
Pubblica amministrazione e impresa

a cura di Marco Casavecchia

Le subconcessioni di beni demaniali

The sub-concession agreements of State-owned properties

Toti S. Musumeci *

ABSTRACT

L'articolo affronta alcune problematiche in tema di subconcessione di beni demaniali che, a causa della scarsa regolazione normativa in materia, si pongono all'attenzione degli operatori giuridici.

Il primo problema riguarda la natura giuridica del rapporto in questione e, in particolare, la sua qualificazione come subconcessione o locazione avuto riguardo alla specifica natura dell'attività che il terzo affidatario deve espletare sui beni affidatigli in uso.

La seconda tematica affrontata è invece quella relativa al riparto di giurisdizione, sia nel caso in cui le controversie abbiano ad oggetto l'esecuzione del contratto, sia laddove, invece, oggetto di controversia siano le procedure di affidamento delle subconcessioni demaniali, con specifico riferimento a quelle assegnate nell'ambito dei settori speciali di cui al d.lgs. n. 50/2016. Rispetto a tale ultima questione, pare dover trovare applicazione il generale criterio di ripartizione della giurisprudenza, fondato sulla natura della situazione giuridica soggettiva azionata nel caso di specie.

PAROLE CHIAVE: subconcessioni – beni demaniali – art. 823 c.c. – affidamento di subconcessioni – giurisdizione.

The paper faces some issues concerning the sub-concession of state-owned assets which, due to the lack of regulation on the subject, are brought to light by the doctrine.

The first problem concerns the legal nature of this contract relationship and, in particular, its qualification as a sub-concession or as a lease, depending on the specific nature of the activity that the third party must carry out on the assigned assets.

The second problem concerns the jurisdiction, in particular the hypothesis where the subject of controversy is the procedures for the awarding of the state sub-

*Professore Associato – Università di Torino – Dipartimento di Management.

concessions, with specific reference to those assigned in the special sectors as per Legislative Decree 50/2016. It has been pointed out by the doctrine and jurisprudence that, in this particular case, the general criteria of apportionment of the jurisdiction must be applied, based on the nature of the juridical situation activated before the Court.

KEYWORDS: *sub-concession – State properties – art. 823 c.c. – State-owned assets – jurisdiction.*

SOMMARIO:

1. Introduzione. – 2. La natura giuridica del rapporto subconcessorio di bene demaniale. – 3. Profili di giurisdizione: (A) le controversie tra concessionario e subconcessionario in ordine all'esecuzione del contratto di subconcessione. – 4. *Segue.* (B) Le controversie afferenti all'affidamento di subconcessioni. – 5. Conclusioni.

1. Introduzione

Scarsa è la regolazione normativa che affronta il tema della natura giuridica della subconcessione di beni demaniali e dei profili di giurisdizione che ne derivano. Conseguentemente lo studio delle sue problematiche appare difficoltoso, nonostante l'argomento sia connotato da particolare delicatezza e rilevanza, trattandosi di materia che ha per oggetto beni suscettibili di attirare l'interesse concorrenziale di una folta platea di operatori economici¹ e quindi di determinare una proliferazione del contenzioso.

L'inquadramento giuridico del rapporto di subconcessione, infatti, è il frutto dell'elaborazione pretoria, così come si deve alla giurisprudenza l'individuazione del criterio di riparto di giurisdizione nelle controversie afferenti a rapporti subconcessori sia nella loro fase esecutiva sia nella fase relativa alla loro assegnazione.

Ne deriva un assetto regolamentare di non agevole comprensione e di consequenziale incertezza, che finisce per ostacolare lo sviluppo di settori dell'economia potenzialmente floridi.

2. La natura giuridica del rapporto subconcessorio di bene demaniale

L'art. 823 c.c. esclude che i beni appartenenti al demanio possano formare oggetto di diritti in favore di terzi, se non nei modi e nei limiti stabiliti dalle leggi che li riguardano.

Nel novero delle leggi che stabiliscono modi e limiti entro cui i beni demaniali possono formare oggetto di diritti in favore di terzi assumono particolare rilievo gli artt. 36² e 693³ del Codice della navigazione, che consentono l'affi-

¹ Sono infatti tradizionalmente ricompresi nel demanio pubblico quei beni connotati, da un lato, da scarsità e, dall'altro lato, da particolare rilevanza economica in caso di loro sfruttamento; si pensi, ad esempio, alle autostrade, ai porti, agli acquedotti o agli aeroporti.

