

La Corte di cassazione, a sezioni unite, chiarisce e individua gli orientamenti della giurisprudenza di legittimità sulla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo per le controversie in materia di pubblici servizi relative a concessioni di pubblici servizi.

**Corte di cassazione, sezioni unite civili, ordinanza, 9 agosto 2018, n. 20682 – Pres. Vivaldi, Est. Falaschi**

### **Giurisdizione e competenza – Concessioni di beni e servizi – Giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo**

*Rientra nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo la controversia in cui si discute su posizioni soggettive il cui riconoscimento postuli l'identificazione del contenuto del rapporto concessorio (nella specie domande di adempimento proposte dai privati, alle quali l'amministrazione ha contrapposto una domanda riconvenzionale di risoluzione) (1).*

(1) I. – Con l'ordinanza in rassegna, la Corte di cassazione, adita mediante ricorso per regolamento preventivo di giurisdizione, ha stabilito che rientrano nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie in cui si discute della violazione di obblighi nascenti dal rapporto concessorio e, più in generale, di posizioni soggettive il cui riconoscimento postuli l'identificazione del contenuto del rapporto concessorio. Rientra, pertanto, nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo la controversia avente ad oggetto le domande di adempimento degli obblighi derivanti dalla concessione – e da atti integrativi o accessori – e di risoluzione della stessa.

II. – Nel caso esaminato dall'ordinanza in commento, la controversia ha origine da una delibera del consiglio di amministrazione dell'Università della Calabria del 1995 in base alla quale era espletata gara di evidenza pubblica per l'utilizzazione di spazi ad uso libreria. Ne derivava:

- a) la conclusione di un contratto di concessione nel 1996 tra l'aggiudicataria e l'amministrazione;
- b) la stipulazione di un accordo modificativo nel 2005 mediante il quale la concessionaria si obbligava a restituire all'Università alcuni locali concessi in uso, mentre ne venivano concessi altri per varie finalità, con la possibilità per il privato di avvalersi anche di terzi;
- c) la conclusione di un contratto di locazione tra la concessionaria e una società terza per lo svolgimento di attività di *book café*.

Sorgeva controversia tra le parti per reciproci inadempimenti.

III. – La Corte di cassazione, nel riprendere i principi espressi da precedenti sentenze, osserva che:

d) l'art. 133, comma 1, lett. c), c.p.a., che attribuisce alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ogni controversia relativa ai rapporti di concessione di beni e di servizi pubblici, fatte salve quelle aventi ad oggetto indennità, canoni e altri corrispettivi, deve essere interpretato nel senso che:

d1) spettano alla giurisdizione del giudice ordinario solo quelle controversie su profili che abbiano contenuto meramente patrimoniale, senza che assuma rilievo un potere di intervento della pubblica amministrazione a tutela di ipotesi generali, non configurandosi pertanto alcuna ipotesi di giurisdizione esclusiva del giudice ordinario;

d2) restano nella giurisdizione amministrativa le controversie che coinvolgono l'esercizio di poteri discrezionali inerenti alla determinazione del canone, dell'indennità o di altri corrispettivi;

d3) la competenza del tribunale amministrativo regionale sussiste anche in assenza di impugnativa di un atto o provvedimento dell'autorità pubblica, purché la controversia coinvolga il contenuto dell'atto concessorio e cioè i diritti e gli obblighi dell'amministrazione e del concessionario ponendo in discussione il rapporto nel suo aspetto genetico e funzionale;

d4) sono quindi devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo tutte le controversie in cui si discuta della violazione degli obblighi nascenti dal rapporto concessorio, quali quelle inerenti la durata del rapporto concessorio, l'esistenza del rapporto o la rinnovazione della concessione;

d5) la giurisdizione, avendo natura esclusiva, si estende a tutte le posizioni soggettive il cui riconoscimento postuli l'identificazione del contenuto del rapporto concessorio, mentre residua la giurisdizione del giudice ordinario quando si discuta soltanto sul compenso del concessionario senza dirette implicazioni sul rendiconto di tesoreria e sul contenuto della concessione;

e) nel caso di specie vengono in rilievo le domande di adempimento proposte dai ricorrenti e la domanda di risoluzione proposta, in via riconvenzionale, dall'amministrazione, con la conseguenza che:

e1) è necessario svolgere un accertamento sul tenore dell'originario atto concessorio, nonché delle sue integrazioni che accedono, quali patti accessori, al primo;

e2) tale accertamento non è suscettibile di giudizio meramente incidentale;

e3) deve concludersi per la giurisdizione del giudice amministrativo.

