

Il silenzio-inadempimento in materia di rinegoziazione delle concessioni di pubblici servizi e riparto di giurisdizione

Urbanistica e appalti, n. 3, 1 maggio 2024, p. 413

Nota a sentenza di Gabriele Agati(*)

[Scarica versione PDF](#)

Riferimenti

T.A.R. Lombardia Milano Sez. IV, 18 dicembre 2023, n. 3068

D.Lgs. 02-07-2010, n. 104, Allegato 1 - Art. 133 - Materie di giurisdizione esclusiva

Il T.A.R. Milano, con la recente sentenza n. 3068 del 2023, torna a pronunciarsi sul tema del riparto di giurisdizione, nel caso di controversie inerenti alla rinegoziazione delle concessioni di servizi pubblici. Nell'occasione, il T.A.R. conferma la sussistenza della giurisdizione del G.A., facendo proprio l'orientamento prevalente nella giurisprudenza amministrativa. Ad ogni modo, alcune pronunce delle Sezioni Unite, altrettanto recenti, hanno raggiunto, in casi analoghi, conclusioni diametralmente opposte.

Il caso

La vicenda in commento origina dalla richiesta di rinegoziazione delle condizioni contrattuali avanzata, nei confronti dell'Amministrazione concedente, da parte di una Società concessionaria della gestione del servizio bar, minimarket e rivendita di giornali nell'area dell'Ospedale di Circolo di Varese, per il periodo dal 1° marzo 2016 al 28 febbraio 2025.

L'interlocazione con la ASL, avviata nel 2021, si protrae inizialmente per tutto il 2022, fino ad arenarsi nel corso del 2023, senza l'assunzione di una decisione, da parte dell'Amministrazione concedente, nel merito delle richieste avanzate dal privato.

Di fronte al silenzio della P.A., il concessionario si rivolge quindi al T.A.R. Milano, che - prima di accogliere il ricorso nel merito, ritenendo illegittima l'inerzia dell'Amministrazione - è chiamato dalla difesa della ASL a pronunciarsi in materia di riparto di giurisdizione.

Le concessioni di servizi pubblici, tra rischio operativo e (diritto al) riequilibrio contrattuale

Per poter correttamente inquadrare i presupposti dai quali origina la pronuncia in esame, occorre preliminarmente accennare ai caratteri fondamentali delle concessioni di pubblici servizi[1].

Infatti, si tratta di istituto, quello delle concessioni, che più di altri ha subito, nel corso di un tempo relativamente breve, un'evoluzione profonda, alla luce dei mutamenti della disciplina nazionale e comunitaria, nonché dei molti contributi, sia giurisprudenziali che dottrinali, che hanno interessato la materia.

Le concessioni, secondo una definizione generale, possono avere ad oggetto lavori (e quindi un'opera pubblica) o servizi[2].

Nell'ambito di una concessione di lavori, il privato è chiamato a realizzare l'opera pubblica oggetto di concessione, ricevendone in cambio, quale parte integrante del sinallagma contrattuale, il diritto di gestirla per un congruo lasso di tempo; all'interno di una concessione di servizi, invece, il privato è chiamato a gestire, appunto, un pubblico servizio.

Accedono a questo schema, quantomai generale, tutta una serie di elementi eventuali (seppure del tutto frequenti), quali la previsione di un canone a favore dell'Amministrazione, la predeterminazione del costo delle prestazioni da rendere in favore dell'utenza, e così via.

Tratti comuni di entrambe le fattispecie, che valgono a distinguere le concessioni dagli appalti, sono rappresentati dalla trilateralità del rapporto di concessione, rispetto al rapporto di appalto, e dalla traslazione del c.d. rischio operativo in capo al privato concessionario.

Quanto alla prima caratteristica, è da osservare come il concessionario, normalmente^[3], esegue le prestazioni che gli sono demandate dall'Amministrazione, nella gestione del bene o del servizio pubblico, direttamente nei confronti dell'utenza, che provvede (semmai in uno con l'Amministrazione concedente) a remunerare la prestazione offerta dal concessionario.

Tuttavia, è la seconda delle caratteristiche che vale a connotare in maniera peculiare il rapporto di concessione. Nell'esecuzione della Convenzione sottoscritta con la P.A., infatti, il privato si assume il rischio che l'investimento, e dunque la redditività dell'operazione commerciale data dall'aggiudicazione ed esecuzione della concessione, possano in definitiva presentarsi diseconomica.