² L'art. 36 del Codice della navigazione prevede che *“l'amministrazione marittima, compa-*

damento in concessione a terzi dei beni del demanio marittimo e del demanio aeroportuale⁴.

Ed è lo stesso Codice della navigazione che sembra ammettere, seppur implicitamente, che i concessionari possano costituire con soggetti terzi rapporti aventi ad oggetto i medesimi beni demaniali oggetto della concessione principale⁵. Tuttavia, è bene da subito precisare che l'ambito di indagine del presente lavoro è esclusivamente costituito da quei rapporti tra concessionari e terzi che non si risolvono in un mero trasferimento della titolarità della concessione⁶; l'analisi riguarda infatti la costituzione di rapporti giuridici nuovi tra concessionario e terzi, aventi per oggetto il medesimo bene demaniale dedotto in concessione.

tibilmente con le esigenze del pubblico uso, può concedere l'occupazione e l'uso, anche esclusivo, di beni demaniali e di zone di mare territoriale per un determinato periodo di tempo".

³ L'articolo 693 del Codice della navigazione stabilisce che *"i beni del demanio aeronautico di cui alle lettere a) e b) del primo comma dell'art. 692 sono assegnati all'Enac in uso gratuito per il successivo affidamento in concessione al gestore aeroportuale"*. Si tratta, in particolare, degli aeroporti civili appartenenti allo Stato; e di ogni costruzione o impianto appartenente allo Stato strumentalmente destinato al servizio della navigazione aerea.

⁴ Altro settore rilevante nel quale è consentita l'attribuzione a terzi di beni del demanio è quello autostradale. Il D. Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, infatti, nel disciplinare l'istituto della concessione di lavori pubblici, vale a dire il *"contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto in virtù del quale una o più stazioni appaltanti affidano l'esecuzione di lavori ovvero la progettazione esecutiva e l'esecuzione, ovvero la progettazione definitiva, la progettazione esecutiva e l'esecuzione di lavori ad uno o più operatori economici riconoscendo a titolo di corrispettivo unicamente il diritto di gestire le opere oggetto del contratto o tale diritto accompagnato da un prezzo, con assunzione in capo al concessionario del rischio operativo legato alla gestione delle opere"* (articolo 3, lett. uu), ammette che tale istituto possa essere utilizzato per la costruzione e la gestione di autostrade da parte di terzi (articolo 178);

⁵ Nello specifico, è stato rilevato che, in ambito aeroportuale, *"a norma dell'art. 705, co. 1, cod. nav., come sostituito dall'art. 3 co. 1 del D. Lgs. 96/2005, i gestori aeroportuali sono i soggetti giuridici tenuti ad amministrare e gestire le infrastrutture aeroportuali in via esclusiva o insieme ad altre attività dei vari operatori presenti nell'aeroporto. Pertanto, i gestori, in ragione dei poteri loro attribuiti, hanno facoltà [...] di ammettere altri soggetti ad operarvi autonomamente"* (G. MANCUSO, *Regime dei beni destinati ai servizi "non aviation" in ambito aeroportuale*, in <http://www.giurepa.unipa.it>).

La medesima autrice ha inoltre rilevato come *"dalla disciplina dettata dal codice della navigazione sembrerebbe potersi desumere un'implicita ammissione della stessa laddove, sia pure sempre in relazione al demanio marittimo, è contemplata come causa di decadenza della concessione, l'abusiva sostituzione di altri nel godimento della concessione (art. 47 lett. e) cod. nav.). L'uso, infatti, del termine 'abusiva' fa propendere per l'ammissibilità di ipotesi di avvicendamenti di soggetti ad altri nel godimento della concessione, in termini non solo di subentro, ma perché no, anche di 'surrogazione'"* (G. MANCUSO, *op. cit.*).

⁶ In tal caso, si avrebbe una mera cessione di contratto ex art. 1406 c.c.

Come preannunciato in premessa, tale tipologia di rapporti giuridici è tuttavia caratterizzata dall'assenza di una regolazione normativa che ne definisca la natura giuridica e i contenuti.

Ciò ha fatto sì che gli interpreti si interrogassero sulla riconducibilità dei rapporti *de quibus* nella categoria dei contratti di locazione piuttosto che in un *genus* atipico: la subconcessione appunto.

