

BENI PUBBLICI

collana a cura di **FRANCESCO CLEMENTI**

demanio e patrimonio pubblico

FCLOS

ELENA NADILE

BENI PUBBLICI TRASFERITI ALLE SOCIETÀ PARTECIPATE

EXEO edizioni 

STUDI APPLICATI

pubblicazioni professionali

ISBN formato pdf: 978-88-97916-83-3

Altro orientamento, invece, patrocinato dalla Corte di Cassazione, e che ricorre allo schema della concessione-contratto, afferma che la concessione stessa nasce da un provvedimento amministrativo cui accede un contratto privatistico, fonte di obblighi e diritti reciproci tra l'ente concedente e il privato concessionario.

La fattispecie concessoria deriva, pertanto, dalla combinazione di due momenti giuridici distinti: uno, autoritativo, consistente in un atto unilaterale attraverso cui l'amministrazione accerta la rispondenza della concessione all'interesse pubblico, ed è frutto dell'esercizio di un potere funzionale; l'altro, paritetico, rappresentato da una convenzione bilaterale di diritto comune, integrativa, in relazione ai profili patrimoniali, del contenuto della determinazione unilaterale della P.A..

Tale contratto, assolve, secondo l'interpretazione in esame, una funzione strumentale e accessoria, attuando in concreto il provvedimento amministrativo con cui la P.A. dispone del bene o del servizio in via autoritativa.

Ne deriva uno stretto legame con l'atto unilaterale dell'amministrazione che comporta il condizionamento della permanenza del rapporto contrattuale all'esistenza del provvedimento così che al venir meno di quest'ultimo il contratto è inefficace.

Altra dottrina, però, ha acutamente rilevato che le vicende in cui si realizza una compresenza di contratto e provvedimento non necessariamente assumono la configurazione della concessione-contratto.

Infatti, in alcuni casi, il contratto non si pone in rapporto di accessorieta', ma di equiordinazione rispetto al provvedimento concessorio, concorrendo entrambi alla costituzione e alla regolazione del rapporto concessorio stesso, con conseguente condizionamento reciproco.

Anzi, secondo certa dottrina²⁵, il rapporto di concessione può consistere in un contratto di diritto privato che costituisce e disciplina il rapporto, mentre il provvedimento che ad esso si

²⁵ D'ALBERTI, voce *Concessioni amministrative*, in Enc. Giur. Treccani, 1988.

affianca svolge un ruolo meramente strumentale.

Un'ultima ed importante opzione interpretativa in ordine alla individuazione della natura giuridica del rapporto concessorio è stata elaborata da autorevole dottrina²⁶ che al fine di superare la titubanza di certa giurisprudenza in punto di applicazione di strumenti privatistici nel settore amministrativo ha optato per l'inquadramento della fattispecie in esame nell'ambito degli accordi procedurali di cui all'art. 11 l. 24171990, con la conseguente applicazione dei principi in materia di obbligazioni e contratti cui fa espressamente rinvio il comma 2 della predetta norma.

In tal caso, si determinerebbe una vera e propria inversione dell'ordine procedimentale in quanto per prima cosa l'amministrazione, attraverso l'espletamento della procedura ad evidenza pubblica dovrà individuare il soggetto cui affidare l'erogazione o gestione del servizio oppure il bene pubblico e solo successivamente potrà adottare il provvedimento concessorio.

Quest'ultimo, inoltre, svolgerebbe un ruolo meramente ricognitivo dei termini dell'accordo endoprocedimentale già raggiunto per cui ci troveremmo al cospetto di una fattispecie caratterizzata dalla sequenza accordo-concessione, invece, che di un contratto meramente accessorio rispetto ad un provvedimento concessorio di cui, peraltro, subisce le sorti.

È stato, inoltre, sostenuto che lo schema appena delineato ben può adattarsi anche ai casi di concessioni semplici su beni in quanto, seppur in queste ipotesi la procedura di scelta del concessionario si presenta più snella e flessibile, i principi di efficienza, efficacia ed economicità depongono comunque per l'abbandono del modello bifasico caratterizzato dallo schema della concessione-contratto.