IV. – Per completezza si segnala quanto segue:

f) con riferimento alla proponibilità del ricorso preventivo di giurisdizione, ai sensi dell'art. 41 c.p.c., dopo che la causa sia stata trattenuta per la decisione di merito e rimessa, successivamente, sul ruolo istruttorio per ulteriori adempimenti:

f1) Cass. civ., sez. un., 11 aprile 2017, n. 9283 (in *Foro it., Mass.*, 2017, 330), secondo cui *“il regolamento preventivo di giurisdizione non può più proporsi dal momento in cui la causa sia stata trattenuta per la decisione di merito, segnando tale momento l'inizio dei poteri decisorii del giudice, con apertura di una fase, inibita all'attività delle parti, che si conclude nella pubblicazione della sentenza e nella conseguente impossibilità che, dopo quel momento, il regolamento suddetto possa assolvere la sua funzione di favorire una sollecita definizione del processo; ne consegue che il menzionato regolamento non è precluso dalla circostanza che la causa, precedentemente introitata per la decisione del merito, sia rimessa sul ruolo istruttorio per ulteriori adempimenti, venendo meno, in siffatta ipotesi, la stretta correlazione tra il trattenimento in decisione e la decisione stessa, e neppure quando la questione di giurisdizione sia stata deliberata, in via incidentale, in un provvedimento privo di natura decisoria ed avente carattere meramente istruttorio”*;

f2) Cass. civ., sez. un., 15 dicembre 1997, n. 12654 (in *Giust. civ.*, 1998, I, 2273, con nota di VISCA, e in *Gazzetta giur.*, 1998, fasc. 4, 47), secondo cui *“l'esperibilità del regolamento preventivo di giurisdizione non è preclusa dalla circostanza che la causa, introitata per la decisione nel merito, venga rimessa sul ruolo istruttorio per ulteriori adempimenti, non potendo trovare applicazione in tal caso il principio per cui il regolamento di giurisdizione non può più proporsi dal momento in cui la causa sia stata trattenuta per la decisione di merito, atteso che l'anticipazione a tale momento della preclusione (testualmente fissata dalla legge con riferimento a quello della decisione) trova ragion d'essere nel fatto che esso segna l'inizio dell'iter dei poteri decisorii del giudice, con apertura di una fase, inibita all'attività delle parti, che si conclude nella pubblicazione della sentenza, e nella conseguente impossibilità che dopo tale momento il regolamento preventivo possa assolvere la sua funzione di favorire una sollecita definizione del processo; laddove qualora la fase così apertasi si concluda con una decisione non conforme alla previsione normativa dell'art. 41 c.p.c. (in quanto, come nella specie, per un verso di carattere processuale, siccome relativa a diniego di sospensione del procedimento, e per altro verso di carattere cautelare, in quanto resa su reclamo avverso provvedimento di sequestro conservativo) viene meno la stretta correlazione fra il trattenimento in decisione e la decisione stessa e quindi la ragione di quella anticipazione, onde in tale ipotesi il momento preclusivo del regolamento preventivo deve individuarsi nel termine della ulteriore udienza di discussione fissata a seguito dell'esaurimento della fase istruttoria riapertasi”*;

g) con riferimento alla giurisprudenza di legittimità, richiamata dall'ordinanza in commento, in tema di riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e amministrativo in relazione all'art. 133, comma 1, lett. c), c.p.a., che attribuisce alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ogni controversia relativa ai rapporti di concessione di beni e di servizi pubblici, fatte salve quelle aventi ad oggetto indennità, canoni e altri corrispettivi, si vedano:

g1) Cass. civ., sez. un., 12 ottobre 2011, n. 20939 (in *Foro it., Mass.*, 2011, 799), secondo cui *“in materia di concessioni amministrative, tanto l'art. 113, 1° comma, lett. b) codice del processo amministrativo (approvato con d.leg. 2 luglio 2010 n. 104) che l'art. 5 l. 6 dicembre 1971 n. 1034 (applicabile razione temporis), nell'attribuire alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ogni controversia relativa ai rapporti di concessione di beni e servizi pubblici, fatte salve quelle aventi ad oggetto indennità, canoni o altri corrispettivi, non implicano affatto, in queste ultime ipotesi, un regime di giurisdizione esclusiva del giudice ordinario; spettano, infatti, in base ai criteri generali del riparto di giurisdizione, alla giurisdizione ordinaria solo quelle controversie sui profili in esame che abbiano contenuto meramente patrimoniale, senza che assuma rilievo un potere di intervento della p.a. a tutela di ipotesi generali, mentre restano nella giurisdizione amministrativa quelle che coinvolgano l'esercizio di poteri discrezionali inerenti alla determinazione del canone, dell'indennità o di altri corrispettivi (in applicazione del principio, la suprema corte ha confermato la sentenza del consiglio di stato, che aveva ritenuto rientrare nella propria giurisdizione la controversia sulla richiesta avanzata da un comune ad un gestore di telefonia, il quale aveva posizionato cavi nella pubblica via, di pagare, in aggiunta al canone per l'occupazione di suolo pubblico, un'ulteriore somma, quantificata forfaitariamente a norma di una disposizione regolamentare comunale, per il ristoro del degrado stradale e per i connessi oneri di sorveglianza e verifica)”*;