È questo il c.d. rischio operativo^[4], che il concessionario è tenuto ad assumersi in maniera effettiva^[5].

A propria volta, il rischio operativo si presenta sotto multiformi sfaccettature, quantomeno nelle forme del rischio di domanda^[6] o del rischio di gestione^[7].

Quel che non cambia, nella sostanza, è che tale rischio operativo rappresenta l'incognita potenzialmente in grado di alterare l'equilibrio economico-finanziario che una concessione deve (o dovrebbe) garantire, sia nell'interesse del privato, sia dell'Amministrazione^[8].

Nell'alveo di queste considerazioni si inserisce quindi la tematica, che fa da sfondo alla vicenda in esame, data dalla possibilità di riequilibrare le condizioni economiche del rapporto di concessione.

Per quanto la contrattualistica pubblica sia tendenzialmente restia ad ammettere la possibilità di una modifica delle clausole contrattuali in corso di esecuzione, nel caso in cui sopraggiungano elementi imprevisti (purché imprevedibili) tali da alterare significativamente l'equilibrio economico-finanziario del rapporto concessorio, si pongono generalmente per la P.A. - o quantomeno nei casi di maggior turbamento del richiamato equilibrio - due alternative: acconsentire alla modifica, ovvero concludere il rapporto con il concessionario^[9].

Ebbene, a fronte di una sistematica - pur ricostruita per sommi capi - come quella appena tratteggiata, il privato ha quindi sempre la facoltà di richiedere l'avvio del procedimento per la revisione delle condizioni contrattuali (che potrà avere gli esiti più disparati: riduzione di un eventuale canone, rideterminazione delle tariffe, allungamento dei tempi di concessione, etc.)^[10].

Le criticità sorgono, come dimostra il caso oggi allo studio, qualora l'Amministrazione ritenga di non accogliere tale istanza, ovvero nei casi in cui rimanga silente rispetto alle richieste avanzate dal concessionario.

La giurisdizione esclusiva: profili generali

Passaggio centrale della sentenza in commento è lo scrutinio dell'eccezione di difetto di giurisdizione sollevata dall'Amministrazione resistente.

Vertendo, la questione controversa, sulla (ri)determinazione del canone di concessione (*rectius*,

sull'obbligo, per la P.A., di rinegoziare le condizioni di concessione), l'Amministrazione avrebbe quindi ritenuto da escludersi la giurisdizione del Giudice Amministrativo, in favore di quella del Giudice Ordinario.

Si è così presentata l'occasione, una volta di più, per soffermarsi sull'estensione da riconoscere alla giurisdizione (esclusiva) del Giudice Amministrativo.

In via del tutto generale, la tradizionale distinzione generale fra la giurisdizione del Giudice Amministrativo e quella del Giudice Ordinario ha riguardo alla posizione giuridica soggettiva della quale viene richiesta, concretamente, tutela giurisdizionale. Laddove si tratti di interessi legittimi, sussisterà la giurisdizione del G.A.; al contrario, allorché si faccia questione di diritti soggettivi, è il Giudice Ordinario che potrà pronunciarsi^[11].

In via eccezionale, la stessa Costituzione, però, all'art. 103, comma 1, Cost. recependo esigenze di tutela e specializzazione che il diritto vivente aveva da tempo già manifestato^[12], ammette la giurisdizione del "Consiglio di Stato e di altri organi di giustizia amministrativa" anche per la tutela - in determinate materie che possono essere indicate soltanto dalla legge - "dei diritti soggettivi"^[13]. Si tratta, appunto, della giurisdizione esclusiva, richiamata anche dall'art. 7 c.p.a. ^[14].

L'elenco di queste materie, progressivamente sempre più ampio, è oggi cristallizzato, principalmente^[15], all'interno del Codice del processo amministrativo, all'art. 133.

In questi ambiti (e in quelli comunque riservati alla giurisdizione esclusiva), l'attuale sistematica, frutto di una continua elaborazione dottrinale e giurisprudenziale, apre alla possibilità di svolgere un ventaglio di domande che ricalca sempre più da vicino le forme di tutela previste dal diritto civile e processual-civilistico.

È quindi oggi ammessa la proponibilità di azioni di accertamento^[16], dalla quale discende il potere del Giudice amministrativo di pronunciarsi con efficacia dichiarativa, superando gli stringenti limiti delle sentenze di annullamento tipiche della giurisdizione generale di legittimità.