Attraverso la stipula di un accordo endoprocedimentale il privato e la P.A. definiscono consensualmente e in un unico procedimento i termini giuridici ed economici oltre che quelli più spiccatamente pubblicistici di disciplina del rapporto.

Inoltre, in virtù della previsione di cui all'art. 133 comma 1 lett. a) n. 2 d. lgs. 104/2010, appartengono alla giurisdizione esclusiva

²⁶ GALLI R., 1.

del giudice amministrativo tutte quelle controversie attinenti la formazione, conclusione ed esecuzione degli accordi integrativi o sostitutivi di provvedimento amministrativo.

Da quanto appena detto emerge il riconoscimento di una tutela più incisiva nei confronti del concessionario che si estende anche alla fase di formazione della fattispecie e che prevede, inoltre, la corresponsione di contropartite indennitarie o risarcitorie in caso di recesso rispettivamente giustificato o ingiustificato da parte della P.A..

Una volta ricostruite le posizioni che si sono avvicinate con riferimento alla tematica in esame è opportuno dare atto del fatto che l'evoluzione della concessione verso il modello contrattuale sembra inevitabile.

Infatti, la dottrina maggioritaria ritiene in gran parte applicabile in questo settore la previsione di cui all'art. 1 comma 1 bis della l. 241/1990, che prevede la possibilità per la P.A., nell'esercizio di poteri non autoritativi, di avvalersi di strumenti integralmente privatistici.

Del tutto marginale, inoltre, è il fenomeno a struttura provvedimentale pura, caratterizzato dall'esclusiva presenza di un provvedimento amministrativo di tipo concessorio.

Giova all'esame appena condotto aggiungere che i poteri di ingerenza del concedente nei confronti del concessionario sono del tutto esclusi laddove la concessione sia stata attratta al regime contrattuale, mentre laddove l'atto attributivo abbia ancora natura pubblicistica, e qui occorre fare specifico riferimento alla concessione di beni pubblici, tali poteri devono trovare espressa previsione nella legge.

Come autorevole dottrina²⁷ ha avuto modo di sottolineare proprio le concessioni su beni pubblici possono essere di diversi tipi.

A tale riguardo occorre, innanzitutto fare cenno alle concessioni semplici, che non richiedono un particolare procedimento per l'affidamento in gestione, perché di regola è il disciplinare d'uso, allegato al provvedimento concessorio che vale a regolarlo.

²⁷ GALLI R., 1.

Ci sono, poi, delle concessioni molto più complesse, che vengono definite «concessioni strumentali» in base alle quali il bene pubblico viene distolto da quella che è la c.d. utilizzazione collettiva e viene inserito nell'attività imprenditoriale del concessionario.

In quest'ultima categoria dottrina e giurisprudenza individuano due sottocategorie a seconda che il bene oggetto della concessione sia qualificabile in termini di bene attrezzato o di bene non attrezzato.

Nel primo caso il bene costituisce proprio il terminale del servizio in quanto esso è in grado di assicurare di per sé solo l'erogazione del servizio stesso.

Nel secondo caso, invece, il bene concesso non è attrezzato: esso viene comunque inserito dal concessionario nella sua azienda e adibito, da quest'ultimo, alla funzione pubblica, potendo, così, essere destinato alla collettività.

4. Riparto di giurisdizione al cospetto di un provvedimento consessorio di beni pubblici

Per affrontare le problematiche relative al riparto di giurisdizione coinvolgenti in particolare il provvedimento consessorio è opportuno effettuare alcune considerazioni preliminari che ci consentono di ricostruire attentamente qual è la posizione giuridica del concessionario nei riguardi dell'atto in esame.

Giova a tal fine risolvere un primo problema controverso, soprattutto in giurisprudenza, che ha riguardato l'applicabilità delle regole dell'evidenza pubblica non solo al cospetto delle concessioni di servizi pubblici, ma anche di beni.

Inizialmente, si riteneva che fossero sottoponibili alle regole sull'evidenza pubblica solo le concessioni di servizi pubblici, e tra essi soprattutto quelli erogati in gestione economica.

Una risposta positiva a favore dell'estensibilità della peculiare procedura selettiva a carattere competitivo è stata fortemente

influenzata dai principi derivanti dal diritto dell'Unione Europea.

