

La concessione e il pendolo di Foucault: dalla genesi alle soglie del diritto europeo*

di Mario R. Spasiano

SOMMARIO: 1. Una breve premessa sistematica: il “pendolo di Foucault” - 2. Le origini dell’istituto 3. La concessione ai tempi dell’Unità d’Italia - 4. La concessione amministrativa nel Secondo Dopoguerra - 5. ... e il pendolo continua a oscillare.

1. *Una breve premessa sistematica: “il pendolo di Foucault”*

La “concessione amministrativa” individua un *genus* particolarmente articolato, una vasta categoria di atti con caratteristiche ed effetti differenziati¹, connotati, nel tempo, da un unico elemento comune: il conferimento ad un privato, da parte di un soggetto pubblico munito di un’apposita potestà, di talune facoltà, patrimoniali (utilizzo di beni, esercizio di attività) o anche non patrimoniali (cittadinanza, cambio del nome o del cognome, onorificenze, ecc.)², utilità rispetto alle quali il beneficiario non vantava in precedenza alcun diritto³.

Vi è poco altro in comune tra le differenti tipologie di concessione amministrativa succedutesi nella storia, per le ragioni che saranno di segui-

* Contributo non sottoposto a referaggio.

¹ Su tale profilo, F.G. SCOCA, *La concessione come strumento di gestione dei servizi pubblici*, in F. ROVERSI MONACO (a cura di), *Le concessioni di servizi*, Rimini, 1988, 28, rileva che “quando si parla di provvedimenti amministrativi e, in particolare, di concessione, non si fa riferimento a un tipo procedimentale, bensì a una intera categoria di fattispecie, differenti per oggetto, per contenuto e per effetto, caratterizzata unitariamente solo per il fatto che l’Amministrazione arricchisce di utilità la sfera giuridica del concessionario, o, secondo una diversa e più esatta interpretazione, costituisce e trasferisce nel patrimonio giuridico del concessionario nuovi status, nuove legittimazioni, nuove qualità o nuovi diritti”.

² Sul tema, D. SORACE, C. MARZUOLI, voce “*Concessioni amministrative*”, in *Dig. Disc. Pubbl.*, III, Torino, 1989, 280.

³ G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, I, Milano 1958, 261, precisa che la concessione si basa sulla presenza di un potere pubblicistico, il cui esercizio produce un effetto accrescitivo in capo al destinatario dell’atto. Lo studioso ivi precisava che i diritti derivanti dalla concessione dovessero essere propri dello Stato, o in genere della pubblica amministrazione concedente: la concessione consisterebbe, in altre parole, in un trasferimento di facoltà dall’ente pubblico al privato.

to illustrate.

Quel conferimento poteva aver luogo a seguito della formulazione di un'apposita istanza finalizzata del soggetto interessato, oppure anche in mancanza della stessa. Anzi, a ben riflettere, l'iniziativa d'ufficio da parte dell'autorità pubblica concedente poteva costituire proprio l'espressione paradigmatica della ampiezza del potere esercitato, per lo più arbitrario, senza condizioni e tantomeno procedimentalizzazioni, finalizzato a costituire privilegi di non poco conto sulla scorta delle più differenti ragioni, per lo più di ragione politica.

Condizione per il rilascio di un atto concessorio era dunque la sussistenza di una potestà pubblica. L'interesse del privato beneficiario, in quello schema, rivestiva un ruolo del tutto secondario: semmai, di esso si sarebbe tenuto conto, come avverte Franco G. Scoca, "*solo se e nella misura in cui coincida (o non collida) con interessi pubblici*"⁴. Fu Enzo Silvestri⁵, nel 1961, a semplificare lo schema chiarendo che in fondo l'istituto concessorio era espressione di una potestà pubblica attraverso il cui esercizio si intendevano perseguire fini pubblici.

Viene tuttavia da chiedersi: è stato sempre così? Sono sempre stati soltanto interessi pubblici a muovere gli scopi del rilascio di concessioni?

Le ragioni che si collocano alla base del rilascio di concessioni – come si accennava – sono state molteplici e variegate nel tempo. Talvolta esse, contrariamente a quanto appena rilevato, hanno costituito espressione di volontà di tutela di interessi di parte, o persino di volontà di perseguimento di esigenze personalistiche, magari solo ammantate da ragioni di pubblico interesse.

In altre circostanze, poi, il rilascio di concessioni ha costituito occasione di dimostrazione del potere di un sovrano, potere ampio, persino illimitato; in altre ancora, mediante il rilascio di concessioni si è invece

⁴ F.G. SCOCA, *Il provvedimento*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto Amministrativo*, Torino, 2025, 278. Dello stesso A., *La concessione come strumento di gestione dei servizi pubblici*, cit., 25 ss. In termini, cfr. B. TONOLETTI, *Beni pubblici e concessioni*, Padova, 2008, 468, il quale osserva che nella concessione, "il valore degli usi particolari dei beni pubblici non può essere mai ridotto all'interesse puramente privatistico e patrimoniale che riveste il beneficiario della concessione, ma deve essere misurato per le sue implicazioni di interesse generale".

⁵ E. SILVESTRI, voce "*Concessione amministrativa*", in *Enc. Dir.*, VIII, Milano, 1961, 370. Inoltre, E. SILVESTRI, F. GULLO, *Provvedimento e contratto nelle concessioni amministrative*, Padova 1965; F. TRIMARCHI, *Profili organizzativi della concessione di pubblici servizi*, Milano, 1967.

realizzata un'operazione di redistribuzione della ricchezza fra gli strati della società al fine di consolidare modificare determinati assetti: interventi, dunque, di riassetto di equilibri economici di più o meno ampia portata. Insomma, pare si possa sostanzialmente affermare che attraverso le leve del sistema concessorio si è dato luogo, nel tempo, a vicende differenziate quanto agli effetti prodotti, nelle quali il perseguimento di interessi pubblici, tanto più nella loro attuale accezione, assumeva un peso non sempre primario, talvolta persino insussistente.

L'assenza di specifiche e rigorose discipline al riguardo, cessata solo in tempi relativamente recenti, rendeva la concessione uno strumento fluido, adattabile, utile a perseguire finalità varie.

A questo punto, si potrebbe pensare che queste prime riflessioni siano allora riferibili ad un passato lontano, espressioni di una realtà ormai archiviata, travolta dalle moderne ventate dei rigorosi e positivizzati principi delle democrazie contemporanee. Ma, ad un'attenta analisi, non è così. Basti considerare che anche nel corso del Novecento, proprio nel nostro sistema ordinamentale italiano, si è continuato a rilasciare "concessioni perpetue *ad personam*", prive di qualsiasi limite di efficacia temporale, a tutto vantaggio di privati destinati a trarre benefici anche di notevole consistenza economica derivanti dall'assegnazione di esclusivi sfruttamenti di risorse e beni pubblici, in cambio, magari, del versamento di modeste (invero persino ridicole) somme di denaro definite, non senza un grado di malcelata ipocrisia, "oneri di concessione". E vi è anche di più perché quand'anche limiti di efficacia fossero originariamente previsti nei provvedimenti concessori (dai novantanove anni in giù), alla scadenza venivano comunque applicate proroghe legislative, di volta in volta diversamente motivate.

Invero, come scriveva Octavio Paz (poeta messicano e premio Nobel per la letteratura nel 1990), "*La memoria è un presente che non finisce mai di passare*".

E, in effetti, in tema di concessioni amministrative, un certo retaggio del passato non è mai del tutto passato, neanche ai giorni nostri ove l'ordinamento europeo, in nome dei principi di concorrenza e di *par condicio*, pone regole volte a scardinare antichi (e meno antichi) privilegi, che tuttavia continuano a resistere alla blanda (e contraddittoria) azione di governi di diverso orientamento, supportati da interventi giurisprudenziali del tutto asistemati, dandosi vita ad azioni scialbe e contraddittorie, prive

di credibilità, invero rispondenti a logiche determinate dalla forte spinta elettorale che i poteri concentrati nelle mani dei concessionari sono in grado di esprimere in settori rilevanti della economia nazionale.