Per quanto la dottrina⁷, con encomiabile sforzo di semplificazione e razionalizzazione del sistema, e la giurisprudenza più risalente⁸ abbiano sostenuto che il contratto con cui il concessionario mette a disposizione di un terzo il bene oggetto della concessione vada sempre qualificato in termini di subconcessione e non di locazione, la giurisprudenza più recente pare avere assunto un atteggiamento orientato a indagare, di volta in volta, se il contenuto concreto del contratto integri la causa tipica della locazione piuttosto che quella atipica della subconcessione⁹.

Tale ultima impostazione appare condivisibile.

La natura demaniale o meno del bene oggetto del contratto, infatti, non pare poter assurgere a criterio distintivo tra locazione e subconcessione. Il fatto che il bene da assegnare in godimento abbia natura demaniale costituisce circostanza irrilevante ai fini della qualificazione giuridica del contratto tramite cui il bene medesimo è stato assegnato in godimento.

La locazione commerciale, infatti, può essere utilizzata anche per i beni demaniali; lo si desume dall'art. 35 della legge 27 luglio 1978, numero 392, in materia di locazioni. Tale norma infatti esclude espressamente l'indennità per la perdita di avviamento per gli immobili complementari o interni a stazioni ferroviarie, porti, aeroporti, aree di servizio stradali e così via; in tal modo essa riconosce, implicitamente, la possibilità di utilizzare lo schema della locazione di immobili commerciali anche per i beni demaniali¹⁰.

⁷ Con riguardo alle aree *non aviation* presenti negli scali aeroportuali, è stato osservato che l'attività commerciale ivi esplicita "*presenta un quid pluris rispetto a qualunque altra cessione di godimento di corrispettivo, gravando sull'assegnatario, in via ulteriore, l'impegno di utilizzare il bene per attività imprenditoriali che, anche lato sensu, si inquadrino nell'attività del soggetto concedente. Le attività da espletarvi, infatti, devono risultare pur sempre strumentali all'attività primaria, ovvero quella di navigazione aerea*". Tanto integrerebbe un elemento di atipicità nella causa del contratto tale da distinguerlo dalla locazione commerciale (cfr. G. MANCUSO, *op. cit.*).

In senso contrario si veda però la decisione del Tribunale di Torino, sez. I, 2 aprile 1984, in *Giur. It.*, 1985, I, 2, p. 346.

⁸ Cass. Civ., sez. un., 26 luglio 1991, n. 8368, in *www.dejure.it*.

⁹ Cass. Civ., sez. III, 17 gennaio 2007, n. 972; Cass. Civ., sez. III, 26 aprile 2000, n. 5346.

¹⁰ In tal senso si veda Cass. Civ., sez. III, 26 aprile 2000, cit.; C. GRASSI, *Locale commer-*

Parimenti, l'articolo 695 del Codice della navigazione¹¹ prevede che “*l’alienazione, la locazione, la costituzione di usufrutto e qualunque altro atto dispositivo di aerodromi o di altri impianti aeronautici privati sono preventivamente comunicati all’ENAC, anche ai fini dell’esercizio dei poteri di vigilanza*”¹². Il riferimento operato dalla norma alla locazione di beni pacificamente demaniali conferma che anche tale tipologia di bene può costituire l’oggetto di un contratto di locazione.

Se dunque la natura giuridica del bene oggetto del contratto non è dirimente ai fini della distinzione tra locazione e subconcessione, occorre interrogarsi su quali siano le caratteristiche principali sulla base delle quali distinguere le due tipologie.

Può osservarsi che la subconcessione non è uno schema contrattuale tipizzato nel Codice civile o in altri fonti normative, trattandosi, invece, di una creazione della dottrina e della giurisprudenza, che, partendo dalla considerazione che solitamente il primario rapporto di concessione, tramite cui l’amministrazione mette a disposizione del privato un bene pubblico, ammette che il privato concessionario possa affidare a terzi il bene oggetto della concessione con particolari modalità, ne ha delineato i tratti peculiari.

La più recente giurisprudenza, sulla base del presupposto che “*il concessionario di beni demaniali, se autorizzato dall’amministrazione concedente, può dare in uso a terzi, a titolo oneroso e dietro corrispettivo, terreni demaniali, ovvero anche locali facenti parte del demanio, mediante sia locazione che sub concessione*”, ha poi chiarito che “*i due rapporti si differenziano, sotto il profilo causale, perché mentre la locazione è diretta a realizzare uno scopo proprio del conduttore, la subconcessione tende a perseguire l’interesse pubblico insito nel bene considerato*”¹³.

