

I MONOPOLI COMUNALI

(Continuazione da pag. 304-362)

PARTE SECONDA

I Monopoli comunali

nel diritto positivo italiano

SEZIONE PRIMA

Principi generali.

CAPO I.

Teoria delle concessioni.

§. 1. *La dottrina italiana e straniera.*

Nel diritto amministrativo italiano è rarissimo il caso dell'esercizio diretto dei grandi servizi comunali; poichè dunque essi si compiono per opera di privati sotto l'autorità e il controllo del comune, è anzi tutto necessario determinare l'indole del rapporto che intercede fra l'amministrazione e l'intraprenditore, per considerare poi l'estensione dei monopoli ed i particolari servizi ai quali questo regime è applicato.

Il rapporto tra l'autorità comunale e l'esecutore di servizi industriali che essa crede opportuno di organizzare si chiama di regola concessione.

La parola concessione serve ad indicare molte e svariate manifestazioni della volontà dello stato dirette a produrre effetti giuridici. Con questo nome talora si designano negozi giuridici dell'amministrazione nel campo del diritto privato relativamente alla disposizione dei suoi beni patrimoniali: in tal caso è evidente che

Arch. Giur., 1895, LV

la sostanza dei rapporti è identica a quella dei contratti di diritto civile ed è facile riscontrare che si tratta di vendite, di donazioni di locazioni o d'enfiteusi (1). Questi rapporti escono dal nostro tema.

Colla parola concessioni invece nel campo del diritto pubblico italiano e francese, e con parole analoghe sul diritto tedesco ed inglese, si comprendono diverse manifestazioni della volontà dello stato o degli enti sovrani minori diretto ad accordare esercizi di diritti o di facoltà unicamente ed esclusivamente spettanti all'amministrazione (2). Esse si possono facilmente suddividere in due categorie secondochè:

a) si concede una singola facoltà spettante di sua natura all'amministrazione, come in generale avviene in quelle che i francesi chiamano *concessioni d'uso*, e che specialmente servono a permettere l'uso straordinario, l'occupazione permanente, ad esempio, del pubblico demanio;

b) si concede in complesso di diritti, facoltà ed anche obblighi spettanti alla amministrazione e costituenti un pubblico servizio. Anche qui è opportuna una suddivisione già altrove accennata. Il pubblico servizio può rispondere a bisogni generali, individuali in modo da costituire un'industria e di mettere il concessionario in rapporto coi terzi oppure può rispondere a bisogni che s'investono nel comune o nello Stato. Nel primo di questi casi si ha generalmente quella che i francesi chiamano *concessioni di lavori pubblici*, definendole la attribuzione a persone private che si obbligano ad eseguire un'opera pubblica, del diritto di percepire in compenso della loro industria e delle loro spese un compenso da coloro che ne profittono (3). Le opere dopo un certo tempo passano in piena proprietà del concedente o esso ha il diritto di riscattarle a prezzo inferiore del loro valore. Nel caso di un pubblico servizio della seconda specie l'amministrazione generalmente provvede a ricevere le materie e i servizi necessari con contratti che sono di puro diritto civile.

(1) Vedi gli esempi nel Mantellini, *Lo Stato e il cod. civile*, II, 504 e nel Giorgi, *La dottrina delle persone giuridiche*, II, 138.

(2) Su questo concetto vedi Löning, *Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrecht*, Leipzig, 1884, p. 292. Hauriou, op. cit., §. 396. Vedi anche per incidenza Gamba in una nota nella *Giur. it.*, 1893, I, 2, 279.

(3) Aucoc, *Conférences de droit adm.*, II, §. 681, pag. 207. — Hauriou, op. cit., §. 396.

In tal caso la direzione del servizio resta per intero nelle mani dell'autorità e questa non deduce in contratto se non un obbligo di ricevere e pagare che è di natura esclusivamente di diritto privato, mentre l'altro contraente, secondo il carattere di questi contratti, ha diritto e dovere di somministrare la materia o le materie previste o di prestare i servizi, che sono espressamente determinati (1). Sembra questo il sistema di regola adottato nell'amministrazione italiana. Quando però resulti, come è possibile che all'imprenditore sia stato affidato l'incarico di provvedere a tutte le esigenze del pubblico servizio e entro una sfera più o meno discrezionale, alle future evenienze, bisogna considerare che l'oggetto dedotto nel rapporto dall'autorità è un complesso di oneri o di facoltà esclusivamente a lei spettanti di natura pubblica e credere che si versi in tema di concessioni d'un servizio della seconda specie.

Le concessioni per il loro contenuto ed i loro effetti si assomigliano e si differenziano da molte altre manifestazioni di volontà dello Stato. In quanto si concede a un singolo l'esercizio di diritti spettanti all'amministrazione, la concessione si può assomigliare al rapporto tra questa e i funzionari; sebbene non manchino le differenze, il rinvicinamento non è nè arbitrario nè nuovo, e fu fatto esplicitamente da Löning in Germania, dal Haurion in Francia ed incidentalmente in Italia dal Prof. Codacci-Pisanelli (2). In quanto per virtù della concessione è al privato permesso l'esercizio di diritti da cui prima era escluso le concessioni si confondono esteriormente cogli atti dello Stato con cui si creano diritti, come i decreti di naturalizzazione o di creazione delle persone giuridiche, — cogli atti con cui si rimuovano limiti posti a diritti individuali preesistenti nell'esercizio del potere di polizia in senso lato —, con gli atti coi quali si riconosce semplicemente

(1) *Supino*, *Diritto commerciale*, Firenze, 1892, pag. 196.

(2) Il *Löning*, op. cit., p. 242, comprende nella stessa categoria di *Ermächtigungen* (concessioni) « Il conferimento di facoltà per l'esercizio di pubbliche funzioni » e « la facoltà di usare le cose pubbliche in modo straordinario. Vero è che poi dei rapporti fra Stato e funzionari fa una categoria a parte di contratti di diritto pubblico a p. 245, §. 53 ». — L'*Haurion*, op. cit. nei §. 397 e nota 138, 300 e 302. Fa un analogo riavvicinamento. Il Prof. *Codacci-Pisanelli* accenna ad esso in una nota pubblicata nella *Giur. it.*, 1892, I, 2, 52.

l'esistenza di un diritto (1). Ma se tutti questi atti amministrativi hanno in comune il carattere giuridico di permettere ai singoli l'esercizio di diritti e facoltà che prima loro erano interdetti, le concessioni hanno la funzione speciale di trasmettere ed accordare ai privati l'esercizio di facoltà e diritti spettanti di loro natura ai soli enti pubblici come fu ben rilevato dal Ranelletti.

Le concessioni si distinguono da molte altre di queste manifestazioni di volontà sovrana anche per il carattere estrinseco di essere generalmente intese non al fine di tutelare il diritto, ma di promuovere il benessere e la civiltà. Questa qualifica congiunta con le vecchie teorie della regalità con nuove e forse inesatte idee dei diritti pubblici soggettivi e il modo di tutelarli, hanno prodotto in materia di concessioni non poca confusione.

Le esagerazioni di un concetto tradizionale e ortodosso del diritto pubblico suppone, come osserva il Longo (2), che l'*imperium* non possa esplicarsi se non per il raggiungimento del fine essenziale dello Stato, cioè la tutela del diritto. Perciò se ne esclude l'altra forma di attività che mirando a promuovere la civiltà ed il benessere ha più frequentemente natura e valore economico. In questo caso e per queste ragioni l'attività dello Stato « si assomiglierebbe » in tutto e per tutto a quella di qualsivoglia privato e al diritto « privato e non già al pubblico sarebbero soggette quelle relazioni » che ne sorgessero ». Soccorre a confermare questa opinione la ormai vieta teoria della regalità per cui i diritti pubblici sarebbero una proprietà privata del principe e dello Stato e, come tale, passibili di contrattazioni rette esclusivamente dal diritto civile e di alienazione (3). Nei paesi poi dove la tutela di ogni diritto spetta a una giurisdizione unica la cui competenza si esercita specialmente nelle materie civili, ed in quelli dove, pure esistendo un contenzioso amministrativo, questo conosce dei rapporti fra Stato e cittadini tanto di diritto privato quanto di diritto pubblico, è naturale

(1) *Ranelletti*, *Natura e concetto delle concessioni e autorizzazioni amministrative* (*Giur. it.*, 1894, IV, p. 23).

(2) *La teoria dei diritti pubblici soggettivi*. *Arch. di dir. pub.*, 1892, I, 252.

(3) Sulla teoria della regalità in genere vedi *Sarwey*, *Das öffentliche Recht und die Verwaltungsrechtspflege*, Tübingen, 1880, §. 24, p. 346 e seg. Sulla influenza di questa teoria relativamente al concetto delle concessioni, vedi il medesimo autore pag. 618 ed il *Löning*, op. cit., p. 380, §. 80. n. 1.