A tale riguardo è utile fare riferimento ad una importante pronuncia del Consiglio di Stato del 2009²⁸ con cui è stata chiaramente avvertita la necessità di fare applicazione delle regole e dei principi comunitari posti a tutela della concorrenza anche per l'affidamento dei beni demaniali mediante concessione amministrativa.

In tal caso, infatti, analogamente all'ipotesi della concessione di servizi pubblici, possono derivare in favore del concessionario vantaggi economici consistenti che determinano il rispetto nell'espletamento della procedura selettiva dei criteri di concorrenzialità e trasparenza.

Pertanto, i soggetti che intendono partecipare alla procedura predetta dovranno essere in possesso dei requisiti di volta in volta richiesti dalla P.A. concedente e resi evidenti nel bando di gara.

La scelta del concessionario ricadrà su quel soggetto che in base alla propria organizzazione imprenditoriale ed alle proprie capacità di gestione tecnica, risulterà in grado di utilizzare in modo più produttivo ed al contempo più efficace ed economico il bene.

Con il termine evidenza pubblica non ci si riferisce ad una procedura specifica e di uniforme applicazione, ma con essa si richiamano le regole speciali che caratterizzano la contrattualità pubblica, che vengono distinte in ragione della loro finalità consistente nella stipulazione del contratto stesso in condizioni di trasparenza e concorrenzialità.

È noto che il diritto comunitario abbia manifestato espressamente l'esigenza dell'applicazione delle regole sull'evidenza pubblica in materia di contratti e ciò è avvenuto, innanzitutto, attraverso la normativa derivata, in particolare tramite le direttive in materia di appalti pubblici ed, inoltre, in via più generale, ad opera dei principi del diritto primario, ossia quelli contenuti nei Trattati.

Pertanto, pur non occupandosi la normativa comunitaria direttamente dell'applicazione delle regole sull'evidenza pubblica in materia di concessioni di beni, analogamente a quanto accade con riferimento ai contratti pubblici, una tale esigenza, grazie anche

²⁸ Cons. St., sez. V, 19 giugno 2009, n. 4035, in www.dejure.giuffrè.it.

all'orientamento della Corte di Giustizia formatosi sul punto, si ricava proprio dai principi generali dell'Unione considerati *self-executing* tra cui quello di non discriminazione.

Infatti, a tale riguardo la giurisprudenza comunitaria ha affermato, attraverso una sorta di interpretazione teleologica operata sul punto, che le norme esistenti impongono non tanto l'adozione di meccanismi puntuali nella scelta del concessionario, quanto piuttosto il rispetto dei principi di trasparenza e di pubblicità, che non sono scritti ma che sono connessi in senso finalistico al principio di non discriminazione.

Il diritto comunitario, alla luce di quanto detto, non sembra tanto introdurre un principio di gara, quanto piuttosto un diritto alla trasparenza²⁹.

Se questa è la conclusione cui è pervenuta la Corte di Giustizia è interessante notare come proprio la nostra giurisprudenza amministrativa, ha più volte ed in numerose occasioni manifestato di aderire alla tesi patrocinata a livello giurisprudenziale comunitario.

A tale riguardo basti fare riferimento ad una recente pronuncia del TAR Sardegna³⁰ del 2010 secondo cui: «L'affidamento di beni pubblici in concessione deve, in linea di massima, avvenire a conclusione di procedimenti di natura competitiva, in ossequio ai principi comunitari, in materia di libera circolazione dei servizi, par condicio, imparzialità e trasparenza, i quali devono trovare

²⁹ Con particolare riferimento al tema delle concessioni nel diritto comunitario è interessante fare riferimento ad un'importante sentenza della Corte di Giustizia, sez. V, 7 dicembre 2000, causa C- 324/1998, in Foro it., 2000, IV, p. 1 e ss., che pur essendo espressamente riferita all'affidamento di un pubblico servizio, contiene principi generali che assumono valenza estensibile a tutte le ipotesi in cui si manifesta la forza espansiva della c.d. evidenza pubblica comunitaria oltre le concessioni di pubblici servizi e inerenti pertanto ad ogni forma selettiva pubblica. Tale sentenza è stata pronunciata sul noto caso Teleaustria. In tale occasione la Corte ha dovuto stabilire se gli affidamenti di pubblici servizi (unitamente alle concessioni di beni pubblici) ricadano o meno nell'ambito di applicazione del trattato CE, ed in particolar modo dei suoi principi generali. In tale occasione la Corte di Giustizia ha affermato che i principi di evidenza pubblica, in quanto principi generali dettati in via diretta e *self-executing* dal Trattato, vanno applicati anche alle fattispecie non interessate da specifiche disposizioni comunitarie.