La Corte di Cassazione ha ulteriormente precisato che “*locazione e subconcessione di diritto privato di un locale demaniale per uso commerciale si differenziano, sotto il profilo causale, per il fatto che solo in quest’ultima la concessione in uso al terzo tende a perseguire l’interesse pubblico nel bene considerato, interesse che va desunto da tutte le clausole contrattuali, che impongano obblighi comportamentali al terzo subconcessionario. Detti obblighi, tra i quali rientra quello di attuazione di una specifica destinazione mediante un’attività indispensabile o comunque utile per l’impresa del cedente, non co-*

ciale compreso in area aeroportuale: locazione o subconcessione?, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2007, p. 1102 ss.

¹¹ Titolato “*Mutamenti relativi ai diritti su aeroporti e su altri impianti privati*”.

¹² Naturalmente l’enfasi sulla locazione è aggiunta.

¹³ Cass. Civ., sez. III, 26 aprile 2000, cit.

*stipuiscono meri motivi per la stipula del contratto, ma sono elementi essenziali della struttura contrattuale posta in essere dalle parti”*¹⁴.

In definitiva, quindi, pare potersi affermare che il criterio distintivo tra locazione e subconcessione vada ricercato nella tipologia di attività che il terzo affidatario deve espletare sui beni affidatigli in uso. Se il bene viene subconcesso affinché il terzo vi svolga un'attività collegata funzionalmente a quella dell'impresa concessionaria, imponendo a tal fine al terzo medesimo, tramite il regolamento contrattuale, particolari obblighi o limitazioni, il rapporto giuridico che si instaura tra i due è da qualificarsi come subconcessione e non come locazione. Ciò che rileva, in altri termini, è l'attribuzione di rilevanza causale al momento gestionale piuttosto che al godimento del bene, che costituisce il mezzo attraverso il quale l'attività deve essere svolta.

3. Profili di giurisdizione: (A) le controversie tra concessionario e subconcessionario in ordine all'esecuzione del contratto di subconcessione

La natura demaniale del bene oggetto della subconcessione costituisce circostanza idonea a influire sul riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo.

È noto, infatti, che, ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. b), del Codice del processo amministrativo, sono attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo *“le controversie aventi ad oggetto atti e provvedimenti relativi a rapporti di concessione di beni pubblici, ad eccezione delle controversie concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi e quelle attribuite ai tribunali delle acque pubbliche e al Tribunale superiore delle acque pubbliche”*¹⁵.

Si potrebbe quindi ipotizzare che le questioni afferenti alla corretta esecuzione del rapporto contrattuale tra concessionario e subconcessionario, quali ad esempio quelle afferenti alla qualificazione del contratto in termini di locazione piuttosto che di subconcessione ai fini dell'applicabilità della normativa di cui alla Legge 392/1978 in materia di durata delle locazioni, siano attratte nell'ambito della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Al riguardo, tuttavia, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con una

¹⁴ Cass. Civ., sez. III, 17 gennaio 2007, cit.

¹⁵ Già l'articolo 5 della Legge 6 dicembre 1971, n. 1034, prevedeva tale ipotesi di giurisdizione esclusiva.

“chiara giurisprudenza”¹⁶, hanno affermato che “in tema di concessione in uso esclusivo a privati di beni demaniali, il giudice ordinario conosce di ogni controversia relativa agli obblighi derivanti dai rapporti di natura privatistica che accedono a quello di concessione – come il rapporto di appalto o di subconcessione [...] – quando l’Amministrazione concedente resti totalmente estranea a detto rapporto derivato e non possa quindi ravvisarsi alcun collegamento tra l’atto autoritativo concessorio e il rapporto medesimo. Quando, invece, l’Amministrazione è in qualche modo partecipe del rapporto di subconcessione, per averlo espressamente previsto ed autorizzato nello schema del rapporto concessorio, opera la regola generale che prevede la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nelle controversie relative a concessioni amministrative, di cui all’art. 5, primo comma, legge n. 1034 del 1971”¹⁷.

4. Segue. (B) Le controversie afferenti all’affidamento di subconcessioni

Di meno agevole soluzione appare invece la tematica relativa al riparto di giurisdizione nelle controversie relative a procedure di affidamento di subconcessioni demaniali.