Sotto diverso profilo, la varietà e l'ampiezza morfologica dell'istituto concessorio ha fatto sì che esso nel tempo sia stato sottoposto a differenti inquadramenti, incidenti persino sulla natura giuridica delle discipline a fondamento: si è così fatto ricorso alla disciplina privatistica come a quella pubblicistica, ai contratti o ai negozi come ai provvedimenti amministrativi, passando attraverso ibride forme miste, ritenute in grado di favorire compromessi tra interessi pubblici e privati contrapposti. Si è peraltro provveduto al rilascio di concessioni mediante l'uso di poteri incontrollati, arbitrari, così come si è fatto ricorso, in altri momenti della nostra storia, a più disciplinate forme di regolazione, tanto più laddove il sistema concessorio, nel suo complesso, è andato assurgendo al rango di importante ganglio del complessivo sistema economico del Paese⁶.

Insomma, la concessione amministrativa è stata come il *pendolo di Foucault*: essa ha tracciato e continua a tracciare nella storia tante traiettorie, diverse l'una dall'altra, pur restando connessa, come quel pendolo, ad un unico elemento costante: se il soffitto del Pantheon di Parigi nel 1851 ha retto infatti la sfera di ottone che, oscillando liberamente, tracciava linee sempre differenti sul terreno così dimostrando il movimento rotatorio della Terra, la concessione, pure espressione sempre della medesima potenza del potere pubblico, ha continuato a sua volta nel tempo a tracciare infinite linee diverse (mutando presupposti, finalità, modalità di esercizio, ecc.), a riprova che il rapporto tra il potere pubblico e i suoi destinatari può rispondere ad infinite ragioni e soprattutto esso è in costante movimento e muta infinitamente per adeguarsi alle cangianti esigenze.

Il potere concessorio, dunque, come si cercherà di dimostrare sulla base delle illustrate premesse, è uno degli osservatori privilegiati del

⁶ Sul tema, F. FRACCHIA, voce "*Concessioni amministrative*", in *Enc. Dir.*, I, Milano, 2007, 263, rileva che per tale ragione il diritto europeo e le "istanze della concorrenza premono per una riduzione dell'area di applicazione dell'istituto concessorio, tra l'altro alimentando una sorta di ritorno verso la concezione che limita le concessioni ai soli casi di attività riservata. Peraltro, la liberalizzazione di alcuni mercati (trasporti, telecomunicazioni, energia, poste e così via) si è realizzata anche attraverso la sostituzione, almeno parziale, del più gravoso modello concessorio con quello autorizzatorio: l'apertura del mercato, infatti, richiede l'eliminazione delle barriere, dei "privilegi", e delle posizioni gestite dai privati in nome dei soggetti pubblici".

perenne dinamismo del potere e delle sue forme di manifestazione; ed è altresì misura della qualità del rapporto tra potere pubblico e privato. Esso subisce l'evoluzione dei tempi, ma a sua volta incide sulla evoluzione degli ordinamenti e dei principi che lo regolano.

2. *Le origini dell'istituto*

La concessione amministrativa è, come rilevato, un istituto molto antico e multiforme, del quale, in questa sede, non possono che essere ripercorse soltanto in linea generale alcune delle principali tappe evolutive. Essa affonda le proprie radici già nel diritto romano⁷, contesto nel quale è già dato rinvenire atti di pubblici poteri finalizzati ad attribuire potestà, beni e/o diritti pubblici a privati.

Come noto, nel diritto romano trovavano riconoscimento due diritti reali fondamentali: la *proprietas* e l'*usus*. I beni pubblici costituivano una categoria separata dai beni privati: essi erano destinati alla collettività (strade, piazze, acque, terre agricole, ecc.) e la loro gestione rientrava nella competenza dello Stato.

In quel contesto storico, si è rilevato, si possono individuare talune forme di “concessione” con le quali veniva consentito a privati di utilizzare beni pubblici. Forme di concessione determinate da finalità di tutela di interessi pubblici coesistevano tuttavia con altri istituti similari, con i quali, invece, potevano essere attribuiti privilegi particolari, persino personali, concessioni di usi esclusivi, anche in assenza di ragioni di pubblico interesse.

⁷ Si pensi al riguardo, a titolo esemplificativo, alla *Locatio conductio*, un contratto che prevedeva l'affitto o la locazione di beni pubblici a favore di privati: il contratto di *locatio conductio operarum* riguardava il noleggio di terreni pubblici per scopi agricoli o di altre risorse, come l'acqua. Ma si può anche fare richiamo alle ipotesi diverse e proprie *Concessioni di uso esclusivo*: in talune circostanze, l'imperatore o l'autorità competente concedeva l'uso esclusivo di determinati beni pubblici (come le acque o le miniere) per fini specifici, come la pesca o l'estrazione mineraria. Questo tipo di concessione non trasferiva la proprietà, ma consentiva l'uso esclusivo del bene pubblico da parte di privati. Si può ancora fare riferimento alla *Concessione per privilegio*: nel tardo impero, si sviluppò infatti un sistema di concessioni che aveva a che fare con privilegi esclusivi dati a singoli individui o gruppi. Ad esempio, l'imperatore poteva concedere privilegi particolari per attività economiche, come il diritto esclusivo di estrarre una risorsa naturale o di esercitare una determinata attività commerciale.

In mancanza di un sistema centralizzato di gestione dei beni pubblici, laddove un'autorità pubblica munita delle opportune potestà riscontrasse una possibile utilità collettiva o ritenesse comunque di riconoscere ad un privato, un privilegio gravante su un bene o un'utilità pubblica, quella autorità poteva arbitrariamente disporre al riguardo. In quel contesto, di solito essa era costituita dall'imperatore direttamente o, nei territori delle province, da suoi funzionari che, il più delle volte, per ragioni di assetto di equilibri militari o anche amministrativi, avevano facoltà di concedere a singoli o a gruppi, l'uso di beni quali terreni pubblici, acque, miniere, o esercizi di attività come la pesca, la caccia, ecc.

Nel corso del Medioevo, quel potere di concedere diritti, beni ed attività costituì prerogativa del monarca, che non di rado agiva al riguardo in qualità di dispensatore di "grazie", attribuendo liberamente privilegi a determinate persone o gruppi. Ciò poteva accadere per effetto di "concessioni", ossia atti privati aventi consistenza di contratto e denominati "venali".

Con l'affermazione del feudalesimo e del vassallaggio, "i beni demaniali" divennero strumento tipico di investitura. Il re, il principe o il signore del luogo si riservavano il diritto esclusivo di concedere lo sfruttamento di beni demaniali. Quelle concessioni, generalmente attribuite a privati sotto forma di "regalie"⁸, avevano lo scopo precipuo di dare una precisa forma organizzativa alla società: erano accordate per accrescere la sottomissione dei vassalli ai sovrani e dei non-vassalli agli stessi vassalli, secondo una strategia di attribuzione di veri e propri privilegi personali aventi ad oggetto, anche in questo caso, l'utilizzo di risorse come acque, miniere, boschi, pascoli, e diritti di caccia e pesca.

La concessione di privilegi e diritti esclusivi serviva dunque a rafforzare gli assetti sociali mediante la definizione di una precisa gerarchia basata sulla accentuazione della differenziazione giuridica ed economica tra classi di appartenenza.

Nel tardo Medioevo si diede luogo ad una graduale trasformazione del sistema concessorio. Esso cominciò a rappresentare meno un "atto di grazia", a connotazione prevalentemente di tipo socio-strutturale, per divenire maggiormente strumento di regolamentazione amministrativa del monarca, un mezzo adoperato per gestire l'economia, la giustizia e le

⁸ Si v. G. ZANOBINI, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, in V.E. ORLANDO (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, vol. II, III, Milano, 1920, 557 e ss.

risorse naturali del regno.

L'Antico Regime, protrattosi tra il XIV e il XVIII secolo, segnò -come noto- l'affermarsi delle monarchie assolute e la successiva nascita degli Stati centralizzati⁹.

In quel contesto storico, anche le concessioni tesero ad evolvere in modo multiforme, per lo più verso modelli maggiormente strutturati, legati alle differenti sovranità statali e alle relative amministrazioni centralizzate. La concessione, in quel periodo, divenne prevalentemente strumento di controllo delle risorse e dell'economia, mezzo atto a garantire stabilità politica, ancorché si potessero verificare anche casi sia di concessioni "esclusive", con finalità di costituzione di privilegi personali, sia di concessioni di regimi di uso *extra ordinem* di beni pubblici che, in deroga alle norme generali, erano destinate di volta in volta a soddisfare le più diverse esigenze di governo.