Trova SEU
MCAPI

una tendenza nei tribunali ricondurre tutti i rapporti sotto l'unico schema del diritto civile, che è generalmente più familiare e per lunga e gloriosa evoluzione più preciso e più facilmente applicato. Ciò in particolar modo si è fatto e si fa laddove al tempo stesso il diritto pubblico è poco svolto, i diritti pubblici subbiettivi sono male definiti ed il non ricondurre certi rapporti nel campo del giure civile come fonti di diritti subbiettivi privati, induce, o per il passato induceva il pericolo di lasciare legittime pretensioni sotto l'aspetto di puri interessi in balia dell'amministrazione attiva, senza la garanzia più o meno perfetta di un ricorso contenzioso.

Questo fenomeno per le suddette ragioni si è specialmente prodotto riguardo alle concessioni ed ai loro effetti giuridici, e siccome in realtà non mancano a questi atti le parvenze di un contratto come la duplice manifestazione di volontà e la capacità di generare reciproci oneri e diritti, vien fatto di proporre ed opportuno tentare la risoluzione dei due problemi fra loro connessi: sono esse negozi giuridici di diritto privato o di diritto pubblico? Sono contratti o atti unilaterali?

Si trovano di fronte a questo proposito due teorie quella italiana e francese e quella tedesca ed inglese (1). La teoria italiana e francese distingue le concessioni in due specie: una costituita di atti amministrativi puri, l'altra di concessioni-contratti, salvo poche modificazioni, di diritto civile. La teoria inglese e tedesca riconosce alle concessioni esclusivo carattere di atti sovrani di diritto pubblico, in Inghilterra sotto la forma di legge, in Germania sotto la forma di atti amministrativi.

La dottrina italiana e francese, in sostanza, distingue il caso in cui ritiene che dalle concessioni non sorga alcun diritto del concessionario verso l'autorità, dal caso in cui uno o più diritti sorgono, e sarebbe patentemente ingiusto che non sorgessero. È una tendenza e un'opinione diffusa nel diritto pubblico dei due paesi che l'atto amministrativo non lega l'autorità che lo emana essendo di sua natura revocabile, non fa sorgere alcun diritto del privato verso l'amministrazione; è perfino discusso se dalle leggi di diritto pubblico nascano simili diritti soggettivi e si ritiene che essi sorgano solo in certi casi con molte limitazioni e quando la volontà del legislatore è in questo senso espressamente formulata (2). Per-

(1) Banellotti, op. cit., pag. 25.

(2) Meucci, Ist. di dir. amm., pag. 156.

ciò nella prima ipotesi, quando cioè la dottrina francese e italiana crede che non nascano diritti, essa opina che si tratti di atti amministrativi; quando invece diritti sorgono, siccome per quella dottrina non possono sorgere verso l'amministrazione che o dalla legge con molte limitazioni, o dal contratto quando lo Stato si obblighi sotto l'aspetto di persona civile, esclusa in fatto la legge nella maggior parte dei casi, non resta che la teoria del contratto più o meno rigorosamente di diritto privato.

A questa distinzione rispondono le categorie delle concessioni unilaterali o bilaterali proposte dal Mantellini, secondochè appunto nascono o no diritti di fronte allo Stato, di concessioni-licenze, o concessioni-contratti, secondochè manca o si aggiunge all'atto amministrativo una convenzione che ne muta la natura, come dice il Giorgi; di *permissions* o *concessions de travaux publics* come dicono il Bathie, l'Aucoc, il Dalloz ed il consiglio di Stato francese (1).

La possibilità di una concessione da cui non sorga, senza ingiustizia patente qualche diritto del concessionario verso l'autorità, si ha soltanto nelle concessioni di un singolo diritto e specialmente in quelle di uso straordinario del pubblico demanio. In questi soli casi è possibile che la concessione abbia per il privato un valore non grande e tale da permetterne il ritiro ad arbitrio senza suo danno. Ciò avviene particolarmente quando essa sia a titolo gratuito, o per lo meno non importi un tale complesso di oneri e di diritti reciproci che le diano almeno un'apparenza di un contratto e che certo rendano ingiusto il negare ogni rimedio o compenso in caso di ritiro. Parliamo qui di un corrispettivo di reciproci obblighi e doveri perchè, dopo qualche esitazione nella scienza e nella pratica si è concordi nell'ammettere che l'esistenza di un compenso pecuniario per l'uso della concessione, non muta da solo l'indole di atto amministrativo di questa, poichè tale compenso non rappresenta un'entrata di carattere patrimoniale (2), ma un'entrata di diritto pub-

(1) Mantellini, op. cit., II, p. 502. — Giorgi, op. cit., II, §. 332. — Aucoc, op. cit., II, §. 681. — Bathie, *Droit. adm.*, 7, 338. — Dalloz, *Rép. V. Concession.* n. 1, 99, 120. — V. a pag. 76 di questo lavoro.

(2) Cfr. Cass. Torino 15 Maggio 1878 (*Giur. it.* 1878, I, 4, 1085) e Cass. Firenze 20 Maggio 1895 (*Giur. it.* 1895, I, 1, 969), le quali espressamente riconoscono il carattere di entrata pubblica alla tassa per l'occupazione di suolo comunale.

blico, una tassa in senso scientifico. Ciò posto le concessioni gratuite o gravate di tassa sono per la dottrina corrente atti amministrativi che presentano molte analogie con le autorizzazioni da cui pure le abbiamo distinte. Possono perciò revocarsi *ad nutum*, senza indennità di regola o colla restituzione di parte del canone se la legge espressamente lo richiede. Alcuni scrittori tuttavia più per un sentimento o un'intuizione di giustizia che per una logica deduzione dalle premesse giuridiche loro, ritengono, come il Giorgi, che sia dovuta in molti casi indennità.

Tutte le altre concessioni da cui sorgono obblighi e diritti reciproci sono invece contratti che gli scrittori francesi inclinano a ricondurre più strettamente sotto le norme del diritto civile. « La » concessione di lavori pubblici, dice il Dalloz (1), è un contratto » di natura speciale per cui un privato, o una compagnia si obbliga » verso lo Stato (2) a fare eseguire un lavoro a sue spese, rischio » e pericolo mediante il godimento di un pedaggio o altro beneficio » stipulato nell'atto di concessione Cod. civil franc. art. 1101, » it. nel 1098). È un contratto signallagmatico perchè fa nascere » obbligazioni reciproche (Cod. civ. francese art. 1102, it. art. 1099). » È un contratto a titolo oneroso, perchè il concessionario si obbliga » a eseguire i lavori e l'amministrazione a garantire l'esecuzione » dei pedaggi o benefici stipulati (Cod. civ. francese art. 1106, » it. art. 1101). È un contratto aleatorio perchè gli elementi imprevisti » possono influire sulle spese dei lavori da eseguire o sul » prodotto dei diritti accordati (Cod. civ. francese art. 1105, it. » art. 1102) (3) ». Con questa teoria di puro diritto privato si può, » esagerando, giungere, come molti scrittori francesi, tra cui lo stesso » Laferrière (4), alla conseguenza che « in materia di risoluzione » sulla quale riguardo alle concessioni si agitano le più frequenti » controversie, si applicano i principii ordinari di diritto privato, » e se essa sia indebitamente pronunciata, il giudice potrà portarvi » rimedio ristabilendo il concessionario nei diritti della concessione ».

(1) *Rép. V. Concession*, n. 99.

(2) Una numerosa giurisprudenza equipara in Francia, ai contratti dello Stato quelli dei comuni e delle provincie. V. *Batbie*, op. cit., VII pag. 251 e nota.

(3) Il carattere aleatorio di questi rapporti è una felice intuizione di ciò che avviene in realtà. Fu combattuta da *Batbie*, op. cit., VII, 242.

(4) Op. cit., II, p. 126. — *Batbie*, VII, 247. — *Aucoc*, II, 689.

Il che equivale all'inibizione di provvedere al pubblico servizio dell'illuminazione fatta dalla Corte di appello di Firenze con sentenza 21 novembre 1891 al municipio di quella città (1), con questa differenza però che i tribunali francesi, come tribunali amministrativi, sono più competenti in ogni caso ad ordinare la revoca dei provvedimenti dell'autorità, e che anche in Francia il Laferrière stesso riconosce essere tali inibizioni puramente platoniche poichè all'amministrazione resta sempre il diritto di riscatto. Dal concetto dell'esagerata applicabilità del diritto civile si può anche giungere a vedere nelle concessioni di suolo pubblico per *tramways* un contratto di costituzione di servitù come in due pareri del Consiglio di Stato 18 febbraio 1881 e 14 dicembre 1883 (*Giurisprudenza it.* 1881, III, 92, *Foro it.* 1884, III, 12) (2); opinione conforme a quella di diversi tribunali belgi altrove citati.

