo all’ordinamento europeo ma anche al formarsi di un diritto comune mondiale, specialmente dei contratti⁴²⁴.

⁴²⁴ Sono le riflessioni di G. Barbagallo, *Introduzione*, in *Gli Accordi fra privati e pubblica amministrazione e la disciplina generale del contratto*, cit., pp. 11-12.

Capitolo IV

La sintesi tra disciplina privatistica e pubblicistica in un caso pratico: il crollo del ponte Morandi

SOMMARIO: 4.1 LA CONCESSIONE NEL SISTEMA AUTOSTRADALE ITALIANO – 4.2 LA NATURA GIURIDICA DELLA CONVENZIONE UNICA ALLA LUCE DEL D.L. 262/2006 – 4.3 LO SCIoglimento DEL RAPPORTO CONCESSORIO: LE SOPRAVVENIENZE E L'INCERTO CONFINE TRA AUTOTUTELA E RIMEDI NEGOZIALI PRIVATISTICI NELLA CONVENZIONE – 4.3.1 (SEGUE) L'ARTICOLO 9 DELLA CONVENZIONE: LA DECADENZA DALLA CONCESSIONE – 4.3.2 (SEGUE) L'ART. 9 BIS DELLA CONVENZIONE UNICA: RECESSO, REVOCA E RISOLUZIONE – 4.4 L'ITER PROCEDIMENTALE SEGUITO DAL GOVERNO – 4.5 IL “DECRETO-GENOVA”: UN'OPPORTUNITÀ MANCATA

In un suo recente saggio⁴²⁵, Natalino Irti definisce quella che la scienza giuridica è solita chiamare la “certezza del diritto” in termini apparentemente estranei al lessico del giurista e tipicamente appartenenti alla logica economica e capitalista. Egli parla infatti di “calcolabilità del diritto”, espressione con cui si riferisce all'esigenza che gli uomini avvertono di conoscere *ex ante* le conseguenze delle loro azioni; in altre parole, il diritto diviene calcolabile nel momento in cui si lega ad un senso di responsabilizzazione strettamente connesso alla possibilità razionale di prevedere le future decisioni giudiziarie.

“La prevedibilità dei comportamenti, cioè della loro valutazione, è il motivo per il quale la legge non ragiona di cose particolari e presenti, ma di cose future e generali”⁴²⁶. Queste “cose” vengono a coincidere con quella che la scienza giuridica ormai da secoli denomina “fattispecie”: uno schema tipico predisposto in astratto (che si suole far coincidere con la

⁴²⁵ N. Irti, *Un diritto incalcolabile*, in *Rivista di diritto civile*, 1/2015, p. 11 e ss.

⁴²⁶ F. Lopez de Onate, *La certezza del diritto*, ristampa postuma a cura di G. Astuti, Roma, 1950, p. 80.

formulazione ‘*se A allora B*’), in cui il caso concreto è destinato ad essere sussunto.

Negli scritti di Max Weber la fattispecie è lo strumento della moderna razionalità giuridica, in quanto “ogni decisione giuridica concreta è l’applicazione di un principio giuridico astratto a una fattispecie concreta”⁴²⁷. È grazie alla norma – la quale, nel descrivere un fatto generale vi ricollega un determinato effetto giuridico - che l’uomo è in grado di prevedere, di calcolare ciò che avverrà. “Un diritto che non sa andare oltre all’irrazionalità del caso singolo rimane non calcolabile”⁴²⁸.

Allo stato attuale, la calcolabilità non è nulla di più che un’aspirazione: le clausole generali dell’ordinamento - come quella di buona fede e correttezza – e lo spiccato soggettivismo delle decisioni giudiziarie sono solo due degli indici che mettono in crisi il funzionamento calcolabile delle norme. Ad essi va aggiunta l’incontrollabile condotta dell’uomo, che assai raramente agisce quale animale razionale di aristotelica memoria, in uno con l’imponderabile realtà delle cose, di fronte alla quale anche il diritto rivela la sua impotenza.

Nel suo saggio intitolato al diritto incalcolabile, Irti prende atto del fatto che oggi il giudicante è tenuto a prendere decisioni che non sono null’altro se non risposte “al groviglio di interessi e bisogni e passioni che segnano da sempre la storia degli uomini”⁴²⁹, risposte alle “situazioni di vita”⁴³⁰.

Il presente capitolo si pone come obiettivo proprio quello di indagare le possibili risposte ad una “situazione di vita”, di fronte alla quale l’applicazione normativa della fattispecie non si rivela sufficiente.

Nei capitoli precedenti sono stati delineati alcuni concetti giuridici e ricostruite alcune categorie logico-formali che potessero offrire gli

⁴²⁷ M. Weber, *Economia e società*, II, trad. it., Milano, 1964, p. 17.

⁴²⁸ N. Irti, *op. cit.*, p. 13.

⁴²⁹ *Ivi*, p. 17.

⁴³⁰ *Ibidem*.

strumenti necessari ad indagare la realtà anzidetta, quella realtà che spesso pone il giurista, e lo studioso in generale, di fronte a questioni che non sempre trovano risposta sui libri e nelle norme di legge.

La *vexata quaestio* sulla natura giuridica della concessione, da un lato, e l'ammissibilità dei rimedi privatistici quali la risoluzione e il recesso, dall'altro, sono destinate a rimanere questioni di pura dogmatica se non le si affronta in un'ottica pratica. La funzione principale del diritto è appunto quella di consentire il passaggio dalla "nozione" alla "questione" o, in altre parole, dalla "*quaestio iuris*" alla "*quaestio facti*"; perché "non c'è nulla del diritto che non sia servito a risolvere un problema"⁴³¹.

Il caso concreto che ci si accinge ad esaminare nel corso del capitolo conclusivo si lega ad una recente e tragica pagina di cronaca nera: il 14 agosto 2018, una sezione di 200 metri del Viadotto del Polcevera di Genova (anche conosciuto come Ponte Morandi, dal nome del suo costruttore) crolla, causando 43 vittime, 14 feriti e 566 sfollati.

Il tema è insito di complessità che lambiscono tutti i settori dello scibile umano, a partire dall'ingegneria, passando per la politica, l'etica e il diritto. Si tratta di una tragedia di carattere globale, che ha riaperto il capitolo di un libro mai definitivamente chiuso: quello relativo alla regolamentazione delle concessioni autostradali, nella (ormai nota) sintesi tra disciplina pubblicistica e privatistica.

Immediatamente dopo i drammatici fatti di Genova, il Governo ha avviato un processo di revisione globale del sistema delle concessioni da parte dello Stato e ha subito ipotizzato la possibilità di agire per la revoca o la decadenza della concessione ad Autostrade per l'Italia. In attesa che la giustizia faccia il suo corso, questa tristissima vicenda potrebbe costituire l'abbrivio per una seria e più generale riflessione sullo strumento concessorio e sul suo utilizzo.

⁴³¹ Così Bin-Pitruzzella, *Diritto Pubblico. Introduzione*, Torino, Giappichelli, 2002.

L'obiettivo del presente capitolo è proprio quello di offrire un'analisi giuridica, quanto più logica e coerente, in relazione ad un tema particolarmente delicato in materia di concessioni, specialmente per quelle autostradali: le varie ipotesi in cui il rapporto concessorio giunge al termine. Le vicende concernenti la fase esecutiva della rapporto concessorio appaiono per un verso permeate, nella prassi, dalle regole che governano le obbligazioni contrattuali di cui al codice civile e, per l'altro, sono innegabilmente ancorate alle vicende del potere discrezionale ed autoritativo, nell'ottica di garantire all'amministrazione la possibilità di vigilare sullo svolgimento dell'attività del concessionario e di sottrarsi unilateralmente alla concessione.

Alla luce delle considerazioni sin qui condotte, affiancate da un'attenta lettura delle disposizioni della concessione in oggetto, l'indagine si concentrerà sui profili civilistici di questo documento. Non v'è dubbio, difatti, che “le nozioni civilistiche sono le sole che possono regolare i momenti patologici”⁴³² della fase esecutiva di un qualsiasi rapporto contrattuale.

Nello specifico, verranno analiticamente prese in considerazione due disposizioni (gli articoli 9 e 9 bis) della Convenzione stipulata nel 2007 tra Anas S.p.A. (cui è subentrato, nel 2012, il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti) e Autostrade S.p.A., nel tentativo, sicuramente arduo, di offrire un riscontro pratico ai numerosi profili finora esplicitati in linea meramente teorica.

⁴³² B. Cavallo, *Accordi e procedimento amministrativo*, in *Procedimento amministrativo e diritto d'accesso*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1991, p. 76.

4.1 La concessione nel sistema autostradale italiano

In via preliminare, è doveroso fare un accenno al funzionamento del sistema autostradale italiano. Agli inizi del Novecento le strade, intese quali beni pubblici di proprietà dello Stato, vengono gestite da società pubbliche le quali, nondimeno, avranno vita breve. Nel Secondo Dopoguerra, infatti, la ricostruzione post bellica inaugura un processo di progressiva rivitalizzazione del settore stradale⁴³³ destinato a proseguire anche nei decenni successivi, mediante interventi normativi⁴³⁴ e iniziative pubbliche che favoriscono la realizzazione di nuove autostrade. La “rivoluzione copernicana” si realizza negli anni Novanta, che segnano l’inizio di un processo di privatizzazione ancora in atto grazie al quale le principali strade italiane approdano definitivamente in mano a società private; tra queste, una delle più note è da sempre la società Autostrade Concessioni e Costruzioni S.p.A., nata nel 1950 per volontà dell’I.r.i. e privatizzata nel 1999. Solo tre anni dopo nasce Autostrade per l’Italia, controllata al 100% da Autostrade S.p.A. (dal 2007 divenuta Atlantia) e titolare di numerose concessioni relative alle principali tratte autostradali italiane.

Oggi, Autostrade per l’Italia controlla complessivamente 3020 chilometri di autostrade italiane, con un fatturato annuo di circa 4 miliardi di euro. Affianco a lei sono presenti circa altre venti società, a cui si aggiunge Anas S.p.A., il cui capitale è interamente detenuto dal Ministero delle Economia e delle Finanze, sottoposta alla direzione del Ministero

⁴³³ Alcuni dati testimoniano la situazione decisamente critica delle infrastrutture italiane negli anni Cinquanta: “la rete autostradale è di appena 440 Km, mentre quella stradale, pur superando i 20000 Km, risulta gravemente danneggiata dagli eventi bellici per circa due terzi della sua estensione”. Così G. Pisanti, *Le concessioni autostradali: evoluzione normativa e regolamentare, Dagli albori alla delibera ART 119/2017*” Roma, editore Universitalia, dicembre 2017, p. 7.

⁴³⁴ Tra cui si segnala la L. 385/1968, la quale ha il merito, per la prima volta, di precisare alcuni dei contenuti della convenzione (art. 5). Inoltre, la medesima normativa subordina la risoluzione della concessione al consenso della concessionaria, “a riprova del carattere ibrido dell’istituto, pubblico-privato” (così L. Saltari – A. Tonetti, *Il regime giuridico delle autostrade. In Italia, in Europa e nelle principali esperienze straniere*, Milano, Giuffrè Editore, 2017, p. 39).

delle Infrastrutture e dei Trasporti e che gestisce attualmente solo il 13% delle moderne autostrade italiane.

Il settore autostradale italiano è dunque in gran parte in mano privata⁴³⁵ ed è uno dei più noti al mondo a ragione degli elevatissimi importi dei pedaggi nazionali; importi così elevati da rendere le nostre strade le più care di Europa e da far ridefinire gli azionisti privati che le controllano “signori delle Autostrade”⁴³⁶ e “monopolisti di un’infrastruttura di trasporto aperta al pubblico”⁴³⁷.

Nel 1924, viene costruita la prima autostrada italiana: è la Milano-Varese, affidata in gestione ad una società privata, sulla base di una **concessione di costruzione e gestione**, che ha sancito l’affermazione di un paradigma giuridico rivelatosi poi di grande successo. Nel settore autostradale si è riscontrata una spiccata longevità dello strumento concessorio (a differenza di quanto accaduto, invece, per le concessioni ferroviarie); nondimeno è stato comunque messo in luce il verificarsi di “oscillazioni periodiche tra il prevalere della razionalità economico privatistica cui segue l’affermarsi della logica pubblicistico-dirigista”⁴³⁸.

Come finora ho cercato di dimostrare, la concessione è uno strumento giuridico che si colloca inevitabilmente al confine tra pubblico e privato, offrendo svariati vantaggi ma, contestualmente, anche una non trascurabile serie di effetti negativi. Infatti, se da un lato lo Stato trasferisce il diritto (e l’onere) di costruzione e/o gestione in capo al concessionario, sottraendosi così anche ai rischi di una tale attività imprenditoriale, dall’altro lato l’alea che caratterizza la concessione – che, come visto *supra*⁴³⁹, è definita “rischio operativo” e rappresenta l’elemento di

⁴³⁵ Nel documento di P. Sestito, “*Indagine conoscitiva in materia di concessione autostradali. Testimonianza del Capo di Servizio di struttura economica della Banca d’Italia*”, Commissione 8° della Camera dei Deputati, Roma, 11 giugno 2015, si legge espressamente che l’87% della rete è gestita da concessionari privati e non dallo Stato.

⁴³⁶ È il titolo di un libro di G. Ragazzi, *I Signori delle Autostrade*, Bologna, Il Mulino, 2008.

⁴³⁷ L. Saltari - A. Tonetti, *Il regime giuridico delle autostrade*, cit., passim.

⁴³⁸ *Ivi*, p. 13.

⁴³⁹ Si veda *supra*, Cap. III, par. 3.2.

distinzione rispetto all'appalto – viene a ricadere totalmente sul privato concessionario, la cui remunerazione proviene direttamente dal pubblico degli utenti.

Le concessioni in generale, e quelle autostradali nello specifico, vengono oggi declinate secondo gli schemi normativi più vari, a seconda del ruolo rivestito dallo Stato. In Germania, per esempio, lo Stato assume una responsabilità diretta nelle operazioni di costruzione e gestione e gli utenti usufruiscono delle autostrade, senza dover alcun pedaggio.

In Francia, nel Cile e anche in Italia, al contrario, si preferisce un assetto indiretto, tale per cui lo Stato demanda a terzi gli oneri legati alla realizzazione e all'esercizio della rete autostradale.

Per far ciò, il modello sicuramente prevalente nel nostro ordinamento è quello del contratto di concessione cui è allegata una convenzione. Un modello, quest'ultimo, che sembra richiamare alla mente la figura ibrida coniata dalla Corte di Cassazione nel lontano 1910, quella della “concessione-contratto”⁴⁴⁰: al provvedimento amministrativo di carattere *tout court* autoritativo è annessa una convenzione privatistica, la quale reca la disciplina dei rapporti patrimoniali tra concedente e concessionario.

Tale struttura complessa è l'emblema dell'esigenza fortemente avvertita di conciliare la tutela dell'interesse pubblico, manifestato nell'atto di concessione, con gli interessi privati tipici di qualsiasi rapporto di scambio e consacrati nella convenzione accessiva. Per tale via, si realizza un collegamento biunivoco che incide sugli effetti e sulle vicende che ciascun atto produce nei confronti dell'altro.

Anche nel caso oggetto di esame, la relazione tra Anas, nella veste di concedente, e Autostrade S.p.A. (oggi A.s.p.i., Autostrade per l'Italia), in quella di concessionaria, è affidata ad una convenzione, che reca data 4 agosto 1997. Ma non è questo il primo caso in cui tra le parti predette sorge un rapporto concessorio: già nel 1956 l'Anas e la società Autostrade

⁴⁴⁰ Si veda *amplius* Cap. I, par. 1.2 .

stipulano una convenzione di concessione e, gradualmente, la stessa Aspi riceve la gestione di una gran parte di strade a pedaggio rilevate dall'Anas ad altri concessionari entrati in crisi. È così che nasce un'unica grande rete autostradale affidata alla medesima società concessionaria.

Tralasciando le singole tappe dell'evoluzione storica e legislativa del sistema concessorio, la grande svolta nel settore autostradale si è avuta con la Legge 286/2006 (“*Conversione del D.L. 262/2006, recante disposizioni urgenti in materia tributaria e finanziaria*”), che ha ridefinito il rapporto esistente tra l'Anas e le singole concessionarie, mediante la stipula di una Convenzione Unica. Si tratta di una legge che, recependo le indicazioni avanzate in seno alla Camera dei Deputati e all'allora Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici (AVLP)⁴⁴¹, si preoccupa di porre un argine alle lamentate criticità del settore autostradale⁴⁴².

Un primo elemento di criticità veniva ravvisato nella paradossale situazione per cui Anas S.p.A. agiva contestualmente sia nelle vesti di controllore che in quelle di controllato; ma ancor più problematico e lacunoso appariva il sistema sanzionatorio, incentrato su un unico strumento (quello della decadenza per inadempienza del concessionario) che nondimeno veniva configurato in termini di *extrema ratio*, mettendo

⁴⁴¹ L'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, istituita con la L. n. 109/1994, oggetto di ristrutturazione nel senso dell'ampliamento delle relative funzioni anche ai settori della fornitura dei beni e dei servizi e conseguentemente ridenominata Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici (cfr. D.lgs. 163/2006), è stata poi soppressa per effetto del D.L. 90/2014, poi convertito in L. 114/2014, che ne ha ritrasferito le funzioni all'Autorità Nazionale Anti Corruzione, ridisegnandone significativamente lo spettro di competenze.