3. *La concessione ai tempi dell'Unità d'Italia*

L'Unità d'Italia, nel suo primo ventennio, non presentava uno specifico e unitario modello di concessione; venivano per lo più qualificate di tipo concessorio, forme diversificate di attribuzione dell'uso di beni pubblici demaniali e patrimoniali o anche di affidamento della realizzazione o dell'esercizio di opere pubbliche e servizi a imprese.

Quella vera e propria azione politica aveva lo scopo di favorire il supporto di finanziamenti privati allo sviluppo del sistema delle infrastrutture

⁹ Soltanto con la nascita degli Stati moderni, le concessioni diventano uno strumento di governo centralizzato. Lo Stato non è più un insieme di entità feudali separate, ma una struttura organizzata che gestisce e regola le risorse pubbliche. Le concessioni cominciano a essere usate in modo più sistematico, con leggi e regolamenti che stabiliscono le modalità per la loro assegnazione e controllo. Con l'espansione delle infrastrutture e il progresso, come la costruzione di ferrovie, porti e strade, lo Stato inizia a concedere alle imprese private il diritto di costruire e gestire queste strutture in cambio di un compenso o di diritti esclusivi. Tali concessioni, spesso di lunga durata, sono parte di una strategia per promuovere lo sviluppo economico senza sovraccaricare il bilancio statale. Durante l'epoca delle grandi scoperte geografiche e nel contesto delle colonie europee, le concessioni furono anche utilizzate per gestire le terre e le risorse nelle nuove colonie. Le compagnie coloniali, ad esempio, ricevevano concessioni da parte delle metropoli europee per amministrare vasti territori, gestire risorse naturali e condurre attività commerciali in aree lontane.

pubbliche e dei servizi di pubblica utilità (dalle convenzioni ferroviarie alle concessioni onerose di acque pubbliche, dallo sfruttamento di miniere alla coltivazione di piantagioni di tabacco, dalle reti di pubblica illuminazione alla costruzione e gestione di tranvie).

In quel periodo, le concessioni amministrative si configuravano quali veri e propri contratti civilistici: sulla falsariga degli atti di compravendita o locazione, nei casi di concessioni di beni pubblici; di contratti misti, invece, nel caso in cui la concessione avesse ad oggetto la costruzione di opere o la gestione di servizi. Insomma, i rapporti concessori si inscrivevano a pieno titolo nella disciplina contrattuale.

Va notato, tuttavia, che sebbene sottoposti alla disciplina propria dei principi civilistici sull'obbligazione e sul contratto, taluni di quei rapporti si connotavano per la presenza di tratti tipicamente pubblicistici, con particolare riguardo alle ipotesi di esercizio della revoca¹⁰.

Ad ogni buon conto, la presenza di profili pubblicistici non minava la configurazione sostanzialmente contrattuale dei rapporti, che risultava ampiamente prevalente, tanto più che gli eventuali atti amministrativi adottati incidenti su quei contesti non sarebbero stati comunque in grado di ledere, degradandoli, i diritti derivanti dal contratto.

Le ragioni di questa situazione erano facilmente individuabili: il nuovo Stato unitario aveva bisogno assoluto dei privati, interlocutori privilegiati in grado di assicurare il supporto finanziario alla crescita del Paese, in una situazione di carenza di risorse pubbliche. In cambio del loro supporto, quei privati pretendevano garanzie di certezza, stabilità ed equilibrio dei relativi rapporti economici che si riteneva potessero essere garantiti solo dall'uso degli strumenti contrattuali, determinando equilibrio fra le contrapposte ragioni del potere pubblico, da un lato, e dei privati, dall'altro.

Invero, è stato sottolineato in dottrina come quella scelta di compromesso determinasse, in realtà, il rafforzamento ulteriore dei privilegi già ampiamente concessi alle fasce imprenditoriali¹¹, con pieno soddisfacimento delle pretese provenienti da chi aveva in mano le leve del capitale privato, a discapito delle altre ragioni pure in gioco.

Fu solo al finire del XIX secolo che l'esigenza di edificazione, in

¹⁰ Sulla revoca delle concessioni di acque pubbliche, si rinvia alle pagine di M. D'ALBERTI, voce "*Concessioni amministrative*", in *Enc. giur.*, Roma, 1988, VII, 1 ss.

¹¹ Sul tema, si rinvia ancora a M. D'ALBERTI, voce "*Concessioni amministrative*", cit., nonché, dello stesso A., *Le concessioni amministrative*, Napoli, 1981, XIX.

chiave pubblicistica, di un compiuto «sistema di diritto amministrativo» cominciò a favorire gradualmente la trasformazione dell'istituto contrattualistico concessorio in chiave provvedimentale e autoritativa.

Le ragioni di questa svolta radicale erano molteplici. Tra esse, l'esigenza di cominciare a costruire uno Stato forte, maggiormente incisivo sui propri destini; la ricerca di maggiore unità e compattezza dell'ordinamento; la flessione, già in atto da un ventennio anche in Francia, del diritto privato quale strumento di politiche pubbliche; e soprattutto l'avvento di una compiuta "teoria degli atti amministrativi", munita di canoni e caratteri squisitamente pubblicistici e fondata sull'ampliamento della disponibilità di ambiti di discrezionalità amministrativa. Non ultimo, infine, l'ingresso, sulla scena ordinamentale, del nuovo giudice amministrativo¹².

Tutti questi concomitanti fattori concorsero nella direzione del passaggio alla qualificazione pubblicistica della concessione.

Ancorché si registrassero timori circa in perpetuarsi di troppo ampi, persino arbitrari, poteri che avevano connotato, nei tempi passati, il rilascio di atti concessori, il provvedimento unilaterale di concessione fu comunque disciplinato quale atto eminentemente discrezionale, anzi ad ampia discrezionalità, idoneo a trasferire in capo al privato facoltà compenstrate con l'interesse pubblico, definibili come diritti in senso lato, ma protette dalla tutela propria degli interessi legittimi. Da qui, il rapporto concessorio poteva anche essere oggetto di modificazione o di revoca mediante atti imperativi dell'amministrazione concedente, persino senza obbligo di indennizzo, fatti salvi i casi di provvedimenti incidenti sulle grandi concessioni di lavori pubblici, ma il concessionario avrebbe potuto impugnare quegli atti innanzi al giudice amministrativo.

Tendenze ermeneutiche propense alla pubblicizzazione cominciarono ben presto a rinvenire elaborazione da parte della dottrina, non senza varianti ed eccezioni, sino a innestarsi nella giurisprudenza.

Un decisivo momento di riflessione sul processo in atto va decisa-

¹² B. SORDI, *La conquista della specialità*, in L. MANNORI, B. SORDI (a cura di), *Storia del diritto amministrativo*, Bari, 2001, 390, rileva che "attraverso l'emancipazione dal diritto civile veniva creata la possibilità per la formazione di quei principi speciali del diritto pubblico che tenessero conto dei peculiari compiti e interessi dell'amministrazione pubblica". "In Italia, già l'età giolittiana conosce (...) discipline legislative di notevole consistenza, a partire dalla legge sulla municipalizzazione dei servizi pubblici nel 1903, che apre una dialettica in gran parte nuova tra l'esercizio diretto e l'area, già notevolmente estesa, anche in precedenza, delle concessioni comunali".

mente riconosciuto agli scritti giovanili di Oreste Ranelletti (1894).¹³

A lui, in particolare, si deve l'elaborazione della nozione originaria di concessione amministrativa, intesa quale figura giuridica ancorata alla presenza di un potere pubblicistico unilaterale, accrescitivo della sfera di utilità del privato mediante l'attribuzione di una nuova situazione giuridica soggettiva: in quella prospettiva, la concessione diveniva l'emblema del provvedimento amministrativo discrezionale, in quanto tale passibile dei poteri di autotutela decisoria ed esecutoria da parte della p.a.

Ranelletti analizzò numerose tipologie di concessioni regolate dalla normativa dell'epoca, al fine di verificare se, partendo dal diritto positivo, fosse possibile sostenere la natura bilaterale o unilaterale delle concessioni.