³⁰ TAR Sardegna, sez. I, 5 febbraio 2010, n. 140, in Riv. giur. edilizia 2010, 3, I, 976.

applicazione, oltre che nella materia degli appalti, anche tutte le volte che l'amministrazione intenda immettere sul mercato attività suscettibili di apprezzamento in termini economici; tuttavia, quando la concessione demaniale non costituisce il mezzo per affidare a terzi attività suscettibili di sfruttamento economico, ma lo strumento per consentire ad un soggetto pubblico di disporre del bene per finalità di interesse generale, vengono meno i presupposti in presenza dei quali è necessariamente richiesta la gara».

Una volta individuato, all'esito della procedura ad evidenza pubblica, il soggetto concessionario, quest'ultimo diviene una sorta di sostituto dell'amministrazione concedente e, relativamente ai poteri pubblici ad esso trasferiti in forza del predetto provvedimento è esso stesso pubblica amministrazione.

Pertanto, il concessionario non soltanto ha il diritto di escludere i terzi dall'utilizzazione di quel bene, ma può anche tutelare quest'ultimo sia con i mezzi e le azioni proprie di diritto comune, quanto con i poteri di autotutela esecutiva.

La concessione, infatti, comporta il trasferimento di poteri pubblici, ossia di quelle particolari situazioni soggettive capaci di generare atti unilaterali di carattere imperativo.

La predetta sentenza del Consiglio di Stato del 2009³¹ è importante anche per una ragione ulteriore.

Infatti, è stata considerata la possibilità di una configurazione della responsabilità pre-contrattuale in capo alla P.A. in caso di violazione delle regole generali di correttezza e buona fede ai danni di tutti i soggetti partecipanti alla gara, che da questo angolo prospettico vantano nei confronti dell'amministrazione stessa un vero e proprio diritto soggettivo.

Innanzitutto, è importante fare riferimento all'evoluzione interpretativa che ha determinato una estensione delle regole civilistiche in materia di responsabilità pre-contrattuale anche nei confronti della Pubblica Amministrazione.

Una prima tappa, riferita ad un'epoca ormai risalente, era incentrata sull'insostenibilità di una tale configurazione in capo alla

³¹ Cons. St., sez. V, 19 giugno 2009, n. 4035, in Foro amm. CDS 2009, 6, 1506 .

P.A. in quanto, innanzitutto, vigeva una presunzione di legittimità dell'agire pubblico ed, inoltre, veniva affermato che in quanto l'amministrazione agiva per il perseguimento di un fine pubblico ciò era decisivo per sostenere che la stessa non poteva, pertanto, mai comportarsi scorrettamente a danno dei privati.

Una seconda tappa attraverso cui si è aperta una piccola breccia a favore del riconoscimento della responsabilità pre-contrattuale in capo all'amministrazione si è incentrata sull'ammissibilità della sua configurazione rispetto all'ipotesi in cui la procedura selettiva effettivamente utilizzata per la scelta del proprio partner privato fosse quella della trattativa privata, che nella sua connotazione originaria si avvicinava alle caratteristiche di una comune trattativa negoziale.

Nel momento in cui, però, le riforme normative intercorse hanno introdotto la procedura negoziata che non solo sul piano terminologico, ma anche su quello strutturale ha soppiantato la vecchia trattativa privata, imponendo anche in tal caso la ricorrenza, seppur minimale, delle regole sull'evidenza pubblica, era inevitabile anche il superamento di questa seconda tappa.

Il seguito di tale laborioso iter ricostruttivo si è, in particolar modo, incentrato sul fatto che intanto si può parlare di responsabilità pre-contrattuale in quanto sia possibile identificare il soggetto aggiudicatario che è colui il quale verosimilmente assumerà la veste di contraente nel futuro contratto con la P.A..