⁴⁴² L'obiettivo generale dell'intervento normativo era quello di realizzare una “rivisitazione del sistema concessorio in Italia perché... sproporzionato a danno degli utenti e dei consumatori” (così l'allora Ministro delle Infrastrutture Antonio Di Pietro, cfr. *Autostrade, per Di Pietro “la cuccagna è finita” e il Tar gli dà ragione*, in *Il Sole 24 ore*, 6 dicembre 2006).

Cfr. anche il Documento XVII approvato dalla Camera dei Deputati l'11 gennaio 2006 a conclusione dell'indagine conoscitiva “*Sullo stato e sulle prospettive di sviluppo del settore autostradale*”, in cui si legge: “le misure da assumere in materia di controlli e vigilanza non possono che rispondere all'esigenza di assicurare un migliore servizio all'utenza autostradale e all'opportunità di rafforzare il legame tra pedaggio corrisposto e servizio reso, in coerenza con i principi affermati anche in sede comunitaria”.

pertanto in dubbio la sua concreta utilità⁴⁴³. Infine, la convenzione stipulata tra Anas e Autostrade veniva definita eccessivamente generica e sfornita di garanzie formali per il concedente, nell'implicito presupposto che, al momento della stipula, la concessionaria altro non fosse che il braccio operativo del concedente medesimo.

A fronte del quadro problematico appena accennato, il Governo interviene con il Decreto Legge 262/2006, convertito nella Legge 286/2006⁴⁴⁴: l'obiettivo, sicuramente ambizioso, è quello di modificare lo *status quo* dei rapporti concessori, addivenendo ad una "convenzione unica" tra l'Anas e le società concessionarie. Va segnalato, da ultimo, che nel 2011, a seguito della mancata istituzione dell'Agenzia per le infrastrutture stradali e autostradali, la veste di concedente passa al Ministero per le Infrastrutture e i Trasporti e, nello specifico, a due distinte Direzioni generali del Dipartimento per le infrastrutture, i sistemi informativi e statistici⁴⁴⁵.

Bisognerà attendere il 2011 perché venga istituita, anche nel settore autostradale, un'Autorità di regolazione dei trasporti, operativa soltanto a partire dal 2014. Si tratta di un'innovazione sicuramente degna di nota a livello nazionale, la quale nondimeno non intacca le concessioni già in essere alla data dell'entrata in vigore della legge istitutiva (D.L. 201/2011) della stessa, com'è il caso della Convenzione Unica del 2007. Proprio su alcune disposizioni della menzionata Convenzione si concentrerà l'analisi nelle pagine seguenti.

⁴⁴³ Così si legge nella citata segnalazione dell'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici, recante data 8 giugno 2006: "*Infine, va rilevato che la circostanza che l'originaria e tuttora vigente disciplina convenzionale del rapporto concedente-concessionario sia rimasta la stessa, ed in particolare non attribuisca alla concedente né la potestà di infliggere penali per ritardi né alcun altro concreto strumento per sanzionare eventuali specifici comportamenti omissivi della concessionaria salvo la misura estrema della decadenza dell'intera concessione, non attenua, ma semmai corrobora, l'esigenza di ricorrere a tale estrema misura qualora non sussistano altri mezzi idonei a tutelare il pubblico interesse*" (punto 2).

⁴⁴⁴ Le disposizioni dedicate al settore autostradale sono contenute nell'art. 12, commi 82-89.

⁴⁴⁵ Si tratta della "Direzione generale per le strade e le autostrade e per la vigilanza e la sicurezza nelle infrastrutture stradali" e della "Direzione per la vigilanza sulle concessionarie autostradali".

4.2 La natura giuridica della Convenzione Unica alla luce del D.L. 262/2006

La prima questione da indagare attiene alla natura giuridica della Convenzione stipulata nel 2007 tra Anas e Autostrade: in via preliminare, occorre rilevare come, già nelle “Premesse” alla predetta Convenzione⁴⁴⁶, figurino due pattuizioni che, ad avviso di chi scrive, rivestono un’importanza non di poco conto ai fini dell’esegesi delle singole disposizioni. Si tratta degli ultimi due punti del “Premesso” (pagina 3), stando ai quali le parti ribadiscono *expressis verbis* che l’atto che si accingono a stipulare viene concluso in attuazione dell’art. 2, commi 82 e ss. del Decreto Legge 3 ottobre 2006, n. 262, e che intendono conferire alla presente Convenzione un assetto contrattuale. Pertanto sembrerebbe emergere che la Convenzione unica sia qualificata come “un testo contrattuale, reso obbligatorio per legge tra le parti”⁴⁴⁷.

È di questo avviso anche la giurisprudenza, che in più occasioni ha enfatizzato l’esistenza di elementi *lato sensu* privatistici che connotano le concessioni, asserendo che “*la costruzione giudiziale di questa fattispecie complessa - che si è andata affermando e consolidando (...) riposa sulla constatazione che all’atto amministrativo di natura concessoria accede sempre una convenzione (a volte denominata anche “capitolato o “disciplinare”), in cui sono contenute le clausole destinate a regolare in termini paritari il rapporto fra i diritti e gli obblighi delle parti*”⁴⁴⁸.

Il tema, alla luce delle considerazioni già svolte, non si risolve in un’astratta questione dogmatica, bensì è foriero di precipue conseguenze pratiche in merito alla disciplina in concreto applicabile. Prediligere la tesi pubblicistica piuttosto che quella privatistica vuol dire ammettere

⁴⁴⁶ Il testo della Convenzione Unica è disponibile all’indirizzo <http://www.engeologi.it/wp-content/uploads/2018/08/ASPI-Convenzione-Unica-12-10-2007.pdf>.

⁴⁴⁷ Coi G. Balocco, *op. cit.*, p. 193.

⁴⁴⁸ Corte dei Conti, Deliberazione n. 5 del 14 aprile 2005, in www.cortedeiconti.it.

implicitamente l'esperibilità di tutta una serie di rimedi autoritativi (*rectius* di autotutela) che incidono inevitabilmente sul sinallagma negoziale. Ma tali argomenti sono stati più approfonditamente esaminati nei capitoli precedenti e non pare necessario dilungarci ulteriormente sul punto; ciò che preme nondimeno ribadire è che la *querelle* di lunga data non è affatto sopita; esigui, e a volte persino contraddittori, sono gli elementi a disposizione per poter parlare di una soluzione unanime.

Nel settore autostradale, in particolare, le concessioni, seppur accomunate dal medesimo effetto – “quello di costituire, in capo al destinatario, situazioni giuridiche che permettono un godimento differenziato”⁴⁴⁹ -, conoscono una pluralità di schemi giuridici differenti; prevalente è senza dubbio quello della c.d. concessione-contratto.

La riflessione sulla natura giuridica della concessione, come visto, ha attraversato, negli anni, un lungo e complesso percorso di elaborazione concettuale: nata “*come un contratto tra una pubblica amministrazione ed un operatore economico privato, dopo un lungo bagno nel fiume dell'idealismo giuridico tedesco, ha ripreso i propri vestiti privatistici e si presenta per quello che è in realtà: un negozio giuridico a titolo oneroso tra una pubblica amministrazione ed un operatore privato*”⁴⁵⁰.

Accanto alla tesi *tout court* privatistica, l'orientamento attualmente prevalente tende ad inquadrare le concessioni (includendovi anche quelle autostradali) in una prospettiva ibrida, al fine di realizzare la sintesi di interessi opposti: quello generale della collettività e quello particolare attinente al singolo rapporto di scambio tra concedente e concessionario.

La controversa ricostruzione sistematica del fenomeno concessorio non esime dal poter affermare in maniera convinta che oggi le concessioni

⁴⁴⁹ G. Balocco, *op. ult. cit.*, p. 169.

⁴⁵⁰ Così A. Botto e L. Iannotta, *La concessione di lavori pubblici nella sua oscillazione pendolare: dal privato al pubblico e ritorno*, in *Negoziazioni pubbliche. Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, a cura di G. Bottino, A. Botto, M.M. Cafagno, G. Fidone, Milano, Giuffrè, 2013, p. 65.

autostradali rappresentano una *species* del *genus* contratti di concessione di cui si è occupata la Direttiva 2014/23/UE analizzata nel precedente capitolo, poi recepita nel Codice dei Contratti pubblici. Sebbene l'Unione Europea sia intervenuta a disciplinare la materia soltanto di recente e sebbene non sussista alcuno spazio per un'applicazione retroattiva dei principi innovativi ivi sanciti, non per questo possiamo chiuderci acriticamente in rigidi schemi, disattendendo il dato letterale.

Senza addentrarci ulteriormente in risvolti di carattere squisitamente teorico, un considerazione "pratica" risulta opportuna: chiunque provi ad analizzare la convenzione, si troverà dinanzi ad un atto che, tanto nella struttura formale quanto nel contenuto, può essere sottoposto ad un sindacato per nulla divergente rispetto a quello solitamente adoperato in materia contrattuale⁴⁵¹; gli insegnamenti e gli strumenti ermeneutici tipici del diritto privato si rivelano idonei anche in un campo, come quello delle concessioni, in cui il confine tra pubblico e privato è assai labile.

Tale osservazione non mi pare possa essere messa in dubbio neanche dalla considerazione che fanno, nella propria monografia, Saltari e Tonetti⁴⁵², i quali rilevano come, nei fatti, la concessione autostradale veda sempre prevalere la matrice pubblicistica, non foss'altro per il fatto che il concessionario non è del tutto libero di negoziare il contenuto dell'atto, ma è vincolato al rispetto di una serie di limiti. Limiti fissati *ex ante* nel succitato D.L. 262/2006, un atto che ha tutti i caratteri di quella che la dottrina definisce "legge-provvedimento".

Si tratta, in sostanza, di una categoria che racchiude tutti gli "atti formalmente legislativi, che tuttavia, al pari dei provvedimenti amministrativi, presentano un contenuto specifico e puntuale, in ciò differendo dalla legge generale che, per definizione, presenta caratteri

⁴⁵¹ Secondo G. Pisanti, *op. cit.*, p. 42, "La convenzione accessiva alla concessione autostradale infatti è a tutti gli effetti un contratto e come tale soggiace alle regole stabilite dal Codice Civile".

⁴⁵² L. Saltari - A. Tonetti, *op. cit.*, p. 81.

di astrattezza e generalità”⁴⁵³. In più occasioni, e nonostante da più parti si levassero voci di opposizione⁴⁵⁴, la Consulta ha ribadito la legittimità costituzionale delle c.d. leggi provvedimento, non essendo presente nella Carta Costituzionale alcuna norma che riservi il potere di emanare atti a contenuto particolare e concreto in capo esclusivamente agli organi amministrativi o esecutivi⁴⁵⁵.

Ma per quali motivi il citato D.L. 262/2006 può essere qualificato una legge provvedimento? All’art. 2, comma 83, si legge espressamente che *“le clausole convenzionali debbono assicurare, tra l’altro, l’introduzione di sanzioni a fronte di casi di inadempimento delle clausole della convenzione imputabili al concessionario”* e che debbano altresì prevedere *“l’introduzione di meccanismi tesi alla migliore realizzazione del principio di effettività della clausola di decadenza dalla concessione”*. È così dunque che una legge dello Stato viene ad integrare in maniera rilevante il contenuto della convenzione, a tal punto da destare molti dubbi circa la sua natura di atto inter-privato⁴⁵⁶.

Non a caso, a seguito dell’emanazione del D.L. più volte citato, numerose sono state le contestazioni sollevate dai concessionari e dalle associazioni di categoria; in particolare, viene lamentato il contrasto della neo introdotta normativa sia con la nostra Carta Costituzionale che con i principi del diritto europeo.

⁴⁵³ Così V. Citraro, in *Amministrativo*, <http://www.salvisjuribus.it/legge-provvedimento-definizione-legittimita-costituzionale-e-tutela-giurisdizionale/>.

⁴⁵⁴ Una dottrina autorevolissima ha parlato del fenomeno delle leggi provvedimento in termini di assoluta “crisi della legge”, di “patologia nell’esercizio della funzione legislativa”, per il fatto che si determina la sostituzione del legislatore all’amministrazione nella regolamentazione del caso specifico (H. Kelsen, *Dottrina generale dello Stato*, Milano, Giuffrè, ed. 2013).

⁴⁵⁵ Si veda, *ex multis*, Corte Cost, 20 novembre 2013, n. 275, in www.cortecostituzionale.it.

⁴⁵⁶ Così si esprimono L. Saltari - A. Tonetti, *op. cit.*, *passim*.

Nei medesimi termini già Falcon, *Le convenzioni pubblicistiche, cit.*, il quale affermava che nonostante l’uso di strumenti di diritto privato, la convenzione rimane un atto di natura pubblicistica in quanto la discrezionalità dell’amministrazione, formalizzata nel contratto, configura l’esito di un procedimento amministrativo: la volontà amministrativa rimane dunque volontà procedimentale e il contratto è solo l’atto terminale di un procedimento rivolto a produrlo.

In relazione al primo profilo, si ritiene che la nuova disciplina, incidendo sulle convenzioni di concessione in vigore tra privati concessionari e Anas al fine di rideterminarne i contenuti, rappresenti una chiara lesione della libertà di iniziativa economica, tutelata dall'articolo 41 della Costituzione. In subordine, viene gravemente messo a rischio uno dei baluardi dei moderni ordinamenti giuridici, cioè il principio di eguaglianza, comportando di conseguenza una irragionevole disparità di trattamento: la giustificazione di questa censura va ricercata nel fatto che le richiamate restrizioni hanno come unici destinatari i concessionari del settore autostradale, mentre tutti i gestori di infrastrutture di genere diverso sono esenti dall'applicazione delle suddette norme. "E questo è senza dubbio irragionevole, non trovando alcuna giustificazione logica nella differenza di settore merceologico"⁴⁵⁷.

Con riferimento, invece, alla violazione dei principi del diritto europeo, ancora una volta viene rilevato come il D. L. 262/2006, pur qualificando l'Anas come un'impresa in concorrenza con le altre società concessionarie, le consenta poi, nei fatti, di rappresentare anche "il soggetto che regola e concede, per conto dello Stato, le stesse infrastrutture autostradali, irrogando le sanzioni e addirittura proponendo ed imponendo le modificazioni contrattuali che le società concessionarie sono costrette ad accettare, pena l'esclusione dal mercato"⁴⁵⁸. Tale occorrenza si pone in insanabile contrasto col principio di libera concorrenza e con il divieto di abuso di posizione dominante ed è la causa che ha giustificato l'apertura, da parte della Commissione Europea, di ben due procedure di infrazione nei confronti dell'Italia⁴⁵⁹. Fortunatamente, alcuni anni dopo, l'*impasse* viene

⁴⁵⁷ Così G. Balocco, *La concessione tra provvedimento e contratto: riflessioni sui rapporti amministrativi sinallagmatici*, Roma, Dike Giuridica Editrice, 2014, p. 195.

⁴⁵⁸ *Ibidem*.

⁴⁵⁹ Si tratta di quella prevista dal Comunicato del 18 ottobre 2006, IP/06/1418 e di quella di cui al Comunicato 14 novembre 2006, IP/06/1561, procedura 2419/2006.

superato trasferendo, come detto, le funzioni di vigilanza e controllo in capo al Ministero⁴⁶⁰.

L'intervento normativo del 2006 rappresenta sicuramente un tentativo ambizioso del legislatore di ridare vita ad un settore insito di problematiche e per nulla al passo con i moderni ordinamenti europei.

Dunque la convenzione (*rectius* la Convenzione Unica stipulata a seguito della legge del 2006) fa emergere nella sua interezza il problema della prevalenza della componente provvedimentale ovvero negoziale nell'ambito di qualunque rapporto concessorio. Mi pare che una conclusione – se di conclusione si possa effettivamente parlare – possa essere ricostruita sinteticamente nei seguenti termini: il provvedimento di concessione, innegabile espressione di una potestà pubblica, è l'atto da cui scaturisce la relazione tra le parti, il fatto generatore di un rapporto che, nei fatti, trova la sua precipua regolamentazione nella convenzione annessa alla concessione, simbolo di una consensualità dalla quale non si può prescindere in un settore così complesso.

La realtà dei fatti ci dimostra pertanto come, a fronte di un atto di concessione ben poco rilevante, nella pratica l'atto che regola e definisce i rapporti tra concedente e concessionario durante la vita e l'esecuzione della concessione è piuttosto la convenzione⁴⁶¹.

Una volta acquisito che il protagonista della vicenda concessoria è un atto paritetico, è opportuno ora rivolgere la nostra attenzione proprio alla Convenzione.

⁴⁶⁰ Cfr. art. 11 D.L. 29 dicembre 2011, n. 216, convertito nella legge 24 febbraio 2012, n. 14.

⁴⁶¹ Lo mette in luce anche A. Moliterni, *Il regime giuridico delle concessioni di pubblico servizio tra specialità e diritto comune*, in *Dir. Amm. Rivista Trimestrale*, anno XX, fascicolo 4/2012, p. 599, rilevando come "l'assoluta centralità che riveste il regolamento convenzionale liberamente stipulato tra le parti nelle vicende del rapporto concessorio conduce ad una larga applicazione delle regole civilistiche nella relative fase di esecuzione".