A seguito della sua analisi, l'Autore addivenne alla conclusione per la quale, sebbene nella normazione si potessero riscontrare diversi riferimenti alla struttura contrattuale delle concessioni, essi erano tutti contenuti in disposizioni di natura regolamentare; diversamente, le leggi presentavano una configurazione unilaterale delle concessioni. Per questa condizione, connessa all'applicazione del principio di gerarchia delle fonti, la tesi unilaterale dell'espressione del potere pubblicistico, secondo Ranelletti, andava preferita. D'altronde, egli rilevava l'unicità dell'atto di concessione, evidenziando come quest'ultimo fosse *“tutto e soltanto nell'atto amministrativo, che lo contiene, sicché ciò che nei contratti è perfezionamento e compimento della dichiarazione di volontà, nelle concessioni è atto unico di dichiarazione; la concessione non solo è perfetta, ma comincia a esistere quando si perfeziona l'atto che la contiene”*.

Negli atti di concessione i soggetti pubblici operavano sempre come autorità, in vista della tutela di interessi generali. Pertanto, considerato che l'attività dell'amministrazione ha per fine diretto l'interesse pubblico, le concessioni andavano necessariamente ricondotte ad atti di impero: la

¹³ O. RANELLETTI, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative, Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Giur.it.*, 1894, IV, 7-83 (ora in *Scritti giuridici scelti*, in E. FERRARI, B. SORDI (a cura di), *Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Camerino*, Napoli, 1992, III, *Gli atti amministrativi*, 37 ss.). A partire da Ranelletti, il provvedimento unilaterale di concessione fu considerato un atto eminentemente discrezionale nonché idoneo a trasferire in capo al privato facoltà compenetrante con l'interesse pubblico, definibili come diritti in senso lato, ma protette dalla tutela propria degli interessi legittimi. Infine, il rapporto concessorio poteva essere modificato o revocato mediante atti imperativi dell'amministrazione concedente, senza obbligo di indennizzo, esclusi i casi di provvedimenti incidenti sulle grandi concessioni di lavori pubblici. Orbene, le nuove tendenze verso la pubblicizzazione furono elaborate dalla dottrina e di lì, non senza varianti ed eccezioni, penetrarono nella giurisprudenza.

natura imperativa degli atti in esame escludeva che alla loro formazione partecipasse il privato, privo di qualsiasi autorità¹⁴.

Al più, l'atto di concessione poteva essere il risultato dell'incontro dell'amministrazione, munita di potere unilaterale, con le dichiarazioni del privato: si sarebbe quindi potuto ammettere l'esistenza di un atto di natura pubblica e privata insieme o affermare l'esistenza di un atto di natura né pubblica né privata, ma ibrida.

In sintesi, qualsiasi concessione comportasse obblighi per il concessionario constava, secondo Ranelletti, di due negozi giuridici, sorgenti in due momenti diversi: all'atto concessorio, atto d'impero idoneo a creare diritti in capo al concessionario, accedeva la dichiarazione di volontà del privato, atto unilaterale di diritto privato mediante il quale egli acconsentiva agli oneri derivanti dalla concessione. Due negozi strettamente penetrati fra loro, laddove la concessione era *“la causa obligationis del privato e l'atto di obbligazione del privato il mezzo con cui l'amministrazione può raggiungere talora lo scopo stesso della concessione”*.

Nella stessa epoca, anche Federico Cammeo (1896)¹⁵ abbracciava la tesi unilaterale, ma sulla scorta di un diverso ragionamento.

L'Autore respingeva la tesi contrattualista negando che le relazioni intessute dalla pubblica amministrazione per rispondere a bisogni della collettività potessero essere ricondotte al diritto civile. Il rapporto conces-

¹⁴ Il collegamento tra la potestà di disposizione degli usi particolari del bene e l'interesse pubblico che forma lo scopo finale degli stessi è ben colto ed esplicitato da Feliciano Benvenuti che, in alcuni scritti degli anni Sessanta sul demanio idrico e marittimo, sottolineò la connotazione “strumentale” ormai assunta da beni la cui demanialità tendeva ad essere letta per lo più in termini di produttività, ossia capacità “di produrre un vantaggio economico al suo titolare e, attraverso questo vantaggio economico, un vantaggio per l'intera collettività”. Con la conseguenza che, una volta assunta consapevolezza della funzione produttiva del bene demaniale, era giocoforza “ricorrere all'attribuzione del bene stesso ad un soggetto” che del bene facesse “la propria ragione di esistenza” e che, quindi, è portato ad aumentarne la produttività “perché con questo soltanto raggiunge(va) i propri scopi”.

¹⁵ F. CAMMEO, *I monopoli comunali*, Bologna, 1896; come osserva M. D'ALBERTI, *Le concessioni*, cit., XIX: “le differenze fra le due costruzioni (nda, di Ranelletti e Cammeo) attengono sia al metodo sia al contenuto, in quanto alla metodologia di Ranelletti assai rigorosa, ma catturata dai “problemi astratti” fino a scontare un eccessivo distacco dalla realtà, si contrappone l'elaborazione di Cammeo, in cui il discorso tecnico è il risultato di un'analisi profonda non solo dei concetti e delle norme di diritto amministrativo e civile, ma anche delle consuetudini amministrative, delle singole clausole inserite nelle concessioni, delle condizioni di fatto economiche, sociali e politiche”.

sorio implicava la delegazione di facoltà sovrane e di diritti da parte del concedente, elementi attinenti alle funzioni istituzionali degli enti pubblici e quindi in quanto tali non passibili di costituire oggetto di contratto. Nella prospettiva della unilateralità dell'agire amministrativo e della indisponibilità della sfera di discrezionalità riconosciuta dalla legge va dunque individuato il parziale superamento della teoria di Ranelletti. In particolare, mentre quest'ultimo aveva sostenuto la tesi secondo la quale da un atto amministrativo discrezionale - di concessione o di autorizzazione - non potessero derivare, in linea generale, diritti perfetti in capo al privato, di contro Cammeo opponeva il nesso sussistente fra interesse pubblico e atto amministrativo d'impero, argomentazioni inerenti all'oggetto delle concessioni e alla discrezionalità che le connotano¹⁶. Per Cammeo, la concessione non poteva essere considerata un contratto: l'oggetto della stessa, infatti, era sempre un diritto, una facoltà, un onere spettante alla pubblica amministrazione, incommerciabile e, quindi, non deducibile in contratto; inoltre, visto che la discrezionalità era attribuita all'amministrazione dalla legge, solo quest'ultima avrebbe potuto negarla, ma di certo essa non sarebbe potuta venire meno in forza di un'obbligazione contrattuale.

La deriva pubblicistica della concessione amministrativa¹⁷ nonostante la complessità e raffinatezza dei ragionamenti che si collocavano alla sua base, venne tuttavia presto messa in discussione, ma ciò accadde in virtù di ragioni di ordine pratico, più che giuridico: essa, ancora una volta, veniva ritenuta mal conciliante con la necessità di favorire lo sviluppo delle attività imprenditoriali e l'accesso dei suoi capitali nei settori di pubblica utilità. A ciò si aggiungeva (ma il profilo appare invero piuttosto secondario) essa appariva inidonea a spiegare il ruolo concreto che nella prassi continuava

¹⁶ Sempre secondo Cammeo le concessioni sarebbero sempre revocabili in ragione del fatto che «poiché si tratta di tutelare nell'interesse generale le cose pubbliche, poiché questa tutela è uno dei compiti sovrani dello Stato, l'esercizio di esso, l'investitura fatta ad un privato di un diritto di uso eccezionale, è una funzione di diritto pubblico, un atto unilaterale».

¹⁷ Si pensi al riguardo alla legislazione emanata in quegli anni: l'art. 24 della l. 7 aprile 1892 per le concessioni di reti telefoniche e telegrafiche; gli artt. 2 e 13 della l. 20 agosto 1884 in materia di concessioni di derivazione di acqua, ove il potere concessorio era funzionale a verificare la compatibilità concreta dello sfruttamento; le leggi per le concessioni di bonifiche (l. 25 giugno 1882, art. 4; l. 6 luglio 1886, art. 2; l. 6 agosto 1893, art. 1). La legge sulle municipalizzazioni del 1903 (l. 29 marzo 1903, n. 103, *Assunzione diretta dei pubblici servizi da parte dei comuni*) subordinò poi la possibilità per i privati di gestire i servizi pubblici proprio al rilascio di una «concessione all'industria privata».

a ricoprire il “momento” dell’incontro di volontà e della negoziazione tra amministrazione e privati in sede di definizione del rapporto concessorio.

