

# LA GIURISDIZIONE IN MATERIA CONCESSORIA PRIMA E DOPO L'ENTRATA IN VIGORE DEL CODICE DEL PROCESSO AMMINISTRATIVO

dell'Avv. Fabio Falco

*Analisi della funzione concessoria della PA., con particolare riferimento alla portata ed ai limiti della giurisdizione esclusiva prevista in materia di concessioni amministrative di beni e servizi pubblici dall'art.133 c.p.a., anche con riferimento alla tutela giurisdizionale del terzo, estraneo al rapporto concessorio.*

Analysis of the power to grant of the PA., with particular reference to the extent and limits of the exclusive jurisdiction provided for the field of administrative concessions of public properties and services from Article 133 cpa, also with reference to the legal protection of the third, stranger to the concession's relationship.

*Sommario: 1. Premessa. - 2. Classificazione delle varie tipologie di manifestazione del potere concessorio della PA. e criteri di riparto della giurisdizione. - 3. In particolare, la giurisdizione in materia di concessioni di beni pubblici. - 4. La giurisdizione in materia di concessione di servizi pubblici. - 5. Tutela giurisdizionale dei terzi estranei al rapporto concessorio.*

## 1. Premessa.

L'analisi delle problematiche relative alla giurisdizione in materia di concessioni non può prescindere da una sintetica ricostruzione della funzione concessoria riservata alla PA..

Tralasciando, in questa sede, la tradizionale bipartizione delle concessioni in costitutive (con le quali l'amministrazione concede in capo al privato la facoltà di utilizzo e/o esercizio di potestà create *ex novo*) ovvero traslative (ove la PA. appunto trasferisce al privato, con il provvedimento concessorio, l'esercizio di facoltà e poteri fin lì ad essa riservati), occorre indagare, da un lato, l'essenza del potere funzionale di tipo concessorio e, dall'altro, operare una classificazione delle varie modalità con le quali detto potere può manifestarsi, posto che diverso, a seconda dei casi, è anche il potere di cognizione che la legge riserva al Giudice amministrativo.

L'essenza del potere concessorio risiede, come noto, nella discrezionale e autoritativa scelta dell'amministrazione di procedere alla concessione al privato di un bene, di un servizio pubblico e di lavori strumentali alla di esso erogazione, in funzione della migliore cura in concreto dell'interesse pubblico e della collettività, posto che così facendo garantisce al bene ovvero al servizio erogando una più uti-

le e proficua gestione, sulla base del presupposto che i privati possano dedicarvi una migliore e più efficiente allocazione di risorse.

In altri termini l'incremento della sfera giuridica del privato (mediante la concessione, che, comunque, in genere prevede in capo al privato l'onere del pagamento di un canone) è solo indiretto e strumentale rispetto all'interesse pubblico della migliore gestione del servizio pubblico ovvero utilizzo e sfruttamento del bene demaniale e/o del patrimonio indisponibile della PA..

Ciò vale a distinguere il potere concessorio da quello autorizzatorio, ove l'ampliamento della sfera giuridica del privato è la causa tipica dell'atto e il *munus publicum* è qui esercitato solo in funzione di controllo e programmazione, al punto che in dottrina si discute addirittura della natura discrezionale del provvedimento di autorizzazione, mentre il provvedimento di concessione non può mai definirsi vincolato.

## 2. Classificazione delle varie tipologie di manifestazione del potere concessorio della PA. e criteri di riparto della giurisdizione.

Sotto il profilo delle varie possibilità di esternazione del potere concessorio, una prima grande classificazione può effettuarsi tra con-

cessioni di beni pubblici (ad esempio per lo sfruttamento di miniere) e di servizi pubblici (alla cui disciplina accede, dopo l'entra in vigore del Codice dei contratti pubblici, la residuale categoria delle concessioni di lavori meramente strumentali alla erogazione del servizio) che, sebbene abbiano modalità di affidamento al privato ovvero a società mista e/o *in house* assai diverse tra loro (la disamina della cui tematica esula, però, dalla presente trattazione), presentano un regime della giurisdizione, oggi, dopo un lungo iter legislativo e giurisprudenziale (di cui si dirà a breve) racchiuso rispettivamente al comma 1, n.6, lett. b) e c) dell'art.133 c.p.a., sostanzialmente unitario, con giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo sulle relative controversie, eccetto quelle meramente patrimoniali, di competenza dell'A.G.O..

Completano il quadro dei provvedimenti concessori - meritando una trattazione a parte - le concessioni non corrispettive di danaro pubblico (sovvenzioni, aiuti, ma anche, secondo una parte della dottrina, le onorificenze) che, a differenza delle di quelle di beni e servizi, non sembrano essere soggette alla giurisdizione esclusiva del G.A., ma all'ordinario criterio di riparto, di cui è espressione l'art. 7 c.p.a.