4.3 Lo scioglimento del rapporto concessorio: le sopravvenienze e l'incerto confine tra autotutela e rimedi negoziali privatistici nella Convenzione

Muovendo dalle considerazioni sopra illustrate, è opportuno ora chiedersi come la Convenzione del 2007 regoli lo scioglimento del rapporto concessorio e, più in generale, il tema delle sopravvenienze. In più occasioni si è avuto modo di ribadire che l'autonomia delle parti rappresenta *sine dubio* un valore fondante del nostro ordinamento giuridico, difficilmente sacrificabile nel bilanciamento con altri interessi di eguale rilevanza; questa considerazione può esser validamente riprodotta in qualsiasi ambito del diritto, *a fortiori* di fronte ad un atto, come quello oggetto di esame, in cui sono le parti medesime che chiaramente intendono conferirgli un assetto contrattuale.

Oltre ai rimedi generali previsti dall'ordinamento, la libertà negoziale trova spesso una sua declinazione nell'utilizzo delle c.d. "clausole di rinegoziazione" o di "*hardship*"⁴⁶²: si tratta di una prassi che si è affermata intorno agli anni Ottanta, con l'intento di gestire il rischio contrattuale e governare l'incidenza delle sopravvenienze soprattutto nell'ambito dei contratti di durata. Non esiste allo stato una definizione unanimemente condivisa di "sopravvenienza"⁴⁶³, a conferma del fatto che i contraenti sono quasi totalmente liberi di dare rilievo a determinate

⁴⁶² La letteratura in materia è vasta. Si segnalano, *ex multis*, F. Macario, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, Jovene, 1996; V. Lopilato, *Le clausole di rinegoziazione nei contratti ad evidenza pubblica*, in *Giust. Amm.*, 2006, pp. 9 e ss.; E. Tuccari, *La (s)consolante vaghezza delle clausole generiche per disciplinare l'eccessiva onerosità*, in *Contr. e Impr.*, 2/2018, pp. 843 e ss.; M.P. Pignalosa, *Clausole di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2015, pp. 411 e ss.

⁴⁶³ Per E. Tuccari, *La (s)consolante vaghezza delle clausole generiche per disciplinare l'eccessiva onerosità*, *cit.*, p. 843, le sopravvenienze sono quelle "circostanze che, verificandosi nell'intervallo temporale fra il perfezionamento dell'accordo e la completa esecuzione della prestazione dovuta, sono in grado di modificare l'originario equilibrio contrattuale stabilito dalle parti".

fattispecie sopravvenute piuttosto che ad altre, qualificandole *ex ante* come idonee ad incidere sostanzialmente sul contratto o sul rapporto contrattuale⁴⁶⁴.

La funzione delle clausole di rinegoziazione è proprio quella di evitare che, in presenza di un evento impreveduto e/o imprevedibile, le parti si trovino dinanzi alla scelta obbligata di risolvere il contratto, presumibilmente a ragione di un'eccessiva onerosità sopravvenuta. Possono allora convenire sulla necessità di negoziare nuovamente con l'obiettivo di ricercare una regola condivisa che ristabilisca il sinallagma turbato dall'evento sopravvenuto⁴⁶⁵.

La dottrina ha da tempo elaborato una distinzione nell'ambito del *genus* "clausole di rinegoziazione" in relazione sia alle tecniche di redazione delle stesse che alle modalità attuative dell'obbligo di "negoziare nuovamente".

Limitando la nostra attenzione alla prima questione, è prassi invalsa per le parti di un contratto di durata – soprattutto se alla base vi è un rapporto economico di rilevante importanza – quella di individuare, più o meno analiticamente, i presupposti che fanno sorgere l'obbligo di rinegoziare. Si distinguono così le "*clausole generiche di rinegoziazione*", dirette ad offrire tutela alle parti nei confronti di un ampio spettro di circostanze sopravvenute, dalle "*clausole specifiche di rinegoziazione*", che restringono l'ambito delle sopravvenienze rilevanti, stabilendo dei parametri dettagliati ai quali è subordinata la rinegoziazione del contratto originario (è quanto avviene, ad esempio, in presenza di clausole di adeguamento automatico).

⁴⁶⁴ Cfr. M. Zaccheo, *Soppravvenienza*, in *Dizionari del diritto privato*, promossi da Irti, a cura di Martuccelli e Pescatore, Milano, Giuffrè, 2011, p. 1638, il quale osserva come la sopravvenienza sia un pseudoconcetto che designa una serie di fattispecie dotate tutte della medesima caratteristica: l'accadere o il non accadere di un fatto, verificatosi dopo la conclusione del contratto, inatteso e tale da incidere sostanzialmente sul contratto o sul rapporto contrattuale.

⁴⁶⁵ M. P. Pignalosa, *Clausole di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, *cit.*, p. 414.

Se le prime consentono alle parti di mantenere una maggiore autonomia e di assicurare la massima flessibilità al contratto originario, attraverso il richiamo a parametri generici e non determinati, nondimeno le seconde, mediante un'elencazione analitica dei presupposti, da un lato eliminano alla radice il pericolo che ciascun contraente approfitti del contenuto generico della clausola per utilizzarla "a proprio vantaggio" e, dall'altro, rischiano di essere interpretate in senso tassativo⁴⁶⁶.

A monte ed in via preliminare, va posta in luce un'altra distinzione generale, anch'essa di elaborazione dottrinale, relativa al tema delle sopravvenienze: mi riferisco al *discrimen* tra sopravvenienze "tipiche", che sono quelle disciplinate dal legislatore e a fronte delle quali intervengono i rimedi risolutivi (impossibilità sopravvenuta, eccessiva onerosità...) previsti dall'ordinamento e sopravvenienze "atipiche", che invece vengono rimesse alla libera determinazione delle parti al momento della stipulazione del contratto⁴⁶⁷. Volendo concentrare l'analisi proprio su queste ultime, occorre ora indagare se la Convenzione dia rilievo a determinate sopravvenienze "atipiche" e, ammesso che lo faccia, quali siano le conseguenze che essa prevede al verificarsi di presupposti specificati.

Ebbene, quando si passa ad esaminare cosa accada alla Convenzione e al rapporto ad essa sotteso in presenza di eventi patologici, assume rilievo l'argomento che ha rappresentato il filo conduttore del presente elaborato: la doppia anima del rapporto concessorio. Le disposizioni della Convenzione che prendono espressamente in considerazione i rimedi a fronte di sopravvenute "patologie" nell'esecuzione del contratto sono gli artt. 9 e 9 bis, i quali regolano quattro fattispecie (decadenza, revoca, recesso, risoluzione) tra loro eterogenee per presupposti e conseguenze.

⁴⁶⁶ Cfr. E. Tuccari, *op. cit.*, p. 868.

⁴⁶⁷ La distinzione è confermata anche in giurisprudenza: cfr. Cass., SS. UU., 27 gennaio 1959, n. 224; Cass. Civ., 3 ottobre 1977, n. 4198; Cass. Civ., 9 aprile 1987, n. 3480 in *Il Foro it.*, vol. 115, 1992, 3363; Cass. Civ., 14 gennaio 2002, n. 337.

4.3.1 (*Segue*) L'articolo 9 della Convenzione: la decadenza dalla concessione

Il primo articolo è dedicato alla “*Decadenza dalla Concessione*” per grave inadempienza del concessionario, mentre la disposizione successiva, sulla falsa riga del nuovo art. 176 del Codice dei Contratti pubblici⁴⁶⁸, reca la disciplina del “*Recesso, Revoca e Risoluzione della Convenzione*”.

In via preliminare, è indiscusso che l'articolo 9 ha il merito di predeterminare in maniera analitica le ipotesi di “gravi inadempienze” che possono portare alla decadenza dalla concessione. Attraverso una serie di rinvii all'articolo 3, comma primo, della medesima Convenzione, la decadenza è conseguenza dell'inadempimento ai seguenti obblighi:

“ (*omissis*)

b) *al mantenimento della funzionalità delle infrastrutture concesse attraverso la manutenzione e la riparazione tempestiva delle stesse;*

(*omissis*)

f) *alla progettazione, alla stipula del contratto di appalto con l'appaltatore prescelto a norma dell'art. 33, all'esecuzione nonché agli oneri di collaudo ed alle altre attività accessorie degli interventi di adeguamento della rete (...);*

(*omissis*)

j) *oltre alla regolare tenuta ed all'aggiornamento di una contabilità generale secondo le prescrizioni delle norme in vigore, alla tenuta della contabilità analitica relativa a ciascuna tratta autostradale oggetto di concessione relativa ai costi e ricavi inerenti alla stessa, sia per la attività di costruzione e manutenzione, che per le attività di gestione, per assicurare, tra l'altro, la loro corretta disaggregazione e imputazione per ciascuna attività svolta (...)*

⁴⁶⁸ Ho già avuto modo di sottolineare le imprecisioni lessicali di questa norma. Si veda *supra*, Cap. III, par. 3.2.2.

(omissis)

l) ad effettuare la valutazione, ai sensi dell'art. 2426, n.4, cod. civ., di ciascuna immobilizzazione consistente in partecipazioni in imprese controllate o collegate ai sensi dell'art. 2359 cod. civ., sui ricavi e sugli investimenti (...);

(omissis)

n) a certificare il bilancio, ai sensi dell'art.11 comma 5, L. 498/92 e s.m.i., a mezzo di una società di revisione, anche se società non quotata in borsa, da scegliere ai sensi della normativa vigente;

o) a mantenere adeguati requisiti di solidità patrimoniale come fissati nell'allegato O;

p) a prevedere e mantenere nel proprio statuto misure atte a prevenire i conflitti di interesse degli amministratori e, per gli stessi, speciali requisiti di onorabilità e professionalità, nonché, per alcuni di essi, di indipendenza;

(omissis)

s) a mantenere, nel proprio statuto la presenza nel Collegio Sindacale di un funzionario ANAS;

(omissis)

v) ad avere la disponibilità, per ciascun esercizio, di linee di credito/finanziamento non revocabili, con una durata di almeno 12 mesi, o avere disponibilità liquide vincolate alla realizzazione degli investimenti previsti nell'allegato O (...)"

Il primo rilievo che il giurista avveduto muoverebbe è che le ipotesi di inadempimento appena richiamate sembrano *prima facie* costruite alla stregua di clausole risolutive espresse⁴⁶⁹. Già D'Alberti, nell'opera più volte

⁴⁶⁹ Al riguardo valgono le generiche considerazioni di A. Moliterni, *op. cit.*, p. 601, il quale rileva la problematicità della distinzione tra revoca e decadenza a ragione del fatto che entrambe, nei rapporti concessori, sono ricostruite come vere clausole risolutive espresse.

citata⁴⁷⁰, notava come frequentemente le previsioni di decadenza fossero assimilate a tale mezzo di risoluzione di diritto, con tutto ciò che ne discende in relazione alla disciplina applicabile.

Le ipotesi *supra* elencate soddisfano, infatti, tutti i requisiti che la giurisprudenza ormai unanime ritiene necessari per l'operatività della clausola risolutiva espressa: primo fra questi, l'indicazione specifica delle modalità di adempimento di una determinata obbligazione, il cui mancato rispetto comporta la risoluzione del contratto. Occorre, inoltre, l'imputabilità a titolo di colpa e la gravità dell'inadempimento. In presenza di tali elementi, la risoluzione non si verifica in realtà "di diritto", ma è a tal uopo necessaria un'espressa dichiarazione della parte con cui manifesta l'intenzione di porre fine a quel determinato rapporto contrattuale.

Questa prima considerazione avvalorata la tesi secondo la quale il ricorso ai tradizionali strumenti civilistici è ammesso in qualsiasi settore dell'ordinamento giuridico⁴⁷¹ e la tecnica redazionale utilizzata dalle parti nell'art. 9 della Convenzione ne è un chiaro indice⁴⁷².

Dello stesso avviso è anche la giurisprudenza, Tar Sicilia, Catania, sez. IV, 6 luglio 2009 n. 1230 su *Giustamm.it*, secondo cui "la clausola della convenzione che collega la revoca della concessione per la raccolta dei giochi pubblici al ritardo dell'avvio della rete telematica costituisce una clausola risolutiva espressa (tali essendo le clausole le quali, nell'ambito del rapporto di natura privatistica originato dall'atto convenzionale, collegano all'inadempimento del privato la possibilità della P.A. di annullare o revocare l'erogazione, attuando un meccanismo sanzionatorio assimilabile alla clausola risolutiva espressa disciplinata dall'art. 1456 c.c.)".

⁴⁷⁰ Il riferimento è a M. D'Alberti, *Le concessioni amministrative. Aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, Jovene, 1981. Si veda *amplius* Cap. II, par. 2.2.

⁴⁷¹ Anche Cons. Stato, sent. 9347/2010, è dello stesso avviso. Afferma, infatti, che "nella fase di esecuzione del rapporto convenzionale debbano trovare applicazione piena ed integrale le regole civilistiche in materia di imputabilità dell'inadempimento" e che il rapporto concessorio debba essere assoggettato alle "comuni regole civilistiche in tema di adempimento-inadempimento, nonché di obblighi di buona fede delle parti del contratto (art. 1375 c.c.)". Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 4 maggio 2010 n. 2568 su *Giustamm.it*, ove si afferma che, nell'ambito dei rapporti concessori, "il giudice possa e debba fare applicazione anche della disciplina dell'inadempimento del contratto, allorché una parte contesti alla controparte un inadempimento degli obblighi di fare".

⁴⁷² A tal proposito, può essere utilmente richiamata la sentenza n. 277 del 19 marzo 1996 della V Sez. del Cons. Stato, nella quale viene perspicuamente statuito che: "Giovà premettere che, in linea astratta, il rapporto concessorio, concernente la gestione di un bene del demanio o del patrimonio indisponibile, può cessare o per ragioni connesse agli interessi pubblici che il bene è destinato a soddisfare, ovvero per inadempimento, da parte del concessionario, degli impegni derivanti dal contratto attuativo del provvedimento di concessione. Mentre nel primo caso l'amministrazione agisce nell'esercizio del potere autoritativo di autotutela, (...) nel secondo caso

Proseguendo con l'esame della disposizione, i contraenti hanno cura di precisare che *“la grave inadempienza da parte del Concessionario all'obbligo di cui alla lettera f), comma 1 dell'art. 3, relativamente all'esecuzione degli interventi, è ravvisabile laddove il Concessionario stesso, volontariamente, ometta di avviare o sospenda arbitrariamente la realizzazione degli interventi, fermo restando, al contrario, che il ritardo nell'esecuzione degli interventi, imputabile al Concessionario medesimo, determinerà soltanto l'applicazione di eventuali penali di cui al successivo art. 30”*. Si distingue quindi l'ipotesi dell'*omesso avvio* e della *sospensione arbitraria*, causa anch'essi di decadenza, da quella del *mero ritardo* nell'esecuzione, che comporterà, invece, soltanto l'irrogazione di una penale.

Passando oltre, il secondo comma dell'articolo 9 disciplina il procedimento che porterà alla decadenza, configurandolo sulla falsa riga dell'art. 1454 c.c., relativo alla diffida ad adempiere: si prescrive infatti la necessità di contestare l'inadempimento al concessionario, avvertendolo che in caso di mancato adempimento entro il termine previsto (comunque non inferiore a 90 giorni) ovvero di rigetto delle controdeduzioni eventualmente proposte dal concessionario medesimo, il concedente assegnerà un nuovo termine (non inferiore a 60 giorni), decorso inutilmente il quale, si avrà la decadenza dalla concessione. Il provvedimento sarà assunto con decreto del Ministro delle Infrastrutture, di concerto con il Ministro dell'Economia e delle Finanze.

Si precisa, infine, che, nonostante l'intervenuta decadenza, in capo al concessionario resta l'obbligo di proseguire nell'ordinaria amministrazione dell'esercizio delle autostrade fino al trasferimento della gestione stessa.

la vicenda si svolge su un piano paritetico e trovano applicazione le norme civilistiche che l'amministrazione si è vincolata ad osservare mediante la sottoscrizione dell'atto negoziale”.
In senso analogo, più di recente, si veda Cons. Stato, Sez. V, 27 gennaio 2006 n. 236 su *Giustamm.it*.

Ulteriori profili procedurali, in realtà, sono già delineati nella disposizione precedente, l'art. 8, rubricato “*Accertamento gravi inadempimenti del Concessionario*”, prevedendo che, prima di avviare la procedura descritta dalla disposizione successiva, il concedente debba comunicare gli elementi della valutazione fissando un termine congruo entro il quale il concessionario dovrà provvedere in ordine agli accertamenti e fornire le proprie giustificazioni; in mancanza, se il concessionario non provvede ovvero non fornisce le proprie giustificazioni o queste vengono rigettate, si avvierà la procedura appena descritta.

Infine, il comma terzo dell'art. 9 regola le conseguenze economiche derivanti dal provvedimento di decadenza, prevedendo il subentro del concedente in tutti i rapporti attivi e passivi in essere al momento del trasferimento della concessione e il pagamento al concessionario di un importo determinato tenendo in considerazione una serie di elementi analiticamente indicati da cui andrà decurtata una penale pari al 10% del valore così determinato, salvo il maggior danno subito dal concedente.

Tralasciando in questa sede le considerazioni di opportunità politica che hanno fatto seguito ai tragici eventi dell'agosto 2018, alcuni rilievi di ordine giuridico destano particolare interesse. Ho evidenziato *supra*⁴⁷³ come, nei fatti, molto spesso la decadenza (in astratto concepita come provvedimento di carattere sanzionatorio a fronte di gravi inadempimenti di una delle parti) venga concretamente ad “intersecare in più punti” la risoluzione per inadempimento di stampo privatistico, di cui agli artt. 1456 e ss. del codice civile.