Ancora, in coerenza con le facoltà riconosciute al G.O., sarà possibile richiedere al Giudice Amministrativo, in giudizi devoluti alla sua giurisdizione esclusiva, di disapplicare il provvedimento amministrativo, qualora siano decorsi i termini per l'impugnazione^[17].

Più travagliato è stato il riconoscimento dell'ammissibilità delle azioni di condanna nei confronti della P.A., che si sono comunque infine assestate su di una propria declinazione, sicché il Giudice Amministrativo possa validamente conoscere anche di questioni legate ai cc.dd. diritti patrimoniali consequenziali^[18].

Poste queste essenziali premesse, la sentenza in commento consente di approfondire alcuni profili tuttora potenzialmente critici della disciplina della giurisdizione esclusiva.

La giurisdizione esclusiva: i servizi pubblici

L'art. 133, comma 1, lett. c), c.p.a., demanda alla giurisdizione esclusiva del G.A., fra le altre, "le controversie in materia di pubblici servizi relative a concessioni di pubblici servizi, escluse quelle concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi"^[19].

Proprio intorno all'interpretazione di questa disposizione, e quindi all'ambito applicativo della norma appena riportata, ruota il passaggio principale della sentenza in esame.

In particolare, il tema d'interesse attiene alla possibilità che il silenzio, serbato dall'Amministrazione a seguito di una richiesta di rinegoziazione delle condizioni di concessione, debba ritenersi incluso nel novero delle controversie "concernenti indennità, canoni e corrispettivi", e quindi attratto tra le materie riservate alla giurisdizione ordinaria.

La sentenza in commento, sul punto, si fa portatrice di un orientamento giurisprudenziale largamente condiviso non solo in senso agli organi della Giustizia Amministrativa[20].

Osserva il T.A.R. adito, infatti, che l'Amministrazione - sollecitata dal privato a valutare l'opportunità di rideterminare le condizioni contrattuali del rapporto concessorio - sarebbe chiamata ad adottare atti autoritativi discrezionali, nell'esercizio di quel potere che connota l'azione della P.A. rispetto a quella di una controparte contrattuale privata.

Tale potere discrezionale, se esercitato, sarebbe stato idoneo ad incidere infatti non solo sul mero canone di concessione, ma avrebbe potuto dispiegare i propri effetti diversamente regolando svariati aspetti del rapporto (esemplificati dal T.A.R. nella "determinazione del canone, dell'indennità, delle tariffe dei servizi pubblici o altro corrispettivo", ma anche della durata).

In sostanza, l'autorità dell'Amministrazione non avrebbe avuto riguardo (solo) alla soddisfazione di un mero interesse economico (identificato nella riduzione del canone di concessione), ma si sarebbe rivolta alla valutazione dell'intero equilibrio-economico-finanziario del rapporto concessorio, globalmente considerato.

Diversamente, quale ulteriore conseguenza di tali premesse, ragionando *a contrario* sarebbe stata da riconoscere la giurisdizione del G.O., qualora l'Amministrazione fosse stata chiamata soltanto a "limitarsi all'accertamento tecnico circa la sussistenza dei presupposti fattuali" per la modifica delle condizioni di concessione.

L'orientamento giurisprudenziale ora riferito, maggioritario e senz'altro consolidato, si è visto tuttavia (anche) di recente scalfire da pronunce di segno opposto.

In particolare, trovandosi ad affrontare situazioni di fatto analoghe, se non identiche, a quelle dalle quali è originata la vicenda scrutinata dal T.A.R. Milano, la Suprema Corte di cassazione ha alle volte adottato un approccio opposto rispetto a quello fatto proprio dalla giurisprudenza amministrativa[21].

Mutuando alcune considerazioni dalla giurisprudenza formatasi con riferimento agli appalti pubblici, questo secondo orientamento distingue con maggior rigidità tra la fase di selezione del concessionario e quella di esecuzione della concessione stessa[22].

Nel primo caso, non è in discussione la giurisdizione del G.A.; nel secondo, diversamente dagli arresti della pronuncia in commento, secondo la Suprema Corte deve invece dichiararsi sussistente la giurisdizione del Giudice Ordinario, indipendentemente dall'oggetto del contendere. La sottoscrizione del contratto, dunque, rappresenta uno spartiacque netto fra le due giurisdizioni, apparentemente non suscettibile di eccezioni.