g2) Cass. civ., sez. un., 2 febbraio 2011, n. 2418 (in *Foro it., Mass.*, 2011, 107), secondo cui *“in tema di riparto di giurisdizione, la norma dell'art. 5, l. 6 dicembre 1971 n. 1034, deve essere interpretata nel senso che la competenza del Tar sussiste anche in assenza di impugnativa di un atto o provvedimento dell'autorità pubblica, purché la controversia, promossa per il rifiuto dell'autorità stessa di riconoscere il diritto preteso dal concessionario, coinvolga il contenuto dell'atto concessorio e cioè i diritti e gli obblighi dell'amministrazione e del concessionario; ne consegue che è devoluta alla giurisdizione del giudice amministrativo la controversia promossa dal concessionario nei confronti di un comune per il risarcimento del danno conseguente alla violazione di un diritto di esclusiva derivante dalla concessione, trattandosi di controversia relativa all'esecuzione di questa, nella quale vengono in esame posizioni soggettive diverse da quelle connesse al pagamento di canoni e corrispettivi dovuti*

*all'ente concedente" (in senso conforme anche Cass. civ., sez. un., 9 gennaio 2013, n. 301);*

*g3) Cass. civ., sez. un., 31 marzo 2005, n. 6744 (in Foro it., Mass., 2005, 418), secondo cui "l'art. 5 l. n. 1034 del 1971, nel riservare alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie relative a rapporti di concessione di beni pubblici, eccettuate quelle concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi, ha inteso far salva la giurisdizione del giudice ordinario soltanto nell'ipotesi in cui la controversia non abbia ad oggetto la determinazione di canoni che implicano l'esercizio di una discrezionalità da parte della p.a., ossia non coinvolga la verifica dell'azione autoritativa di quest'ultima (fattispecie in tema di concessione-contratto avente ad oggetto l'assegnazione di due lotti di terreno adibiti all'esercizio di attività produttiva e prevedente il pagamento di una penale in favore della p.a. in caso di cessione del bene a terzi da parte del concessionario entro un decennio dall'inizio dell'attività produttiva; enunciando il principio di cui in massima, le sezioni unite hanno riconosciuto la sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo a conoscere della controversia relativa alla debenza o meno della penale in caso di cessione avvenuta anteriormente all'inizio dell'attività produttiva, sul rilievo che la causa involgeva l'ambito del potere autorizzatorio della p.a. e la sua discrezionalità al riguardo)";*

*g4) Cass. civ., sez. un., 26 giugno 2003, n. 10157 (in Foro it., Rep., 2003, Demanio, 17), secondo cui: "l'attribuzione a privati dell'utilizzazione di beni del demanio o del patrimonio indisponibile dello stato o dei comuni, quale che sia la terminologia adottata nella convenzione ed ancorché essa presenti elementi privatistici, è sempre riconducibile, ove non risulti diversamente, alla figura della concessione-contratto, atteso che il godimento dei beni pubblici, stante la loro destinazione alla diretta realizzazione di interessi pubblici, può essere legittimamente attribuito ad un soggetto diverso dall'ente titolare del bene - entro certi limiti e per alcune utilità - solo mediante concessione amministrativa"; "in tema di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, la norma di cui all'art. 5 l. 6 dicembre 1971 n. 1034, deve essere interpretata - ad onta del suo tenore letterale (che si riferisce ai «ricorsi contro atti e provvedimenti») - nel senso che la competenza del Tar ricorre anche in assenza di impugnativa di un atto o provvedimento dell'autorità pubblica, purché la controversia, promossa per il rifiuto dell'autorità di riconoscere il diritto alla rinnovazione della concessione, coinvolga il contenuto dell'atto, cioè i diritti e gli obblighi dell'amministrazione e del concessionario stesso, in quanto, in tal caso, la giurisdizione del giudice amministrativo sull'esistenza di un provvedimento impugnabile si estende a quella dipendente, relativa all'accertamento dell'esistenza o meno del diritto alla rinnovazione, vantato dal privato, senza che abbia rilievo la*

*circostanza che il rapporto concessorio si sia (come nella specie) esaurito per decorrenza del relativo termine, atteso che la riserva di giurisdizione de qua afferisce al rapporto, indipendentemente dall'esistenza attuale dell'atto, purché la controversia ponga in discussione il rapporto stesso nel suo aspetto genetico o funzionale”;*

g5) Cass. civ., sez. un., 6 giugno 2002, n. 8227 (in *Foro it., Rep.*, 2002, *Concessioni amministrative*, n. 20), secondo cui *“in materia di concessione di beni pubblici, ai sensi dell’art. 5 l. 6 dicembre 1971 n. 1034, sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie circa la durata del rapporto di concessione, la stessa esistenza del rapporto o la rinnovazione della concessione; viceversa, le controversie concernenti il rilascio dei beni già oggetto di concessione, allorché non sia in contestazione l’inesistenza in atto del rapporto concessorio, per essere lo stesso scaduto, spettano alla giurisdizione ordinaria, non diversamente da quelle concernenti la condanna al pagamento del corrispettivo - canone o indennità sostitutiva - maturato per l’occupazione, non rilevando il titolo in forza del quale tale somma risulti dovuta”;*