La giurisprudenza amministrativa ha avvalorato ripetutamente tale assunto, richiedendo, quali presupposti per dichiarare decaduto il concessionario, *i*) una violazione *grave* degli obblighi contrattuali consacrati nella convenzione e, cumulativamente, *ii*) il nesso di causalità tra

⁴⁷³ Si veda *amplius* Cap. II, par. 2.4.1.

la predetta violazione e la condotta – attiva o omissiva – della parte. Non sfugge, allora, come i medesimi elementi siano richiesti anche dal diritto privato perché un determinato comportamento possa configurare un inadempimento legittimante la risoluzione del contratto.

Che le parti abbiano voluto chiamare decadenza quella che è in realtà una vera e propria risoluzione per inadempimento non è dato saperlo; ciò che è certo è che una tale approssimazione terminologica può essere rimproverata *ex ante* al legislatore, che non ha introdotto una disciplina generale dell'istituto, come invece ha fatto per la revoca. A siffatta lacuna, i privati cercano di supplire “vestendo” la decadenza nei termini più confacenti ai propri interessi.

Nel caso oggetto di esame, il Mit potrebbe addivenire alla decadenza dalla concessione solo laddove riesca a dimostrare un inadempimento grave imputabile al concessionario, come per esempio il mancato “*mantenimento della funzionalità delle infrastrutture concesse attraverso la manutenzione e la riparazione tempestiva delle stesse*” (art. 3, comma 1, lett. f).

Relativamente agli oneri di manutenzione, l'Allegato E della convenzione specifica che la finalità principale della manutenzione stessa “*consiste nel garantire uno stato di conservazione della rete con gli obiettivi di qualità del servizio e di sicurezza per l'utenza. Con queste finalità tutte le strutture da mantenere sono monitorate attraverso un sistema di indicatori correlati allo stato di conservazione delle stesse; tali indicatori sono elaborati grazie ad una costante attività di sorveglianza e monitoraggio volta ad identificare gli eventuali difetti presenti, la loro ubicazione, estensione, gravità ed evolvibilità*”⁴⁷⁴.

In questo caso, la struttura e la ratio della disposizione fanno ragionevolmente presumere che, a fronte di uno stringente onere di

⁴⁷⁴ Allegato E alla Convenzione Unica, pag. 7, consultabile all'indirizzo https://www.lavoripubblici.it/documenti2018/lvpb3/Atto_aggiuntivo_alla_convenzione_Unica_Al_I_E.pdf

manutenzione in capo al concessionario, incomba anche in capo alla pubblica amministrazione un dovere di controllo e vigilanza; è infatti previsto dagli articoli 8 e 9 del contratto che solo in seguito ad apposita segnalazione circa la qualità, la natura e la gravità dell'inadempimento, il Concessionario possa valutare l'esistenza dell'inadempimento contestatogli e le modalità per porre fine allo stesso entro un lasso di tempo contrattualmente disciplinato. Solo qualora il Concessionario non dovesse porre rimedio alla gravità dell'inadempimento imputatogli dalla pubblica amministrazione, quest'ultima potrebbe procedere alla declaratoria di decadenza dalla Concessione. Appare allora evidente come la legittimità dell'azione dello stato passi dalla dimostrazione dell'esistenza dell'inadempimento e dalla possibilità che il concessionario dimostri che l'inadempimento non gli sia imputabile, perché diversamente la decadenza sarebbe palesemente illegittima.

Nondimeno non può essere trascurato l'obbligo di controllo e di vigilanza espressamente sancito in capo al concedente. Quest'ultimo, infatti, deve essere sempre in grado di verificare che la controparte rispetti gli obblighi formalizzati e fissati in Convenzione⁴⁷⁵ e, per far ciò, ha a disposizione la possibilità di effettuare accessi, ispezioni e di richiedere informazioni e documenti.

L'accertamento delle modalità con cui le strutture ministeriali competenti abbiano espletato il dovere di monitorare le attività di manutenzione del gestore rappresenta un'esigenza doverosa per escludere che possa sussistere un concorso del Mit nelle responsabilità per omesso controllo.

⁴⁷⁵ Lo sottolinea E. Caruso, nel suo articolo *“Guidate con prudenza!. Quello che il Governo potrebbe fare con la Concessione ad Autostrade”*, su lacostituzione.info/index.php/2018/08/20/guidate-con-prudenza-quello-che-il-governo-potrebbe-fare-con-la-concessione-ad-autostrade, affermando che “L’incapacità o l’impossibilità dell’amministrazione – tanto a livello centrale quanto locale – di svolgere con efficienza ed efficacia tale ruolo di controllo è, a parere di chi scrive, uno dei profili maggiormente critici del sistema delle privatizzazioni, almeno come realizzato in Italia”.

4.3.2 (*Segue*) L'articolo 9 bis della Convenzione Unica: recesso, revoca e risoluzione

Accanto alla previsione sulla decadenza, l'articolo 9 bis, immediatamente successivo, disciplina, facendo uso di una terminologia del tutto opinabile, tre istituti legati allo scioglimento della convenzione e tra loro profondamente diversi: si tratta del recesso, della revoca e della risoluzione.

Quanto al primo, è ben noto come il recesso sia un diritto potestativo di natura spiccatamente privatistica il quale, stando ai principi sanciti nella sentenza del Consiglio di Stato, più volte richiamata⁴⁷⁶, dovrebbe rappresentare l'unico strumento per addivenire allo scioglimento del rapporto concessorio in un momento successivo alla stipula del contratto. Nella Convenzione in esame, invece, le parti menzionano anche un non ben regolamentato potere di revoca che, com'è ormai acquisito, in quanto strumento di autotutela si lega piuttosto all'atto di concessione che non alla convenzione ad esso allegata. E difatti la revoca fa la sua apparizione nella rubrica dell'art. 9 bis, ma nessun accenno segue poi nel corpo della disposizione.

La ragione di una tale approssimazione nell'esercizio dell'autonomia negoziale dei contraenti non è ben chiara: che essi non fossero a conoscenza della differenza sostanziale (oltre che procedimentale) tra gli istituti menzionati mi pare di poterlo escludere con una ragionevole certezza. Si è forse trattato di un tentativo bizzarro volto a non classificare *ex ante* istituti tanto diversi affinché non fosse preclusa alcuna possibilità pratica di agire “al momento del bisogno”?

Una risposta univoca è quasi impossibile da individuare; ciò che è certo è che tale disposizione rappresenta un *unicum* nel panorama

⁴⁷⁶ Il riferimento è a Cons. Stato, Ad. plen., 20 giugno 2014, n. 14 su *Giustamm.it*, analizzata *supra*, Cap. II, par. 2.3.4.

concessorio nazionale. Lo dimostra, per esempio, un altro Schema di convenzione unica, stipulato tra Concessioni autostradali lombarde S.p.A. e Tangenziale esterna di Milano S.p.A.⁴⁷⁷ e recante la data del 13 aprile 2010 che, pur dedicando una disposizione alla decadenza (art. 37) e un'altra alla revoca e alla risoluzione (art. 38), non reca alcuna menzione del recesso.

Possiamo allora adattare le considerazioni *supra*⁴⁷⁸ svolte in relazione all'art. 176 del Codice dei Contratti Pubblici e condannare fermamente la prassi piuttosto diffusa per cui in un solo articolo confluiscono confusamente istituti così tanto diversi per natura ed effetti⁴⁷⁹.

E i rilievi critici si acuiscono se passiamo all'esame analitico dell'art. 9 bis della Convenzione il quale, già in apertura, reca un inciso dal tenore non poco oscuro: *“Fermo restando quanto previsto al precedente art. 9, il Concessionario avrà diritto, nel rispetto del principio dell'affidamento, ad un indennizzo/risarcimento a carico del Concedente in ogni caso di recesso, revoca, risoluzione, anche per inadempimento del Concedente, e/o comunque cessazione anticipata del rapporto di Convenzione pur indotto da atti e/o fatti estranei alla volontà del Concedente anche di natura straordinaria e imprevedibile, ivi inclusi mutamenti sostanziali nel quadro legislativo o regolatorio”*.

In questo comma è condensata tutta la confusione - terminologica ma non solo - che ha alimentato il dibattito politico e mediatico immediatamente successivo al crollo del ponte Morandi. In poche righe troviamo accostate previsioni dal dubbio significato letterale e, cosa certamente più grave, dal contenuto precettivo giuridicamente errato.

⁴⁷⁷ Disponibile all'indirizzo <https://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/478486.pdf>, <https://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/478486.pdf>

⁴⁷⁸ Si veda *supra*, Cap. III, par. 3.2.2.

⁴⁷⁹ Secondo M. Clarich, nel caso in questione recesso, revoca e risoluzione sarebbero sinonimi utilizzati tutti per risolvere un rapporto che ha fisiologicamente una durata pluridecennale, anche in mancanza di un inadempimento (<https://www.ilsole24ore.com/art/notizie/2018-08-16/revoca-concessione-autostrade-insidie-un-azione-sommara-220426.shtml?uuiid=AEXirmbF>).

A tacere dell'inciso di apertura, che lascia impregiudicata l'applicabilità del precedente articolo 9 relativo alla decadenza in caso di grave inadempimento, la disposizione in oggetto prevede, a carico del concedente, l'obbligo di corrispondere una somma pecuniaria a tutela dell'affidamento del concessionario che viene genericamente indicata nei termini di "indennizzo/risarcimento". Ciò implica che il ristoro economico spetta al concessionario non solo nel caso di responsabilità da atto illecito, che legittima la richiesta di risarcimento, ma anche in caso di danno da atto lecito, cui consegue, come la scienza giuridica ci insegna, la corresponsione dell'indennizzo.

Il profilo del ristoro pecuniario è senza dubbio quello che ha dato adito alle più aspre polemiche dopo la tragedia di Genova, soprattutto alla luce del fatto che l'art. 9 bis della Convenzione non pone alcuna eccezione ed anzi riconosce l'indennizzo/risarcimento "*in ogni caso, anche per inadempimento del Concedente*". Proprio quell'"anche", letto al contrario, lascerebbe sottintendere che la somma dovrebbe essere riconosciuta non solo per inadempimento del concedente, ma anche del concessionario⁴⁸⁰: verrebbero così sovvertiti i principi cardine del nostro ordinamento e, in specie, l'articolo 1453 del codice civile che, a fronte di un inadempimento, consente solo alla parte non inadempiente (e non già all'autore dell'inadempimento) la possibilità di chiedere la risoluzione salvo, in ogni caso, il risarcimento del danno.

A tal proposito, c'è chi parla di una tale previsione come di una vera "mostruosità giuridica"⁴⁸¹, non essendo ipotizzabile che il soggetto che non adempie in maniera grave agli obblighi contrattuali possa ottenere un guadagno, per lo più ragguardevole. E ciò vale, *a fortiori*, se l'inadempimento causa la perdita di 43 vite umane.

⁴⁸⁰ Questa è la tesi avanzata da L. Olivieri, <https://www.segretaricomunalivighenzi.it/21-08-2018-recesso-risoluzione-revoqa-e-indennizzi-gli-assurdi-articoli-9-e-9-bis-della-concessione-ad-aspi>

⁴⁸¹ *Ibidem*.

Per questo motivo, si è ipotizzato che la previsione consacrata nell'art. 9 bis sia nulla *ex art. 1418 comma primo c.c.* perché contraria a norma imperativa⁴⁸²: nella specie, la norma violata sarebbe l'art. 1229 c.c., alla stregua del quale *“E' nullo qualsiasi patto che esclude o limita preventivamente la responsabilità del debitore per dolo o colpa grave. È nullo altresì qualsiasi patto preventivo di esonero o di limitazione della responsabilità per i casi in cui il fatto del debitore o dei suoi ausiliari costituisca violazione di obblighi derivanti da norme di ordine pubblico”*.

L'art. 9 bis della Convenzione, infatti, non solo non prescrive l'obbligo per il concessionario inadempiente di risarcire il danno arrecato, ma gli consente addirittura di ricevere un ristoro economico, costituendo pertanto una clausola di esonero della responsabilità vietata *expressis verbis* dall'art. 1229 c.c.

Il grimaldello per evitare la declaratoria di nullità di una simile previsione potrebbe essere rinvenuto nella citata Legge 286/2006 la quale, nell'imporre la stipula delle Convenzioni Uniche, prevede espressamente all'art. 12, comma 83, lett. h) che le clausole di tali atti debbano assicurare *“l'introduzione di sanzioni a fronte di casi di inadempimento delle clausole della convenzione imputabile al concessionario, anche a titolo di colpa; la graduazione di tali sanzioni in funzione della gravità dell'inadempimento”* e, al successivo comma 86 specifica che, in caso di inosservanza agli obblighi di cui alle convenzioni di concessione, verranno irrogate *“sanzioni amministrative pecuniarie non inferiori nel minimo a euro 25.000 e non superiori nel massimo a euro 150 milioni (...); in caso di reiterazione delle violazioni ha la facoltà di proporre al Ministro competente la sospensione o la decadenza della concessione”*.

⁴⁸² Questa è l'idea sostenuta da M. Palombi e Silvia Truzzi, in un articolo pubblicato su *Il Fatto Quotidiano*, *“Come lo Stato può revocare la concessione senza pagare”* <http://www.utilitalia.it/dms/file/open/?ac4aafd2-6a09-45c2-9b5c-5eef2b845b48>.

Con questa disposizione, il legislatore si è fatto carico di introdurre sanzioni amministrative per fronteggiare i casi di inadempimento di clausole della convenzione imputabili al concessionario, graduandole, in omaggio al principio di proporzionalità, in funzione della gravità dell'inadempimento stesso.

Tuttavia la dottrina critica una previsione di tal fatta, ritenendola estremamente generica e perciò in contrasto con il principio di tipicità, “suscitando rilevanti dubbi di costituzionalità del sistema”⁴⁸³. Ancora una volta emerge in tutta la sua evidenza che la regolazione del rapporto concessorio non può prescindere dalla combinazione tra componente pubblicistica e componente negoziale: solo attraverso un approccio ermeneutico “composito” si potrà riuscire abilmente a colmare le lacune della Convenzione Unica e ad offrire una soluzione adeguata sul piano sanzionatorio di fronte ad una simile tragedia.

Proseguendo nell'esegesi del primo comma della disposizione, si può a ragione parlare di una vera sciatteria delle parti contraenti che traspare dalla predeterminazione delle sopravvenienze atte ad incidere sul rapporto concessorio: accanto all'inadempimento del Concedente, si cita una generica “*cessazione anticipata del rapporto di Convenzione, pur indotto da atti e/o fatti estranei alla volontà del concedente, anche di natura straordinaria ed imprevedibile*”.

Sembrerebbe allora che in queste definizione possa farsi rientrare tanto un inadempimento della controparte quanto un avvenimento straordinario ed imprevedibile o, più generalmente, qualsiasi causa di forza maggiore.

Come anticipato, il tema delle sopravvenienze può essere affrontato diversamente dalle parti al momento della redazione di un contratto: si può

⁴⁸³ Così G. Balocco, *op. cit.*, p. 193, il quale rileva anche che “la fattispecie sanzionatoria, soprattutto in relazione alla puntuale descrizione della condotta, non può essere integrata dalla concedente, perché ciò comporterebbe la violazione del principio di legalità”.

optare per un “approccio ablativo” in base al quale, di fronte all’eccessiva onerosità sopravvenuta si preferisce l’estinzione del rapporto contrattuale, ovvero può essere privilegiato un “approccio manutentivo” che, attraverso c.d. clausole di *hardship*, tenda alla conservazione del rapporto contrattuale originario.

Dalla lettura del primo comma del menzionato art. 9 bis sembrerebbe indubbio che le parti abbiano voluto dare rilevanza a *qualsiasi* ipotesi di cessazione anticipata del rapporto, volontaria o incolpevole, nell’ottica dello scioglimento della Convenzione.

Eppure, basta leggere il comma quarto della medesima disposizione per mettere in crisi tale assunto: testualmente si afferma che *“se gli atti e/o fatti indicati nel precedente comma 1 non determinano gli effetti del recesso, revoca o risoluzione della Convenzione, ma la inserzione automatica di nuove norme nella convenzione, ovvero un obbligo di rinegoziazione, alle condizioni previste nell’atto e/o fatto e/o provvedimento legislativo e/o regolatorio, ovvero un obbligo di rinegoziazione il cui esito negativo consenta al Concedente di esercitare un potere di decadenza, revoca o recesso, risoluzione o comunque di cessazione anticipata della Convenzione, nel rispetto del principio di affidamento, la Convenzione si intenderà risolta di diritto trascorsi sei mesi dal verificarsi dei sopraindicati atti e/o fatti, a meno che il Concessionario non comunichi al Concedente, entro 30 giorni dall’avvenuta conoscenza degli atti e/o fatti indicati, la sua volontà di accettare l’inserzione automatica di norme ovvero di procedere alla rinegoziazione”*.

L’impressione che si ha, ancora una volta, è quella di un testo che, forse per una fallace pretesa di completezza, accosta insieme previsioni alquanto eterogenee lasciando poi all’interprete l’arduo compito di individuare la disciplina applicabile.

Due considerazioni appaiono necessarie: *in primis*, il primo periodo del sopra riportato comma quarto parla, da un lato, di *“inserzione*

automatica di nuove norme” senza minimamente specificare come questa dovrebbe realizzarsi (per effetto di un provvedimento legislativo e/o regolatorio?); dall’altro e, almeno apparentemente, in via alternativa – stando la congiunzione avversativa “ovvero” – potrebbe configurarsi un vero e proprio obbligo di rinegoziazione in capo alle parti e dunque le clausole di *hardship* tipiche dei contratti internazionali sembrerebbero fare una timida apparizione anche in un atto convenzionale di diritto interno.