Nell’ultimo decennio dell’Ottocento, sulla scorta delle considerazioni appena esposte, si collocò il tentativo di Ugo Forti¹⁸ (1900, poi 1937) di applicare ad alcuni rapporti concessori la categoria concettuale del “contratto di diritto pubblico”, già elaborata dalla dottrina tedesca, nella quale alla qualificazione contrattuale della concessione, sarebbe corrisposta un’amministrazione collocata su un piano non paritetico rispetto a quello del privato, e dunque non spogliata della propria qualificazione pubblicistica.

Il contratto di diritto pubblico avrebbe potuto assicurare, agli interessi dello Stato, la medesima tutela derivante dalla teoria dell’atto di 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. In breve, conseguenze pratiche, mutazioni dell’ordinamento positivo, non sono venute né sarebbero potute venire da questa nuova teoria [...]; in sostanza questa forma speciale di contratto ha più che altro uno scopo sistematico, e colma una lacuna che sarebbe stato un grave errore il lasciare in una ricostruzione scientifica di diritto pubblico»*.

Più specificamente, nel passaggio dall’atto amministrativo unilaterale al contratto di diritto pubblico, l’Autore si preoccupava di affermare che poco o nulla sarebbe cambiato sul piano della sostanza, confermando il presupposto ideologico-politico che stava alla base dell’unilateralismo italiano e tedesco, ossia il rafforzamento dello Stato unitario.

Forti sostituì l’espressione “concessione di lavori pubblici”, importata dalla Francia e fatta propria sia da Ranelletti che da Cammeo, con la locuzione “concessione di pubblico servizio”¹⁹, al fine di evitare confusione fra concessione e appalto di lavori pubblici. Egli fu il primo a utilizzare

¹⁸ U. FORTI, *Natura giuridica delle concessioni amministrative*, in *Giur. It.*, 1900, IV, poi in *Studi di diritto pubblico*, Roma, 1937, I.

¹⁹ B. SORDI, *La conquista*, cit., 390, rileva tuttavia al riguardo che “Nella concessione di pubblico servizio confluivano vecchi strumenti giuridici già utilizzati in materia di acque, di miniere, di appalti fiscali, ma emergono anche esigenze, del tutto inedite, di disciplina di attività economiche a carattere prestazionale. Per questo, la concessione di pubblico servizio rappresentava uno snodo dogmatico particolarmente difficile e contraddittorio: il rilievo pubblicistico dell’attività svolta dal concessionario veniva a configgere con le ragioni dello scambio tipiche dell’accordo concessorio; la stabilità della concessione con la possibilità di una revoca per motivi di interesse pubblico”. Sul tema, cfr. anche F. LEDDA, *Dell’autorità e del consenso nel diritto dell’amministrazione pubblica*, in *Foro amm.*, 1997, 1277 ss.

espressamente la locuzione «concessione di servizi»²⁰, attribuendole un preciso significato, anche se l'istituto già esisteva ed era conosciuto e utilizzato da tempi remoti.

Il passaggio fondamentale nella nuova elaborazione della concessione amministrativa scaturisce dall'analisi della concessione di pubblico servizio: in tale fattispecie si riscontrava sempre l'obbligazione del concessionario di esercitare un pubblico servizio. Nelle concessioni di pubblico servizio è presente un capitolato di appalto mediante il quale la pubblica amministrazione impone al concessionario tutti gli obblighi che ritiene opportuni nella attribuzione della concessione, obblighi che il concessionario accetta insieme alle condizioni ivi previste. Soprattutto nel caso della concessione di pubblici servizi comunali, gli obblighi e le condizioni formavano oggetto di vere e proprie trattative tra le parti. Tra gli obblighi pattuiti ne esisteva uno, facente capo al privato, che non poteva mancare mai: un obbligo di fare, che si concretava nel pubblico servizio oggetto del rapporto, elemento considerato da Forti, caratteristico dell'istituto. Pertanto, in tutti i tipi di concessione amministrativa, da cui derivassero obblighi di fare per il concessionario, poteva comunque rintracciarsi un "fondo contrattuale".

Arnaldo De Valles²¹ (1912, poi 1930), la cui analisi era finalizzata non solo a dimostrare che la volontà dello Stato e quella del concessionario potessero incontrarsi, ma anche a ricostruire un diverso profilo di manifestazione del volere da parte dell'ente pubblico, si collocò per molti versi nella scia contrattualistica di Forti.

De Valles evidenziò anch'egli come il rapporto concessorio realizzasse una delega dell'esercizio di facoltà pubbliche, fondata su ragioni di pubblico interesse e quindi espressione di autorità. In particolare, la dismissione di tali funzioni andava distinta dalla disciplina dei rapporti patrimoniali relativi alle prestazioni del concessionario, pure essi facenti parte della concessione. Sarebbe stato pertanto necessario scindere la parte squisitamente contrattuale, concernente gli interessi patrimoniali, da ciò che costituiva, invece, concessione di impero, che trasferiva da una ad altra persona l'esercizio delle facoltà di diritto pubblico.

²⁰ Sul tema, il contributo di R. CAVALLO PERIN, *La struttura della concessione di servizio pubblico locale*, Torino, 1998.

²¹ Sono di particolare interesse le seguenti opere: A. DE VALLES, *Sulla classificazione delle concessioni amministrative*, in *Riv. giur. «Diritto e Giurisprudenza»*, Anno XXVI, n. 18- 22, Napoli, 1912; ID., *I servizi pubblici*, in V.E. ORLANDO (a cura di), *Primo Trattato di diritto amministrativo italiano*, VI, p. I, Milano, 1930, 567 ss.

Sulla base di questi rilievi, De Valles giunse a sostenere che la concessione fosse sì un atto unico, diretto ad una finalità unitaria, ma articolato su due o più pronunce di volontà simultanea, sostanzialmente diversi e recanti differenti effetti giuridici. L'ente concedente, a suo avviso, partecipa all'accordo col concessionario mediante una sola determinazione, la quale include però due distinte manifestazioni volitive. Più specificamente, la prima espressione di volontà è unilaterale ed ha come scopo l'istituzione del servizio pubblico e l'attribuzione al concessionario di particolari facoltà; la seconda, invece, è volta alla regolazione consensuale del servizio concesso.

La delega di facoltà, realizzata mediante la concessione, pareva soddisfare contemporaneamente sia l'interesse collettivo che l'interesse economico del concessionario.

D'altra parte, non può essere sottovalutato che, al fine di comporre il contrasto tra quegli interessi, la legge giolittiana del 1903 sulla municipalizzazione dei servizi pubblici²² aveva introdotto un regime paritario fra le amministrazioni municipali e i concessionari, dedicando maggiore attenzione agli interessi di questi ultimi. Più specificamente, tale legge aveva subordinato la cessazione unilaterale del rapporto concessorio, al rispetto di determinate forme e procedure, disponendo altresì che i concessionari avessero diritto, nel caso, ad un'indennità comprendente sia il danno emergente che il lucro cessante e fosse riconosciuta agli operatori economici la titolarità di situazioni giuridiche soggettive assimilabili ai diritti soggettivi.

Non sfugge che la logica della normativa promossa da Giolitti era quella di far sì che, per esigenze di decollo industriale del Paese, gli imprenditori non privassero i pubblici poteri del supporto indispensabile

²² La stessa legge sulle municipalizzazioni, nel momento in cui venne adottata, considerò quali servizi pubblici, attività tra loro estremamente eterogenee, per cui immediatamente si prospettarono importanti problemi di qualificazione delle attività in termini di "servizio pubblico". Infatti, mentre alcuni servizi, quali la provvista di acqua potabile, l'illuminazione pubblica, la manutenzione delle fognature, la nettezza delle vie pubbliche potevano sicuramente costituire servizio pubblico comunale necessario, ve ne erano altri quali, ad esempio, le affissioni, i vivai, i mulini, i forni, il latte che non costituivano affatto servizi pubblici e la qualificazione come tali avvenne esclusivamente ad opera della legge in virtù della loro inclusione nella elencazione normativa. Dal suddetto *modus operandi* deriva la stessa qualificazione, in origine, della teoria soggettiva in termini di teoria nominalistica.

alla realizzazione di infrastrutture e di opere pubbliche. La concessione, quindi, non andava più vista come una “crepa” nella coerenza del sistema, ma doveva essere colta come uno degli strumenti attraverso i quali il soggetto titolare delle funzioni gestorie del bene potesse concretamente provvedere alla organizzazione e valorizzazione delle relative destinazioni, per l’affermazione di valori sia economici che sociali e della sostenibilità.