La giurisprudenza civile ora riportata, infatti, a differenza di quella (non solo) amministrativa sin qui esaminata, non esclude che i provvedimenti della P.A., adottati nel corso dell'esecuzione del contratto di concessione, siano senz'altro espressione di una potestà che non si esaurisce con l'aggiudicazione della gara; purtuttavia, e qui riposa la sostanziale differenza nell'interpretazione di identica fattispecie, tali provvedimenti adottati in riferimento ad un'istanza di rinegoziazione delle concessioni sarebbero da qualificare non già come atti autoritativi, bensì come atti paritetici[23].

Il dibattito, dunque, è aperto, ed entrambe le posizioni propongono una sistemica comunque ragionevole.

In chiusura di questo *excursus* si ritiene però di dover segnalare come l'impianto proposto dalla sentenza in commento si presti ad una lettura operativa a tratti complessa.

Come visto, la giurisdizione del G.A. sarebbe da radicarsi ogniqualvolta l'Amministrazione sia chiamata a rivalutare il complessivo equilibrio economico-finanziario del rapporto di concessione. Non anche, come più volte precisato, per "le cause le cause concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi nelle quali cioè non viene in rilievo un potere autoritativo [...] a tutela di interessi generali, bensì un

accertamento tecnico dei presupposti di natura economico-aziendale sull'*an* e/o sul *quantum debeat*”[24].

Ebbene, ancorare la giurisdizione del G.A. all'esercizio di poteri autoritativi relativi alla revisione complessiva del rapporto con il privato, impone di presupporre che vi siano atti dell'Amministrazione che - pur inerendo al rapporto concessorio - non siano idonei ad incidere sull'economia complessiva del sinallagma.

Se a livello dogmatico ciò appare piuttosto lineare, nella pratica la distinzione ora proposta vede sfumare i propri contorni. In particolare, la prassi dimostra che anche (se non soprattutto) la mera revisione del *quantum* - se non già dell'*an* - del canone di concessione è elemento *ex se* idoneo ad incidere, alle volte profondamente, sull'equilibrio economico-finanziario del rapporto di concessione.

Ciò che varrebbe a radicare la giurisdizione del G.A., trattandosi di revisione complessiva della concessione, pur alla luce della modifica di un unico elemento del rapporto; sennonché, essendo chiamata l'Amministrazione a svolgere un mero accertamento circa la sussistenza dei presupposti per l'ammissione della modifica almeno del *quantum* del canone, la relativa controversia sarebbe da attrarre all'interno della giurisdizione del G.O.

Parrebbe doversi concludere che la distinzione sia data dall'intenzione dell'Amministrazione sottesa all'adozione di un provvedimento per la rinegoziazione del canone, potendo correttamente adire il G.A. solo qualora si sia inteso rimodulare l'intero rapporto; una tale attività interpretativa, però, non potrebbe fornire risultati certi e affidabili, e meno che meno prevedibili.

Il rischio connesso ad una sistematica non più univoca è dunque quello del c.d. *forum shopping*, che la pratica, ancorché involontariamente, ha già evidenziato[25].

Alla luce di ciò, atteso che le pronunce minoritarie propongono un criterio di riparto di giurisdizione meno soggetto ad interpretazione, ripensare un orientamento consolidato potrebbe rappresentare questa volta un'occasione e non un rischio.

L'obbligo di provvedere

Brevi cenni sull'obbligo di provvedere concludono l'esame della sentenza in commento. Il T.A.R. Milano, sul tema, si presenta infatti in perfetta continuità con un orientamento ormai granitico, ribadito peraltro da sentenze ancora più recenti[26].

Il principio che merita di essere ribadito e nuovamente enunciato, infatti, è quello per cui l'obbligo di statuire su istanze presentate da privati non sussiste, in capo all'Amministrazione, nei soli casi in cui la legge imponga termini perentori o un obbligo di riscontro[27].

Al contrario, in un'ottica di garanzia sostanziale dell'art. 97 Cost., la P.A. deve ritenersi vincolata a concludere un procedimento avviato ad istanza di parte, qualunque ne sia l'esito, non soltanto quando l'istante vanta una precisa situazione giuridica soggettiva protetta, bensì ogniqualvolta lo impongano “ragioni di giustizia e di equità”. Trattandosi di un criterio estremamente generale, a livello pratico sembra potersi inferire da tale arresto che in realtà non vi siano casi in cui l'Amministrazione possa legittimamente serbare un silenzio che non assuma i caratteri dell'inadempimento. Ciò che appare, a ben guardare, coerentemente (e condivisibilmente) in linea con le finalità enunciate dalla sentenza.

Note:

(*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, al vaglio del Comitato di valutazione.