Altri scrittori anche in Francia sono meno rigorosi contro l'amministrazione e riconoscono che il diritto civile viene nelle concessioni ad essere modificata. Il Dalloz stesso aggiunge: « Ma le » regole del diritto civile non sono le sole che debbano governare » il contratto di concessione. Esso è un contratto *sui generis* che » non si confonde cogli altri di cui parla il codice. Non è una » vendita benchè possa indurre talvolta traslazione di proprietà, non » è una locazione perchè il concessionario non è un appaltatore di » lavori, i suoi diritti, i suoi benefici, i suoi oneri sono più estesi; » nè lo si può classificare nella categoria dei contratti innominati, » (Cod. civ. franc. art. 1103 et art. 1101), perchè ha un nome e » principii propri. Questi se non in una legge unica si trovano » sparsi in varie leggi, decreti ed atti amministrativi (3) ».

La teoria italiana più svolta riconosce che la concessione è fatta con atto amministrativo; ma considera questo misto ad un contratto del quale viene a far parte integrante riducendo la concessione al criterio di giustizia commutativa per quanto è conciliabile coll'in-

(1) *Giur. it.*, 1892, I, 2, 54 e nota del Prof. *Pisanelli*. Questa sentenza fu in seguito rettammente interpretata dalla Cassazione di Roma a sezioni unite 11 agosto 1893. (*Giur. it.*, 1893, I, 1, 976).

(2) Sarebbe difficile mettere d'accordo i due pareri fra loro perchè l'uno parla di servitù personale d'usufrutto e l'altro di servitù prediale negativa non apparente, e tutte e due le decisioni col principio dell'inalienabilità del demanio. Per le opinioni dei tribunali belgi vedi retro pag. 86.

(3) In questo senso vedi pure *Aucoc*, II, §. 683. — *Batbie*, VII, p. 256.

teresse pubblico. L'atto amministrativo serve a manifestare il consenso dello Stato. Gli oggetti dedotti in contratto sono frequentemente facoltà d'*imperium* dello Stato medesimo (1). Come per la teoria francese la concessione è da questi scrittori assomigliata all'appalto, da cui però si distingue: 1.° perchè lo Stato vi esplica l'*imperium* e non la personalità civile; 2.° perchè la retribuzione è indiretta e affidata a chiusa dell'opera; 3.° perchè la risoluzione e il riscatto sono regolati da norme speciali. Con queste differenze, le concessioni come gli appalti sottostanno al diritto civile (2).

Quanto fermamente la dottrina francese ed italiana afferma non esservi verità o giustizia in materia delle principali concessioni al di fuori del diritto privato, altrettanto la dottrina e la pratica tedesca ed inglese è sicura e concorde nello ammettere che esse formino esclusivo oggetto del diritto pubblico. Le concessioni per gli scrittori tedeschi sono atti amministrativi speciali, *Verfügungen*, ossia « manifestazioni della volontà dello Stato per un singolo caso secondo le norme del diritto vigente ». Sebbene, secondo una teoria che è seguita dal Meyer, dal Haenel, dallo Zorn (3), gli atti amministrativi siano sempre unilaterali, anche se emanati su proposta o consenso degli interessati, perchè questa proposta o consenso è un semplice presupposto affinché l'attività dell'amministrazione si possa svolgere, e secondo un'altra teoria sostenuta principalmente dal Löning « come le manifestazioni di volontà nel diritto privato, così i provvedimenti di diritto pubblico possano essere unilaterali e bilaterali, provvedimenti in senso proprio e contratti di diritto pubblico », pure le concessioni, sieno esse di uso o di lavori pubblici, sono considerate

(1) Giorgi, op. cit., II, 462. — Mantellini, op. cit., II, 521. — Vita-Levi, *Degli appalti*, n. 71, 72, 365.

(2) Cfr. la sentenza della Cass. di Roma 26 Genn. 1894 (*Giur. it.* 1894, I, 1, 204) che dice: « La concessione di tronchi di suolo stradale fatta da un comune ad un'impresa privata per stabilirvi ed eseguirvi il pubblico servizio delle tramvie mediante lavori da essa compiuti sotto la vigilanza dell'autorità comunale e con la clausola che al termine della concessione rimanga al comune la proprietà di siffatti lavori è un contratto d'appalto, l'esecuzione del quale ha luogo nell'interesse e per conto del comune committente e la proprietà delle opere all'uopo costruite, siccome accessorio del suolo stradale, si acquista al comune fin dal momento che sono compiute ».

(3) Löning, op. cit., p. 240, 242. — V. Ranalletti, op. cit., n. 16, p. 41.

concordemente come atti amministrativi unilaterali (1). I soli contratti di diritto pubblico, che il Löning ricorda, sono quelli tra lo Stato e i suoi funzionari e tra il capo dello Stato e chi chiede la cittadinanza. Negli altri casi « gli organi dello Stato a cui spetta » l'amministrazione attiva han facoltà di costituire rapporti di diritto per mezzo di una unilaterale manifestazione di volontà, in base alle norme del gius obbiettivo e entro i limiti della loro competenza; ma non hanno di regola la facoltà di obbligare lo Stato mediante un contratto a non rimutare o revocare senza il consenso dei sudditi i diritti pubblici subbiettivi di questi. Medesimamente, in quanto gli organi dell'amministrazione debbono esercitare le loro funzioni in una sfera discrezionale, essi non possono stabilire un obbligo contrattuale relativamente all'esercizio di esse perchè con ciò direttamente s'interdirebbero questo esercizio secondo l'eventuale arbitrio. Un simile obbligo contrattuale può soltanto stabilirsi per lo Stato in base ad una disposizione di legge che autorizza a ciò l'organo determinato » (2).

La teoria dell'atto amministrativo unilaterale poteva trovare sostenitori in Germania solo in grazia ad un presupposto, che da noi manca o per lo meno è molto discusso ed incerto. È infatti nelle aspirazioni anzi nei precetti dello Stato giuridico che le disposizioni sovrane, leggi regolamenti e provvedimenti possano, obbligare se non sempre l'organo che le emana, per lo meno fin che esse non sono revocate dalle stesse autorità con le medesime forme e garanzie: il che è perfettamente logico, perchè, quando l'amministrazione o anche la legislazione ha posto da sè un limite, riconosciuto necessario alla sua attività, deve esser tenuta a rispettarlo finchè con giudizio ugualmente autorevole e ponderato non dimostri cessata o mutata quella necessità o opportunità che prima la determinava. Il diritto amministrativo poi ha per compito principale il costituire intorno all'individuo una sfera immutabile di diritti sub-

(1) Il Sax solo contro il Kohn ed altri sembra considerare le concessioni ferroviarie come contratti, e parla di convenzioni aggiunte di diritti patrimoniali. V. *Bibl. degli Econ.* Serie III, Vol. XII, pag. 650 e 657. — Sax, *Dei trasporti e delle comunicazioni*. Il Löning, op. cit. p. 628, nota 2 dice che « la concessione (ferroviaria) non è nè un contratto come sotto molti aspetti potrebbe credersi, nè un privilegio da cui nascano diritti privati, come è opinione prevalente... Dalla concessione non nascono che diritti pubblici subbiettivi ».

(2) Löning, op. cit., p. 246.

biettivi di varia natura, da quelli di libertà a quelli per cui può esigere una data prestazione dello Stato (1) che può avere valore economico. Questi diritti possono sorgere senza dubbio, almeno nella dottrina tedesca, non solo dalle leggi amministrative, ma anche dai regolamenti e dai provvedimenti singoli, che sulla base di queste leggi sieno emanati: quando la volontà concorde del legislatore e dell'amministrazione abbia inteso di creare un diritto soggettivo, questo, una volta sorto, non può essere più nè violato nè abrogato, neppure coll'abrogazione dell'atto, ma solo colle forme e coi compensi che sono del caso. Questi diritti per la loro natura e per il contrasto tra interesse privato ed interesse pubblico debbono, secondo la teoria germanica, espressa dal Sarney (2), essere tutelate soltanto da speciali tribunali amministrativi, onde chiusa la via ai tribunali ordinari (*der Rechtsweg*) è ammesso solo un ricorso o azione contenziosa (*Klage*) oltre all'ordinario reclamo in via gerarchica (*Beschwerde*). Le concessioni, che anche pel succitato scrittore, sono atti amministrativi unilaterali fanno appunto sorgere in moltissimi casi diritti subbiettivi, che si fanno valere nelle forme suddette di fronte allo Stato o alle autorità locali. Prima della concessione non vi è alcun diritto, nè vi è quindi azione nè amministrativa nè ordinaria per ottenerla in caso di rifiuto. Le questioni possono sorgere invece sulla necessità di un simile atto per l'esercizio di qualche industria, sulla rinnovazione alla scadenza, sulla interpretazione nel corso della concessione. Non da tutte le clausole di essa sorgono diritti subbiettivi nè sempre questi nascono senza limitazione in modo che si possano far valere in via assoluta in tutti i casi: alcune clausole possono fissare una semplice norma di azione dell'autorità, altre costituire un diritto limitato, condizionato, revocabile in dati casi senza indennità; gli interessi più gravi soltanto ed essenziali di quelli cui è diretto l'atto amministrativo assumono la forma di diritti pubblici ed hanno una garanzia completa nell'azione amministrativa (3). Con queste riserve possono dar luogo a diritti pubblici, tanto le concessioni d'uso straordinario delle cose pubbliche e in particolar modo le concessioni per la derivazione di acque pubbliche e l'impianto di opifici su fiumi pub-

(1) Löning, op. cit. p. 8.