La concessione era strumento di politica economica e in quanto tale rientrava nell’esercizio di poteri pubblici, ma quei poteri non potevano non tener conto delle esigenze/pretese dei loro finanziatori necessari, ossia i privati. In siffatta prospettiva, veniva evidenziata l’importanza della concessione quale strumento essenziale di gestione del patrimonio pubblico e, per la prima volta, si distingueva tra fattispecie c.d. “funzionali”, teleologicamente orientate a preservare il bene dai rischi dell’uso collettivo (mediante affidamento ai concessionari del diritto/dovere di sfruttarlo in modo compatibile alla sua sopravvivenza), e fattispecie c.d. “reddituale”, finalizzate allo sfruttamento economico del bene.

Nel mentre aveva corso quel dibattito, fu una storica statuizione della Corte di Cassazione (1910) a gettare un inatteso sasso nella disputa mediante l’elaborazione di quella figura della c.d. “concessione-contratto”²³ che fino ai nostri giorni avrebbe indirizzato la prevalente giurisprudenza.

A riguardo, la Corte affermò a proposito degli atti concessori che gli stessi “*considerati analiticamente, sono nella loro essenza due negozi distinti, che si congiungono: il primo si attua e si realizza nell’altro, ma può anche non essere accompagnato dalla stipulazione di un contratto. All’accettazione del concessionario, che rappresenta rispetto all’atto amministrativo il verificarsi della condizione per la quale esso consegue il suo effetto, si unisce il consenso delle due parti sopra un regolamento convenzionale della concessione per il suo modo di attuarsi e di svolgersi.*”

²³ Su tale ricostruzione, Cass. Roma, 12 gennaio 1910, che, in una controversia avente ad oggetto la concessione di un’area demaniale marittima per uso industriale, chiari che «all’accettazione del concessionario, che rappresenta rispetto all’atto amministrativo il verificarsi della condizione per la quale esso consegue il suo effetto, si unisce il consenso delle due parti sopra un regolamento convenzionale della concessione per suo modo di attuarsi e di svolgersi».

Solo in limitati casi la Cassazione, al fine di tutelare maggiormente le aspettative e i diritti degli operatori economici, venne ad attrarre la revoca per inadempimento nell’ambito della giurisdizione ordinaria e ad escludere la revoca *ad nutum*: Cass. Roma, 9 febbraio 1918; Cass. 20 febbraio 1925. Sulla tesi della concessione-contratto, v. M. D’ALBERTI, *Le concessioni*, cit., 187 ss.

*Questo regolamento giuridico può essere costituito dal complesso delle modalità e delle condizioni dettate dalla pubblica amministrazione, indipendentemente da ogni vincolo convenzionale, ma può, senza ostacolo legale, formare oggetto di una stipulazione o di un complesso di patti, in cui l'ente pubblico assume la figura di contraente. In questa seconda ipotesi, certamente, possono avere luogo vere e proprie violazioni contrattuali e azioni ex contractu per ripararle*²⁴.

Si trattava di una ricostruzione che, facendo salva la natura costitutiva e accrescitiva del provvedimento, sostanzialmente consentiva di legittimare l'esistenza di un momento contrattuale di regolazione patrimoniale del rapporto²⁵.

Il provvedimento amministrativo, stante l'indisponibilità dell'oggetto pubblico all'autonomia negoziale delle parti, avrebbe garantito la costituzione del rapporto mediante la delega o il trasferimento di poteri pubblicistici, mentre il contratto ad esso collegato avrebbe regolato gli aspetti patrimoniali della vicenda.

Dal contratto sarebbero sorte obbligazioni e responsabilità, diritti e doveri giuridici le cui violazioni avrebbero potuto dar luogo ad azioni giudiziarie. Inoltre – fattore di particolare importanza – la presenza anche del contratto incideva sulla possibilità di procedere alla revoca *ad nutum*, connotato proprio delle concessioni unilaterali²⁶.

Tale ricostruzione “a doppio grado” rinvenne ampio apprezzamento in giurisprudenza: essa rappresentava una soluzione in grado di garantire un soddisfacente equilibrio tra le prerogative pubblicistiche e le garanzie proprie del contratto, anche ai fini di un più coerente e agevole riparto di giurisdizione.

La dottrina prevalente, invece, rimase critica o persino scettica. D'altronde, alla coerenza astratta del modello teorico proposto non sempre corrispondeva il concreto svolgersi dei rapporti concessori nella prassi delle amministrazioni: talvolta risultava impossibile distinguere in maniera nitida l'atto pubblico costitutivo da quello privatistico di regolazione patrimoniale. I due strumenti potevano risultare intrecciati in una sequenza diversa (l'atto pubblico si limitava ad approvare la convenzione), mentre in altri casi non risultava rinvenibile alcun atto costitutivo di tipo pubblicistico.

²⁴ Cass. 12 gennaio 1910, *cit.*, 248.

²⁵ Sulla evoluzione della concessione amministrativa e, in particolare, della concessione-contratto, A. ALTIERI, *Le concessioni amministrative*, in *www.contabilita-pubblica.it*, 2020, 1 ss.

²⁶ Su questo profilo, M. D'ALBERTI, *Le concessioni*, *cit.*, 195.

Per tale motivo, negli anni Trenta del Novecento, gli studiosi furono impegnati nel tentare di dimostrare la possibilità di individuare criteri distintivi fra il provvedimento amministrativo e il contratto di diritto pubblico e fra quest'ultimo e il contratto privatistico della pubblica amministrazione.

Secondo Giovanni Miele²⁷ (1931), nei casi in cui il diritto positivo non prevedeva esplicitamente l'emanazione di un provvedimento amministrativo e non considerava possibile concludere un contratto, la pubblica amministrazione avrebbe potuto ricorrere a un atto convenzionale, da ascrivere al diritto pubblico in quanto pubblica era la natura giuridica di una delle parti, l'amministrazione, non perché pubblico fosse l'interesse che muoveva quest'ultima²⁸.

Fu Aldo M. Sandulli (1940, poi 1964) ad affermare che si poteva assegnare comunque un qualche rilievo al provvedimento amministrativo ancorché questo era solito essere adottato solo in un momento successivo rispetto al contratto, finendo per costituirne l'approvazione: a suo avviso si sarebbe potuta applicare, al riguardo, la teoria dei c.d. atti a formazione progressiva²⁹. D'altronde, la teoria contrattualista del rapporto di concessione riteneva necessario, per la sua creazione, il concorso sinallagmatico della volontà della pubblica amministrazione e del privato. In questa prospettiva, in sostanza, la concessione non esisteva, importanza fondamentale nella definizione del rapporto era assegnata soltanto al contratto.

Al riguardo, è stato opportunamente rilevato da Marco d'Alberti³⁰ che il provvedimento di approvazione del contratto non sempre aveva luogo, a causa della eterogeneità dei rapporti sottostanti. Al suo posto, piuttosto, potevano rinvenirsi fattispecie decisamente differenti quali: l'emanazione di un decreto di approvazione, la stipula di un atto di sottomissione, l'ini-

²⁷ G. MIELE, *La manifestazione di volontà del privato nel diritto amministrativo*, Roma, 1931, richiamato da G. FALCON, *Le convenzioni amministrative. Ammissibilità e caratteri*, Milano, 1984, 89.

²⁸ G. FALCON, *Le convenzioni*, cit., 90 ss., rileva che il contratto di diritto pubblico secondo Miele è “*un contratto (...) che incide su un rapporto da qualificare pubblicistico, in quanto è disciplinato da regole di diritto pubblico. Si tratta di una prospettiva oggettivistica, che tuttavia comprende non certo irrilevanti momenti soggettivi, dal momento che regole di diritto pubblico sono poi quelle istitutive dei rapporti aventi come parte necessaria lo stato e i suoi ausiliari?*”.