Va rilevato che la materia in esame ha costituito oggetto di approfondimento nell’ambito degli affidamenti posti in essere dagli enti aggiudicatori nei “settori speciali” di cui alla Direttiva 2004/25/UE, che disciplina, appunto, le procedure d’appalto degli enti erogatori nei settori dell’acqua, dell’energia, dei trasporti e dei servizi postali, e che ha abrogato la direttiva 2004/17/CE.

¹⁶ M. SINISI, *Giurisdizione e criteri di riparto in tema di subconcessione di aree di servizio autostradali*, in *Foro Amm.*, 2014, p. 1984.

¹⁷ Cass. Civ., sez. un., 2 dicembre 2008, ord. n. 28549. Analogamente, le Sezioni Unite, in una controversia afferente proprio alla qualificazione di un rapporto tra concessionario e subconcessionario in termini di locazione piuttosto che di subconcessione, hanno affermato che “rettamente le parti si sono astenute dal sollevare questioni di giurisdizione: la causa è infatti incontestabilmente devoluta al giudice ordinario sia perché la p.a. concedente è rimasta totalmente estranea al rapporto derivato dedotto in giudizio (Cass. n. 2056-92, citata), sia in considerazione del *petitum* sostanziale, criterio che distingue la giurisdizione ordinaria da quella amministrativa e che nella specie involge, quanto alla domanda attrice, una pretesa basata su asserito rapporto locativo, la cui cognizione è rimessa al giudice ordinario, al quale è parimenti attribuita, ai sensi dell’art. 5 secondo comma legge 6 dicembre 1971 n. 1034, la pretesa patrimoniale riconvenzionalmente avanzata dalla Mercafir sulla diversa premessa della qualificazione del rapporto come subconcessione”.

Giova premettere che tale Direttiva, recepita nel nostro ordinamento dal d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, il cosiddetto Codice dei Contratti Pubblici, nell'imporre che gli appalti di lavori, servizi e forniture di importo superiore alle soglie di rilevanza comunitaria, aggiudicati dai soggetti operanti nei suddetti settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali (i cc.dd. settori speciali appunto), siano assegnati mediante l'esperimento di dettagliate procedure di evidenza pubblica, delimita il proprio ambito di applicazione sia sotto il profilo soggettivo sia sotto il profilo oggettivo.

Nello specifico, l'ambito di applicazione soggettivo della Direttiva e del Codice dei contratti pubblici riguarda gli enti aggiudicatori, nel cui novero, ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. e), Codice dei contratti pubblici, sono ricomprese le amministrazioni aggiudicatrici¹⁸, le imprese pubbliche¹⁹ e i soggetti privati che operano "in virtù di diritti speciali o esclusivi concessi loro dall'Autorità competente" nei settori di cui agli articoli da 115 a 121²⁰ del Codice dei contratti pubblici.

Sotto il profilo oggettivo, l'ambito di applicazione è costituito dai contratti di appalto di lavori, servizi e forniture²¹, con la precisazione che, sono esclusi dall'ambito di applicazione oggettivo gli appalti aggiudicati "per scopi diversi dal perseguimento delle attività di cui agli articoli da 115 a 121" del Codice dei contratti pubblici.

Rispetto ai fini che ci occupano, va pure ricordato che la materia relativa all'affidamento degli appalti di lavori, servizi e forniture è stata assegnata dal legislatore alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. L'art. 133, lett. e), Codice del processo amministrativo, infatti, devolve alla giurisdizione

¹⁸ Sono ricomprese nel novero delle amministrazioni aggiudicatrici, le amministrazioni dello Stato; gli enti pubblici territoriali; gli altri enti pubblici non economici; gli organismi di diritto pubblico; le associazioni, unioni, consorzi, comunque denominati, costituiti da detti soggetti (art. 3, comma 1, lett. a), Codice dei contratti pubblici).

¹⁹ Sono imprese pubbliche ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. t), Codice dei contratti pubblici "le imprese sulle quali le amministrazioni aggiudicatrici possono esercitare, direttamente o indirettamente, un'influenza dominante o perché ne sono proprietarie, o perché vi hanno una partecipazione finanziaria, o in virtù delle norme che disciplinano dette imprese. L'influenza dominante è presunta quando le amministrazioni aggiudicatrici, direttamente o indirettamente, riguardo all'impresa, alternativamente o cumulativamente:

- 1) detengono la maggioranza del capitale sottoscritto;
- 2) controllano la maggioranza dei voti cui danno diritto le azioni emesse dall'impresa;
- 3) possono designare più della metà dei membri del consiglio di amministrazione, di direzione o di vigilanza dell'impresa".