(2) *Das öffentliche Recht und die Verwaltungsrechtspflege*, p. 509.

(3) Sarney, op. cit., p. 510, 511, n. 3. — V. anche Cardon, *La giustizia nell'amministrazione*, Torino, 1884, p. 40.

blici (1) quando non sono concepite come contratti di diritto privato per la teoria della regalità, quanto la concessione di lavori pubblici, dalle meno complesse come quella delle barche a pedaggio alle più complesse come quelle di ferrovie (2).

La pratica inglese non ammette in materia di concessioni neppure la parvenza del contratto. Le concessioni di lavori pubblici tanto per nuovi impianti quanto per l'ingrandimento di quelli esistenti dagli acquedotti e gazometri comunali, alle ferrovie, alle tramvie, ai ponti e barche a pedaggio nonché la costruzione di molte opere pubbliche, che da noi si fa per appalto, solo si opera già fu detto per mezzo di *bills* privati. Anche là il *bill* privato si emana su proposta e consenso del concessionario: le sue clausole sono dibattute in contraddittorio cogli interessati dinanzi alla commissione parlamentare, ma nè la proposta, nè il consenso, nè la discussione decidono a formare l'atto giuridico; il quale per intero emana dalla volontà dello Stato. Il che è tanto più evidente nel sistema inglese in quanto, se il contenuto dell'atto è amministrativo, la forma è legislativa e niente è più contrario ai più elementari principii di diritto pubblico quanto che la volontà di un privato, come privato, concorra alla formazione di essa legge. Il *bill* privato di concessione sta nello stesso rapporto con i *standing orders* delle camere con gli atti generali che regolano queste concessioni (*Gasworks and Waterworks Clauses* del 1847) come l'atto amministrativo da noi sta colla legge, coi regolamenti, che governano la materia: specifica nel caso speciale ciò che in generale si trova scritto negli atti generali. Il *bill* privato è la fonte di tutti i diritti e di tutti gli obblighi del concessionario indipendentemente dal suo consenso che è un puro presupposto di fatto: esso investe

(1) Sarney, p. 509, n. 3, 518, n. 12. — Löning, 980, n. 4, p. 380.

(2) Sarney, p. 319, n. 3 e 514, n. 4. La teoria tedesca fu principalmente divulgata e quasi totalmente seguita tra noi dal Prof. Ranalletti. Egli crede che le concessioni sieno atti amministrativi unilaterali che creano diritti, cui può eventualmente accadere un'obbligazione unilaterale di diritto privato interessante gli obblighi del concessionario. I due atti hanno vita a sé nè si fondono in un contratto: la concessione è la causa dell'obbligazione del privato; il contenuto di questa costituisce le condizioni della concessione. La teoria del Ranalletti di cui più volte ci siamo giovati non è peranco svolta per intero. Un altro capitolo del medesimo lavoro sotto il titolo: *Capacità e volontà nelle autorizzazioni e concessioni amministrative*, è uscito nel fascicolo 24 maggio 1894 della *Riv. it. per le scienze giuridiche*.

il concessionario privato di diritti pubblici di espropriazione, di levar tasse, di invadere il pubblico suolo come investirebbe secondo la legge inglese di uguale potere le autorità comunali che lo richiedessero; perciò essa è tanto indubbiamente nel primo caso una emanazione del potere sovrano, quanto nel secondo. E le leggi inglesi hanno così fermo il concetto di creare quasi un nuovo ente pubblico, investito di pubbliche funzioni, che accordano alle società concessionarie la personalità giuridica rendendole capaci di possedere, contrattare ecc. I concessionarii hanno dei diritti contro il concedente in base ai quali non possono essere private della concessione senza riscatto come fu già detto, limitandosi l'indennità ai danni emergenti e la privativa del servizio spetta a loro secondo una consuetudine parlamentare, per cui non si accordano concessioni concorrenti della stessa specie se il servizio procede regolarmente; ma sono ammesse concessioni concorrenti per servizi affini.

§. 2. Critica della dottrina prevalente in Italia.

Così rispondono la dottrina nostra e quella straniera alle due domande che già furono proposte relativamente alla natura pubblica privata, unilaterale o contrattuale delle concessioni.

Per quelle d'uso che non inducono diritti nel concedente e rimangono revocabili, tutti gli scrittori sono d'accordo: poichè si tratta di tutelare nell'interesse generale le cose pubbliche, poichè 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. A dir vero quando si sia riconosciuto che il contenuto di tutte le altre concessioni non è diverso, importando sempre l'investitura di facoltà, diritti, ed obblighi di lor natura spettanti all'amministrazione, si ha già un buon motivo *a priori* per ritenere che non diversa è la natura delle altre concessioni, quando anche un giusto riguardo agli interessi del concessionario ed eventualmente a quelli dell'amministrazione stessa, consiglia a dare una maggiore stabilità al rapporto, a riconoscere un diritto di fronte allo Stato. Questa convinzione potrebbe essere confermata dal fatto che di fronte ai terzi, quantunque sia la forma della concessione, essa ha il carattere di atto d'impero. Questa circostanza che è ampiamente rico-

nosciuta anche dalla dottrina francese (1), in pratica risulta esat-tissima quando si pensi, che nelle concessioni di lavori pubblici si delega la facoltà di riscuotere una tassa, di espropriare terreni, di fare opere dannose alle proprietà vicine senza esser tenuti, nonchè a rimuoverle, a risarcire in molti casi il danno. Talora, come per le ferrovie, la delegazione di facoltà sovrane è tale che alle società concessionarie è aperta una sfera regolamentare ed agli agenti loro accordato il potere di contestare contravvenzioni. Se tale di fronte ai terzi è l'apparenza di questi rapporti, può sembrare difficile che la sostanza di essi sia completamente diversa: che un medesimo atto abbia di fronte ai terzi carattere di diritto pubblico ed appaia unilaterale manifestazione di volontà dello Stato, mentre tra le parti è di diritto privato e deriva da una duplice e concorde unione contrattuale di volontà.

Ma nei rapporti fra amministrazione e concessionarii quale sarebbe l'oggetto dedotto in contratto? Un diritto, una facoltà, un onere spettante alla pubblica amministrazione. L'investitura di simili potestà rientra essa nella cerchia del diritto civile? O piuttosto per concedere autorità non ci vuol forse un atto di autorità? L'oggetto del preteso contratto non è dunque un oggetto che formi materia ordinaria di contrattazione: i diritti di persona giuridica pubblica sono di lor natura inalienabili, imprescrittibili, incommerciabili; i diritti sul pubblico demanio son tali non per via di eccezioni ma per l'applicazione di una regola. E questi infatti per gli art. 429, 430, 432 del codice sono sottratti alle norme del diritto civile. I beni che vi sono enumerati in quanto spettano allo Stato sono retti intieramente da leggi di diritto pubblico, quali la legge sulle opere pubbliche, sulla derivazione delle acque, sul demanio marittimo e militare e il regolamento di polizia stradale. Per quanto riguarda i beni del demanio comunale il rinvio a leggi speciali che sono poi quella comunale e provinciale e quella sulle opere pubbliche e la conseguente sottrazione di essi alle regole del diritto, civile è ancora più esplicita forse perchè la materia sembrava più controvertibile; l'art. 432 infatti dopo avere distinto i beni di uso pubblico e i beni patrimoniali dei comuni dice: « La destinazione, » il modo e le condizioni dell'uso pubblico, e le forme di alienazione e di amministrazione dei beni patrimoniali sono rette da

(1) Dufour, III, n. 242.

» leggi speciali » (1). Ma più in generale ancora, e seguendo una massima del diritto romano, allo art. 1116 dispone: « Le cose in » commerciabili non possono formare oggetto di contratti ».

Ma si obietta da alcuno che solo si deduce in contratto l'esercizio di questi diritti e non i diritti stessi. È questa una distinzione ben sottile e assai discutibile. In che cosa si distingue in queste materie l'esercizio del diritto dal diritto proprio? E l'esercizio di un diritto naturalmente spettante alla sovranità non ha esso carattere pubblico? Se, ad esempio, in una concessione non si accorda il diritto di imporre ad arbitrio una tassa, ma fissatala con tariffa se ne permette la riscossione con quei privilegi che sieno del caso, non si accorda una facoltà che esce dall'ambito del diritto privato? Del resto se anche la distinzione fra il diritto e il suo esercizio fosse giusta, essa non è addotta se non per sostenere il possesso precario della concessione e la sua revocabilità, ossia per ricondurre più o meno direttamente questi rapporti sotto lo schema del diritto pubblico (2). Quando poi nelle concessioni l'amministrazione si obbliga a non revocarle o a non farne altre concorrenti o a non imporre tasse (3), essa deduce in contratto un obbligo di fare o di non fare, che potrà avere in ultima analisi importanza patrimoniale, ma che è unicamente di diritto pubblico, avendo per contenuto azioni ed omissioni le quali non avrebbero alcun valore e pratico effetto se non entrassero nella sfera degli indiscutibili atti di autorità.