In realtà, però, l'approdo che da ultimo è stato patrocinato sia dalla giurisprudenza amministrativa che da quella civile, sostiene il superamento del dogma secondo cui la P.A. risponde a titolo pre-contrattuale solo se agisce in posizione paritaria con un soggetto privato, sostenendo, invece, che essa deve comportarsi da corretta contraente durante tutta la fase dell'evidenza pubblica.

Tale affermazione trova pieno riconoscimento nell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato del 2005³² secondo cui: «non è

³² V. Cons. St., Ad. Plen., 5 settembre 2005, n.6, in Foro amm. CDS 2005, 9, 2515, che ha espresso il seguente principio di diritto: «Nello svolgimento della sua attività di ricerca del contraente l'amministrazione è tenuta non soltanto a rispettare le regole dettate nell'interesse pubblico (la cui violazione implica l'annullamento o la revoca dell'attività autoritativa) ma anche le norme di correttezza di cui all'art. 1337 c.c.,

sufficiente che si sia pervenuti ad uno stato avanzato delle trattative e che nella controparte sia maturato un obiettivo e ragionevole affidamento sulla stipulazione del contratto, ma occorre che il recesso sia immotivato e privo di appropriate giustificazioni».

La necessità del rispetto delle regole della correttezza e buona fede, ex artt. 1337-1338 c.c., da parte della P.A. per tutto il corso della procedura ad evidenza pubblica è stato anche autorevolmente riconosciuto dalle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione³³, che hanno provveduto, inoltre, a specificare che l'azione volta a far accertare la responsabilità precontrattuale della P.A. stessa appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario stante la situazione soggettiva dedotta in giudizio, la quale, nella specie, ha consistenza di diritto soggettivo.

È stato ulteriormente sostenuto in dottrina che la procedura pubblicistica volta al rispetto delle regole di trasparenza e della concorrenza, abbia una «doppia anima», ossia abbia al contempo una connotazione pubblicistica che impone l'osservanza delle regole sull'evidenza pubblica ed una privatistica volta al contestuale e non meno importante rispetto delle regole di correttezza e buona fede.

In questa prospettiva, al privato, già titolare di una posizione di interesse legittimo al corretto espletamento delle procedure di gara, si riconosce una contemporanea titolarità di un vero e proprio

prescritte dal diritto civile (regole la cui violazione assume significato e rilevanza, ovviamente, solo dopo che gli atti della fase pubblicistica attributiva degli effetti vantaggiosi venuti meno e questi ultimi effetti si sono trasformati in affidamenti restati senza seguito)».

³³ V. Cass. Civ., S.U., 24 giugno 2009, n.14833, in Giust. civ. Mass. 2009, 6, 973, secondo cui in particolare: «La controversia promossa da un privato per ottenere, nei confronti di un Comune, il risarcimento del danno conseguente alla prospettata responsabilità del medesimo ente, in qualità di alienante, per la violazione degli obblighi di buona fede e correttezza nella vendita di un complesso immobiliare, per avere taciuto l'inesistenza di tutte le condizioni di legge per procedere alla cessione dell'immobile (segnatamente, l'autorizzazione della Soprintendenza regionale) appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario, giacché trattasi di domanda risarcitoria che non attiene alla fase pubblicistica della gara, ma a quella prodromica, rispetto alla quale si fa valere la responsabilità precontrattuale della P.A., con conseguente rilevanza del criterio di riparto della giurisdizione fondato sulla natura della situazione soggettiva dedotta in giudizio, la quale, nella specie, ha consistenza di diritto soggettivo».

diritto soggettivo a che le trattative si svolgano nel rispetto del principio di buona fede³⁴.

Dalla duplicità delle situazioni deriva, altresì, la possibilità di esercitare due azioni differenti: un'azione di annullamento a tutela dell'interesse legittimo e l'azione risarcitoria a titolo di responsabilità pre-contrattuale.

Per quanto concerne l'ammontare di tale pretesa risarcitoria essa si sostanzia nell'interesse negativo, ossia nelle spese sostenute per le trattative rivelatesi poi inutili.

Fatta questa disamina ricostruttiva in ordine alla responsabilità pre-contrattuale della P.A. è importante fare cenno alle statuizioni della sentenza del Consiglio di Stato del 2009.