Probabilmente una simile comparazione appare avventata, soprattutto se calata nel contesto della Convenzione Unica del 2007; tuttavia, quello della rinegoziazione dei contratti di durata è un tema che ha appassionato e continua ad appassionare la dottrina giusprivatistica, che ne parla come di un tentativo di “salvare il rapporto contrattuale” a fronte della risoluzione, che invece “tende ad ucciderlo”⁴⁸⁴.

Il problema, però, resta quello di capire quali siano gli strumenti per attuare un tale obbligo di rinegoziazione nel caso della Convenzione, dinanzi allo spaventoso silenzioso serbato a tal proposito nel medesimo atto.

Come anticipato, non è infrequente che le parti, esercitando l’autonomia negoziale che l’ordinamento espressamente riconosce loro, decidano di predeterminare alcune circostanze al fine di gestire il rischio contrattuale. Nell’ambito della distinzione sopra ricordata tra “clausole generiche” e “clausole specifiche” di rinegoziazione, quella in oggetto, prevista dal comma quarto dell’art. 9 bis, può essere ricondotta *sine dubio* alla prima categoria. Possiamo immaginare che l’intenzione dei contraenti fosse quella di scongiurare il verificarsi di circostanze non espressamente prese in considerazione *ex ante*; per questa ragione, fare a meno di stabilire parametri dettagliati ai quali subordinare la rinegoziazione del contratto

⁴⁸⁴ R. Sacco - G. De Nova, *Il contratto*, Milano, UTET, 2016, IV, p. 1684.

originario vuol dire anche evitare una complessa concertazione che, oltre ad allungare la fase delle trattative, risulta spesso dispendiosa⁴⁸⁵.

Nondimeno, le clausole di rinegoziazione generiche sollevano una serie di problemi di ordine sistematico: ai fini che in questa sede interessano, sorge spontanea la questione delle modalità attuative della rinegoziazione, che la dottrina maggioritaria⁴⁸⁶, in mancanza di diversa previsione ad opera delle parti, riconduce al generale principio di buona fede nell'esecuzione degli obblighi contrattuali, di cui all'art. 1375 del codice civile.

Nel caso in esame, le parti si limitano a prevedere che, qualora la rinegoziazione - le cui modalità di attuazione non risultano specificate - dovesse avere esito negativo, le opzioni per il Concedente sono molteplici: *“decadenza, revoca o recesso, risoluzione o comunque cessazione anticipata della Convenzione nel rispetto del principio di affidamento”*.

Come in concreto debbano operare tali conseguenze non è dato sapersi; una clausola generica di rinegoziazione di tal fatta – lungi dal rappresentare uno strumento idoneo a garantire la conservazione e l'adeguamento del rapporto contrattuale – si risolve indubbiamente in *“un elemento di fragilità del vincolo negoziale”*⁴⁸⁷.

Inoltre, a destare stupore è anche la previsione immediatamente successiva, alla stregua della quale *“la Convenzione si intenderà risolta di diritto trascorsi sei mesi dal verificarsi dei sopraindicati atti e/o fatti, a meno che il Concessionario non comunichi al Concedente, entro 30 giorni dall'avvenuta conoscenza degli atti e/o fatti indicati, la sua volontà di accettare l'inserzione automatica di norme ovvero di procedere alla rinegoziazione”*. Dunque, accanto al confuso accostamento di istituti

⁴⁸⁵ Cfr. E. Tuccari, *La (s)consolante vaghezza delle clausole generiche per disciplinare l'eccessiva onerosità sopravvenuta*, cit., p. 867.

⁴⁸⁶ Il riferimento è agli Autori citati *supra*, v. nota 462.

⁴⁸⁷ Lo rileva genericamente E. Tuccari, *op. ult. cit.*, p. 868, e le osservazioni si prestano ad essere adeguate al caso in esame.

profondamente diversi, si prevede anche un meccanismo di risoluzione *ipso iure* che sembra richiamare quello della diffida ad adempiere.

In conclusione, l'idea complessiva che traspare dalla lettura dell'art. 9 bis è quella di un disposizione che forse, nell'intenzione delle parti, mirava ad essere omnicomprensiva ed a tipizzare qualsiasi tipo di sopravvenienza che potesse incidere sul rapporto contrattuale; appare tuttavia evidente che questa volontà sia decisamente fallita nel momento in cui non vengono predeterminate le circostanze in presenza delle quali si potrà far ricorso ai vari strumenti ivi menzionati. Che recesso, revoca e risoluzione siano istituti per nulla paragonabili pare indubbio: inoltre, come ho provato a dimostrare, i medesimi rimedi trovano spazio nell'ambito delle concessioni nei limiti che il diritto vivente ha elaborato. Limiti che i contraenti hanno totalmente disatteso nella redazione delle clausole della Convenzione, facendone così trasparire un regolamento di interessi alquanto vulnerabile.

Da ultimo, il comma che chiude l'articolo 9 bis condiziona l'efficacia del recesso, della revoca, della risoluzione e comunque di ogni forma di cessazione anticipata al pagamento da parte del Concedente delle somme previste. Una previsione di tal fatta rappresenta sicuramente un *impasse* non facilmente superabile in situazioni, come quella di cui si discute, in cui si verificano eventi tragici che coinvolgono vite umane, di fronte ai quali la reazione dell'ordinamento non può certo essere "subordinata" al pagamento di un indennizzo/risarcimento a vantaggio del privato.

Quest'ultimo, dunque, si trova in una posizione decisamente più favorevole⁴⁸⁸, soprattutto se si ha riguardo a quanto dispone l'art. 176 del

⁴⁸⁸ Del medesimo avviso è A. Monaciliuni, "*Nihil novi sub sole (calante) di autostrade*", in www.filodiritto.com, il quale evidenzia che la Convenzione Unica del 2007 configura "un notevole sbilanciamento a favore del privato, che, salvo smentite, appare sostanzialmente (esser stato) mandato immune da ogni conseguenza pregiudizievole per le sue capaci tasche, a chiunque imputabile il fatto generatore". Anche L. Saltari – A. Tonetti, *op. cit.*, p. 26, rilevano come il sistema concessorio autostradale configuri "un legame paradossale tra le due parti, dove quella

Codice dei Contratti Pubblici. Si è già avuto modo di approfondire⁴⁸⁹ come questa norma regolamenti sia l'ipotesi di inadempimento del concessionario (rinviando *tout court* all'art. 1453 del codice civile), sia “*gli altri casi*” (inadempimento dell'amministrazione concedente ovvero revoca per motivi di pubblico interesse), nei quali al concessionario spetta il valore delle opere realizzate più gli oneri accessori al netto degli ammortamenti, le penali e gli altri costi sostenuti o da sostenere in conseguenza della risoluzione e un indennizzo a titolo di risarcimento del mancato guadagno, pari al 10% dei ricavi prospettati nel Piano Economico Finanziario.

È indubbio che la norma richiamata non trovi applicazione al caso *de quo ratione temporis*, ma è pur vero che si tratta di un indice importante in relazione al quale valutare se effettivamente sussistano gli estremi per la corresponsione di una somma al privato concessionario inadempiente.

L'illustre maestro Guido Alpa, in un'intervista rilasciata nei giorni immediatamente successivi alla tragedia⁴⁹⁰, ha richiamato espressamente l'art. 176 Cod. Contr. Pubbl., il quale prevede “la risoluzione del contratto di concessione quando c'è o la colpa della stazione appaltante o la colpa del concessionario”. Secondo il giurista, una volta accertata la colpa, l'articolo 1453 del codice civile stabilisce che in caso di inadempimento del concessionario, il creditore – che in questo caso sarebbe il concedente – può chiedere la risoluzione del contratto e il risarcimento del danno. “Un risarcimento che può avvenire anche in forma specifica chiedendo che venga ripristinato il patrimonio che è stato leso con la ricostruzione del ponte a carico di Autostrade”⁴⁹¹.

dotata di poteri autoritativi è nella sostanza meno forte rispetto a quella privata”. Cfr. M. D'Alberti, *Concessioni e concorrenza*, in *Temi e Problemi*, Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, 1998, p. 163, afferma genericamente che “le amministrazioni concedenti spesso dipendono dai loro concessionari e comunque mancano di adeguate strutture tecniche di vigilanza”.

⁴⁸⁹ Si veda *supra*, Cap. III, par. 3.2.2.

⁴⁹⁰ L'intervista integrale è disponibile all'indirizzo <https://www.quotidiano.net/cronaca/revoca-concessione-autostrade-1.4092825>.

⁴⁹¹ *Ibidem*.

In definitiva, gli articoli 9 e 9 bis risultano affetti da vizi gravi tali da paralizzarne la concreta operatività e soprattutto da destare dubbi ragguardevoli sulla leggerezza con la quale simili clausole sono state inserite in una Convenzione di questa importanza e portata economica⁴⁹².

Nell'ambito concessorio, è essenziale la capacità del concedente di redigere contratti complessi e, al contempo, di rivestire una posizione autorevole e credibile nei confronti del concessionario: nel caso in questione, tutto ciò è mancato. La conseguenza più evidente di una tale approssimazione e della lamentata mancanza di chiarezza si rinviene nel fatto che attualmente sono pendenti circa quattrocento controversie, che vertono su tutti gli ambiti operativi regolati dai vari testi convenzionali in vigore⁴⁹³.

4.4 L'iter procedimentale seguito dal Governo

Dopo aver analizzato le previsioni della Convenzione che teoricamente si prestano ad essere poste a fondamento delle azioni da intraprendere all'esito dei tragici fatti di Genova, resta da vedere come effettivamente si sia mosso il Governo.

Nei giorni immediatamente successivi al crollo del Ponte, si cominciò a parlare di una "revoca della concessione" che potesse determinare lo scioglimento del rapporto contrattuale e sanzionare il

⁴⁹² Critica il tenore della Convenzione anche U. Arrigo, affermando che "un Paese in cui qualcuno firma a livello pubblico una cosa del genere non è un Paese che può fare molta strada" (<https://medium.com/upday-it/il-crollo-del-ponte-morandi-lo-stato-e-le-concessioni-ai-privati-regalati-profitti-da-monopolio-ae31aa863519>).

⁴⁹³ Lo afferma Danilo Toninelli, Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti, nell'Audizione alla Camera dei Deputati sul crollo del «ponte Morandi» di Genova del 14 agosto 2018. Resoconto stenografico disponibile all'indirizzo http://www.camera.it/leg18/1058?idLegislatura=18&tipologia=audiz2&sottotipologia=audizione&anno=2018&mese=08&giorno=01&idCommissione=08&numero=0003&file=indice_stenografico p. 19.

concessionario per l'inadempimento degli obblighi su di lui incombenti in virtù della Convenzione. Si è trattato, come di consueto, di un dibattito alimentato dall'esigenza mediatica di offrire una risposta celere a quanti si chiedevano cosa sarebbe accaduto dopo una simile tragedia; un'esigenza mediatica che, si sa, riposa spesso su considerazioni avventate e, il più delle volte, irrispettose dei principi giuridici fondamentali.

Non v'è dubbio, infatti, che il rimedio più confacente, nel caso concreto, non è rappresentato dalla revoca⁴⁹⁴ bensì dalla decadenza: il carattere prettamente sanzionatorio di questo strumento, come si è avuto modo di dimostrare *supra*⁴⁹⁵, ben si presta a fronteggiare ipotesi di inadempimenti agli obblighi convenzionalmente previsti ed imputabili ad una delle parti.

È pur vero, come sostiene illustre dottrina⁴⁹⁶, che la decadenza si atteggi a strumento cui far ricorso solamente in ultima istanza, a *extrema ratio* di fronte ad una patologia del rapporto convenzionale: ma in un caso grave come quello in esame, appurato che non si è verificato un "fatto straordinario imprevedibile" che legittimerebbe il diverso intervento mediante la revoca, non mi sembra dubbio che il rimedio debba essere estremo.

Naturalmente, il primo passo da compiere è quello di provare che il crollo è dovuto ad un inadempimento colpevole del concessionario che potrebbe concretizzarsi in un "difetto di manutenzione", ipotesi ben distinta dal "difetto di progettazione"⁴⁹⁷.

⁴⁹⁴ La revoca si sostanzia, infatti, in un atto amministrativo che priva di efficacia durevole un altro precedente provvedimento ed ha alla base sopravvenuti motivi di pubblico interesse, oppure un mutamento della situazione di fatto non prevedibile al momento dell'adozione del provvedimento revocato o, ancora, una nuova valutazione dell'interesse pubblico originario. Il tema è stato oggetto di analisi *supra*, Cap. II, par. 2.1, 2.2 e 2.3.2.

⁴⁹⁵ Si vedano le considerazioni svolte in relazione alla decadenza nel Cap. II, par. 2.2.

⁴⁹⁶ Lo sottolinea M. Clarich, nell'articolo già citato e disponibile su <https://www.ilsole24ore.com/art/notizie/2018-08-16/revoca-concessione-autostrade-insidie-un-azione-sommatoria-220426.shtml?uuid=AEXirmbF>.

⁴⁹⁷ M. Clarich (*cit. nota prec.*) mette in luce la diversità delle due ipotesi: "In primo luogo, occorrerà stabilire se il crollo del ponte sia dovuto ad un difetto di manutenzione o ad un difetto di progettazione. Nel primo caso la responsabilità principale grava sul concessionario che deve

Finora, ad essersi espressa in questi termini è la relazione della Commissione Ispettiva incaricata dal Mit⁴⁹⁸, nella quale si evidenzia che “non è stata adottata alcuna misura precauzionale a tutela dell’utenza” e gli interventi della società concessionaria sono stati “inappropriati ed insufficienti, considerata la gravità del problema”. Proseguendo, la relazione della Commissione mette in luce come il comportamento omissivo del concessionario si sia realizzato in aperto contrasto con il canone di leale collaborazione cui sono improntati tutti i rapporti fondati sull’*intuitus personae*, tra cui quello concessorio. In altri termini, Autostrade S.p.A. non avrebbe dovuto “minimizzare o celare, come avvenuto nel caso in ispecie, gli elementi conoscitivi indispensabili” che permettono al concedente di esercitare i suoi compiti di vigilanza.

Questa è la conclusione che emerge dal lavoro portato avanti dal *pool* di esperti membri della Commissione Ispettiva; per una decisione della magistratura bisogna ancora attendere⁴⁹⁹. Tuttavia, secondo gli studiosi che si sono occupati del tema, è possibile procedere allo scioglimento del rapporto convenzionale senza dover attendere una condanna penale che accerti le responsabilità di Autostrade S.p.A.⁵⁰⁰.

effettuare tutti gli investimenti necessari. Nel secondo, bisognerebbe risalire all’epoca in cui l’opera fu realizzata (circa mezzo secolo fa) per individuare le modalità di elaborazione e approvazione dei progetti, di esecuzione dei lavori, inclusa la fase del collaudo”.

⁴⁹⁸ Disponibile all’indirizzo <http://www.mit.gov.it/comunicazione/news/ponte-crollo-ponte-morandi-commissione-ispettiva-genova/ponte-morandi-online-la>. Sul sito del Mit si legge testualmente che “la Commissione Ispettiva è stata costituita dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti subito dopo il tragico crollo del cosiddetto ponte Morandi (Viadotto Polcevera), proprio per far luce sulle cause che hanno portato alla tragedia che ha colpito la città di Genova il 14 agosto scorso”.

⁴⁹⁹ La procura di Genova ha ritenuto la relazione della Commissione Ispettiva precipitosa ed inaffidabile, alla luce del fatto che non solo non sono stati presi in considerazione video, testimonianze e documenti secretati, ma non si è neanche atteso l’espletamento dell’incidente probatorio (così G. Filetto e M. Lignana, su https://genova.repubblica.it/cronaca/2018/09/27/news/ponte_morandi_la_sorpresa_dei_magistrati_per_la_relazione_prematura_della_commissione_mit-207478640/).

⁵⁰⁰ Lo afferma l’illustre giurista G. Alpa, nell’intervista citata rilasciata a *Il Quotidiano*, in cui si legge “I due procedimenti sono autonomi. Può non esserci reato ma esserci inadempimento. Bisogna analizzare come si sono comportati nell’adempimento della concessione...” continua su <https://m.dagospia.com/guido-alpa-se-c-e-la-prova-della-colpa-di-autostrade-il-governo-non-deve-pagare-alcun-risarcimento-181075>.

Ed infatti il Governo si è attivato inviando, il 16 agosto 2018, una lettera di contestazione⁵⁰¹ (in linea con quanto previsto dall'art. 8 della Convenzione sopra analizzato) nella quale - senza in alcun modo qualificare il rimedio da adottare e senza specificare se lo scioglimento riguarderà solo la tratta autostradale in cui era sito il Viadotto o l'intera rete in concessione ad Aspi - si limita a dare tempo 15 giorni alla società concessionaria per fornire *“una dettagliata relazione nella quale sia fornita chiara evidenza di tutti gli adempimenti posti in essere per assicurare la funzionalità dell'infrastruttura in questione e prevenire lo specifico evento accaduto”*.