Sul punto sono, recentemente, intervenute le Sezioni Unite della Corte di Cassazione chiarendo che in materia di contributi e sovvenzioni pubbliche, il riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo deve essere attuato distinguendo la fase procedimentale di valutazione della domanda di concessione nella quale la legge, salvo il caso in cui riconosca direttamente il contributo o la sovvenzione, attribuisce alla p.a. il potere di riconoscere il beneficio, previa valutazione comparativa degli interessi pubblici e privati in relazione all'interesse primario, apprezzando discrezionalmente l'an, il quid ed il quomodo dell'erogazione, e al richiedente la posizione di interesse legittimo, da quella successiva alla concessione del contributo, in cui il privato è titolare di un diritto soggettivo perfetto, come tale tutelabile dinanzi al giudice ordinario, attenendo la controversia alla fase esecutiva del rapporto di sovvenzione e all'inadempimento degli obblighi cui è subordinato il concreto provvedimento di attribu-

zione. (Cfr., *ex plurimis*, Cass. civ., sez. un., 20.7.2011, n. 15867).

### **3. In particolare, la giurisdizione in materia di concessioni di beni pubblici.**

Ebbene, se per quanto riguarda il riparto di giurisdizione in materia di concessioni di aiuti pubblici non si registrano particolari contrasti in dottrina e giurisprudenza, diversa è la fattispecie avuto riguardo alla giurisdizione in materia di concessioni di beni e servizi pubblici la quale, pur vedendo i relativi rapporti sin dall'art. 5 della l.n.1034/71 riservati alla cognizione del G.A., ha dato adito a numerose difficoltà interpretative, giustificando persino l'intervento chiarificatore della C.cost., con la celebre sentenza n.204/04 e la successiva n.191/06.

Invero le concessioni di beni pubblici hanno tradizionalmente ricevuto una disciplina uniforme, posto che il predetto art.5 (in combinato disposto con i successi artt. 6 e 7) della legge TAR non è stato mai oggetto di modifiche legislative, sì che il suo tenore è oggi stato trasposto nel citato art.133 c.p.a..

Ne consegue che, in materia di concessioni di beni pubblici, sussiste la giurisdizione esclusiva del G.A. in ogni fase del rapporto che possa definirsi pubblicistica e, cioè, espressione di un potere autoritativo e funzionale della PA., esercitato nei confronti del privato gestore, volto alla cura in concreto dell'*utilitas* pubblica del bene concesso in utilizzo e/o sfruttamento, mediante l'adozione di atti e/o provvedimenti che promanano da un agire procedimentalizzato dell'amministrazione o, comunque, perlomeno riconducibile all'esercizio, anche mediato, del pubblico potere.

E' fatta però salva, anche nell'attuale art.133 c.p.a. la giurisdizione dell'autorità giudiziaria per le controversie concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi... , rimettendosi così alla cognizione del g.o. solo le controversie di contenuto meramente patrimoniale, non anche la qualificazione del rapporto concessorio e la conseguente identificazione dei parametri applicabili per la predetta quantificazione, ravvisandosi in tal caso un'attività autoritativa, implicante la cognizione del g.a. in presenza sia di interessi legittimi che di diritti soggettivi (Cfr. *ex plurimis*,

CdS, Sez. VI, 14.10.2010, n. 7505).

La giurisdizione esclusiva del G.A. *in subiecta materia* investe anche i rapporti nascenti dal contratto che eventualmente acceda alla concessione (c.d. concessione contratto), *stante la loro diretta realizzazione di interesse pubblici*, purchè non abbiano oggetto *indennità, canoni ed altri corrispettivi*, ossia questioni meramente patrimoniali che esulano dall'esercizio, anche mediato, di un pubblico potere (Cfr., *ex plurimis*, Cass. civ. sez. un., 27.5.2009, 12251).

#### **4. La giurisdizione in materia di concessione di servizi pubblici.**

Più problematico è stato ricostruire la ratio della giurisdizione esclusiva in materia di concessioni di servizi pubblici, oggi confluita nel citato art.133 c.p.a. che, recependo il principio espresso dalle sentenze n.204/04 e n.191/06 della C.cost. (tradotto nel citato art.7 c.p.a.), afferma la competenza del G.A. sulle controversie in materia, eccetto quelle meramente patrimoniali e quelle in cui, nemmeno mediamente, sia esercitato un potere funzionale posto in essere mediante il procedimento amministrativo di cui alla legge n.241/90.