g6) Cass. civ., sez. un., 11 giugno 2001, n. 7861 (in *Dir. maritt.*, 2002, 1303, e in *Foro it., Rep.*, 2003, *Concessioni amministrative*, n. 16), secondo cui: *“in base all’art. 5 l. 6 dicembre 1971 n. 1034 sono riservati alla giurisdizione del giudice ordinario le controversie concernenti indennità, canoni e altri corrispettivi sul presupposto che si tratti di controversie di carattere patrimoniale, mentre appartengono alla giurisdizione del giudice amministrativo le controversie concernenti la determinazione di canoni che implicano l’esercizio di una discrezionalità da parte dell’amministrazione”;* *“le controversie concernenti indennità, canoni o altri corrispettivi, riservate, in materia di concessioni amministrative, alla giurisdizione del giudice ordinario sono solo quelle con un contenuto meramente patrimoniale, senza che assuma rilievo un potere d’intervento della p.a. a tutela degli interessi generali; quando, invece, la controversia coinvolge la verifica dell’azione autoritativa della p.a. sull’intera economia del rapporto concessorio, la medesima è attratta nella sfera di competenza giurisdizionale del giudice amministrativo; ricorre pertanto la giurisdizione del giudice amministrativo a conoscere della legittimità del provvedimento di determinazione del canone di concessione di beni del demanio marittimo (ai sensi degli art. 2 l. n. 1501 del 1961, 16, 3° comma, d.p.r. n. 328 del 1952, 5, 1° comma, d.l. n. 546 del 1981), in relazione al quale è ravvisabile un potere discrezionale della p.a. concedente, come risulta dalla previsione di un canone minimo e di aumenti calcolati in rapporto alle caratteristiche oggettive ed alle capacità reddituali dei beni, nonché alle effettive utilizzazioni consentite”;*

- h) il codice del processo amministrativo dedica alla giurisdizione esclusiva in tema di concessioni e procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture tre

distinte lettere all'art. 133, primo comma, c.p.a., avente ad oggetto le materie di giurisdizione esclusiva:

h1) la lett. b) fa riferimento alle *“controversie aventi ad oggetto atti e provvedimenti relativi a rapporti di concessione di beni pubblici, ad eccezione delle controversie concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi e quelle attribuite ai tribunali delle acque pubbliche e al Tribunale superiore delle acque pubbliche”*. Sotto un profilo letterale si segnala che la disposizione, pur riprendendo, con riferimento alle ipotesi escluse, la clausola di salvezza contenuta alla lett. c), contiene un espresso riferimento agli atti e ai provvedimenti relativi al rapporto di concessione di beni pubblici;

h2) la lett. c) fa riferimento alle *“controversie in materia di pubblici servizi relative a concessioni di pubblici servizi, escluse quelle concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi, ovvero relative a provvedimenti adottati dalla pubblica amministrazione o dal gestore di un pubblico servizio in un procedimento amministrativo, ovvero ancora relative all'affidamento di un pubblico servizio, ed alla vigilanza e controllo nei confronti del gestore, nonché afferenti alla vigilanza sul credito, sulle assicurazioni e sul mercato mobiliare, al servizio farmaceutico, ai trasporti, alle telecomunicazioni e ai servizi di pubblica utilità”*. Sotto un profilo testuale, si sottolinea che la prima parte della disposizione, oltre alla clausola di salvezza analoga a quella prevista alla lett. b), contiene un generale rinvio alla materia di pubblici servizi relativi a concessioni di pubblici servizi. La norma fa anche riferimento all'affidamento di un pubblico servizio, da intendersi come qualsiasi tipo contrattuale o procedura di affidamento con cui viene conferito a un soggetto di erogare un servizio pubblico in favore della collettività, mentre non si riferisce all'affidamento di appalti pubblici di servizi, nozione distinta dal pubblico servizio e disciplinata dalla lett. e), n. 1, del primo comma dell'art. 133 c.p.a.;

h3) la lett. e) fa riferimento alle *“controversie: 1) relative a procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi, forniture, svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale, ivi incluse quelle risarcitorie e con estensione della giurisdizione esclusiva alla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione ed alle sanzioni alternative; 2) relative al divieto di rinnovo tacito dei contratti pubblici di lavori, servizi, forniture, relative alla clausola di revisione del prezzo e al relativo provvedimento applicativo nei contratti ad esecuzione continuata o periodica, nell'ipotesi di cui all'articolo 115 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, nonché quelle relative ai provvedimenti applicativi dell'adeguamento dei prezzi*