In tale pronuncia il Consiglio di Stato stesso si è dovuto occupare di un caso sorto a seguito di un'istanza proposta, unitamente ad una domanda di annullamento del provvedimento impugnato, di accertamento della responsabilità precontrattuale del Consorzio SISRI, il quale in modo del tutto ingiustificato, aveva interrotto le trattative per l'assegnazione di un terreno demaniale ad uso industriale, procedendo a fronte di un'offerta economica più conveniente, ad assegnare ad altre due ditte lo stesso terreno, peraltro senza tenere conto che la prima ditta aveva manifestato la propria disponibilità ad offrire le stesse condizioni accettate dalle ditte assegnatarie.

In tale vicenda il Consiglio di Stato ha riscontrato la sussistenza di una responsabilità precontrattuale in capo alla P.A., annullando il provvedimento di assegnazione ed ordinando alla stessa di avviare un nuovo procedimento su basi competitive.

La violazione delle regole di correttezza e buona fede nel caso

³⁴ v. Cass. S.U., 12 maggio 2008, n. 11656, in www.dejure.giuffre.it, in cui si afferma la configurabilità di una responsabilità precontrattuale in capo alla P.A., poiché pure nei confronti di quest'ultima grava l'obbligo giuridico sancito dall'art. 1337 c.c. di comportarsi secondo buona fede durante tutto lo svolgimento delle trattative, perché con l'instaurarsi delle medesime sorge tra le parti un rapporto di affidamento che l'ordinamento ritiene meritevole di tutela. La configurabilità di una responsabilità precontrattuale in capo alla P.A. è oggi ormai pacificamente ammessa cfr. Cass. Civ. S.U. 16319/2002; Cass. Civ. S. U. 18 ottobre 2005, n. 20116 e, inoltre, Cons. St. 7194/2006.

sottoposto all'esame del Consiglio di Stato, è stata perpetrata attraverso il recesso ingiustificato dalle trattative che erano state protratte fino ad un punto tale da far insorgere il ragionevole affidamento sulla conclusione del contratto.

Infatti, la mera presenza di trattative non è da sola sufficiente a concretizzare la violazione del diritto altrui e la sussistenza di una responsabilità nella interruzione delle stesse.

La pronuncia in esame, inoltre, ponendosi in linea con i più recenti e maggioritari approdi giurisprudenziali sul punto, ha considerato che può essere ritenuta «trattativa» quella procedura di selezione volta alla scelta del concessionario di beni pubblici.

Dato atto di tali importanti premesse è agevole poter dedurre, anche ai fini di una corretta ricostruzione della problematica relativa al riparto di giurisdizione, che al cospetto della P.A. ciascun partecipante alla gara è titolare di una posizione giuridica qualificabile in termini di interesse legittimo pretensivo.

Tale posizione giuridica perdura fintanto che non si giunga ad una aggiudicazione che si conclude con l'atto concessorio a cui può seguire o meno un contratto.

Se così è, non vi è dubbio che tutto il contenzioso che precede l'adozione dell'atto concessorio determini la giurisdizione del giudice amministrativo, cui verranno parimenti devolute le controversie concernenti i poteri pubblicistici estrinsecati dalla P.A. relativamente al rapporto concessorio e inerenti ad atti di indirizzo, sorveglianza, controllo, o sanzionatori.

In realtà, però, dato l'inestricabile nodo tra diritti ed interessi nella procedura in esame, il legislatore del codice del processo amministrativo ha avvertito l'esigenza di devolvere il relativo contenzioso al giudice amministrativo in sede esclusiva.

A tale riguardo, infatti, l'art. 133 comma 1 lett. b) del d.lgs. 104/2010 sancisce che appartengono alla giurisdizione esclusiva le controversie aventi ad oggetto atti e provvedimenti relativi a rapporti di concessione di beni pubblici ad eccezione delle controversie concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi.

Tale ultima previsione ha fatto sorgere in dottrina il dubbio che il legislatore avesse voluto ritagliare un'area in cui configurare una

vera e propria giurisdizione esclusiva a favore del giudice ordinario.

In realtà, è stato più correttamente affermato che tale previsione non fa altro che confermare i tradizionali criteri di riparto.