[1] A livello normativo, l'art. 30, D.Lgs. n. 163/2006, escludeva le concessioni di servizi dall'ambito applicativi del Codice, mentre l'art. 143, D.Lgs. n. 163/2006, era chiamato a disciplinare le concessioni di lavori pubblici. Successivamente, recependo sul punto gli sviluppi normativi eurolunitari (v. più avanti), il D.Lgs. n. 50/2016 dedicava alla materia delle concessioni l'intera Parte III (artt. 164-178), e al Partenariato pubblico-privato la Parte IV del Codice (artt. 179-191). Oggi, il D.Lgs. n. 36/2023, in linea con il Codice 2016, ne riproduce la sistematica, normando le

concessioni alla Parte II (artt. 166-192) ed il PPP alla Parte V (artt. 198-202).

[2] La Dir. 2014/UE/23, dopo aver preso atto che “l’assenza di una chiara normativa che disciplini a livello dell’Unione l’aggiudicazione dei contratti di concessione dà luogo a incertezza giuridica, ostacola la libera fornitura di servizi e provoca distorsioni nel funzionamento del mercato interno”, definisce le concessioni come “contratti a titolo oneroso mediante i quali una o più amministrazioni aggiudicatrici o uno o più enti aggiudicatori affidano l’esecuzione di lavori o la prestazione e gestione di servizi a uno o più operatori economici. Tali contratti hanno per oggetto l’acquisizione di lavori o servizi attraverso una concessione il cui corrispettivo consiste nel diritto di gestire i lavori o i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo” (Dir. 2014/UE/23, Considerando n. 11).

La dottrina, in materia di concessioni, è estremamente vasta. Si riporta quindi a titolo di esempio G. Santi, *Il Partenariato pubblico-privato ed il contratto di concessione. Il contraente generale*, in F. Mastragostino (a cura di), *Diritto dei contratti pubblici - Assetto e dinamiche evolutive alla luce del nuovo codice, del decreto correttivo 2017 e degli atti attuativi*, Torino, 2017, 144 ss.; G.F. Cartei, *La disciplina del partenariato pubblico-privato e il contratto di concessione*, in G.F. Cartei - D. Iaria (a cura di) *Commento al nuovo Codice dei Contratti pubblici*, Napoli, 2023, 895 ss.

Diverse, invece, sono le concessioni di beni pubblici, soggette soltanto alla disciplina generale del procedimento amministrativo; cfr. [Cons. Stato, Sez. V, 14 novembre 2023, n. 9762](#)

[3] Ciò non vale nel caso di concessione delle cc.dd. “opere fredde”, che non prevedono remunerazione da parte dell’utenza. Cfr. M. Amitrano Zingale, *Un peculiare esercizio del potere di autotutela in materia di project financing ad iniziativa privata*, in questa *Rivista*, 2023, 727 ss.

[4] Sul punto, si vedano alcune delle innumerevoli pronunce giurisprudenziali. Come osservato da [Cons. Stato, Sez. IV, 22 marzo 2021, n. 2426](#), “in primo luogo, in termini generali il rapporto di concessione di pubblico servizio si distingue dall’appalto di servizi proprio per l’assunzione, da parte del concessionario, del rischio di domanda. Invero, mentre l’appalto ha struttura bifasica tra appaltante ed appaltatore ed il compenso di quest’ultimo grava interamente sull’appaltante, nella concessione, connotata da una dimensione triadica, il concessionario ha rapporti negoziali diretti con l’utenza finale, dalla cui richiesta di servizi trae la propria remunerazione. È, dunque, insito nel meccanismo causale della concessione che la fluttuazione della domanda del servizio costituisca un rischio traslato in capo al concessionario, anzi costituisca il rischio principale assunto dal concessionario”; specificamente sulla definizione di rischio operativo, invece, si veda [T.A.R. Campania, Napoli, Sez. V, 15 giugno 2022, n. 4059](#): “l’operatore economico assume il rischio operativo nel caso in cui, in condizioni operative normali, per tali intendendosi l’insussistenza di eventi non prevedibili, non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei servizi oggetto della concessione”.

In dottrina, *ex multis*, M. Baldi - S. Fasano, *Società di scopo, locazione finanziaria, contratto di disponibilità e altre forme di partenariato*, in questa *Rivista*, 2023, 681 ss.; M. Baldi, *Partenariato pubblico-privato e concessioni*, in questa *Rivista*, 2023, 285 ss.