*ai sensi dell'articolo 133, commi 3 e 4, dello stesso decreto". Sotto un profilo testuale il numero 1 della lett. e), a differenza delle lett. b) e c) del medesimo comma, si riferisce espressamente alle sole procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture, con l'estensione della giurisdizione esclusiva anche alla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione ed alle sanzioni alternative;*

i) la giurisdizione esclusiva sui pubblici servizi è stata contrassegnata da interventi normativi e giurisprudenziali che variamente hanno inciso sul relativo ambito di applicazione:

i1) il d.lgs. n. 80 del 1998, all'art. 33, poi confermato dalla l. n. 205 del 2000, aveva introdotto un'ipotesi ampia di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativa in materia di servizi pubblici, prevedendo che *"sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie in materia di pubblici servizi, ivi compresi quelli afferenti alla vigilanza sul credito, sulle assicurazioni e sul mercato mobiliare, al servizio farmaceutico, ai trasporti, alle telecomunicazioni e ai servizi di cui alla legge 14 novembre 1995, n. 481. Tali controversie sono, in particolare, quelle: a) concernenti la istituzione, modificazione o estinzione di soggetti gestori di pubblici servizi, ivi comprese le aziende speciali, le istituzioni o le società di capitali anche di trasformazione urbana; b) tra le amministrazioni pubbliche e i gestori comunque denominati di pubblici servizi; c) in materia di vigilanza e di controllo nei confronti di gestori dei pubblici servizi; d) aventi ad oggetto le procedure di affidamento di appalti pubblici di lavori, servizi e forniture, svolte da soggetti comunque tenuti alla applicazione delle norme comunitarie o della normativa nazionale o regionale; e) riguardanti le attività e le prestazioni di ogni genere, anche di natura patrimoniale, rese nell'espletamento di pubblici servizi, ivi comprese quelle rese nell'ambito del Servizio sanitario nazionale e della pubblica istruzione, con esclusione dei rapporti individuali di utenza con soggetti privati, delle controversie meramente risarcitorie che riguardano il danno alla persona o a cose e delle controversie in materia di invalidità";*

i2) la Corte cost., 6 luglio 2004, n. 204 (in *Foro it.*, 2004, I, 594, con note di BENINI, TRAVI, FRACCHIA, in *Corriere giur.*, 2004, 1167, in *Nuove autonomie*, 2004, 545, con nota di TERESI, in *Urbanistica e appalti*, 2004, 1031, con nota di CONTI, in *Fisco* 1, 2004, 6080, in *Giornale dir. amm.*, 2004, 969, con note di CLARICH POLICE, MATTARELLA, PAJNO, in *Bollettino trib.*, 2004, 1606, con nota di VOGLINO, in *Urbanistica e appalti*, 2004, 1275, con nota di LOTTI, in *Funzione pubbl.*, 2004, fasc. 2, 271, in *Riv. giur. edilizia*, 2004, I, 1211, con nota di SANDULLI, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 799, con note di CERULLI IRELLI, VILLATA, in *Cons. Stato*, 2004, II, 1357, in *Guida al dir.*, 2004, fasc. 29, 88, con

nota di FORLENZA, in *Resp. civ.*, 2004, 1003, con nota di ANGELETTI, in *Giust. civ.*, 2004, I, 2207, con note di SANDULLI, DELLE DONNE, in *Mondo bancario*, 2004, fasc. 4, 65, con nota di SICLARI, in *Dir. e giustizia*, 2004, fasc. 29, 16, con note di ROSSETTI, MEDICI, e in *Giur. it.*, 2004, 2255) ha fortemente ridimensionato la citata previsione, evidenziando che la materia dei pubblici servizi può essere oggetto di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo solo se in essa la pubblica amministrazione agisce esercitando il suo potere autoritativo, sicché è incostituzionale la disposizione citata alla lettera c), nella parte in cui prevede che sono devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo tutte le controversie in materia di pubblici servizi, anziché *“le controversie in materia di pubblici servizi, relative a concessioni di pubblici servizi, escluse quelle concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi, ovvero relative a provvedimenti adottati dalla pubblica amministrazione o dal gestore di un pubblico servizio in un procedimento amministrativo disciplinato dalla l. 7 agosto 1990, n. 241, ovvero ancora relative all’affidamento di un pubblico servizio, ed alla vigilanza e controllo nei confronti del gestore, nonché afferenti alla vigilanza sul credito, sulle assicurazioni e sul mercato mobiliare, al servizio farmaceutico, ai trasporti, alle telecomunicazioni e ai servizi di cui alla legge 14 novembre 1995, n. 481”*. La Corte ha inoltre dichiarato incostituzionale il secondo comma dell’art. 33;

i3) il testo della disposizione come risultante in seguito alla sentenza della Corte costituzionale è stato riprodotto nell’art. 133, comma 1, lett. c), c.p.a.;

i4) la giurisprudenza, sulla base della citata disposizione, ha ricondotto, a titolo esemplificativo, nell’ambito della giurisdizione esclusiva: la fase dell’affidamento del servizio pubblico, la fase di esecuzione della concessione di servizio pubblico locale, fatte salve le questioni relative a canoni, indennità e corrispettivi; l’azione di risarcimento dei danni per inadempimento degli obblighi derivanti dalla concessione da parte del concedente e del concessionario; i provvedimenti che fissano i criteri in base ai quali determinare la tariffa dovuta dagli utenti del servizio pubblico (sul punto, per approfondimenti, si veda DE NICTOLIS, *Codice del processo amministrativo*, IV ed., Milano, 2017, p. 220 ss.);

j) sul criterio generale di individuazione della giurisdizione in materia di concessioni di beni, si veda Cass. civ., sez. un., 4 settembre 2018, n. 21598, secondo cui *“il riconoscimento da parte del Comune della titolarità del diritto di sepoltura privata esercitato da tempo immemorabile su aree o porzioni di edificio in un cimitero pubblico configura concessione amministrativa di beni soggetti al regime demaniale. Pertanto, le controversie inerenti ad atti o provvedimenti relativi a tale concessione, che non attengano*