In realtà, il Governo contesta espressamente il *“gravissimo inadempimento di codesta Società agli obblighi di manutenzione (ordinaria e straordinaria) e custodia, in oggettiva considerazione del collasso dell'infrastruttura, delle vittime accertate e degli ingenti danni riportati ai beni anche di soggetti terzi, senza considerare l'interruzione del sistema di viabilità e quindi la compromissione della funzionalità delle infrastrutture concesse”*; tuttavia, nel prosieguo della missiva, all'esito della valutazione delle controdeduzioni di risposta del concessionario, il mittente *“si fa riserva di esperire tutte le iniziative di tutela apprestate dall'ordinamento giuridico, ferma restando l'idoneità della presente ad attivare i procedimenti di cui agli artt. 8, 9 e 9-bis della Convenzione di concessione”*.

Dunque nulla è precluso: dalla lettera non emerge quali siano effettivamente le intenzioni del Governo, seppure la conseguenza naturale della contestazione del grave inadempimento dovrebbe essere, a rigore,

In senso contrario si esprime L. Grassia, su <https://www.lastampa.it/2018/08/16/economia/di-maio-non-pagheremo-miliardi-di-penale-ad-autostrade-MWGMiaD843TCqxS7kro1nN/pagina.html>, rilevando come la legge 296/2006, all'art. 7 lett. d), con l'inciso *“Salvo che il caso costituisca reato”*, subordina l'iniziativa del governo al previo accertamento delle responsabilità da parte della magistratura.

⁵⁰¹ Pubblicata su https://www.agi.it/politica/lettera_governo_revoca_concessione_autostrade-4284329/news/2018-08-19/.

l'adozione del provvedimento di decadenza *ex art. 9* e non l'avvio della procedura di revoca *ex art. 9 bis* della Convenzione.

A fronte di una perdurante confusione terminologica e sostanziale, gli esperti hanno ipotizzato varie ricostruzioni: c'è chi parla genericamente di responsabilità civile richiamando l'art. 2051 del c.c. (“*Danno cagionato da cose in custodia*”)⁵⁰²; chi, in via aggiuntiva, ricollega l'inadempimento anche al disposto dell'art. 1218 c.c. configurando tra le parti un rapporto contrattuale che sorge con il pagamento del pedaggio⁵⁰³.

La prospettazione di soluzioni disparate è soltanto il primo effetto derivante da un testo che, innegabilmente, è scritto male; tutto ciò, oltre a destare perplessità sulle ragioni di tanta leggerezza, è la causa del ritardo con cui il Governo sta agendo. All'iniziale promessa di una celere ricostruzione del ponte Morandi (il tempo stimato era approssimativamente di un anno), ha fatto seguito un ingiustificabile silenzio, come se la morte di 43 persone fosse una questione che si può accantonare, perché il Paese ha cose più importanti a cui pensare.

Limitandoci alle questioni di ordine giuridico, sarebbe stato sicuramente opportuno redigere la Convenzione Unica in maniera più attenta e in termini più precisi, senza la pretesa di voler disciplinare tutto per poi, nei fatti, creare un vero e proprio vuoto di tutela. Possiamo pertanto ipotizzare che sarebbe stato sufficiente disciplinare lo scioglimento del rapporto concessorio mediante la regolazione di due soli istituti: il recesso potestativo e la decadenza per inadempimento (non lontana, come ormai acquisito, dalla risoluzione di cui all'art. 1453 del codice civile), prevedendo per entrambi un adeguato *iter* procedimentale.

⁵⁰² E' la tesi prospettata dagli avvocati dello Studio Scoccini. <http://www.scoccinistudio.it/blogzine.do?La%20responsabilit%E0%20giuridica%20del%20crollo%20del%20Ponte%20Morandi&key=1539611332&dettagli=n>.

⁵⁰³ Così S. M. Commodo, su <https://www.dannoallapersona.it/la-tragedia-del-ponte-morandi/>.

Inoltre, al contraente avveduto non sarebbe sicuramente sfuggita la necessità di disciplinare pattiziamente anche l'ipotesi di un'eventuale "causa di forza maggiore". Nello Schema di convenzione unica tra Concessioni autostradali lombarde S.p.A. e Tangenziale esterna di Milano S.p.A., già citato, a ciò viene espressamente deputato l'articolo 39 che prevede l'obbligo, per il concessionario, di comunicare tempestivamente e per iscritto alla controparte "*il verificarsi di un evento di Forza Maggiore, fornendo una descrizione delle cause che lo hanno determinato ed indicando la prevedibile durata dell'evento, degli effetti e dei rimedi che egli intende attivare*".

Si tratta di una clausola che nei sistemi di *Common Law* troviamo qualificata in termini di "*Act of God*", cioè una situazione imprevedibile e di potenza incontenibile che tronca ogni nesso di causalità tra l'evento e l'azione di chi, in condizioni normali, avrebbe dovuto evitare l'evento stesso, escludendone quindi la responsabilità.

Nei giorni immediatamente successivi alla tragedia, non è stato escluso che il crollo del Viadotto del Polcevera potesse essere casualmente riconducibile ad un "*Act of God*", magari ad un fulmine che, colpendo uno dei tiranti, avrebbe provocato il collasso della struttura. Nella Convenzione Unica del 2007 dell'ipotesi della "forza maggiore", o "*Act of God*" che dir si voglia, non v'è traccia: sembrerebbe allora che in presenza di una fattispecie "non tipizzata" anche la conseguenza sarebbe "non tipica", cioè non prevista nell'atto convenzionale⁵⁰⁴.

In ogni caso, valutazioni di questo genere sono rimesse agli esperti del settore. Il compito del giurista è *soltanto* quello di analizzare

⁵⁰⁴ Così ritiene S. Ali, su <http://ilcappellopensatore.it/2018/08/revoca-della-concessione-ad-autostrade-certo/>, che rileva come "Il disastro non è previsto dalla Convenzione. Nei documenti desecretati non è prevista alcuna via di uscita in caso di disastro e di omicidio (sia pure colposo). E se pure fosse previsto nei documenti segreti, sarebbe un patto nullo perché non può esistere un atto civile-amministrativo che abbia impatto sulla sfera delle responsabilità penali. Siano esse dolose o colpose. Si tratta di una fattispecie "non tipizzabile" e, in quanto tale, "non tipizzata" nella Convenzione. Richiede conseguenze "non tipiche", non previste dalla Convenzione".

attentamente gli atti e sussumere il caso concreto nella fattispecie astratta: compito reso sicuramente più arduo dall'inaccettabile oscurità del testo convenzionale, senza che valga al riguardo obiettare l'impossibilità per le parti di negoziare le clausole a causa dell'imposizione del testo ministeriale ad opera del decreto legge 262/2006.

4.5 Il Decreto-Genova: un'opportunità mancata

Alla lettera di contestazione del Mit è seguita la risposta di Autostrade: il 31 agosto 2018 la società ha fornito le proprie controdeduzioni, contestando ogni addebito sul mancato rispetto degli obblighi convenzionali e rilevando l'inammissibilità e l'inefficacia della comunicazione del Ministero.

Successivamente, dopo mesi di silenzio, il 20 dicembre il Governo ha integrato la lettera di contestazione, chiedendo alla società ulteriori controdeduzioni e assegnando un termine di 120 giorni. Autostrade per l'Italia, nella successiva missiva, ribadisce *“la correttezza del proprio operato”* e reitera *“le riserve ed eccezioni già rappresentate in merito al procedimento avviato”*. Allo stato, non possiamo sapere come si evolverà questo complesso scambio epistolare tra i contraenti né se verranno finalmente adottate misure atte ad incidere sul rapporto concessorio.

Finora l'unico intervento effettivo è stato quello che ha portato all'emanazione del Decreto Legge 109/2018, c.d. Decreto-Genova, recante *“Disposizioni urgenti per la città di Genova, la sicurezza della rete nazionale delle infrastrutture e dei trasporti, gli eventi sismici del 2016 e 2017, il lavoro e le altre emergenze”*⁵⁰⁵. L'intento originario era quello di porre fine al rapporto concessorio con un atto del Governo che

⁵⁰⁵ Il D.L. 109/2018 è stato convertito nella Legge 130/2018, pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale il 19 novembre 2018.

determinasse la caducazione *ex lege* della concessione e della relativa convenzione-contratto: qualcosa di analogo è accaduto con quel D.L. 262/2006 (convertito in L. 282/2006) più volte citato in apertura del presente capitolo, che ha dato vita all'attuale sistema delle Convenzioni Uniche e che, a ragione, è stato qualificato in termini di "legge-provvedimento".

Tuttavia l'intento iniziale è indubbiamente fallito: il D.L. 109/2018 non è una legge-provvedimento e non contiene alcun riferimento ad una caducazione del rapporto concessorio, né in termini di revoca né di decadenza. Le disposizioni della Convenzione tra Mit e Autostrade per l'Italia analizzate nelle pagine precedenti non vengono minimamente chiamate in causa dal decreto, se si eccettua l'art. 1 comma sesto del D.L. 109/2018 che, in via generica, lascia impregiudicata la questione relativa all'"*accertamento sulla responsabilità dell'evento e sul titolo in base al quale*" il concessionario "*sia tenuto a sostenere i costi di ripristino della viabilità*".

Si tratta pertanto di un "maxi decreto" di 60 articoli, approvato dalla Camera in prima lettura il 31 ottobre e convertito definitivamente in legge n. 130 del 16 novembre 2018, che tenta di offrire una soluzione ad alcuni dei numerosi problemi legati ai fatti di Genova: viene così prevista, nell'art.1, la nomina da parte del Presidente del Consiglio di un Commissario Straordinario, che si impegni a garantire con urgenza le attività per la demolizione e la ricostruzione dell'infrastruttura ed il ripristino del sistema viario; con un emendamento alla Camera sono stati aggiunti l'art. 1-bis, che fissa la corresponsione di indennizzi per i proprietari di case da demolire, e l'art. 1-ter, che richiede al Commissario di individuare i tratti autostradali funzionalmente connessi al Viadotto Polcevera che Autostrade dovrà consegnargli.

Inoltre, il Decreto sancisce l'esclusione di Aspi e di qualsiasi società controllata/collegata dalla ricostruzione del ponte e l'istituzione, dal primo

gennaio 2019, dell’Agenzia nazionale per la sicurezza delle ferrovie e delle infrastrutture stradali e autostradali (Ansfisa), che dovrà accorpate l’attuale Agenzia per la sicurezza ferroviaria (ANSF) e avrà compiti di regolazione, ispezione e sanzioni sui gestori delle reti⁵⁰⁶.

Al contempo, all’art. 16 del D.L. in esame si prevede il rafforzamento dei poteri dell’Autorità di Regolazione dei Trasporti (ART) sulle concessioni autostradali e, cosa ben più degna di nota, l’estensione “retroattiva” di siffatti poteri: in altri termini, l’ART potrà verificare le tariffe e gli assetti regolatori istituiti ad opera delle concessioni stipulate dal 28 dicembre 2011 in poi, e non solo di quelle future. *Prima facie* si ha l’impressione che si tratti di un’Autorità sempre più indipendente, dotata di autonomia regolamentare, amministrativa, patrimoniale, organizzativa, contabile e finanziaria; ma l’idea è facilmente smentita dalla seconda parte del citato art. 16, il quale, pur richiedendo il parere della medesima ART per la revisione degli atti convenzionali vigenti, ribadisce per questi ultimi la competenza del Ministero per le Infrastrutture ed i Trasporti e del Ministero dell’Economia e delle Finanze.

Da un esame complessivo delle disposizioni contenute nel “Decreto-Genova”, alcuni aspetti lasciano sicuramente perplessi: sorprende, come anticipavo, la totale assenza di una norma dedicata a regolamentare, in termini più precisi di quanto faccia la Convenzione Unica, quelle che saranno le sorti del rapporto tra Mit e Autostrade e di quali poteri si servirà il concedente per porre fine al predetto rapporto.

Desti altresì stupore che, con l’emanazione di un atto normativo a carattere urgente che doveva avere quale finalità precipua quella di

⁵⁰⁶ I poteri dell’ART sono delineati *amplius* da C. Acocella, *Ancora sulla tensione tra pubblico e privato: il caso della realizzazione e gestione delle opere infrastrutturali nel comparto autostradale*, su www.federalismi.it, n. 23/2018, p. 25. Si parla dunque di “attività ispettiva sulla manutenzione; promozione di Sistemi di Gestione della Sicurezza da parte dei concessionari; poteri di impulso in ordine alla adozione del Piano Nazionale per l’adeguamento e lo sviluppo delle infrastrutture; cui si aggiungono all’esito della conversione in legge del D.L., i poteri di garanzia della sicurezza delle gallerie situate sulle strade appartenenti alla rete stradale trans-europea; funzioni ispettive e di vigilanza sui sistemi di trasporto rapido di massa esercitate dagli uffici speciali trasporti a impianti fissi nel MIT (...)”.

intervenire a fronte della tragedia del ponte Morandi⁵⁰⁷, si sia invece colta l'occasione per affrontare altre emergenze in vario modo collegate alla situazione infrastrutturale ed ambientale italiana (in via esemplificativa, misure in favore delle aree terremotate di Ischia, gestione dei fanghi di depurazione, messa in sicurezza degli edifici scolastici...) con un risultato opinabile, ancora una volta frutto di un'impellenza legislativa che troppo raramente ha carattere preventivo. In questo senso è evidente "la tentazione di far assurgere un evento occasionale a ragione ispiratrice di un intervento incisivo sul sistema attuale di realizzazione delle infrastrutture autostradali"⁵⁰⁸.

Infine, ad avviso di chi scrive, il vero limite oggettivo della normativa in esame va rinvenuto nella necessità di provvedere alla redazione e successiva approvazione di 43 decreti attuativi che non potranno far altro che ritardare, se non rendere del tutto irrealizzabili, gli obiettivi che il Decreto si prefiggeva di raggiungere in tempi ben più rapidi.

Pertanto, tralasciando le due previsioni (art. 1) contenenti il divieto impartito ad Autostrade di partecipare ad eventuali gare per la ricostruzione del Viadotto e l'obbligo in capo alla medesima società concessionaria, in quanto responsabile del mantenimento e della funzionalità dell'infrastruttura, di far fronte alle spese di costruzione e di ripristino del sistema viario, il sistema delle concessioni viene soltanto "lambito" dal Decreto Genova; il Governo ha indubbiamente perso un'importante occasione per offrire un minimo di certezza in un settore da sempre avvolto in un'aura d'ombra.

In conclusione, la speranza è che si adottino quanto prima iniziative ben più coerenti e che si addivenga ad una soluzione – se di soluzione può

⁵⁰⁷ Il Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti Danilo Toninelli, nel corso dell'Audizione del 27 agosto 2018 presso le Commissioni riunite VIII della Camera dei Deputati e del Senato, afferma espressamente che il fine del D.L. 108/2018 risiede nell'esigenza di "garantire misure urgenti a sostegno della popolazione colpita dall'evento del crollo di un tratto del viadotto noto come ponte Morandi".

⁵⁰⁸ C. Acocella, *op. cit.*, p. 27.

davvero parlarsi – che riequilibri definitivamente il rapporto tra interesse pubblico e interesse privato prima che tragedie inaccettabili come quella di Genova possano ripetersi. La strada recentemente intrapresa dal decisore politico con l’emanazione del D.L. 109/2018 citato è quella di un intervento circoscritto, teso alla ricostruzione del tratto infrastrutturale danneggiato e al ripristino della viabilità locale, e non, come avrebbe dovuto essere, “un’azione di sistema capace di incidere sulla fisionomia del quadro regolatorio delle concessioni autostradali”⁵⁰⁹.

Nella prospettiva del giurista, l’esigenza più sentita non risiede soltanto nel tentativo di modulare, mediante tutti gli strumenti a sua disposizione, la continua tensione tra diritto privato e diritto pubblico, nel rispetto delle linee portanti di entrambi i settori; l’aspirazione cui deve tendere il giurista moderno è soprattutto quella di svolgere un sindacato rigoroso sui fatti, sulle sopravvenienze, sull’inadempimento e in generale sull’equilibrio del sinallagma, analizzando il regime giuridico adottato dalle parti con la conclusione del negozio e rifuggendo da pericolose tentazioni demagogiche e da frettolose quanto approssimative ed inefficaci innovazioni normative.

⁵⁰⁹ *Ivi*, p. 31.

Conclusioni

All'esito del lavoro svolto, può essere opportuno sintetizzare le principali conclusioni – provvisorie e discutibili come solitamente accade nel campo giuridico – in relazione ai temi approfonditi.

La tradizionale polarizzazione tra pubblico e privato ha rappresentato il filo conduttore dell'analisi condotta e ha fornito le coordinate metodologiche necessarie ad indagare il funzionamento dell'istituto concessorio.

Nella prospettiva di qualificare la natura giuridica della concessione, la rigida contrapposizione tra la tesi provvedimentale e quella contrattualistica ha mostrato la sua debolezza: più aderente alla realtà dei fatti è forse la ricostruzione forgiata dalla Corte di Cassazione che definisce la concessione come una figura ibrida, “a doppio grado”, la cui essenza risiede nella sintesi tra provvedimento amministrativo e negozio privatistico. Una tale soluzione pretoria fa capolino nel panorama giuridico ormai più di un secolo fa e si presta, meglio delle altre, a delineare la dicotomia tra momento pubblicistico e momento privatistico nell'ambito del fenomeno concessorio.