Questo ci porta a considerare fino a che punto la pubblica amministrazione sia capace di obbligarsi in simili materie: ed invero si comprende a prima vista che questa capacità non è e non può essere illimitata. L'amministrazione è depositaria degli interessi pubblici generali, essa ha per legge una sfera d'azione discrezionale entro la quale può muoversi liberamente allo scopo di tutelarli. Ma avere libertà e discrezionalità d'azione non significa avere libertà di rinunciare contrattualmente a favore di privati. La legge dà questa libertà e la legge sola può ritorglierla; qualunque atto delle

(1) Ricci, *Commento al Cod. Civ.*, Vol. I, pag. 84, §. 53.

(2) Hauriou, op. cit. p. 534.

(3) App. Venezia 14 lug. 1875 — Cass. Firenze 26 ap. 1876 « Il gas è tassabile come combustibile né con un contratto di concessione può rinunziarsi alla tassazione sebbene con questo si diminuisca il consumo e danneggi il concessionario ».

autorità stesse che costituisse un impegno assoluto nel senso del diritto civile sarebbe contrario alla legge e perciò nullo (1). Una rinuncia temporanea, limitata, diretta a tutelare l'interesse generale, tale cioè da ingenerare nel concessionario un ristretto diritto soggettivo di natura pubblica può ammettersi; ma ciò non accade mai in un contratto civile che non si presta ad una interpretazione da farsi spesso con criterii d'opportunità e che non può far sorgere se non diritti interi ed assoluti.

Il consenso che l'amministrazione presterebbe a questi contratti non è consenso quale lo richiedono le norme del diritto civile; l'autorità non è libera di provvedere o non provvedere a un pubblico servizio ed entro certi limiti di provvedervi in un modo piuttosto che in un altro, come lo è il privato entro i confini della coazione psicologica. Essa subisce una ben più stringente coazione, che potremmo dire amministrativa o sociale, e che in un dato momento la obbliga ad agire in un dato modo sotto pena di venir meno al suo precipuo dovere, alla tutela dell'interesse generale. La stessa necessità che ora la costringe a fare una concessione, domani la obbligherà a ritirarla o a farne una concorrente: se si accetta la teoria del contratto si entra nella via senza uscita delle violazioni di diritto che pur sono legittime, dovendosi da un lato ammettere un diritto intero e indiscutibile di natura civile nel concessionario, e non potendosi dall'altro negare la legittimità del provvedimento amministrativo che lo lede quando esso sia effettivamente preso nell'interesse pubblico ed in conformità del diritto vigente. In fondo a questa via c'è da una parte l'ingiustizia verso il singolo, dall'altra il danno dell'amministrazione, ed è meglio non accrescere il numero dei casi in cui dottrina e giurisprudenza si trovino senza guida dinanzi a così grave alternativa. Del resto che contratto, che unione, che fusione ci può essere tra due volontà di cui, una nella stessa qualità entro i limiti del medesimo rapporto può comandare e vietare e l'altra deve obbedire? Questa argomentazione che l'Hänel e il Meyer (2) adducono contro la possibilità di contratti di diritto pubblico ha anche maggior forza quando a rapporti amministrativi si voglia dare il carattere di contratti di diritto privato. In questo campo le volontà come gli interessi dei contraenti debbono avere

(1) Löning, op. cit. p. 253.

(2) V. Löning, p. 235 n. 3.

ugual valore, senza di che la base stessa del diritto privato vien meno e si entra appunto nel campo del diritto pubblico.

La causa di questi contratti che se son tali debbono considerarsi come sinallagmatici dovrebbe trovarsi nella controprestazione del privato; essa si trova invece, in quello che è il movente supremo di tutta l'amministrazione, nell'interesse pubblico. Molte volte infatti nessun vantaggio diretto viene all'amministrazione da questi che pur sarebbero contratti come nelle concessioni di *tramways* fatte dai comuni italiani a titolo gratuito; molte volte vi è un compenso minimo sotto forma di tassa, cioè non come prestazione di diritto civile: la causa è dunque al di fuori. E quando essa venisse meno perchè l'interesse pubblico è mutato (e si sa come facilmente sia mutabile in queste materie) il contratto non avrebbe più ragione d' esistere perchè la sopravvenuta mancanza della causa della obbligazione produce effetti somiglianti alla mancanza di causa in principio (1). Così tali contratti verrebbero anche da questo lato ad avere una instabilità che non è quella normale dei contratti civili. La natura della causa di queste pretese obbligazioni ci conduce a considerare sotto un altro punto di vista i rapporti di essi con quelli che trattandosi di contratti civili sarebbero detti *terzi*. Per diritto civile « Nessuno può stipulare in suo nome fuorchè per se medesimo. Tuttavia può ciascuno stipulare a vantaggio di un terzo, quando ciò formi condizione di una stipulazione che fa per se stesso » (Cod. civ. art. 1128). Eppure in molte delle concessioni le stipulazioni a favore di questi terzi sono la parte unica o principale, come le ferrovie, i *tramways*, le condotte d'acqua e gli omnibus (2). Ma si può obiettare due cose: o che l'amministrazione è mandataria dei privati o che essa ha un interesse morale indiretto se non materiale diretto in queste stipulazioni. In entrambe le obiezioni c'è una gran parte di vero, ma il mandato non è quello del Codice civile, e tanto questo mandato quanto l'interesse indiretto della amministrazione derivano da leggi e da rapporti di diritto pubblico che escludono l'applicazione del gius privato.

(1) Cass. Napoli 10 lug. 1884 — Cass. Roma 24 lug. 1876 Legge 1885, 517 e 1877, I, 173). Cod. civ. art. 1119 — Giorgi, *Teoria delle obl.* III, §. 37 e seg. e particolarmente p. 551, 553 e 559.

(2) Giorgi, *La dottrina delle persone giurid.* II, p. 398 e seg. — Cass. Bruxelles 21 lug. 1888.

Finalmente per diritto civile nessuno può obbligarsi al fatto di un terzo se non per quanto riguarda l'indennità se il terzo non eseguisce (Codice civile art. 1129). Invece nelle concessioni l'autorità si obbliga effettivamente al fatto dei cittadini, poichè spesso gli costringe ad obbedire ai pretesi patti contrattuali in virtù del suo potere sovrano, eventualmente con l'uso della forza e l'applicazione di una pena. Così si potè domandare ad un tribunale che imponesse ad un comune di fare uso della sua autorità sovrana per impedire la violazione di una concessione di una privativa comunale (1). L'uso di tali supreme e gelose facoltà dell'amministrazione può essere lasciato in balia di privati? Ed in ogni caso forma esso parte delle cose commerciabili e deducibili in contratto? E se si obiettasse per l'impegno preso per conto di altri il mandato si risponderebbe come all'obiezione precedente; e se si opponesse che l'autorità si obbliga solo pecuniariamente, come più volte fu opposto a questa critica e alle altre fatte antecedentemente, è facile rispondere tanto in generale quanto in particolare. La responsabilità pecuniaria è in molti casi l'unica che in ultima analisi sanziona l'esecuzione dei contratti anche fra privati, poichè vi sono molte figure contrattuali alle quali o per necessità delle cose o per un alto concetto della libertà personale non può darsi una esecuzione forzata. Nei contratti di diritto civile posti in essere dall'amministrazione, questa che è per i privati una eccezione frequente è invece la regola quasi assoluta del nostro ordinamento legislativo. La responsabilità pecuniaria sta dunque in luogo dell'esecuzione pura e semplice; anzi deve essere di regola più gravosa che non questa allo scopo di esercitare una coazione sull'indempiente. Ma perchè il valore venga in luogo dell'obbligazione, bisogna che l'obbligazione sia possibile in sè; quando questo non è non si può parlare di obbligazione pecuniaria sussidiaria. Se per ragioni giuridiche di opportunità o di necessità lo Stato non può impegnarsi a fare, dare o prestare, non può nemmeno obbligarsi a pagare se non fa, dà o presta. Se ciò fosse possibile si porrebbe sempre un limite indebito alla sua discrezione in materie che questo limite non comportano; poichè il porre l'amministrazione tra l'alternativa di pagare somme non piccole e da chi giudichi secondo criteri di diritto civile misurate con larghezza, o di mantener quelli che si dicono patti di un contratto è influire su di essa perchè dei suoi poteri faccia un uso non sempre conforme all'interesse pub-

(1) Cass. Torino 7 febb. 1867, *Giur. it.* 1867, I, 1, 94.

blico. Prima dunque bisogna vedere se l'obbligazione è possibile in sè ed abbiám cercato di dimostrare che in materia di concessione di fronte al diritto civile essa non lo è.