[5] A livello operativo, è attraverso il Piano Economico-Finanziario che la S.A. pone a base di gara, nonché attraverso quello poi prodotto da parte del concorrente, che è possibile apprezzare la concreta assunzione del rischio da parte dell’o.e. v., sul punto, G.F. Cartei, *Contratti pubblici - Piano economico finanziario e sostenibilità dell’offerta nella disciplina del contratto di concessione*, in questa *Rivista*, 2022, 1929 ss.

[6] Secondo la definizione di [Cons. Stato, Sez. VII, 24 luglio 2023, n. 7200](#) “il rischio d’impresa che nella specie è il cosiddetto rischio di domanda ovvero la possibilità di non recuperare nemmeno gli investimenti e i costi sostenuti in concreto, per effetto dei diversi volumi di domanda del servizio, grava totalmente in capo al concessionario”.

[7] Per tale intendendosi non già il rischio di domanda, ma il rischio dal lato dell’offerta (in termini, [Cons. Stato, Sez. VI, 4 maggio 2020, n. 2810](#)).

[8] Già in tempi ormai risalenti la Commissione Europea era giunta ad analoghe conclusioni. Si veda il par. 2.1.2 della “Comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel Diritto Comunitario” (2000/C 121/02, del 29 aprile 2000), a mente del quale “anche se, in genere, l’origine del compenso prelevato direttamente dall’utente dell’opera è un elemento significativo, quello determinante è la presenza del rischio di gestione, legato all’investimento effettuato o ai capitali investiti, in particolare se l’autorità concedente paga un prezzo”.

[9] Il tema è ampio e i contributi, sia dottrinali che giurisprudenziali, molti. La P.A., in questi casi, è chiamata a svolgere un attento bilanciamento tra le esigenze private, che hanno natura prettamente economica, e quelle pubbliche, che non necessariamente prescindono da quelle private. Non si tratta di una contrapposizione necessariamente forte, venendo in rilievo, fra gli altri, l’interesse pubblico alla corretta esecuzione del servizio, a fronte di contrapposti obblighi di tutela della concorrenza e della finanza pubblica. Si veda G.F. Nicodemo, *Il principio di conservazione dell’equilibrio contrattuale negli appalti pubblici*, in questa *Rivista*, 2023, 561 ss.; F. Cintioli, *Le conseguenze della pandemia da Covid-19 sulle concessioni di servizi e sull’equilibrio economico e finanziario*, in *Il diritto e l’economica*, 3,

2020, 13 ss.; A. Riccio, *Eccessiva onerosità*, in *Commentario Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna, 2010, 516 ss.; F. Muzzati, *Immodificabilità della convenzione concessoria e primazia della lex specialis. Un nuovo canone ermeneutico?*, in questa *Rivista*, 2023, 634 ss.; A. Giordano, *In tema di rinegoziazione delle concessioni pubbliche. Profili giuscontabili nel prisma dello schema di Codice dei Contratti pubblici*, in *Rivista Corte dei Conti*, 1, 2023, 92 ss.

[10] Pur senza che a ciò corrisponda il diritto ad ottenere tale revisione, cfr. *ex plurimis* [Cons. Stato, Sez. V, 6 settembre 2022, n. 7765](#); A.E. Basilico, *Rischio operativo e sopravvenienze nei contratti di concessione: quali spazi per riequilibrare il rapporto?*, in questa *Rivista*, 2023, 751 ss.

[11] Non sarà possibile restituire compiutamente, in questa sede, la sistematica della dicotomia “diritto soggettivo-interesse legittimo”, che non rappresenta propriamente l’oggetto della presente trattazione. Sia lecito quindi limitarsi a richiamare, sul punto, V. Cerulli Irelli, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, 2019, 271 ss.; F. Caringella, *Corso di Diritto Amministrativo*, I, Milano, 2005, 333 ss.; A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, 1, Napoli, 2019, 103 ss.

[12] Si tenga comunque conto che quello della giurisdizione esclusiva non è istituito introdotto per la prima volta con la Costituzione. L’ordinamento, infatti, già conosceva ipotesi di giurisdizione esclusiva grazie al [R.D. 30 dicembre 1923, n. 2840](#), poi confluito all’interno del [R.D. 26 giugno 1924, n. 1054](#). V. A. Police, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al Giudice Amministrativo, II, Contributo alla teoria dell’azione nella giurisdizione esclusiva*, Padova, 2001.