²⁹ A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo* (1940), Milano, 1964, 183 ss. e 260 ss.

³⁰ M. D'ALBERTI, voce “*Concessioni amministrative?*”, cit., 2 ss.

zio dello svolgimento dell'attività concessa, la consegna dei beni demaniali oggetto di concessione, l'approvazione del progetto delle opere da realizzare, la notifica dell'aggiudicazione. Insomma, una gamma estremamente ampia e variegata di vicende, tale da non poter essere indistintamente ascritte alla tipologia delle fattispecie proprie dell'atto a formazione progressiva.

Ad una diversa ricostruzione del contratto pubblico pervenne Mario Gallo (1963)³¹, il quale si soffermò sull'importanza dell'elemento causale: contratto privato e pubblico si distinguevano, infatti, in ragione della diversità della "causa". Più che il perseguimento dell'interesse pubblico da parte dell'amministrazione, a suo avviso risultava rilevante la posizione specifica che l'interesse pubblico ricopriva rispetto al negozio.

Le difficoltà di ordine dogmatico e sistematico non erano affatto risolte.

Santi Romano, nel 1914, aveva rilevato che mediante le concessioni venivano trasferite "*facoltà unicamente ed esclusivamente spettanti all'amministrazione*". Per questo motivo, il concessionario andava considerato come amministrazione in senso "oggettivo" - in grado di emanare anche atti amministrativi, essendo chiamato ad esercitare «il diritto pubblico di supremazia» - o, comunque, come un «organo indiretto» dell'amministrazione o un «*munus pubblico*»³².

Guido Zanobini (1920)³³ aveva invece affermato che anche l'agire contrattuale dell'amministrazione, in taluni casi, andasse qualificato vero e proprio agire amministrativo: "*agire normativamente vincolato al pubblico interesse e giuridicamente rilevante come tale*".³⁴

E nel 1938, Antonio Amorth³⁵ aveva provato a ripercorrere quelle strade provando però a prendere direttamente le mosse proprio da quella attività di diritto privato della pubblica amministrazione per valutare gli

³¹ M. GALLO, *I rapporti contrattuali nel diritto amministrativo*, Padova, 1963.

³² S. ROMANO, *Il diritto pubblico italiano*, Milano, 1914, 239 ss., ravvisava una concessione «tutte le volte che l'amministrazione trasmette ad altri un suo potere», ovvero «quando sulla base di un suo potere o diritto, che restano così limitati, essa costituisce un nuovo diritto o potere di vantaggio di altri».

³³ G. ZANOBINI, *L'esercizio privato delle pubbliche funzioni e l'organizzazione degli enti pubblicistici*, in *Ann. Univ. Toscane*, Nuova serie, V, 1920, 3 ss.

³⁴ G. FALCON, *Le convenzioni*, cit., 88.

³⁵ A. AMORTH, *Osservazioni sui limiti dell'attività amministrativa di diritto privato*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1938, 455 ss.

effetti che potessero derivare dalla presenza dell'elemento pubblicistico nell'ordinario svolgersi della fattispecie.

La complessa vicenda di ordine sistematico ritrova ampia eco anche nella sistematica di Massimo Severo Giannini (1950, poi 1962, poi 1970)³⁶ in tema di contratti della pubblica amministrazione. Ivi, la concessione veniva collocata nell'ambito dei "contratti ad oggetto pubblico", cioè tra quei contratti che, avendo ad oggetto beni o utilità sottratti alla ordinaria circolazione giuridica, dovevano necessariamente essere preceduti da un provvedimento amministrativo che ne rendesse disponibile l'oggetto.

La soluzione non chiudeva tuttavia il tema. Anche quella teoria lasciava invero irrisolto sia il nodo dei nessi e delle interferenze tra momenti pubblicistici e privatistici che caratterizzano la fase esecutiva, sia il problema del trasferimento dei vizi di un singolo atto (pubblicistico o privatistico) sull'intero rapporto.

4. *La concessione amministrativa nel Secondo Dopoguerra*

A partire dal Secondo Dopoguerra, a seguito anche della entrata in vigore della Costituzione, si verificò un fenomeno nuovo: per ragioni di ordine speculativo, la nettezza della distinzione (e della contrapposizione) tra il regime e la disciplina della concessione rispetto a quella dell'appalto

³⁶ La concessione venne ricostruita nei termini di contratto di diritto pubblico anche da M.S. GIANNINI (*Lezioni di diritto amministrativo*, Milano 1950; *L'attività amministrativa*, Roma, 1962; *Diritto amministrativo*, Milano, 1970). Nella concessione le parti concorrerebbero in posizione giuridica paritaria alla costituzione del rapporto e gli effetti giuridici che ne deriverebbero sarebbero collegati all'incontro delle due volontà; le prestazioni presenterebbero una stretta correlazione nel senso che ciascuna di esse sarebbe legata causalmente all'altra. La ricostruzione della concessione in termini pubblicistici del Giannini assunse una importanza fondamentale per la ricostruzione dell'istituto della concessione di pubblici servizi. In fattispecie, infatti, le concessioni non sarebbero "concessioni", ma atti di tipo organizzatorio con i quali la pubblica amministrazione affida a terzi un proprio ufficio. Alla teoria contrattualista si opposero gli anti-contrattualisti, i quali sostennero che la concessione sorgeva da un atto costituito dalla sola volontà della amministrazione. Le dichiarazioni di volontà della amministrazione e del singolo si concreterebbero in due atti distinti e unilaterali: quello dell'amministrazione assumerebbe la posizione di atto principale e per sé stesso operativo del rapporto, mentre quello del privato, a seconda che intervenga prima o dopo l'atto di concessione, assumerebbe rilievo come semplice presupposto o come condizione di efficacia del medesimo.

di lavori, cominciò a sfumare, determinando ripercussioni sui già instabili equilibri dogmatici sino ad allora conseguiti.

Nella prassi di molte amministrazioni si andò diffondendo il ricorso alla figura della “concessione di lavori” per “sfuggire” all’applicazione delle norme sull’evidenza pubblica, operante nel comparto degli appalti di lavori. La “concessione di sola costruzione», inoltre, consentiva di affidare al privato l’attività di realizzazione dell’opera e di alcune attività ad essa accessorie (progettazione, espletamento delle procedure espropriative, direzione dei lavori, stipulazione dei contratti di appalto con i soggetti esecutori dei lavori), senza attribuzione di poteri e responsabilità nella successiva gestione della stessa. Quell’istituto, previsto sin dall’inizio del Novecento in diverse legislazioni settoriali soprattutto per l’esecuzione di programmi e interventi organici (per i quali poteva risultare utile la delegazione di compiti altamente tecnici e complessi a soggetti estranei alla p.a. senza un immediato esborso di denaro pubblico³⁷), finì con l’essere utilizzato ben oltre i confini previsti, travalicando la sua originaria destinazione e funzione, per far fronte alla esecuzione di singole opere pubbliche. Questa situazione, protrattasi per un tempo non breve, scombuscolava gli arresti teorici ai quali si era sino ad allora pervenuti e poneva in crisi la giurisprudenza che tuttavia continuava a cercare riparo nella teoria elaborata dalla Cassazione della c.d. “concessione-contratto”.

Nell’ultimo ventennio del XX secolo si profilano nuove ipotesi ricostruttive dell’istituto.

Innanzitutto, viene riproposta una ricostruzione in chiave contrattuale di tutto il fascio di rapporti sussistenti fra la pubblica amministrazione e il concessionario. Altri, invece, provano a qualificare la concessione come atto amministrativo non autoritativo, con adesione del privato.