Un'altra differenza importante deriva dal diverso rapporto in cui stanno le concessioni e i contratti dell'amministrazione colle leggi, i regolamenti e i capitoli su cui si fondano. Per i contratti, escluse le leggi da cui talora derivano norme derogative del diritto civile, i regolamenti ed i capitoli obbligano piuttosto i funzionari che debbono redigere gli atti, in quanto regolano la loro condotta e la loro capacità, che i terzi contraenti a danno dei quali tutt'al più dettano qualche clausola tacita. In ogni caso leggi, regolamenti o capitoli obbligano i privati in quanto abbiano contrattato. Quanto alle concessioni, le leggi ed i regolamenti (tacendo dei capitoli che solo ne ripetono le norme), obbligano anche in sede penale i cittadini che vengono in contratto coll'amministrazione nella veste di concessionari indipendentemente da qualunque contratto, come si vede in quelle concessioni che si fanno ad arbitrio con contratto o senza (concessioni sul demanio stradale, regolamento di polizia stradale 10 marzo 1881 art. 13) e vincolano ugualmente gli interessati. Ne viene che le violazioni dei patti nei contratti veri e propri dà luogo ad un'azione civile, le violazioni delle clausole di una concessione derivanti dalle leggi e dai regolamenti può dar luogo ad un processo penale anche se queste ripetute in un capitolo e sottoscritte in un atto di obbligazione assumono l'aspetto di clausole contrattuali. Per esempio nella legge sui telefoni 7 aprile 1892, art. 24 si dà facoltà al governo di comminare con regolamento « come clausola penale da applicarsi con procedimento amministrativo una ammenda da L. 50 a 500 per le contravvenzioni alle disposizioni della legge o del regolamento senza pregiudizio delle altre responsabilità civili o penali incontrate ». Per l'art. 14 del regolamento 16 giugno 1892 il ministro delle poste e telegrafi applica l'ammenda ai concessionarii indipendentemente alle altre responsabilità civili e penali, per le violazioni delle norme della legge e del regolamento. Queste norme sono quelle ripetute nella concessione. Si vede quindi che la violazione loro può dar luogo non solo a responsabilità civile e penale ordinaria ma anche ad una figura di responsabilità speciale che assai si avvicina ad una responsabilità pecuniaria di diritto penale. Parimente in molte concessioni municipali fatte per contratto sono contrattualmente fissate norme che derivando da regolamenti gene-

rali e locali possano dar luogo ad una speciale responsabilità penale (1).

Recapitolando quanto fu detto finora, da qualunque lato si consideri la questione ci si trova dinanzi ad atti, ad istituti, a rapporti di diritto pubblico. Dei quattro requisiti del contratto (Cod. civ. art. 1104) non uno per una parte almeno può comportare l'applicazione completa delle norme diritto civile: l'oggetto della concessione principalmente non è tale da poter dedursi in contratto per l'art. 1116. I rapporti fra contraenti non sono quelli d'uguaglianza ma quelli d'inferiore a superiore; la violazione del preteso contratto per parte dell'amministrazione può essere legittima, per parte del concessionario può costituire reato. I rapporti coi terzi che da un contratto di regola nè si avvantaggiano nè possono essere danneggiati (Cod. civ. art. 1128, 1129) sono diversi da quelli ordinarii: i terzi approfittano delle clausole a loro favorevoli, e possono essere obbligati anche colla forza a sottostare a quelle alla cui formazione sono rimasti estranei. Quelle concessioni che il Codice civile contempla (art. 430, 432) espressamente o implicitamente sono rinviate a leggi di diritto pubblico. Che resta delle norme di diritto privato? Nulla se non la applicabilità per lontana analogia di quei principii supremi di giustizia che informano e debbono informare tutti i rapporti giuridici, e che il diritto pubblico deve cercare nel diritto privato per lunga e gloriosa evoluzione omai più stabile e fisso. Perchè in sostanza i due diritti sono solo due aspetti diversi di quella legge di coesistenza sociale che lo Stato è chiamato a far rispettare, e non differenziano se non per questo che l'uno regola rapporti fra interessi che hanno ugual valore di fronte alla società e l'altro relazioni fra interessi di cui l'uno ha importanza di gran lunga maggiore, anzi importanza capitale, perchè rappresenta l'utile di tutti contro l'utile di un solo o di pochi.

§. 3. *Analisi del diritto pubblico italiano.*

Uscendo dal campo del diritto privato, ed entrando in quello del vigente diritto pubblico italiano si vede chiaramente che solo in base ad esso è in Italia regolata la materia delle concessioni. Escluse le concessioni fatte dai municipii, di cui appunto ora si

(1) Concessione dei tramways di Bologna, 17 marzo 1887, art. 35.

disputa, e che di regola hanno la forma di contratti (1), le concessioni si fanno per atto dell' autorità concedente cui accede talora per obbligo legale, talora ad arbitrio delle parti, un atto di obbligazione o di sottomissione del privato: onde neppure compare la forma nonchè la sostanza dei contratti ordinari. Un atto di autorità, un atto amministrativo si riscontra, a dir vero, anche nei contratti di diritto civile posti in essere dall' amministrazione, come il decreto di approvazione della autorità superiore o la deliberazione dei consigli comunali ecc., ma è questo l' ultimo di quella serie di atti per cui si esplica la volontà degli enti pubblici ed esso non ratifica che quanto fu già conchiuso. Nelle concessioni invece il decreto o la deliberazione esplicano interamente ed esclusivamente la volontà dell' amministrazione, la contengono tutta, costituiscono da soli il negozio giuridico (2).

Se l'atto di autorità che opera concessione è solo, esso comprende le obbligazioni assunte dal concedente come esplicazione del suo volere sovrano, limitazione imposta dalla propria volontà autonoma alla propria libertà di azione: le obbligazioni del concessionario compaiono sotto forma e *nome* di condizioni; così avviene nelle concessioni di telefoni, nelle concessioni di bonifiche (3). Se l'atto di autorità è accompagnato da un atto di obbligazione, da un disciplinare, il decreto contiene gli obblighi dell' amministrazione, e si riferisce per le condizioni e obblighi del concessionario al disciplinare; così avviene nelle concessioni per derivazioni di acque (4). Il disciplinare del resto non ripete che le condizioni dettate in generale dalla legge, contiene la determinazione e la misura di esse nel caso concreto: e serve oltre che a questa definizione a meglio fissare la persona del concessionario: esso non è quindi che un accessorio. Quando

(1) Non mancano concessioni municipali nella forma che si vedrà essere quella delle concessioni ordinaria e legali. Per esempio, la concessione fatta alla Società per l'acqua potabile in Torino 13 agosto 1873 con atto di concessione e disciplinare d'obbligazione.

(2) Ranelletti, loc. cit. §. 23 e seg.

(3) Per le concessioni di telefoni V. legge 7 aprile 1892, art. 24, Reg. 16 giugno 1892, art. 2 e 3 — È necessario un decreto reale che prima enumera i diritti del concessionario, ossia gli obblighi del concedente, poi gli obblighi del concessionario o condizioni. Per le concessioni di bonifiche V. leggi 25 giugno 1882 art. 4, 6 — 4 luglio 1886 art. 2 — 6 agosto 1893 art. 1, 2, e seg. — Reg. 7 febbraio 1887, art. 21 e 22.

(4) Legge 20 ag. 1884 art. 2 e 13 — Reg. 25 nov. 1893, art. 13 e seg.

entro i limiti di una stessa specie di concessioni il disciplinare o atto di obbligazione può esservi o mancare ad arbitrio, come nelle concessioni sul demanio stradale (1), il concessionario non è per questo meno obbligato a rispettare quegli oneri che il diritto vigente gli impone. Sotto questi due schemi rientrano tutte le altre concessioni di cui parla il diritto italiano. Le concessioni di ferrovie, ad esempio, si fanno per legge e talora per decreto: se si fanno per legge l'atto è basato sopra un capitolato; ma la funzione accessoria di questo è analoga a quella del disciplinare, secondochè è specificato dall'art. 246 della legge sui lavori pubblici, che dice: « l'atto di concessione sarà basato sopra un capitolato, o preventivamente fissato per legge, o stipulato dal ministero per promuovere la sanzione legislativa » (2). Dalla legge dunque, della cui formazione non può decidere la volontà di un privato, sorgono i diritti e doveri del concessionario e dello Stato. In un solo caso si parla della legge italiana di vero contratto, per le concessioni sul demanio marittimo ad uso di industrie non marittime: queste concessioni (Reg. della mar. mer. art. 771) « debbono constare da formale contratto ». Eppure se c'è un caso in cui contratto non vi sia esso si verifica qui: poichè il contratto se esistesse dovrebbe essere signallagmico, mentre lo Stato non s' impegna a nulla potendo revocare la concessione in ogni tempo nell' interesse pubblico senza indennità (Reg. cit. art. 788 e 781); con le parole « Formale contratto » si può ritenere che si sia accennato alla necessità di un atto pubblico, come talora è richiesto pel disciplinare (Reg. di pol. strad. art. 13) (3).