[13] Ciò che ha fatto ritenere inattuale - o comunque rivedibile - la dicotomia tradizionale che associa la giurisdizione amministrativa alla tutela degli interessi legittimi, e quella ordinaria alla tutela dei diritti soggettivi. In particolare, v. G.A. Primerano, *Art. 133*, in G. Morbidelli (a cura di), *Codice della Giustizia Amministrativa*, Milano, 2015, 1269: “una nota impostazione ha inteso la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo quale criterio di riparto autonomo da quello ordinario (Giannini - Piras, *Giurisdizione*, 267), nel senso che, mentre in generale il discrimine tra le giurisdizioni dipende dalla natura della posizione giuridica soggettiva azionata, nei casi di giurisdizione esclusiva l’individuazione del giudice minuito di potestà decisoria non si fonda sulla dicotomia fra diritti soggettivi e interessi legittimi, bensì sul tipo di materia controversa (in altri termini, il riparto avviene *ratione materiae*”); nello stesso senso A. Travi, *Lezioni di Giustizia Amministrativa*, Torino, 2019, 182: “al criterio di riparto fondato sulla distinzione fra le posizioni soggettive subentrava, nei soli casi di giurisdizione esclusiva, quello fondato sulla riconduzione della vertenza alla ‘materia’. Il riparto di giurisdizione tra giudice amministrativo e giudice ordinario, nelle ipotesi di giurisdizione esclusiva, segue pertanto il criterio della ‘materia’”. V. anche, *ex multis*, M.S. Giannini, *Gli atti amministrativi di adempimento e la giurisdizione esclusiva*, in *Giur. compl. Cass. Civ.*, 1945, 589 ss.; L. Giagnoni, *Poteri di proroga contrattuale e giurisdizione esclusiva*, in questa *Rivista*, 2022, 832 ss.

[14] L’[art. 7](#), comma 1, *c.p.a.*, recita infatti: “Sono devolute alla giurisdizione amministrativa le controversie, nelle quali si faccia questione di interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, di diritti soggettivi, concernenti l’esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo, riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti riconducibili anche mediatamente all’esercizio di tale potere, posti in essere da pubbliche amministrazioni. Non sono impugnabili gli atti o provvedimenti emanati dal Governo nell’esercizio del potere politico”.

[15] Le ipotesi di giurisdizione esclusiva non si esauriscono infatti all’interno del *c.p.a.* Basti pensare all’[art. 310, D.Lgs. n. 152/2006](#) (v., sul punto, [Cass. Civ., SS.UU., 23 aprile 2020, n. 8092](#)). La circostanza non sorprende, considerando che lo stesso [art. 133](#), comma 1, *c.p.a.*, fa salve le “ulteriori previsioni di legge” che amplino i casi di giurisdizione esclusiva.

[16] [Cons. Stato, Sez. VII, 19 ottobre 2023, n. 9102](#); [Cons. Stato, Sez. VI, 6 giugno 2016, n. 2394](#); [Cons. Stato, Sez. VI, 3 ottobre 2014, n. 4954](#); [Cons. Stato, Sez. V, 5 marzo 2014, n. 1064](#). Sul punto, v. anche C. Commandatore, *L’effetto conformativo e la modulazione degli effetti delle sentenze di annullamento del giudice amministrativo*, in questa *Rivista*, 2021, 101 ss.

[17] [Cons. Stato, Sez. IV, 25 settembre 2022, n. 4911](#); [Cons. Stato, Sez. V, 24 luglio 1993, n. 799](#). In dottrina, v. G.A. Primerano, *Art. 133*, in G. Morbidelli (a cura di), *Codice della Giustizia Amministrativa*, Milano, 2015, 1267.

[18] Del resto, in questo senso si esprime (oggi) l’[art. 7](#), comma 4, *c.p.a.*, che rappresenta il definitivo approdo della sistematica in questo senso profondamente incisa dal [D.Lgs. n. 80/1998](#) e della [L. n. 205/2000](#). V. anche [Cons. Stato, Sez. II, 19 gennaio 2024, n. 628](#); [Cass. Civ., SS.UU., 6 febbraio 2015, n. 2244](#); in dottrina, G. Sabato, *Sulla natura aquiliana della responsabilità amministrativa*, in *Giorn. dir. amm.*, 1, 2022, 111 ss.