*all'aspetto patrimoniale del rapporto, rientrano nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 133, primo comma, lett. b) del d.lgs. n. 104/2010. Il discrimine fondamentale per la determinazione del giudice fornito di giurisdizione deve dunque essere individuato nella posizione giuridica che il privato interessato fa valere, che implica la giurisdizione del giudice amministrativo allorché la controversia riguardi una fase procedimentale precedente o, comunque, concernente il provvedimento attuativo del beneficio; al contrario, nei casi in cui il rapporto concessorio di una delle parti con la Pubblica Amministrazione costituisca il semplice presupposto storico della controversia tra i privati che non coinvolge in alcun modo l'amministrazione, un problema di difetto di giurisdizione del giudice ordinario non si può neppure porre";*

- k) sulla nozione di provvedimento e atto negoziale ai fini del riparto di giurisdizione si veda Cons. Stato, ad. plen., 5 maggio 2014, n. 13 (in *Giurisdiz. amm.*, 2013, ant., 834, in *Riv. neldiritto*, 2014, 1381, con nota di AIELLO, in *Foro amm.*, 2014, 1392, e in *Giornale dir. amm.*, 2014, 825, con nota di MASSERA), secondo cui, affinché una determinazione amministrativa possa assumere la natura dell'atto prodromico al negozio giuridico, *"occorre che sia individuabile nell'atto stesso il compimento di un processo decisionale, ossia la formazione della volontà di compiere un atto di diritto privato, di cui l'ente abbia valutato ed approvato il contenuto, e che ciò risulti verificabile in base al procedimento seguito; in tal caso l'atto assume dignità provvedimento e può essere autonomamente valutato sul piano della legittimità, e formare oggetto di impugnazione in sede giurisdizionale ovvero di autotutela"*;
- l) sulle concessioni e subconcessioni di infrastrutture aeroportuali si veda Cass. civ., sez. un., 27 febbraio 2017, n. 4884 (in *Foro it., Mass.*, 2017, 171, nonché oggetto della News Us, in data 6 marzo 2017, alla quale si rinvia per ulteriori approfondimenti), secondo cui le controversie relative al rapporto di subconcessione avente per oggetto l'utilizzo di spazi aeroportuali per lo svolgimento di attività commerciale rientrano nella giurisdizione del giudice ordinario;
- m) sui rapporti fra concessionario e terzi si vedano:
- m1) Cass. civ., sez. un., 9 ottobre 2017, n. 23598 (in *Foro it.*, 2017, I, 3290), secondo cui *"rientra nella giurisdizione ordinaria la controversia, promossa da una compagnia aerea nei confronti della società che la rifornisce del carburante necessario per i propri aeromobili, per ottenere l'accertamento negativo della legittimità della clausola «airport fee», inserita nella convenzione negoziale tra le medesime stipulata, a nulla rilevando che una delle parti abbia previsto, mediante l'apposizione di tale clausola, il refluire nel prezzo della fornitura di un corrispettivo dovuto al gestore dell'aeroporto e sottoposto a regolazione pubblicistica"*;
- m2) Cons. Stato, sez. V, 9 marzo 2015, n. 1192 (in *Foro it.*, 2015, III, 408, con nota di CONDORELLI, in *Riv. neldiritto*, 2015, 1176, con nota di FRAJOLI

GUALDI, e in *Dir. trasporti*, 2016, 262 ss.), secondo cui *“in materia di concessioni di beni pubblici sono devolute al giudice ordinario le controversie relative a rapporti tra il concessionario e terzi, qualora rispetto a tali rapporti l’amministrazione concedente sia totalmente estranea”*;

m3) Cass. civ., sez. un., 20 gennaio 2014, n. 1006 (in *Foro it.*, 2014, I, 1565, e in *Dir. trasporti*, 2015, 203, con nota di SARTOR), secondo cui *“rientra nella giurisdizione amministrativa la controversia promossa dal concessionario di un’area portuale che, avendola affidata in gestione a un terzo, previa autorizzazione del comune, chieda che sia dichiarata la cessazione degli effetti di tale autorizzazione, con il conseguente diritto a riottenere la disponibilità dell’area”*;

m4) Cass. civ., sez. un., 8 febbraio 2013, n. 3044 (in *Foro it.*, 2013, I, 1150), secondo cui *“rientra nella giurisdizione ordinaria la controversia tra concessionario dell’aeroporto e vettore aereo avente ad oggetto il pagamento di tasse e diritti aeroportuali”*, nonché *“il pagamento del corrispettivo per l’uso di beni e infrastrutture aeroportuali”*;