Infatti, laddove venissero in rilievo poteri autoritativi attraverso cui, ad esempio la P.A. provvede ad una ridefinizione dei canoni e dei corrispettivi è innegabile in tal caso la sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo³⁵.

Ciò che conta, quindi, ai fini dell'identificazione del riparto di giurisdizione è verificare se con riferimento all'oggetto della controversia rilevi l'esercizio del potere funzionale, così come sostenuto dal famoso *dictum* della Corte Costituzionale, pronunciato con la nota sentenza 204/2004³⁶.

In particolare, in quest'ultima, la Consulta ha, innanzitutto, fermamente respinto il convincimento precedentemente invalso secondo cui il riferimento generico all'interesse pubblico coinvolto nella fattispecie e la presenza della P.A. come parte processuale potessero sorreggere una previsione di giurisdizione esclusiva.

Più precisamente, la Corte ha sostenuto che per «particolari materie» devolvibili alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 103 Cost., si intendono quelle che si caratterizzano per la inscindibilità delle questioni di interesse legittimo e di diritto soggettivo e che sono contrassegnate dalla circostanza che la Pubblica Amministrazione agisce come autorità³⁷.

³⁵ v. Cass. S.U. 12 ottobre 2011 n. 20939; Cass. S.U. 24 giugno 2011, n. 13803; Cass. S.U. 1 luglio 2010, n. 15644.

³⁶ v. Corte Cost. 6 luglio 2004, n. 204, in Foro amm. CDS 2004, 1895,2475.

³⁷ Più precisamente con la sentenza in esame la Consulta era giunta ad affermare che è costituzionalmente illegittimo, per contrasto con gli art. 24, 25, 100, 102, 103, 111 e 113 cost., l'art. 33 commi 1 e 2 d.lgs. 31 marzo 1998 n. 80, come sostituito dall'art. 7 lett. a) l. 21 luglio 2000 n. 205, nella parte in cui, al comma 1, prevede che sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo «tutte le controversie in materia di pubblici servizi, ivi comprese quelle relative a concessioni di pubblici servizi, escluse le controversie concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi, ovvero relative a provvedimenti adottati dalla p.a. o dal gestore di pubblico servizio in un procedimento amministrativo disciplinato dalla l. 7 agosto 1990 n. 241, ovvero ancora relative all'affidamento di un pubblico servizio, ed alla vigilanza e controllo nei confronti del gestore», e, al comma 2, che individua esemplificativamente controversie nelle quali può essere del tutto assente ogni profilo riconducibile alla P.A.-autorità.

Sempre con riferimento alla tematica in esame sono recentemente intervenute le Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione³⁸ le quali hanno affermato proprio che in materia di concessioni amministrative l'art. 113 comma 1 lett. b del d.lgs. 104/2010 nell'attribuire alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ogni controversia relativa ai rapporti di concessione di beni e servizi pubblici, fatte salve quelle aventi ad oggetto indennità, canoni o altri corrispettivi, non implica affatto, in queste ultime ipotesi, un regime di giurisdizione esclusiva del giudice ordinario.

Infatti, a quest'ultimo, devono essere devolute, in base agli ordinari criteri di riparto, solo quelle controversie sui profili in esame che abbiano contenuto meramente patrimoniale, senza che assuma rilievo un potere di intervento della P.A. a tutela di ipotesi generali.

Resta, invece, a carico della giurisdizione amministrativa quel contenzioso che coinvolge l'esercizio di poteri discrezionali inerenti

Infatti, l'art. 103 comma 1 Cost. non ha conferito al legislatore ordinario un'assoluta ed incondizionata discrezionalità nell'attribuzione al giudice amministrativo di materie devolute alla sua giurisdizione esclusiva, ma gli ha conferito il potere di indicare «particolari materie» nelle quali la tutela nei confronti della p.a. investe anche diritti soggettivi. Tali materie, tuttavia, devono essere «particolari» rispetto a quelle devolute alla giurisdizione generale di legittimità, nel senso che devono partecipare della loro medesima natura, che è contrassegnata dalla circostanza che la P.A. agisce come autorità nei confronti della quale è accordata tutela al cittadino davanti al giudice amministrativo; con la conseguenza che va escluso che sia la mera partecipazione della P.A. al giudizio sia il generico coinvolgimento di un pubblico interesse nella controversia siano sufficienti a radicare la giurisdizione del giudice amministrativo.