Originariamente, invero, l'art. 5 legge TAR già escludeva dalla giurisdizione esclusiva del G.A. le controversie in materia di servizi pubblici concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi, pur facendo riferimento ad ogni fase dei relativi *rapporti*.

L'entrata in vigore dell'art. 33 d. lgs. n. 80/98, come modificato dalla l.n.205/00, ha creato non pochi problemi applicativi, posto che la giurisdizione esclusiva in materia di servizi pubblici sembrava essere estesa a tutti i comportamenti, persino materiali, della PA. (e non solo agli atti e/o provvedimenti), ivi comprese le questioni meramente patrimoniali, stante la parziale abrogazione, per i servizi pubblici, del citato art. 5 della l. n.1034/71.

E' in quest'ottica, anche con riferimento alla disciplina delle concessioni su beni pubblici, che la citata sentenza n.204/04 (confermata dalla successiva n.191/06) della C.cost., nel dichiarare l'illegittimità costituzionale, in parte qua, del citato art. 33 del d. lgs. n.80/98, ha inteso parificare il regime della giurisdizione esclusiva del G.A. in materia di servizi

pubblici, affermando che essa sussiste ogni qualvolta ricorra, in una vicenda concessoria, l'esercizio di potestà pubblicistiche.

Tale è anche l'indirizzo delle Sezioni Unite: appartiene alla giurisdizione del giudice amministrativo la controversia che investe il potere dell'amministrazione relativo all'organizzazione ed alle modalità di attuazione di un servizio pubblico, trovando al riguardo applicazione l'art. 33 d. lgs. 31.3.1998 n. 80, (nel testo risultante dalle sentenze della Corte cost. n. 204 del 2004 e n. 191 del 2006), il quale, nella materia dei pubblici servizi, attribuisce al giudice amministrativo la giurisdizione ove si sia in presenza dell'esercizio di potestà pubblicistiche. (Cfr., *ex plurimis*, Cass. civ., sez. un., 27.7.2011, 16391).

Anche il Consiglio di Stato in s.g. aderisce a tale orientamento, dando anche una giustificazione alla scelta legislativa della giurisdizione esclusiva, che ricorre in tali rapporti, in quanto l'esercizio, anche mediato, del potere dà vita ad un inestricabile intreccio di diritti soggettivi ed interessi legittimi, che per ciò solo escludono la giurisdizione del G.O. (che residua nei rapporti meramente patrimoniali) (Cfr., *ex plurimis*, CdS, VI, 14.10.2010, 7505; *idem* 4.7.2011, 3997).

Come detto, tali principi sono oggi espressi dal combinato disposto dell'art. 7 e dell'art. 133 c.p.a., che disciplinano espressamente portata e limiti della giurisdizione del G.A. in materia di beni e servizi pubblici.

#### **5. Tutela giurisdizionale dei terzi estranei al rapporto concessorio.**

Rimane, in conclusione, da chiarire se i terzi estranei al rapporto concessorio, intervenuto tra PA. concedente e soggetto concessionario, siano legittimati ad impugnare, a valle, atti dei concessionari pregiudizievoli per la loro sfera giuridica dinanzi al TAR ovvero dinanzi al G.O..

La giurisprudenza ritiene che, trattandosi di giurisdizione esclusiva sulle controversie in materia di pubblici servizi relative a concessioni di pubblici servizi ovvero su beni pubblici, si deve ritenere che, purché vi sia una concessione di servizio, o bene, pubblico, possono, in sede di giurisdizione esclusiva, essere contestati sia dalle parti della concessione, sia da soggetti terzi, dinanzi al TAR, in

un giudizio che vedrebbe la PA. resistente principale ed il concessionario litisconsorte necessario (Cfr., *ex plurimis*, CdS, VI, n. 3997 cit.; Cass. civ. sez. un., 28.1.2011, 2062). Diversa sarebbe, invece, la tutela dei terzi nell'ambito di operatività del citato art. 5, legge TAR che, nel testo originario, si riferiva ai rapporti di concessione di beni e servizi pubblici (come detto il riferimento ai servizi pubblici fu espunto a seguito dell'introduzione dell'art. 33, d. lgs. n. 80 del 1998).

Infatti, in tale previsione, il riferimento ai *rapporti di concessione* giustifica l'esegesi secondo cui solo le parti del rapporto concessorio, e non i terzi, possono dedurre il rapporto concessorio in sede di giurisdizione esclusiva, con la conseguenza che il privato leso potrebbe citare direttamente il concessionario dinanzi all'A.G.O., essendo, poi, dubbio se la PA. concedente risulti parte necessario o meno del relativo giudizio.

«.....GA.....»