n) sulla giurisdizione nelle controversie in materia di convenzioni per la costruzione e la gestione dell’opera pubblica a valle della scelta si vedano:

n1) Cass. civ., sez. un., 31 gennaio 2017, n. 2482 (in *Foro it, Mass.*, 2017, 94), secondo cui *“la controversia avente ad oggetto la risoluzione, per inadempimento del comune committente, di una convenzione relativa alla costruzione di un impianto sportivo (peraltro in larga parte già eseguita), con conseguente richiesta di risarcimento del danno, appartiene alla giurisdizione ordinaria, attenendo alla fase privatistica di esecuzione del rapporto concessorio, successiva all’aggiudicazione”*;

n2) Cons. Stato, sez. IV, 28 ottobre 2016, n. 4539, secondo cui appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario la controversia relativa ad una convenzione avente ad oggetto l’integrale ristrutturazione ed ampliamento di un impianto sportivo comunale, nonché la sua successiva gestione pluriennale, ove, nella comparazione tra le prestazioni a carico del concessionario, risulti preminente e tale da identificare il vero oggetto del contratto, la realizzazione delle opere rispetto alla gestione degli impianti, che, per il canone richiesto, assume rilievo solo quale mezzo per conseguire, dal lato dell’impresa, la remunerazione necessaria, restando al contempo soddisfatto l’interesse dell’amministrazione al funzionamento dei servizi sportivi. Inoltre, osserva il collegio che *“appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario la controversia relativa alla fase di esecuzione di una convenzione avente ad oggetto la costruzione e la ristrutturazione di un complesso immobiliare destinato ad area termale, nonché l’affidamento in gestione al concessionario dell’offerta al pubblico degli impianti e servizi relativi, previa corresponsione al comune di un canone annuo,*

*non avendo rilievo la precedente distinzione tra concessione di sola costruzione e concessione di gestione dell'opera (o di costruzione e gestione congiunti), sussistendo piuttosto l'unica categoria della concessione di lavori pubblici, nella quale la gestione funzionale ed economica dell'opera non costituisce più un accessorio eventuale della concessione di costruzione, ma la controprestazione principale e tipica a favore del concessionario";*

- o) sull'ambito della giurisdizione del giudice ordinario ai sensi dell'art. 133, primo comma, lett. b), c.p.a., si confronti Cass. civ., sez. un., 2 febbraio 2017, n. 2730, in *Foro it.*, 2017, I, 2781, secondo cui *"rientra nella giurisdizione ordinaria la controversia avente ad oggetto il controllo di legittimità della delibera di giunta regionale con cui, in attuazione della legislazione regionale (nella specie, ligure) riguardante le concessioni demaniali, è stato determinato il canone delle infrastrutture per l'esercizio del servizio di comunicazione elettronica, nonché dell'ingiunzione emessa dalla provincia sulla base di detta delibera"*;
- p) sulla linea di discriminazione tra aggiudicazione ed esecuzione del contratto ai fini del riparto di giurisdizione si vedano:

p1) Cass. civ., sez. un., 30 marzo 2018, n. 8035 (in *Foro it.*, *Rep.*, 2018, *Concessioni amministrative*, n. 1), secondo cui *"qualora un comune si avvalga dell'opera di un privato in relazione all'illuminazione votiva di un cimitero municipale, il relativo rapporto concreta una concessione di pubblico servizio, con conseguente devoluzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo di tutte le controversie concernenti il rapporto concessorio, la sua cessazione, nonché eventuali richieste di risarcimento ad esso collegate, qualora esse pongano in discussione aspetti implicanti l'esercizio di potestà pubbliche o, comunque, ad esse riconducibili (nella specie, la suprema corte ha affermato la giurisdizione del giudice amministrativo sulla domanda con cui il privato chiedeva accertarsi l'avvenuto rinnovo tacito della concessione per inidoneità della comunicazione del sindaco, nonché su quelle afferenti il pagamento di un indennizzo a seguito della successiva intervenuta risoluzione anticipata dal contratto, ovvero, in subordine, in caso di ritenuta tempestività della disdetta, di quelle risarcitorie conseguenti, anche, alla mancata rivalutazione dei canoni, in quanto aventi tutte quale presupposto la verifica dell'esercizio di poteri discrezionali della p.a.)"*;

p2) Cass. civ., sez. un., 10 aprile 2017, n. 9149, secondo cui rientrano nella giurisdizione del giudice ordinario le controversie aventi ad oggetto gli atti della serie negoziale successiva alla stipulazione del contratto, da intendersi non solo come quelli che attengono al suo adempimento, ma anche quelli volti ad accertare le condizioni di validità, efficacia, nullità o annullabilità del contratto, siano esse inerenti o estranee o sopravvenute alla struttura del

contratto, comprese quelle derivanti da irregolarità o illegittimità della procedura amministrativa a monte e le fattispecie di radicale mancanza del procedimento di evidenza pubblica;