²⁰ Si tratta, appunto, dei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali.

²¹ Art. 1 del Codice dei contratti pubblici.

del giudice amministrativo le controversie “*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*”.

Ciò premesso, può osservarsi che la giurisprudenza si è trovata ad affrontare il problema del riparto di giurisdizione rispetto alle controversie relative all’aggiudicazione di subconcessioni assegnate soprattutto da soggetti operanti nel settore speciale di cui all’art. 119 del Codice dei contratti pubblici, vale a dire i soggetti che svolgono “*attività relative allo sfruttamento di un’area geografica per la messa a disposizione di aeroporti, porti marittimi o interni e di altri terminali di trasporto ai vettori aerei, marittimi e fluviali*”.

Lo sfruttamento di tali aree, che sono pacificamente ricomprese nel novero dei beni demaniali, viene solitamente assegnato a soggetti privati mediante atto concessorio, sicché, nella prassi, si è dovuto affrontare il tema della competenza a conoscere delle controversie relative alle procedure poste in essere dai concessionari per l’assegnazione, in subconcessione, di porzioni del bene demaniale.

Secondo un primo orientamento della giurisprudenza amministrativa, il riparto di giurisdizione andrebbe operato avendo a riferimento l’attività che il subconcessionario è chiamato a svolgere sull’area assegnata in subconcessione. Se, in particolare, il subconcessionario fosse chiamato a svolgere un servizio strumentale al perseguimento delle “*attività di cui agli articoli da 115 a 121*” del Codice dei contratti pubblici, la giurisdizione apparterrebbe al giudice amministrativo ai sensi dell’art. 133, lett. e), Codice del processo amministrativo²². Diversamente, trattandosi di contratti che non sono direttamente strumentali al settore speciale di riferimento non sarebbero da considerare

²² Cfr., a titolo esemplificativo, Cons. Stato, sez. VI, 9 marzo 2015, n. 1192, commentata da F. APERIO BELLA, *Osservazioni a prima lettura della sentenza Cons. Stato, sez., VI, 9 marzo 2015, n. 1192. Sulla giurisdizione competente a conoscere dell’affidamento di spazi aeroportuali da destinare ad attività commerciale*, in www.federalismi.it, n. 7/2015. Secondo detta pronuncia, la subconcessione afferente all’attività di avvolgimento bagagli non sarebbe riconducibile ai servizi di “assistenza a terra” elencati nell’allegato A al d.lgs. n. 18/1999. Non si tratterebbe quindi di servizio strumentale all’attività di sfruttamento di area aeroportuale di cui all’art. 119 del Codice contratti pubblici, sostanziandosi in attività non necessaria all’attività aeroportuale, bensì meramente accessoria. In senso contrario, peraltro, si veda Cons. Stato, sez. VI, 22 aprile 2014, n. 2026.

contratti “*nominati*” dal Codice dei contratti pubblici, “*ancorché al solo scopo di escluderli dal proprio ambito*” e come tali da aggiudicare mediante procedura competitiva in applicazione dei principi del Trattato sul funzionamento della Unione Europea, bensì come contratti “*non menzionati*” dal codice stesso, “*neppure per escluderli*”. In altri termini, si tratterebbe non già “*di appalti semplicemente ‘esclusi’, – ossia rientranti in astratto nell’ambito di applicazione delle direttive*”²³, ma specificamente “*esentati*” –, bensì di appalti del tutto “*estranei*” all’ambito di applicazione” delle direttive, come tali regolati interamente dal diritto privato, qualora aggiudicati da società private non classificabili come organismi di diritto pubblico²⁴.

Un secondo orientamento della giurisprudenza amministrativa, che pare minoritario, invece, adotta un diverso criterio di riparto della giurisdizione, fondato sulla natura giuridica del bene oggetto della subconcessione. In particolare, trattandosi di bene demaniale e sussistendo un collegamento funzionale tra la subconcessione e l’atto concessorio principale tra Amministrazione concedente e concessionario, idoneo a integrare in capo a quest’ultimo un trasferimento di porzione di potestà pubblicistica, sussisterebbe comunque la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ai sensi dell’art. 133, lett. b), Codice del processo amministrativo²⁵.