Le elaborazioni dottrinali e giurisprudenziali dei secoli scorsi dimostrano l'evanescenza e la mutevolezza dell'istituto oggetto del presente studio: la concessione non viene definita normativamente da leggi o atti equipollenti, ma trova la sua linfa vitale nel diritto vivente. Ed è proprio il diritto vivente a persuaderci con argomentazioni convincenti circa l'impossibilità di adottare rigidi schemi teorici che pongano fine all'annosa *querelle* sulla natura giuridica della concessione.

Nessuna categorizzazione di sistema è idonea ad escludere aprioristicamente l'applicabilità dei rimedi tipici di ciascun settore del diritto e la chiave di volta va rintracciata proprio nel dialogo continuo e nel confronto rigoroso tra i giuristi; la dogmatica diviene schematismo se

ostacola l'analisi critica, impedendo di risolvere problemi emergenti che, per loro natura, si collocano "al confine" e richiedono necessariamente il contributo dei cultori di diverse discipline.

Questa prima considerazione ha dunque costituito la chiave di lettura nell'analisi delle reciproche interazioni tra diritto privato e diritto amministrativo in relazione al fenomeno concessorio. La legge sul procedimento amministrativo (L. 241/1990) non può nutrire alcuna pretesa di completezza nel regolamentare un istituto così eterogeneo: la fase esecutiva del rapporto concessorio, i rimedi atti a fronteggiare eventuali patologie sopravvenute e, in generale le modalità di scioglimento del rapporto medesimo sono tutti temi in relazione ai quali anche la disciplina di diritto comune è chiamata ad operare.

Tutte le volte in cui l'Amministrazione "scende a patti" col privato e stipula un contratto, quest'ultimo non può che trovare la sua *sedes materiae* nel diritto privato: soltanto così i contraenti avranno a loro disposizione gli strumenti necessari per affrontare le molteplici sopravvenienze che possono occorrere nell'ambito dei rapporti di durata.

Oggi il contratto non è più mera categoria dogmatica uniforme, ma rinviene il suo punto di forza nella necessità di regolare una molteplicità di contenuti e di abbracciare una disciplina eterogenea ispirata da più anime non di rado in contraddizione⁵¹⁰.

L'analisi dei principali rimedi civilistici (recesso, risoluzione) in uno con i tradizionali poteri di autotutela (revoca, annullamento) ha avuto l'obiettivo di dimostrare che non esiste un'unica soluzione privatistica ovvero pubblicistica: *in medio stat virtus*. Oggi il diritto pubblico ed il diritto privato hanno parti dignità di ruolo e ci sono delle tematiche, come

⁵¹⁰ Più di vent'anni fa F. Santoro Passarelli, *Variazioni sul contratto*, in *Libertà e Autorità*, Padova, 1977, pp. 93 e ss. esortava ad abbandonare ogni nostalgico apprezzamento sulla nozione di contratto per mettere a fuoco la molteplicità di contenuti che essa rende a ricomprendere. Cfr. G. Vettori, *Accordi "amministrativi" e contratto*, in *Gli accordi fra privati e pubblica amministrazione e la disciplina generale del contratto*, a cura di G. Barbagallo - E. Follieri - G. Vettori, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1995.

tipicamente quella concessoria, in cui entrambe le discipline sono chiamate ad operare, nel tentativo di offrire una regolamentazione quanto più possibile completa di un fenomeno che è, per sua natura, incompleto.

Ritengo che il compito del giurista, di fronte a questioni così complesse, sia proprio questo: prendere atto dei continui mutamenti di disciplina e degli orientamenti sviluppati in settori tradizionalmente lontani da quelli in cui è solito operare, per tentare un approccio “polifonico” e multidisciplinare che superi gli schematismi di scuola e si apra alla novità.

Il diritto è un fenomeno culturale in costante evoluzione e coloro che operano al suo interno hanno l’onere di liberarsi dai dogmatismi ed aprirsi a tale evoluzione, nella consapevolezza che il diritto non sta al di fuori del sistema sociale, ma concorre a formarlo.

In quest’ottica, appare evidente il ruolo svolto dall’ordinamento europeo, che sempre più si sviluppa e si afferma, condizionando intrinsecamente quello nazionale. Chiara espressione di tutto ciò è la recente normativa di recepimento della c.d. “Direttiva Concessioni” (2014/23/UE), confluita nel Codice dei Contratti Pubblici (D.lgs. 50/2016), mediante la quale la concessione viene definitivamente qualificata alla stregua di un contratto e viene sottoposta ai principi fondamentali del diritto europeo, primo fra i quali quello della libertà di concorrenza. Perde così la sua natura di istituto di applicazione “residuale”, definibile per differenza rispetto all’appalto, e diviene una categoria autonoma, cui si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni previste per l’altra tipologia contrattuale, pur con differenze significative.

La concessione di stampo nazionale si apre ai meccanismi del mercato raggiungendo un’estensione amplissima e, nel confronto con altri ordinamenti europei, mostra tutta la sua fragilità: troppo spesso, infatti, lo strumento della concessione viene adoperato per produrre distorsioni e stravolgimenti, che appaiono del tutto inaccettabili.

I tragici eventi richiamati nel quarto capitolo depongono nel senso di testimoniare che, per l'effetto di queste criticità, il congegno contrattuale concessorio non riesce ad esprimere al meglio le sue potenzialità; il collasso di un'infrastruttura essenziale come il ponte Morandi di Genova rappresenta l'emblema dell'esito fallimentare della gestione di infrastrutture essenziali, come quelle autostradali, attraverso lo strumento concessorio.

Dopo aver analizzato il tenore di alcune disposizioni della Convenzione Unica tra il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e Autostrade per l'Italia S.p.A., atto genetico del rapporto concessorio, si può a ragione affermare che la relazione contrattuale che si instaura tra le predette parti è intrisa di elementi di criticità. Ad una generale incompletezza del regolamento contrattuale, ascrivibile all'incapacità delle parti contraenti di prevedere e definire *ex ante* tutte le possibili contingenze che potrebbero verificarsi nel corso dell'esecuzione del contratto, si affianca un intervento sanzionatorio del Governo totalmente inadeguato di fronte ad una simile tragedia. Mai come in questo momento, il Paese ha bisogno di segnali forti, che possono ed anzi devono provenire *in primis* da chi ha l'arduo compito di governarlo.

La perdita di 43 vite umane non può banalmente essere considerata una fatalità, ma richiede accertamenti, rigorosi e celeri al tempo stesso, che impediscano che una simile tragedia possa ripetersi. Il dibattito che è scaturito sulla necessità di intervenire con la "revoca" piuttosto che con la "decadenza" dalla concessione non si risolve in una mera incertezza sul *nomen iuris* più adeguato, ma implica valutazioni sostanziali sia di opportunità politica che di "logica giuridica".

L'auspicio, già espresso da autorevoli voci⁵¹¹, è che, tra una legge provvedimentale e un decreto-legge non necessario né urgente, il legislatore

⁵¹¹ Cfr. E. Mauro, *Osservazioni in tema di revoca del provvedimento amministrativo e di recesso dagli accordi procedurali*, in *Foro Amm. TAR*, 2004, p. 568.

trovi il tempo di regolare uno degli strumenti fondamentali dell'attività economica nazionale, qual è la concessione.

Il bilancio finale dell'indagine condotta non si sostanzia in una soluzione univoca ed appagante, ma offre una serie di considerazioni e proposte scaturite da un lavoro che ha cercato – per quanto se ne è stati capaci, in modo critico e dialettico – il riscontro concreto delle norme e della giurisprudenza.

La speranza è che qualcuna di queste considerazioni e proposte possa servire ad un approfondimento migliore di un tema così complicato ed intrigante, destinato ad essere continuamente rimesso in discussione, proprio perché nessuna verità appare realmente soddisfacente. Mi auguro di aver trasmesso, anche in minima parte, la curiosità per un fenomeno giuridico come quello della concessione che, rifiutando facili categorizzazioni e definitive sistemazioni, si colloca in una misteriosa e mutevole zona di confine.

Bibliografia

ALESIO, M. *Nota a Cons. Stato, sez. V, sent. 1327/2000*, in *Diritto e Diritti*, 2000.

ALESSI, R. *La revoca degli atti amministrativi*, Milano, Giuffrè, 1956.

ALLA, L. *La concessione amministrativa nel diritto comunitario*, Quaderni – 42, Collana di Quaderni del Centro di Ricerca sulle Amministrazioni Pubbliche “V. Bachelet”, Milano, Giuffrè, 2005.

ARDIZZONE, U. *Concessioni di pubblico servizio ed eccessiva onerosità*, in *Giur. Comp. Cass. Civ.*, 1951, III.

ARROWSMITH, S. *The law of Public And Utilities Procurement*, London, Sweet and Maxwell, 2007.

BALOCCO, G. *La concessione tra provvedimento e contratto: riflessioni sui rapporti amministrativi sinallagmatici*, Roma, Dike Giuridica Editrice, 2014.

BARONE, A. e BASSI, U. *La comunicazione interpretativa sulle concessioni nel diritto comunitario: spunti ricostruttivi* (Nota a Commissione Comunità europee, 29 aprile 2000), in *Foro it.*, 2000, IV.

BENEDETTI, A. *I contratti della pubblica amministrazione tra specialità e diritto comune*, Torino, Giappichelli, 1999.

BENVENUTI, F. voce *Autotutela (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, vol. V, Milano, 1959.

BERTI, G. *Il principio contrattuale nell'attività amministrativa*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, Milano, 1988.

BIAMONTI, L. *Sulla eccessiva onerosità sopravveniente nel corso delle concessioni amministrative di servizi e degli appalti pubblici*, in *Foro it.*, 1949, I.

BIANCA, C.M. *Diritto civile, III, Il contratto*, II ed., Milano, Giuffrè, 2000.

BIN, R. e PITRUZZELLA, G. *Diritto Pubblico. Introduzione*, Torino, Giappichelli, 2002.

BODDA, P. *Ente pubblico, soggetto privato e atto contrattuale*, Pavia, 1937, I.

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

- BRUTI LIBERATI, E. *Le vicende del rapporto di concessione di pubblico servizio*, in *La concessione di pubblico servizio*, a cura di G. Pericu – A. Romano – V. Spagnuolo Vigorita, Milano, Giuffrè, 1995.
- CAMMEO, F. *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, Giuffrè, 1911.
- CAMMEO, F. *Corso di diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 1960.
- CAMMEO, F. *I monopoli comunali*, in *Archivio Giuridico*, LIV, 1896.
- CAPO, G: *Commento all'art. 108*, in *Codice dei contratti pubblici*, G. M. Esposito, vol. II, Roma, UTET Giuridica, 2017.
- CARANTA, R. *I contratti pubblici*, Torino, Giappichelli, 2004.
- CARDI, E. e NIGRO, A. *Giustizia amministrativa*, VI ed., Bologna, Il Mulino, 2002.
- CARINGELLA, F. e BUFFONI, L. *Manuale di diritto civile*, Roma, Dike Giuridica Editrice, VIII ed., 2015.
- CAVALLO, B. *Procedimento amministrativo e attività pattizia*, in *Il procedimento amministrativo tra semplificazione partecipata e pubblica trasparenza*, a cura di B. Cavallo, Torino, Giappichelli, 2000.
- CAVALLO, B. *Accordi e procedimento amministrativo*, in *Procedimento amministrativo e diritto d'accesso (Legge 7 agosto 1990, n. 241)*, AA.VV., Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1991.
- CAVALLO, B. *Tipicità e atipicità nei contratti pubblici fra diritto interno e normativa comunitaria: rilievi procedimentali e sostanziali*, in *Tipicità e atipicità nei contratti pubblici*, a cura di F. Mastragostino, Bononia University Press, 2008.
- CERULLI IRELLI, V. *Corso di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 1997.
- CERULLI IRELLI, V. *Note critiche in tema di attività amministrativa secondo moduli negoziali*, in *Dir. Amm.*, fasc. 2, 2003.
- CERULLI IRELLI, V. *Verso un più compiuto assetto della disciplina generale dell'azione amministrativa*, in *Astrid Rassegna on line*, 4/2005.
- CERUTI, M. *Le concessioni tra contratto, accordo e provvedimento amministrativo*, in *Urb. e App.*, 6/2016.
- CHIEPPA, R. e LOPILATO, V. *Studi di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2007.

CHITI, M.P. *Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giornale Dir. Amm.*, 4/2016.

CIVITARESE MATTEUCCI, S. *Contratti e accordi di diritto pubblico*, in *La disciplina generale dell'azione amministrativa. Saggi ordinati in sistema*, a cura di V. Cerulli Irelli, Napoli, Jovene, 2006.

CIVITARESE MATTEUCCI, S. *Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa*, Torino, Giappichelli, 1997.

CIVITARESE MATTEUCCI, S. *Regime giuridico dell'attività amministrativa e diritto privato*, in *Dir. Pubbl.*, fasc. 2, maggio-agosto 2003.

CLARICH, M. *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, Il Mulino, ed. 2017.

CODACCI PISANELLI, G. *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano, Giuffrè, 1939.

COPPOLA, I. *Recesso e risoluzione nel contratto di diritto pubblico*, in www.camminodiritto.it, estratto dal n. 12/2017.

CORAGGIO, G. *Autotutela (Dir. Amm.)*, in *Enc. Giur. Treccani (ad vocem)*, Roma, 1989.

CRESTA, S. *La cessazione delle concessioni in bilico tra decadenza e annullamento: commento all'art. 176 del nuovo Codice dei contratti pubblici (D. Lgs. n. 50/2016)*, in *Il nuovo Codice dei contratti pubblici*, a cura di F. Caringella e M. Protto, Roma, Dike Giuridica Editrice, 2017.

D'ALBERTI, M. *Le concessioni amministrative. Aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, Jovene, 1981.

DE PRETIS, D. *L'attività contrattuale della p.a. e l'articolo 1bis della legge n.241 del 1990: l'attività non autoritativa secondo le regole del diritto privato e il principio di specialità*, in *Tipicità e atipicità dei contratti pubblici*, a cura di F. Mastragostino, Bononia University Press, 2008.

DE VALLES, A. *La validità degli atti amministrativi*, Roma, CEDAM, 1986.

DUGATO, M. *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, Milano, Giuffrè, 1996.

EULA, E. *Nota a Cass., SS. UU, sent. 8 giugno 1933*, in *Il Foro it.*, vol. 58, Parte I, 1933.

FALCON, G. *Le convenzioni pubblicistiche*, Milano, Giuffrè, 1984.

FALCON, G. *Questioni sulla validità e sull'efficacia del provvedimento amministrativo nel tempo*, in *Dir. amm.*, fasc. 1, 2003.

FARRUGGIO, A. *Art. 108 D.lgs. 50/2016: quale rapporto con l'annullamento d'ufficio dopo la stipula del contratto?*, in *Salvis Juribus*, <http://www.salvisjuribus.it/art-108-d-lgs-502016-quale-rapporto-con-lannullamento-dufficio-dopo-la-stipula-del-contratto/>

FERRI, L. *Revoca in generale: a) Diritto privato*, in *Enc. Dir.*, XL, Milano, Giuffrè, 1989.

FORTI, U. *Natura giuridica delle concessioni amministrative*, in *Giur. it.*, IV, 1900.

FRACCHIA, F. *Concessione amministrativa*, in *Enc. Dir. Annali*, vol. I, Milano, 2007.

FRANZONI, M. *Degli effetti del contratto Artt. 1372-1373*, in *Commentario al Codice Civile* diretto da P. Schelsinger, I, Milano, Giuffrè, 1998.

FRIGIDA, F. *Il recesso e la revoca*, in *Il contratto, Aggiornato al d.l. 24 gennaio 2012, n.1, conv. In l. 24 marzo 2012 n.27 (d.l. liberalizzazioni) e alla proposta di regolamento europeo dell'11 ottobre 2011 relativi a un diritto comune europeo della vendita*, a cura di P. Fava, Milano, Giuffrè, 2012.

GALGANO, F. *Diritto civile e commerciale*, Padova, Cedam, 2004, vol. II.

GALLO, M. *Contratto di diritto pubblico*, in *Novissimo Digesto*, vol. IV, 1964.

GAZ, E. *La risoluzione*, in *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, a cura di R. Villata – M. Bertolissi – V. Dominichelli – G. Sala, Cedam, vol. II, Padova, 2014.

GIANNINI, M.S. *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1950.

GIANNINI, M.S. *Diritto amministrativo*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1993.

GIORGI, G. *La dottrina delle persone giuridiche o corpi morali*, II, Firenze, 1891.

GIORGIANNI, M. *Il diritto privato e i suoi attuali confini*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961.

GRECO, G. *Commento all'articolo 11*, in *L'azione amministrativa - Commento alla l. 7 agosto 1990, n. 241 modificata dalla l. 11 febbraio 2005 n. 15 e dal d.l. 14 marzo 2005, n. 35*, Aa. Vv., Milano, Giuffrè, 2005.