p3) Cass. civ., sez. un., 18 novembre 2016, n. 23468 (in *Foro it., Mass.*, 2016, 820, nonché oggetto della News US, in data 29 novembre 2016, cui si rinvia per ulteriori approfondimenti), secondo cui *“in tema di appalto di opere pubbliche, appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario la controversia promossa dal cessionario del ramo di azienda per ottenere, oltre al risarcimento del danno, l’annullamento del provvedimento con cui la stazione appaltante ha rigettato, nel dichiarare la risoluzione di diritto dell’appalto, la richiesta di sostituzione della mandataria del raggruppamento temporaneo di imprese aggiudicatario di quest’ultimo, venendo in rilievo non l’esercizio di un potere autoritativo, che si manifesti attraverso atti di natura provvedimentoale, a fronte dei quali la posizione soggettiva del privato si attegga ad interesse legittimo, ma la mera verifica, a carattere vincolato e su basi di parità, che la vicenda soggettiva occorsa rientri in una della fattispecie in presenza delle quali soltanto, ai sensi dell’art. 116 d.leg. n. 163 del 2006, la controparte privata ha il diritto di subentrare nella titolarità del contratto”*;

p4) Cons. Stato, sez. V, 9 luglio 2015, n. 3460, secondo cui: *“spetta al giudice amministrativo il compito di stabilire la legittimità del metodo di scelta del contraente e del mancato utilizzo del procedimento di evidenza pubblica; la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sussiste anche quando si lamenti che vi sia stato un affidamento a trattativa privata fuori dai casi consentiti; in tali situazioni, infatti, qualora si faccia valere “l’illegittimità del metodo della trattativa privata per la scelta del contraente, per contrarietà a norme che avrebbero richiesto l’attivazione di procedure di gara, trattandosi della legittimità dell’esercizio del potere pubblico, la posizione del privato è di interesse legittimo, con conseguente giurisdizione del giudice amministrativo; una diversa soluzione sarebbe in contrasto con l’evoluzione dell’ordinamento tesa alla restrizione dell’area della trattativa privata nel campo degli appalti pubblici”*;

p5) Cons. Stato, sez. V, 25 novembre 2015, n. 5356 (in *Foro amm.*, 2015, 2785; confermata da Cass. civ., sez. un., 16 gennaio 2018, n. 895), secondo cui: *“nelle gare pubbliche aventi ad oggetto l’assegnazione di appalti pubblici di lavori, servizi e forniture, la definizione delle controversie aventi ad oggetto i comportamenti e gli atti assunti prima dell’aggiudicazione della gara e nella successiva fase compresa tra l’aggiudicazione e la conclusione del contratto, spetta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo; invece le controversie relative alla fase di esecuzione del contratto rientrano nella giurisdizione ordinaria”*; *“rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo la controversia attivata dall’aggiudicatario dichiarato*

*decaduto per l'accertamento del preteso inadempimento dell'ente agli obblighi contrattuali e la sua condanna alla restituzione delle cauzioni versategli, oltre accessori, nonché al risarcimento del danno asseritamente patito nel corso della trattativa precontrattuale, atteso che in questo caso alla deliberazione di aggiudicazione dell'appalto non segue la stipula della convenzione tra le parti, ma la decadenza dalla stessa aggiudicazione”;*

p6) Cons. Stato, sez. III, 18 dicembre 2015, n. 5778 (in *Urbanistica e appalti*, 2015, 435 con nota di D'ANGELO), secondo cui *“la questione di giurisdizione va risolta prendendo come riferimento la posizione giuridica soggettiva rivendicata dal ricorrente; se la parte sostiene che il suo titolo derivi da una determinata fattispecie, il cui verificarsi è oggetto di contestazione, la qualificazione giuridica di tale titolo, che non è nella disponibilità della parte, è quella inerente alla fattispecie che la parte assume essersi verificata, al di là del nomen iuris attribuito dall'interessato (nel caso di specie, il consiglio di stato ha ritenuto sussistere la giurisdizione ordinaria in quanto il ricorrente aveva sostenuto che il contratto d'appalto, a seguito dell'aggiudicazione, si fosse perfezionato, e che l'ente committente non avesse più il potere di revocare l'aggiudicazione)”;*

- q) sulla giurisdizione esclusiva prima del codice del processo amministrativo si vedano: in materia di servizi pubblici, R. GAROFOLI, in *Trattato di giustizia amministrativa, Il Riparto di giurisdizione*, 2008, II ed., Milano, 441 ss.; in materia di concessione di beni pubblici, V. POLI, *ibidem*, 957 ss.; in materia di affidamenti di appalti e concessioni, R. DE NICTOLIS, *ibidem*, 505 ss.;
- r) sulla giurisdizione esclusiva in materia di concessione di beni pubblici, servizi pubblici e affidamenti di lavori, servizi e forniture, dopo il codice del processo amministrativo, si vedano: M. MAZZAMUTO, in *Il processo amministrativo*, a cura di QUARANTA – LOPILATO, 2011, Milano, 1084 ss.; R. DE NICTOLIS, *Codice del processo amministrativo*, cit., 220 ss., 223 ss., 1987 ss.