Se però gli obblighi del concessionario possono apparire in realtà e considerarsi in diritto positivo come condizioni imposte dalla volontà unilaterale dell' amministrazione, l'obbligo generale per cui egli è legato a questa nè da cui può sciogliersi ad arbitrio non

(1) Reg. di pol. strad. 10 marzo 1881, art. 8 e 14.

(2) Quest'articolo spiega come nella legge del 1885 si sia parlato di *convenzioni* senza intendere perciò che si trattasse di atti di diritto civile, come è provato dal fatto che le convenzioni ferroviarie furono dal Parlamento discusse ed approvate quasi articolo per articolo.

(3) Veggasi per le concessioni sul demanio marittimo in generale il cod. della mar. merc. art. 158 ed il Reg. 20 nov. 1879 art. 751, 756 e 785, 808. Per le concessioni sul demanio militare legge 19 ott. 1859 e Reg. 25 nov. 1886.

nasce forse dalla fusione dei consensi da un conseguente contratto di diritto civile? Meglio di noi potrà rispondere a questa domanda l'articolo 14 del regolamento sulla derivazione di acque pubbliche del 25 novembre 1893 il quale essendo il più recente, rappresenta la più perfetta evoluzione del pensiero giuridico italiano su questo punto, e in difetto di norme generali può ritenersi applicabile per analogia a tutti i rapporti simili. Enunciate le condizioni a cui è allegata la concessione, e che anziché nel decreto debbano contenersi nel disciplinare l'articolo dispone « *il disciplinare conterrà inoltre l'espressa condizione che il concessionario si obbliga contrattualmente ad osservare tutte le disposizioni del presente regolamento* ». L'obbligo contrattuale del concessionario verso l'autorità è dunque una condizione imposta da questa: non deriva dalla fusione dei due consensi, dal contratto, poichè in tal caso non sarebbe stato necessario il menzionarlo come condizione espressa, ma sarebbe apparso come conseguenza implicita naturale del rapporto giuridico posto in essere. Esso nasce invece come qualunque altro diritto od obbligo del concessionario dell'esclusiva volontà sovrana dell'amministrazione essendo il consenso di lui, come già fu detto un semplice presupposto dell'attività di questo, un fatto e non un negozio giuridico. L'obbligo però è di rispettare contrattualmente le disposizioni della legge e del regolamento, che non sono altro se non le condizioni della concessione. La parola *contrattualmente* richiama con opportunità e giustizia due concetti. In primo luogo essa indica che il legame fra concessionario e concedente non può in ogni caso e senza conseguenze dannose essere sciolto arbitrariamente dal privato: in secondo luogo deve ricordare che in simili rapporti, benchè per necessità delle cose derivanti da una sola volontà, non si possono dimenticare certi principii supremi di giustizia commutativa; onde è che a parer nostro se l'amministrazione può, come in seguito vedremo, revocare o riscattare la concessione e modificarne le condizioni e in gran parte gli oneri non può in questo secondo caso sempre anche quando le modificazioni sieno eccessive e dannose tenere legato a se il concessionario, ma questi può senza ingiustizia sciogliersi da un obbligo che per equità deve commisurarsi con criteri di giustizia commutativa e quasi *contrattuale*.

Certo è invece che dal lato della concedente autorità la revocabilità della concessione è la regola del nostro diritto. Le concessioni sul suolo stradale « si intendono in ogni caso accordate . . . colla facoltà della amministrazione di revocarle, o modificarle o

imporvi altre condizioni » (Reg. di pol. strad. 10 marzo 1881, art. 12): quelle sul demanio marittimo sono pure, di regola revocabili, — in ogni tempo e per qualunque causa — e se fatte per atto pubblico, nell'interesse pubblico e in quello dell'amministrazione marittima (1). Le concessioni d'acqua sono revocabili o modificabili se fatte su fiumi navigabili per mutazione del regime delle acque: per la concessione su altre acque non si parla (2). In tutti questi casi o si tace di indennità o la si esclude, limitandosi la legge ad autorizzare una restituzione parziale del canone. Le ferrovie invece sono riscattabili a condizioni vantaggiosissime dopo 35 anni: furono riscattate in realtà nel 1880 senza riguardo a questo termine: parimente il riscatto dopo un certo tempo è ammesso per le concessioni di telefoni. Il riscatto consiste in pratica nel comprare le intraprese al prezzo venale con le riduzioni che sono del caso e che ora vedremo: esso assomiglia assai più a un'indennità per espropriazione che a un risarcimento per inadempienza di contratto.

§. 4. *Diritti ed interessi sorgenti dalle concessioni. Competenza.*

La possibilità di revoca e quella di riscatto così intesa dimostrano una volta di più che l'obbligo dello Stato o non c'è, o se c'è non ha carattere contrattuale. Sembra dunque che come nella legge e nella teoria tedesca e inglese la concessione in diritto italiano appaia un atto unilaterale amministrativo: l'idea inglese del *private bill* che ricorda il concetto romano sulla *lex privata* o *privilegium* è quello che meglio si avvicina a questi rapporti: dalla volontà sovrana dello Stato o formalmente espressa con legge, o, in base a leggi, espressa con atto amministrativo sorgono in un dato caso per una data persona tutti gli obblighi e i diritti.

Il diritto di essere mantenuto nella concessione insieme a qualche altra pretesione di carattere patrimoniale sono i principali diritti soggettivi che sorgono da questi atti amministrativi: dalle altre clausole è questione d'interpretazione il vedere fino a che punto sorgano diritti interi o condizionati, interessi legittimi o semplici interessi. I diritti che nascono da questi atti non possono essere violati impunemente; essi debbono avere una difesa, e se l'interesse pub-

(1) Reg. della mar. merc. art. 781, 788.

(2) Legge 10 agosto 1884, art. 2 e 13.

blico ne richieda il sacrificio debbono essere compensati con un diritto equivalente, il diritto all'indennità (1). Ma di quale e di quanta estesa indennità si tratti si può desumere dall'analisi di queste concessioni. Già gli scrittori francesi dissero che esse creano, nella loro forma più complessa, il modo di ottenere un'opera pubblica senza sborsarne direttamente il prezzo, ma facendolo pagare dai privati, che le usano. Ed è questo in pratica il concetto delle concessioni ferroviarie, di telefoni, di bonifiche e di tutte le concessioni municipali. L'entrata del concessionario in parte serve a coprire le spese correnti e i profitti ordinari di esercizio, in parte ad ammortizzare il capitale impiegato. Revocare le concessioni mediante riscatto significa pagare il prezzo commerciale venale dell'opera pubblica dedotto ciò che fu già capitalizzato come fondo di ammortamento. Questo concetto ci serve a giudicare di due clausole ordinarie a queste concessioni e del relativo valore. Generalmente nelle concessioni si fissa un termine allo spirare del quale l'opera pubblica passa senza indennità in piena proprietà dell'amministrazione e un altro termine al di là del quale l'opera può essere riscattata a determinate condizioni, come per i telefoni dopo 12 anni col pagamento di tante annualità, eguali al profitto netto medio degli ultimi cinque anni, quanti sono gli anni per cui dovrebbe ancora durare la concessione. Il primo termine è fissato perchè si giudica che nei limiti di esso può coi profitti compiersi l'ammortizzazione dell'impianto. Il secondo termine si fissa per lasciar tempo che l'ammortizzazione s'inizi e proceda, ritenendosi che nei primi anni non vi sieno sufficienti guadagni: trascorso questo termine il riscatto si opera pagando quello che manca o si presume mancare all'ammortizzazione. Ma come il termine di durata massima non esclude un anticipato riscatto alle condizioni fissate, così il secondo termine non esclude che il riscatto si faccia anche prima purchè, mancando la presunzione di principiato ammortamento si paghi il prezzo totale dell'impianto o si deduca solo quello che effettivamente si provi essere stato ammortizzato. Questo sistema fu attuato in Inghilterra pel riscatto di gazometri ed acquedotti comunali (2); e anche senza previo patto espresso il fondo di riserva per ammortamento diminuisce il debito delle amministrazioni riscattanti. Il principio del

(1) Löning, op. cit., pag. 244.

(2) V. retro p. 322 e seg.

riscatto secondo il prezzo venale è in Italia tanto più giusto in quanto è conforme alla misura dell'indennità secondo la nostra legge di espropriazione. In conclusione dunque il riscatto si fa in ogni caso senza aver riguardo ai lucri cessanti e secondo la misura del danno emergente.

Uguale criterio ma per analoghe ragioni limitato al danno emergente sia perchè si tratta di una interpretazione benigna della legge, sia per non mettere in troppo dure alternative l'amministrazione deve applicarsi alla revoca di concessioni d'uso che abbiano effettivamente fatto sorgere nei concessionari un diritto subiettivo che nell'interesse pubblico debba essere violato. La revoca *ad nutum* delle concessioni d'uso nella forma più cruda sembra doversi ritenere inammissibile, e dove essa paia ammessa dalla nostra legislazione deve reputarsi possibile solo per pubblica utilità, sia questa pure intesa in modo lato: quando la revoca sia ristretta a determinati casi deve farsi soltanto in quelli. Osservate le norme legali nei casi previsti non è dovuta alcuna indennità perchè non c'era intenzione di creare alcun diritto; negli altri casi, se la reintegrazione è impossibile sembra doversi una indennità per il danno emergente.