³⁸ v. Cass. S.U., 12 ottobre 2011, n. 20939, in Giust. civ. Mass. 2011, 11, 1672, in cui più precisamente la Suprema Corte ha affermato che è devoluta alla giurisdizione del giudice amministrativo la controversia nella quale il concessionario demaniale per l'esercizio di un terminal per il traffico di contenitori nel porto contesti all'Autorità portuale l'imposizione (avvenuta prima dell'entrata in vigore dell'art. 1, comma 984, l. 27 dicembre 2006 n. 296, che autorizza le anzidette Autorità all'applicazione di una addizionale su tasse, canoni e diritti per l'espletamento di compiti di vigilanza e per la fornitura di servizi di sicurezza) di una prestazione patrimoniale ulteriore, in assenza di idonea disposizione normativa legittimante, così da investire lo stesso potere impositivo, esercitato dall'Autorità nell'ambito esclusivo del rapporto concessorio in posizione di supremazia e nell'interesse generale della sicurezza dell'area demaniale, al fine di accertarne l'inesistenza e per affermare, quindi, l'illegittimità dell'imposizione patrimoniale.

la determinazione del canone, dell'indennità o di altri corrispettivi³⁹.

A tale *dictum* delle predette Sezioni Unite si è uniformata anche la successiva giurisprudenza amministrativa.

Infatti, ad esempio, il T.A.R. Bari Puglia⁴⁰ ha affermato che l'art. 133 lett. b) , c.p.a., nel prevedere la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo per tutte le controversie relative ai rapporti di concessione di beni e servizi pubblici, fatte salve quelle aventi ad oggetto indennità, canoni o altri corrispettivi, attribuisce alla giurisdizione ordinaria le controversie che abbiano contenuto meramente patrimoniale, senza che assuma rilievo un potere di intervento della P.A. a tutela di ipotesi generali, mentre restano nella giurisdizione amministrativa quelle che coinvolgono l'esercizio di poteri discrezionali inerenti alla determinazione del canone, dell'indennità o di altri corrispettivi.

Inoltre, anche una recentissima sentenza del TAR Cagliari Sardegna⁴¹ ha precisato che le controversie concernenti indennità, canoni o altri corrispettivi, riservate, in materia di concessioni amministrative, alla giurisdizione del giudice ordinario, sono solo quelle aventi contenuto meramente patrimoniale; quando, invece, la controversia implichi la verifica dell'azione autoritativa della p.a. sull'intera economia del rapporto concessorio, la medesima è

³⁹ Già prima dell'emanazione della sentenza delle Sezioni Unite che hanno affermato il suddetto principio di diritto un'altra pronuncia della Cassazione sempre a Sezioni Unite del 1 luglio 2010, n. 15644, in www.dejure.giuffre.it, aveva sostenuto che la controversia concernente la rideterminazione del canone di occupazione del demanio marittimo da parte dell'autorità portuale. A seguito di una differente interpretazione e di una mutata classificazione della tipologia di occupazione, spetta alla giurisdizione amministrativa, presupponendo un provvedimento amministrativo con cui l'autorità incide sull'autonomia dell'intero rapporto concessorio.

⁴⁰ V. T.A.R. Bari Puglia sez. III, 5.07.2012, n. 1372, in Foro amm. TAR 2012, 7-8, 2514, in cui è stata dichiarata la giurisdizione del giudice ordinario, stante il fatto che il presupposto del gravato atto di decadenza dalla concessione demaniale era solamente il profilo patrimoniale del mancato pagamento del canone per l'annualità del 2011, qualificato come inadempimento contrattuale rispetto alla convenzione, non venendo in rilievo alcun potere autoritativo dell'Amministrazione con riferimento alla determinazione del canone stesso.

⁴¹ V. Sardegna Cagliari, sez. I, 19.10.2012, n. 849 in www.dejure.giuffre.it; nello stesso senso v. anche T.A.R. Catanzaro Calabria sez. I, 19.03.2012, n. 293, in Foro amm. TAR 2012, 3, 973.