L’entrata in vigore dell’art. 11 della l. n. 241 del 1990 - che, come

³⁷ Il sistema della concessione di costruzione fu inizialmente previsto dall’art. 2 della l. 12 luglio 1908, n. 444, sulle ferrovie concesse all’industria privata (ora artt. 24 e segg. del r.d.l. 2 agosto 1929, n. 2150) ed ha avuto largo sviluppo soprattutto nelle opere di bonifica (art. 17 del r.d. 30 dicembre 1923, n. 3256; art. 13 del r.d. 13 febbraio 1933, n. 215). Tale sistema venne esteso, per la prima volta, all’esecuzione di opere di qualsiasi natura, con d.l.l. 6 febbraio 1919, n. 107: l’art. 16, stabiliva che, con decreti reali, su proposta del Ministro dei lavori pubblici, di concerto con quello del Tesoro, potevano essere concessi a province, comuni, consorzi e *privati* l’esecuzione e, eventualmente, l’esercizio di opere di qualsiasi natura per conto dello Stato, disponendo che la spesa a carico dello Stato venisse ripartita in non più di 50 rate annuali, comprensive di capitale e di interessi.

noto, dispone la possibilità per l'amministrazione di addivenire ad una conclusione negoziata dell'uso del potere discrezionale con il privato - fornisce nuovi argomenti per una costruzione in chiave pubblicistica, ancorché consensuale, dello strumento concessorio.

Secondo alcuni orientamenti dottrinali, al modello dell'accordo amministrativo possono essere ricondotti molteplici strumenti consensuali di diritto pubblico, tra cui le convenzioni che regolano i rapporti concessori di pubblico servizio³⁸. L'accordo *ex art. 11* cit. costituirebbe uno strumento unico, idoneo a conciliare la funzionalizzazione dell'attività amministrativa di diritto privato con il regime proprio dei contratti³⁹. La disposizione normativa, rendendo facoltativo l'esercizio del potere discrezionale da parte della pubblica amministrazione, ha di fatto introdotto nel nostro ordinamento una fattispecie contrattuale di diritto pubblico, alternativa sia al provvedimento che al contratto di diritto privato⁴⁰. Come puntualizza Alfredo Moliterni (2012)⁴¹, la *ratio* alla base delle recenti ricostruzioni teoriche contrattual-pubblicistiche, l'elemento caratteristico delle concessioni di pubblico servizio va individuato nel concetto di funzionalizzazione al perseguimento dell'interesse pubblico. Più precisamente, il riferimento all'accordo amministrativo consente di qualificare quel rapporto in chiave pubblicistica - o non integralmente privatistica - senza essere costretti a ricorrere alla costruzione a doppio grado della concessione-contratto.

³⁸ Sul tema, cfr. A. PIOGGIA, *La concessione di pubblico servizio come provvedimento a contenuto convenzionalmente determinato. Un nuovo modello per uno strumento antico*, in *Dir. pubbl.* 1995, 573. Secondo l'A. la rilevanza dell'art. 11 della l. 241/1990 è data dalla circostanza di poter conferire finalmente, alla concessione di servizio, “quella unicità della quale la scienza giuridica ha sempre avvertito l'esigenza” e che “comporta anche una soddisfacente soluzione dell'incerto rapporto, fra destino del rapporto e sopravvivenza del contratto”; sul tema, cfr. G. GRECO, *Le concessioni di pubblici servizi fra provvedimento e contratto*, Torino, 2003, 151 ss.; F. MERUSI, *Il coordinamento e la collaborazione degli interessi pubblici e privati dopo le recenti riforme*, in *Dir. amm.* 1993, 35 ss.; da ultimo, M. GOLA, *La concessione di beni demaniali: verifica della sua attualità e influenza dell'ordinamento euro-unitario per la sua interpretazione*, in *Riv. CERIDAP*, 2024, 165 ss.

³⁹ Di diverso avviso, A. ROMANO, *La concessione di pubblico servizio*, in G. PERICU, A. ROMANO, V. SPAGNUOLO VIGORITA (a cura di), *La concessione di pubblico servizio*, Milano, 1975, 73 ss.

⁴⁰ Sul tema, cfr. B. RAGANELLI, *Il contratto di concessione come modello di partenariato pubblico-privato e il nuovo codice dei contratti*, in *www.amministrazioneincammino.luiss.it*, 2017, 1 ss.

⁴¹ A. MOLITERNI, *Il regime giuridico delle concessioni di pubblico servizio tra specialità e diritto comune*, in *Dir. amm.* 2012, 576 ss.

Franco G. Scoca⁴², nell'ultima edizione del Manuale *Diritto amministrativo*, da lui stesso curata, si chiede per quali ragioni le concessioni, che sono atti favorevoli al privato e da questo richiesti, debbano essere considerati provvedimenti autoritativi e non atti di diritto comune consensuali (negozi e contratti). A suo avviso, “*sul piano della disciplina positiva la risposta è semplice: tali atti sono disciplinati come provvedimenti, con tutto ciò che ne consegue sia sul piano del diritto sostanziale come in quello del diritto processuale. (...) Dal punto di vista teorico non c'è alcun impedimento a che, al posto delle concessioni, l'amministrazione agisca mediante negozi o contratti; e dal punto di vista storico ci sono stati tempi nei quali l'amministrazione così si regolava. La svolta in senso pubblicistico è avvenuta per ragioni pratiche rilevanti, ossia per la migliore tutela dei privati interessati: il richiedente, infatti, nel procedimento amministrativo e a fronte dell'eventuale provvedimento negativo, essendo titolare di interesse legittimo, può sfruttarne gli strumenti di tutela, sia nel procedimento, sia contro il provvedimento; il terzo contrario al rilascio della concessione ha anch'egli titolo a partecipare al procedimento e ad impugnare la concessione rilasciata ad altri. Queste forme di tutela sarebbero difficilmente concepibili se l'attività dell'amministrazione si esprimesse in termini negoziali. In definitiva, la ragione della costruzione pubblicistica di questi atti dell'amministrazione risiede nella sua migliore rispondenza ai principi di buon andamento e di imparzialità, ora fissati nell'art. 97 Cost.*”.

Insomma, è nella maggior tutela che garantisce a tutte le parti in gioco il processo amministrativo che si fonderebbe l'opzione normativa della concessione amministrativa quale provvedimento: una tesi che affonda nelle ben note argomentazioni dello studioso in tema di garanzie proprie dell'interesse legittimo⁴³ e che si rafforza oggi ancor più alla luce della ben nota maggiore efficienza temporale del processo amministrativo rispetto a quello civile.

5. ... e il pendolo continua a oscillare

Ma l'evoluzione storica dell'istituto della concessione amministrativa, come noto, non si chiude certo qui. Il suo continuo divenire prosegue senza rallentamenti, a seguito dell'ingresso, nelle fonti dell'ordinamento italiano, dei principi di fonte europea e dell'inserimento, nel novero del

⁴² F.G. SCOCA, *Diritto amministrativo* (a cura di), Torino, 2025, 278 ss.

⁴³ F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017.

Libro IV del Codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 36/2023 (artt. 176 ss.), della nuova disciplina di diritto positivo della concessione.

Lo stabile inserimento della concessione tra gli strumenti propri delle leve della politica economica del Paese appare un traguardo irrinunciabile in considerazione dell'incremento di attività indotto da quel sistema, in grado di stimolare settori e attività, producendo un consistente incremento del PIL.

Sotto altro profilo, la rigorosa disciplina normativa che ormai connota l'istituto concessorio è volta a garantire condizioni di parità, di equità e di efficienza del mercato, ma, a tutt'oggi, le resistenze alla rinuncia o anche solo alla disciplina di antichi retaggi e privilegi non sono certo terminate, continuando piuttosto a determinare costanti "oscillazioni del pendolo di Foucault".

Abstract

La storia della concessione amministrativa parla di un istituto molto variegato, rispondente a presupposti e finalità che nel tempo risultano estremamente diversificati. Come anche varia è la natura giuridica degli atti che la supportano. Da esercizio di libero arbitrio a strumento compartecipe della gestione di una fetta non indifferente della finanza pubblica, le oscillazioni dell'istituto concessorio la assimilano al pendolo di Foucault: nonostante il suo recente irrigidimento in norme di diritto positivo, sono ancora persistenti evidenti le ragioni della resistenza al cambiamento.

Administrative concession and Foucault's Pendulum:
from the genesis to the threshold of European Law

Administrative grant history spoke of a very varied instrument, meeting extremely diverse assumptions and purposes over time. Just as also varied is the extent of legal nature of the acts that support it. From a free exercise of free will to an instrument co-participating in the management of a not insignificant slice of public finance, the oscillations of the concessionary institution liken it to Foucault's pendulum: despite its most recent tightening in positive law norms, reasons for resisting change still persist.