- GRECO, G. *L'azione amministrativa secondo il diritto privato: i principi*, in *La disciplina generale dell'azione amministrativa. Saggi ordinati in sistema*, a cura di V. Cerulli Irelli, Napoli, Jovene, 2006.
- GRECO, G. *La direttiva in materia di "concessioni"* in *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Comunitario*, V, 2015.
- GRECO, G. *Le concessioni di pubblici servizi tra provvedimento e contratto*, in *Dir. Amm.*, 1993.
- GULLO, F. *Provvedimento e contratto nelle concessioni amministrative*, Padova, Cedam, 1965.
- IANNOTTA, L. *L'adozione degli atti non autoritativi secondo il diritto privato*, in *Dir. Amm.*, 2/2006.
- IMMORDINO, M. *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Torino, Giappichelli, 1999.
- IRTI, N. *Un diritto incalcolabile*, in *Rivista di diritto civile*, 1/2015.
- KELSEN, H. *Dottrina generale dello Stato*, Milano, Giuffrè, ed. 2013.
- LA ROSA, G. *La revoca del provvedimento amministrativo: l'instabilità delle decisioni amministrative tra esigenze di funzionalizzazione e tutela degli interessi privati*, Milano, Giuffrè, 2013.
- LA ROSA, G. *Lo scioglimento del contratto della pubblica amministrazione: alla ricerca di un punto di equilibrio tra il recesso e la revoca incidente su rapporti negoziali*, in *Dir. Proc. Amm.*, fasc. 4, 2012.
- LEDDA, F. *Il problema del contratto nel diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 1964.
- LEDDA, F. *Per una nuova normativa sulla contrattazione pubblica*, in Aa. Vv, *Studi in onore di Antonio Amorth*, vol. I, *Scritti di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1982.
- LOMBARDO PELLEGRINO, E. *Teoria giuridica delle deliberazioni amministrative*, Milano, Giuffrè, 1898.
- LOPEZ DE ONATE, F. *La certezza del diritto*, ristampa postuma a cura di G. Astuti, Roma, 1950.
- LOPILATO, V. *Le clausole di rinegoziazione nei contratti ad evidenza pubblica*, in *Giust. Amm.*, 2006.
- MACARIO, F. *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, Jovene, 1996;

- MACCHIA, M. *I contratti di concessione*, in *Gior. Dir. Amm.*, 4/2016.
- MALANETTO, P. *La disciplina speciale dei contratti pubblici: procedure di affidamento, contratto ed esecuzione del rapporto tra diritto civile e diritto amministrativo. Problematiche attuali*, in *Sito Giustizia amministrativa - Studi e contributi*, 2018, 4.
- MANFREDI, G. *Revoca e modelli di tutela dell'affidamento nei commi 1-bis e 1-ter dell'art. 21-quinquies della legge n.241 del 1990*, in www.giustamm.it
- MANGANARO, F. *Recesso dall'appalto pubblico e giurisdizione ordinaria*, in *Urb. e App.*, 7/2014.
- MANNORI, L. e SORDI, B., *Storia del diritto amministrativo*, Bari-Roma, Laterza, 2000.
- MAURO, E. *Osservazioni in tema di revoca del provvedimento amministrativo e di recesso dagli accordi procedurali*, in *Foro Amm. T.A.R.*, 2004.
- MAZZELLA F. *Cenni in materia di recesso dai contratti*, in *L'azione amministrativa*, a cura di A. Cioffi, C. Romano, M. Della Scala, P. Lazzara, Torino, Giappichelli, 2016.
- MEMMO, D. *L'attività contrattuale della PA e i principi di diritto comune a seguito della legge n.15 del 2005*, in *Tipicità e atipicità dei contratti pubblici*, a cura di F. Mastragostino, Bononia University Press, 2008.
- MERUSI, F. *Annullamento dell'atto amministrativo e caducazione del contratto*, in *Il Foro Amm. - TAR*, 2004, fasc. 2, vol.3.
- MERUSI, F. *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "trenta" all'"alternanza"*, Milano, Giuffrè, 2001.
- MERUSI, F. *Il coordinamento e la collaborazione degli interessi pubblici e privati dopo le recenti riforme delle autonomie locali e del procedimento amministrativo*, in *Dir. Amm.*, 1993.
- MEUCCI, L. *Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino, Fratelli Scoca Editori, 1898.
- MOLITERNI, A. *Il regime giuridico delle concessioni di pubblico servizio tra specialità e diritto comune*, in *Dir. Amm. Rivista Trimestrale*, anno XX, fascicolo 4/2012.
- MORSILLO, G. *Nota a Cass, SS.UU., sent. 3584/1953*, in *Il Foro it.*, vol. 82, n. 2, 1959.

MOSCARINI, L.V., *I contratti della pubblica amministrazione e la disciplina dell'art. 11 l. 7.8.1990, n. 241*, in *Gli accordi fra privati e pubblica amministrazione e la disciplina generale del contratto*, a cura di G. Barbagallo - E. Follieri - G. Vettori, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1995.

NUZZO, C. *Concessione autostrade tra diritto pubblico e privato alla luce dei fatti di Genova*, in *Giuricivile*, 2018, 9, <https://giuricivile.it/concessione-autostrade-tra-diritto-pubblico-e-privato-alla-luce-dei-fatti-di-genova/>

PANTALEO, G. *Sviluppo del rapporto concessorio dall'unità d'Italia fino al d.lgs. 50/2016*, in www.osservatorio-oci.org/.

PENSABENE LIONTI, S. *Gli accordi con la pubblica amministrazione nell'esperienza del diritto vivente*, Torino, Giappichelli, 2007.

PERFETTI, L.R. *Codice dei contratti pubblici commentato. Art. 176 Cessazione, revoca d'ufficio, risoluzione per inadempimento e subentro*, in www.academia.edu.

PERICU, G. *Il rapporto di concessione di pubblico servizio*, in *La concessione di pubblico servizio*, a cura di G. Pericu – A. Romano – V. Spagnuolo Vigorita, Milano, Giuffrè, 1995.

PIGNALOSA, M.P. *Clausole di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2015.

PIOGGIA, A. *La concessione di pubblico servizio come provvedimento a contenuto convenzionalmente determinato. Un nuovo modello per uno strumento antico*, in *Dir. Pubbl.*, 1995.

PIRAINO, S. *La presupposizione negli accordi in tema di espropriazione per pubblica utilità*, Milano, Giuffrè, 1971.

PIRAS, A. *Invalidità (dir. amm.)*, in *Enc. Dir.*, Giuffrè, Milano, 1972.

PISANTI, G. *Le concessioni autostradali: evoluzione normativa e regolamentare, Dagli albori alla delibera ART 119/2017* Roma, editore Universitalia, dicembre 2017.

RANELLETTI, O. *Capacità e volontà nelle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1894, vol. 17.

RANELLETTI, O. *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, pt. I, *Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Giur. it.*, XLVI, 1984, IV.

RENNA, M. *Il regime delle obbligazioni nascenti dall'accordo amministrativo*, in *Dir. Amm.*, 2010, fasc. 1.

- RESCIGNO, P. *Le obbligazioni della pubblica amministrazione (note minime di diritto privato)*, in *Scritti in onore di M. S. Giannini*, III, Milano, Giuffrè, 1988.
- RICCIUTO, V. - NERVI, A. *Il contratto della pubblica amministrazione*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2009.
- ROMANELLI, V.M. *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano, Giuffrè, 1939.
- ROMANO, S. *Revoca (diritto privato)*, in *Nss. Dig. It.*, XV, Torino, UTET, 1968.
- RUGGERI, G. *Commento all'art. 21 sexies*, in *L'azione amministrativa - Commento alla l. 7 agosto 1990, n. 241 modificata dalla l. 11 febbraio 2005 n. 15 e dal d.l. 14 marzo 2005, n. 35*, Aa. Vv., Milano, Giuffrè, 2005.
- SACCO, R. e DE NOVA, G. *Il contratto*, Milano, UTET, 2016, IV.
- SACCO, R. *La nozione del contratto*, in *Tratt. Dir. Priv.*
- SACCO, R. *La presupposizione e l'art. 1467 c.c.*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1948, II;
- SACCO, R. *Motivi, fini*, in *Tratt. Dir. Priv.*, diretto da P. Rescigno.
- SALTARI, L. e TONETTI, A. *Il regime giuridico delle autostrade. In Italia, in Europa e nelle principali esperienze straniere*, Milano, Giuffrè Editore, 2017.
- SANDULLI, A.M. *Manuale di Diritto amministrativo*, Napoli, Jovene, 1984.
- SANTILLI, M. *Il diritto civile dello Stato*, Milano, Giuffrè, 1985.
- SANTISE, M. *Coordinate ermeneutiche di diritto amministrativo*, IV ediz., 2018.
- SANTORO-PASSARELLI, F. *Variazioni sul contratto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1970.
- SCHLESINGER, P. *Complessità del procedimento di formazione del consenso ed unità del negozio contrattuale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1964.
- SCOCA, F.G. *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. amm.*, 1995.
- SESTITO, P. "Indagine conoscitiva in materia di concessione autostradali. Testimonianza del Capo di Servizio di struttura economica della Banca d'Italia", Commissione 8° della Camera dei Deputati, Roma, 11 giugno 2015.

SETTESOLDI, O, *Commento all'articolo 21-quinquies*, in *L'azione amministrativa - Commento alla l. 7 agosto 1990, n. 241 modificata dalla l. 11 febbraio 2005 n. 15 e dal d.l. 14 marzo 2005, n. 35*, Aa. Vv., Milano, Giuffrè, 2005.

SIRENA, P. *I recessi unilaterali*, in *Trattato del contratto* diretto da V. Roppo, a cura di M. Costanza, III, *Effetti*, Milano, Giuffrè, 2006.

SORACE, D. - MARZUOLI, C. voce *Concessioni amministrative*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, III, Torino, 1989.

STROZZI, G. *Il ruolo del principio di sussidiarietà nel sistema dell'Unione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1993.

TESAURO, G. *Il contratto del diritto pubblico e del diritto amministrativo in particolare*, in *Rassegna di diritto pubblico*, 1961.

TEVERE, V. *La Pubblica Amministrazione può revocare l'aggiudicazione dopo la stipula del contratto?*, in *Amministrativamente*, n. 3-4, 2014.

TRAVI, A. *Nuovi fermenti nel diritto amministrativo verso la fine degli anni '90*, in *Foro it.*, 1997.

TRIMARCHI BANFI, F. *Art. 1 comma 1 bis della L. N. 241 del 1990*, in *Il Foro Amm. CdS*, fasc. 3, 2005.

TUCCARI, E. *La (s)consolante vaghezza delle clausole generiche per disciplinare l'eccessiva onerosità*, in *Contr. e Impr.*, 2/2018.

TUCCARI, F. *Recesso ed inadempimento negli accordi amministrativi*, Bari, Cacucci, 1993.

VASTA, S. *I procedimenti di revisione*, in *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, a cura di V. Cerulli Irelli, Napoli, Jovene, 2006.

VETTORI, G. *Accordi "amministrativi" e contratto*, in *Gli accordi fra privati e pubblica amministrazione e la disciplina generale del contratto*, a cura di G. Barbagallo - E. Follieri - G. Vettori, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1995.

VILLATA, R. *Pubblici servizi. Discussioni e problemi*, Milano, Giuffrè, 2008.

WEBER, M. *Economia e società*, II, trad. it., Milano, Giuffrè, 1964.

ZACCHEO, M. *Sopravvenienza*, in *Dizionari del diritto privato*, promossi da Irti, a cura di Martuccelli e Pescatore, Milano, Giuffrè, 2011.

Giurisprudenza

App. Trani, 3 aprile 1916, in *Giur. It.*, 1917, I, 2.

App. Firenze, 7 aprile 1925, Zanboni c. Comune di Pisa, in *Riv. Amm.*, 1925, 657.

Cass. Roma, 29 ottobre 1878, in *Ann. Giur. It.*, 1879, I, 376.

Cass. Roma, 12 gennaio 1910, in *Il Foro it.*, 1910, vol. 35, 147.

Cass. Roma, SS. UU., 9 Febbraio 1918 n. 70, in *Il Foro it.*, vol. 43, 1918, 487.

Cass. Civ., 27 gennaio 1959 n. 224, in *Il Foro it.*, 1960, III, 453.

Cass., SS. UU., 27 gennaio 1959 n. 224, in *Il Foro it.*, vol. 83, 3, 1960, 453.

Cass. Civ., 12 giugno 1963 n. 1575, in *Giust. civ.*, 1964, I, 384.

Cass. Civ., 9 novembre 1967 n. 2705, in *Il Foro Italiano*, vol. 91, 6, 1968, 1605.

Cass. Civ., 25 maggio 1968 n. 1604, in *Il Foro it.*, vol. 91, 7/8, 1968, 1773.

Cass., SS. UU., 8 novembre 1976 n. 4073, in *Il Foro it.*, vol. 101, 1978, 2771.

Cass. Civ., 29 settembre 1984 n. 4832, in *Riv. Dir. Comm.*, 1985, I-IV, 75.

Cass. Civ. 14 dicembre 1985 n. 6347, in *Giust. civ.*, 1986, I, 1394.

Cass., 9 aprile 1987, n. 3480 in *Il Foro Italiano*, vol. 115, 1992, 3363.

Cass. Civ., 3 dicembre 1991 n. 12921, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1992, I, 784.

Cass., sez. II, sent. 24 marzo 1998 n. 3083, in *Giust. civ.*, 1998, vol. 48, fasc. 12, pp. 3163/3175.

Cass. Civ., 14 gennaio 2002 n. 337 in *Dir. e prat. soc.*, 2002, 24, 81.

Cass., SS.UU., 26 giugno 2003 n. 10160, in *Il Foro It.*, vol. 127, no. 7/8, 2004, 2205.

Cass. Civ., 29 settembre 2004 n. 19563, in *Contratti*, 2005.

Cass. Civ., 9 settembre 2011 n. 18549, in *DirittoeGiustizia.it*

Cass., SS. UU., 23 novembre 2011 n. 391, su *Pluris.it*

Cass., SS. UU., 25 febbraio 2014 n. 4430, su *Pluris.it*

Cass., ord. 12 giugno 2015 n. 12177, su *Italgiture.giustizia.it*

Cass. Civ., sez. II, 29 febbraio 2016 n. 3940, in *Il Foro it.*

Cass. Civ., 27 ottobre 2016 n. 21749, su *Pluris.it*

Cass. Civ. 31 marzo 2017 n. 8343, su *Pluris.it*

Cons. Stato, sez. VI, sent. 1080/2004, su *Giustamm.it*

Cons. Stato, sez. C, parere n. 855 del 2016, su *Giustamm.it*

Cons. Stato, sez. V, sent. 1327/2000, su *Giustamm.it*

Cons. Stato, sez. IV, sent. 30 marzo 1966 n. 182, in *Il Foro Italiano*, vol. 91, no. 6, 1968, 1605.

Cons. Stato, Sez. VI, 9 febbraio 1982 n. 70, in *Il Foro Italiano*, vol. 116, no. 10, 1993, 2747.

Cons. Stato, sez. V, 7 settembre 2001 n. 4680, su *Giustamm.it*

Cons. Stato sez. VI, 15 maggio 2002 n. 2636, su *Giustamm.it*

Cons. Stato, sez. V, 27 settembre 2004 n. 6291, su *Giustamm.it*

Cons. Stato, Sez. V, 27 gennaio 2006 n. 236, su *Giustamm.it*

Cons. Stato, 26 gennaio 2009 n. 450, su *Giustamm.it*

Cons. Stato, 17 marzo 2010 n. 1554, su *Giustamm.it*

Cons. Stato, sez. IV, 4 maggio 2010 n. 2568, su *Giustamm.it*

Cons. Stato, sez. IV, 23 dicembre 2010 n. 9347, su *Giustamm.it*

Cons. Stato, 13 aprile 2011 n. 2291, in *DirittoeGiustizia.it*

Cons. Stato, Ad. Plen., 29 gennaio 2014 n. 6, in *Il Foro it.*, 2014, III, 518.

Cons. Stato, sez. VI, 17 marzo 2014 n. 1321, su *Giustamm.it*

Cons. Stato, Ad. plen., 20 giugno 2014 n. 14 su *Giustamm.it*

Cons. Stato, 22 maggio 2015 n. 2562, su *Giustamm.it*

Cons. Stato, sez. V, 25 novembre 2015 n. 5356, su *Giustamm.it*

Cons. Stato, 10 agosto 2016 n. 3573, su *Giustamm.it*

Cons. Stato, 19 agosto 2016 n. 3653, su *Giustamm.it*

Cons. Stato, sez. IV, 19 agosto 2016 n. 3653, su *Giustamm.it*

Corte Cost., sent. 43 del 2011, in giurcost.org

Corte Cost, 20 novembre 2013 n. 275, in www.cortecostituzionale.it

Corte dei Conti, Deliberazione n. 5 del 14 aprile 2005, in www.cortedeiconti.it.

Corte Giust. 18 luglio 2007, in causa C-437/07, in curia.europa.eu

Tar Calabria, Catanzaro, sez. II, sent. 2797/2002, su Giustamm.it

Tar Lazio, Roma, sez. II ter, sent. 2432 del 2013, su Giustamm.it

Tar Liguria, 28 gennaio 1982, n. 55, in *Il Foro it.*, vol. 107, no. 11, 1984, 421.

Tar Liguria, 4 marzo 1986, n. 73, in *Il Foro it.*, vol. 110, no. 6, 1987, 299.

Tar Sicilia, Catania, sez. IV, 6 luglio 2009 n. 1230, su Giustamm.it

Tar Campania, Napoli, 5 novembre 2010 n. 23132, su Giustamm.it

Tar Lombardia, Milano, sez. III, 1 settembre 2014, n. 2289, su Giustamm.it

Tar Toscana, Firenze, sez. I, 2 febbraio 2018 n. 187, su Giustamm.it

Trib. Piacenza, 17 luglio 1951, in *Giur. Cass. civ.*, 1951, 3° quadr., 1135, con nota di Ardizzone

Sitografia

www.camera.it

www.consiglionazionaleforense.it

www.cortecostituzionale.it

www.eur-lex.europa.eu

www.mit.gov.it

www.senato.it