[19] Sul punto non può non essere richiamata la nota [sentenza della Corte cost. 6 luglio 2004, n. 204](#) che - nel censurare un’intera tecnica legislativa, che individuava la giurisdizione esclusiva sulla base di blocchi di materie - si è espressa proprio sull’estensione da riconoscere alla giurisdizione esclusiva in materia di pubblici servizi. Su tutti, si vedano F. Lattanzi, *Art. 133*, in R. Garofoli - G. Ferrari (a cura di), *Codice del Processo amministrativo*, III, Molfetta, 2012, 1791 ss.; G. Verde, *Il riparto delle giurisdizioni fondato sulla contrapposizione diritti soggettivi - interessi legittimi (storia di concetti a cui si è data la sostanza di “cose”)*, in *Riv. dir. proc.*, 2, 2023, 358 ss.

[20] Cons. Stato, Sez. V, 9 settembre 2013, n. 4469 T.A.R. Emilia Romagna, Bologna, Sez. I, 28 novembre 2020, n. 787 T.A.R. Milano, Sez. I, 11 novembre 2016, n. 2090 Cons. Stato, Sez. V, 13 ottobre 2023, n. 8960 Cons. Stato, Sez. V, 14 ottobre 2019, n. 6948; Cons. Stato, Sez. VI, 5 ottobre 2016, n. 4103 Cons. Stato, Sez. V, 22 gennaio 2015, n. 247 Cons. Stato, Sez. VI, 10 marzo 2014, n. 1076; nonché, nella giurisprudenza civile, Cass. Civ., SS.UU., 30 luglio 2020, n. 16455 Cass. Civ., SS.UU., 24 febbraio 2020, n. 4803 Cass. Civ., SS.UU., 9 agosto 2018, n. 20682 Cass. Civ., SS.UU., 25 novembre 2011, n. 24902; Cass. Civ., SS.UU., 12 ottobre 2011, n. 20939

[21] Con ordinanza Cass. Civ., SS.UU., 16 marzo 2023, n. 7735 le Sezioni Unite sono state chiamate ad affrontare un caso pressoché identico a quello che ha interessato il T.A.R. Milano con la sentenza in commento.

In particolare, una Società concessionaria del servizio di gestione cimiteriale ha convenuto innanzi al Tribunale di Firenze la propria Amministrazione concedente, per *ivi* sentir dichiarare l'illegittimità del diniego opposto dall'Amministrazione a fronte dell'istanza di revisione del piano economico-finanziario sotteso al rapporto concessorio.

Non si trattava, dunque, del mero accertamento tecnico circa la debenza o meno di somme, ma - anche in questo caso - la controversia aveva ad oggetto il diniego di esercizio di un potere autoritativo alla revisione complessiva dell'equilibrio economico-finanziario della concessione.

[22] Si legge, nell'ordinanza in esame (Cass. Civ., SS.UU., n. 7735/2023): "la domanda non intercetta neppure l'ambito dell'art. 33, lett. c), cod. proc. amm., perché, come già s'è detto, non attiene al momento prodromico alla concessione, ma alla disciplina del contratto col quale le opere e i servizi sono stati affidati. E non ha fondamento insistere sul mantenimento di potestà pubbliche nel procedimento di revisione, poiché in base ai principi richiamati anche tali potestà, seppure esercitabili, non incidono, dopo il perfezionamento della fattispecie negoziale (che determina il transito nella fase paritetica del rapporto), sul profilo al quale è ancorato il riparto di giurisdizione". Nello stesso senso, Cass. Civ., SS.UU., 11 settembre 2018, n. 26253

[23] Secondo la risalente sistematica giurisprudenziale, v. Cons. Stato, Sez. V, 1° dicembre 1939, n. 795.

[24] Così, fra le molte sentenze in linea con quella in commento, Cons. Stato, Sez. V, 13 gennaio 2023, n. 8960.

[25] Essendo state ritenute, controversie identiche, attratte a due giurisdizioni diverse.

[26] Cons. Stato, Sez. III, 1° febbraio 2024, n. 1061 Cons. Stato, Sez. III, 23 febbraio 2022, n. 1283 Cons. Stato, Sez. III, 13 luglio 2021, n. 5284; Cons. Stato, Sez. III, 19 aprile 2018, n. 2370 Cons. Stato, Sez. III, 18 maggio 2020, n. 3118

[27] Sulle conseguenze di tale circostanza sul piano processuale (che - operativamente - sono quelle mostrate dalla sentenza in commento), vd., a titolo di esempio, M. Bombardelli, *Il progetto individuale per le persone disabili e il danno da ritardo nella sua adozione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2024, 113 ss.; A. Colavecchio, *L'obbligo di provvedere tempestivamente*, Torino, 2013; B. Sassani, *Arbor Actionum. L'articolazione della tutela nel Codice del Processo Amministrativo*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 1356 ss.