La teoria che dagli atti amministrativi fa nascere in vari casi pretese individuali tutelate giuridicamente sotto l'aspetto se non di diritti perfetti, almeno d'interessi legittimi, è conforme al vigente ordinamento italiano sulla giustizia amministrativa (1) ed anche all'ordinamento francese. In materia di concessioni un opportuno addentellato si ha nel sistema degli annullamenti per sviamento di potere sorto in Francia e non ignoto fra noi; secondo questo sistema si annulla il ritiro di concessioni motivato non dall'interesse pubblico, ma da ragioni finanziarie.

Del resto tutta la teoria è perfettamente compatibile col sistema della divisione dei poteri e della ripartizione delle competenze vigenti in Italia. L'autorità giudiziaria è da noi competente a conoscere « tutte le materie in cui si faccia questione di un diritto civile e politico » (2). La più corretta interpretazione di questo ar-

(1) Cons. di Stato (Sez. Interno 1º dic. 1893. Legge 1894, I, 388 e che, d'altronde per quanto sia astrattamente vero che le obbligazioni non nascono soltanto dai contratti, ma possono derivare altresì dalle leggi, dai regolamenti dalle legittime deliberazioni delle amministrazioni ».

(2) Legge sul Contenzioso amministrativo, 20 marzo 1867, alleg. E, art. 2.

ticolo intende che nell'espressione « diritto civile e politico » sono compresi tutti i diritti soggettivi possibili secondo il nostro diritto oggettivo, anche i diritti pubblici soggettivi. Nelle singole concessioni spetterebbe alla autorità giudiziaria o negli ordinari gradi di giurisdizione, o eventualmente in sede di conflitto giudicare interpretando, se e fino a che punto si sia inteso fondare nelle varie clausole diritti, interessi legittimi e al caso anche interessi semplici. Rinviando la decisione sugli interessi alla competente autorità amministrativa, i tribunali sentenzierebbero relativamente al diritto secondo le regole ordinarie, seguendosi per l'esecuzione le prescrizioni dettate dall'art. 4 della legge sul Contenzioso amministrativo e. 25, n. 6 della legge sul Consiglio di Stato. Così il diritto sarebbe pienamente reintegrato col concorso delle due giurisdizioni o otterrebbe il conveniente risarcimento pecuniario. Negli altri casi e per le altre clausole della concessione per cui dal testo, dall'intenzione dell'amministrazione, dall'uso, dall'importanza loro non risultasse la creazione di un diritto, la decisione spetterebbe all'amministrazione e nella massima parte dei casi alla amministrazione contenziosa, le cui attribuzioni in questo campo dovrebbero essere quanto è possibile estese. »

Questo procedimento è quello che in parte movendo da concetti affatto diversi e con molta incoerenza si segue anche ora; poichè spesso, o nell'interesse della amministrazione, o in quello del concessionario si tutelano dinanzi all'autorità amministrativa contenziosa pretese fondate su clausole della concessione considerandosi come interessi legittimi dei veri diritti perchè alla loro intera tutela non sembra sufficiente l'azione giudiziaria. Colla teoria propugnata si eviterebbe però che come ora avviene tutte le clausole della pretesa concessione contratto - diano luogo a diritti soggettivi civili senza quella opportuna discriminazione che, nell'interesse generale, fu sostenuta necessaria.

Il sistema teoricamente e praticamente non sarebbe diverso da quello, che in un ordine di rapporti la cui identità piuttosto che analogia coi rapporti in esame, fu già accennato e attuato con successo. Intendiamo parlare dei rapporti tra amministrazione pubblica centrale e locale e gli impiegati. Anche relativamente a questi furono fatti molti tentativi per farli rientrare nella cerchia dei diritti privati; ma ormai si riconosce dai più autorevoli scrittori e dalla più convincente giurisprudenza, che si versa invece in tema di di-

ritto pubblico. Nei limiti di questo si disputa anche se si tratti per la relazione tra amministrazione e funzionari di atti unilaterali o di contratti, ed anche su questo punto una schiera dei più valenti studiosi del diritto pubblico parla di atti amministrativi da cui si genera un rapporto e nemmeno un contratto di diritto pubblico (1). In base a questo rapporto spetta all'impiegato un solo diritto subiettivo di natura pubblica, benchè abbia valore patrimoniale; il diritto all'indennità per il legale licenziamento; tutte le altre pretese sono tutelate dalla giurisdizione amministrativa almeno per ciò che riguarda gli impiegati degli enti locali e delle opere pie, mentre per gli impiegati dello Stato in attesa di una legge speciale, le guarentigie amministrative fanno difetto. Il rapporto fra concessionario ed autorità concedente non è di natura diversa per quanto più estesi, più numerosi e di maggior valore patrimoniale sieno i diritti soggettivi del concessionario; analoga quindi può essere la relazione di questi due rapporti giuridici con gli istituti vigenti del diritto italiano.

§. 5. *Recapitolazione.*

La teoria propugnata cresce le garanzie dei singoli per certe concessioni, le diminuisce per altre diminuendo il numero dei possibili diritti perfetti nell'interesse dell'amministrazione. Di ciò i singoli non potranno lamentarsi perchè questa è l'attuazione di una norma di giustizia di cui *uti universi*, da altro lato, si avvantaggeranno in parte. Nè avran luogo a reclamo le imprese esistenti che dovevano fin dall'origine sapere con chi si mettevano in rapporto e quale era la capacità dell'amministrazione a creare e a trasmettere diritti dal punto di vista del gius pubblico. Certo è poi che gli odierni concessionari risentiranno poco danno dalla nuova teoria se astenendosi dal pretendere eccessivi e sempre maggiori

(1) Consult. Meucci, op. cit., pag. 182, 197. — Ranelletti, op. cit., pag. 71, §. 31 e nota. — Cass. Roma (Sez. unite) 11 dic. 1883. *Foro ital.*, 1884, I, 520.

guadagni cercheranno, come è possibile, combinare l'utile loro con quello del pubblico. Quanto ai nuovi rapporti non sembra da temere che l'amministrazione incontri maggiori difficoltà nel trovare chi si assuma i pubblici servizi, poichè facile vedere che le garanzie dei diritti di costoro risultano sufficienti. E come gli enti pubblici trovano impiegati, così loro si offriranno concessionarii; e come le imprese si stabiliscono sotto il regime della concorrenza che è pure tanto rischioso, si stabiliranno sotto quello della concessione che è quasi sempre regime di monopolio. In ogni caso le amministrazioni potranno ricorrere al sistema dell'esercizio diretto, che in queste materie dà buoni risultati, come si cercò di dimostrare in un altro capitolo.

Riassumendo quanto fu detto dalla teoria che ravvisa nelle concessioni un rapporto di diritto pubblico e non un contratto di diritto privato, si ottengono i seguenti vantaggi:

1. Si adatta meglio la dottrina alla pratica, la quale ora oscilla fra opposti concetti e cerca di svincolarsi a costo anche di illogiche transazioni da norme che riconosce dannose.

2. Si accrescono le guarentigie di giustizia per un intero e numeroso ordine di rapporti, le concessioni di uso che ne son quasi interamente sprovviste.

3. Si evita il danno di lasciare le amministrazioni indissolubilmente legate a società che sfruttano autorità e cittadini senza freno e senza riguardo; e dopo avere accumulati guadagni su guadagni grazie a un monopolio secondo la teoria del diritto civile estensivamente interpretata, invocano in proprio favore l'*equità* non appena si cerchi di porre un limite, benchè legittimo all'opera loro. La possibilità di revoca mediante riscatto in ogni periodo della concessione può essere un utile freno che sostituisca i controlli disciplinari esistenti nei rapporti analoghi tra amministrazione e funzionari.

4. Si stabilisce sopra più salda base il sistema del riscatto, riconducendolo piuttosto per analogia sotto la figura di espropriazione come in pratica avviene, che sotto quella di violazione di contratto e si diminuiscono così i casi in cui la autorità giudiziaria si trova di fronte a legittime violazioni di diritto senza avere un criterio per risolvere le controversie.

5. Si permette di sceverare le clausole che dan luogo a un diritto soggettivo da quelle che fondano soltanto un interessè, e si

diminuiscono i casi in cui secondo il diritto vigente si fan valere i diritti come interessi e si ha la possibilità di decisioni contraddittorie.

6. In conclusione si attenuano gl'inconvenienti dell'esercizio privato dei pubblici servizi, in confronto dell'esercizio diretto; inconvenienti che coll'applicazione del diritto civile assumono la forma più acuta.

FEDERICO CAMMEO.

(*Continua*).