Tale ultima tesi, tuttavia, è stata sconfessata dallo stesso Consiglio di Stato²⁶ e dalla Corte di Cassazione²⁷. In particolare, è stato chiarito che la giurisdizione del giudice amministrativo in materia di subconcessioni sussiste unicamente quando l’Amministrazione concedente non sia rimasta estranea al rapporto di subconcessione, ma si sia ingerita nel rapporto stesso autorizzandolo.

5. Conclusioni

L’analisi della giurisprudenza riportata nel presente lavoro, sembra avere sufficientemente chiarito le principali problematiche concernenti la natura giuridica dei rapporti di subconcessione e il riparto di giurisdizione nelle controversie tra concessionario e subconcessionario relative all’esecuzione del contratto.

²³ Si tratta della direttiva appalti.

²⁴ Cons. Stato, Ad. Plen., 5 gennaio 2011, n. 2016.

²⁵ T.A.R. Lazio, sez. III-ter, 11 novembre 2014, n. 11405.

²⁶ Cons. Stato, sez. VI, 9 marzo 2015, cit.

²⁷ Cass. Civ., sez. un., 2 dicembre 2008, cit.; Cass. Civ., sez. Un., 20 gennaio 2014, n. 1006; Cass. Civ., sez. un., 27 febbraio 2017, n. 4884.

Rimangono invece irrisolti alcuni problemi inerenti al riparto di giurisdizione in merito alle procedure di assegnazione delle subconcessioni.

Come detto, infatti, la giurisprudenza amministrativa e la Corte di Cassazione²⁸ considerano rilevante, ai fini del riparto di giurisdizione, l'indagine circa la strumentalità o meno del servizio connesso alla subconcessione con il settore speciale in cui il concessionario subaffidante opera. La giurisprudenza dunque esclude la giurisdizione amministrativa in caso di controversie afferenti all'aggiudicazione di una subconcessione affidata da un soggetto privato attivo nei settori speciali (e che non sia qualificabile come organismo di diritto pubblico²⁹), avente per oggetto un servizio non strumentale al settore speciale di riferimento. Trattandosi infatti di contratto "estraneo" all'ambito di applicazione oggettiva del Codice dei contratti pubblici, esso sarebbe soggetto alle sole regole del diritto privato.

Senonché, la perdurante validità di tale conclusione deve essere vagliata alla luce delle innovazioni del d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56, che ha imposto il rispetto dei principi di concorrenza, pubblicità e non discriminazione, i quali devono essere applicati anche nella fase di aggiudicazione dei contratti attivi, dai quali dunque non derivi un'uscita, bensì un'entrata per lo Stato. La norma, che impone l'esperimento di procedure competitive quantunque non regolate *in toto* dal Codice dei contratti pubblici sembrerebbe riferibile anche alle subconcessioni, che sono, appunto, astrattamente riconducibili nel novero dei contratti attivi.

Donde il dubbio sulla giurisdizione a conoscere delle controversie afferenti a tali procedure competitive.

Al di là della dubbia applicabilità della disposizione in esame ai soggetti privati operanti nei settori speciali³⁰, pare doversi ritenere che, ai fini del riparto di giurisdizione, non possa trovare applicazione l'art. 133, lett. e), Codice del processo amministrativo. Tale disposizione, infatti, riguarda esclusivamente i contratti e le concessioni di appalti, servizi e forniture, ma non i contratti attivi.

²⁸ Cass. sez. un., 18 aprile 2016, n. 7663; Cass. Civ., sez. un., 27 febbraio 2017, cit.

²⁹ In tal caso, poiché il soggetto dovrebbe comunque affidare la subconcessione con procedura di evidenza pubblica ai sensi delle disposizioni del Codice dei contratti pubblici inerenti ai settori speciali, la giurisdizione apparterrebbe comunque al giudice amministrativo ai sensi dell'art. 133, lett. e), Codice del processo amministrativo.

³⁰ Sarebbe infatti illogico che i privati operanti nei settori speciali, ai quali non è fatto obbligo di adottare alcuna specifica procedura per l'aggiudicazione di contratti di appalto di lavori, servizi o forniture "estranei" al settore speciale, fosse invece richiesto di applicare una procedura, seppur snella, per l'aggiudicazione di contratti attivi.