

AVV. PROF. MASSIMO LUCIANI

* * * * *

*Appunto per l'audizione innanzi la Commissione Affari costituzionali
della Camera dei deputati - 16 gennaio 2020*

Premessa.- Una quadruplica premessa.

Anzitutto, diversamente dalle altre numerose audizioni cui anche di recente ho avuto l'onore di essere invitato, partecipo a questa non nella astratta qualità di studioso, ma nella concreta qualità di redattore di un parere – di cui ha riferito anche la stampa – a una concessionaria autostradale sui profili di legittimità costituzionale del d. l. n. 162 del 2019 (decreto legge allora allo stato di bozza, ma accessibile *on-line*). Sul piano sostanziale, peraltro, non cambia molto, poiché tale parere era - ovviamente - *pro veritate*.

In secondo luogo, ho toccato allora e toccherò anche in questa sede i soli profili di legittimità costituzionale, tralasciando quelli di potenziale violazione del diritto dell'Unione, che ho esaminato solo se strettamente connessi a quelli di costituzionalità.

In terzo luogo, svolgerò qui alcune considerazioni su un tema non considerato, all'epoca, nel parere, cioè sulla legittimità costituzionale dell'art. 13 del d. l. n. 162 del 2019, e aggiungerò alcune riflessioni supplementari su altri profili. Pel resto, sintetizzerò al massimo le risultanze di quel parere.

Infine, ma sarebbe addirittura superfluo precisarlo, mi sono allora limitato e qui mi limito a riferirmi alle norme del decreto legge, non (salve inevitabili eccezioni) ai concreti rapporti concessori in essere e alle loro vicende.

1.- Il primo dubbio d'incostituzionalità relativo agli artt. 13 e 35 del d. l. n. 162 del 2019 concerne la violazione dell'art. 77 della Costituzione. Trattandosi di possibile vizio procedimentale è comune a entrambe le disposizioni in commento.

1.1.- Occorre, in primo luogo, osservare che il decreto legge in commento, *ratione materiae*, dovrebbe essere destinato unicamente alla proroga di termini stabiliti da altre fonti normative. Tale destinazione risulta chiaramente dalle sue premesse, nelle quali si esplicita che al decreto legge si è dovuto ricorrere in ragione della “*necessità e urgenza di provvedere alla proroga e alla definizione di termini di prossima scadenza al fine di garantire la continuità dell'azione amministrativa*” e “*di adottare misure organizzative e finanziarie per garantire l'efficienza e l'efficacia dell'azione di pubbliche amministrazioni e magistrature, nonché in materia di innovazione tecnologica*”.

È consolidata giurisprudenza della Corte costituzionale che il decreto legge debba rispettare il requisito dell'*omogeneità*, cioè della coerenza interna delle sue varie previsioni, anche per rapporto alla finalità generale dell'atto. Come si legge già nella sent. n. 22 del 2012, infatti, l'art. 77 Cost. esige la "*intrinseca coerenza delle norme contenute in un decreto-legge, o dal punto di vista oggettivo e materiale, o dal punto di vista funzionale e finalistico*". Ciò vuol dire che l'art. 77 Cost. non impone che le norme del decreto legge siano omogenee *sia* quanto al contenuto, *sia* quanto alla funzione, ma non tollera ch'esse non lo siano *né* quanto al contenuto, *né* quanto alla funzione.

La recentissima sent. n. 247 del 2019 ha ulteriormente precisato che "*la violazione dell'art. 77, secondo comma, Cost. per difetto di omogeneità si determina solo quando le disposizioni aggiunte siano totalmente «estrane» o addirittura «intruse», cioè tali da interrompere ogni correlazione tra il decreto-legge e la legge di conversione*".

Dal punto di vista dell'*omogeneità contenutistica*, fra le norme della bozza del decreto legge in commento non sussiste alcuna comunanza. Vi si incontrano, infatti, fra l'altro, norme sulle assunzioni nel pubblico impiego; sulla sicurezza pubblica; sui rapporti finanziari tra lo Stato e le Regioni; sull'amministrazione digitale, etc. Da tale difetto assoluto di comunanza contenutistica discende la necessità almeno di una comunanza finalistica, perché ove anche questa mancasse l'art. 77 Cost. dovrebbe ritenersi violato.

Dal punto di vista dell'*omogeneità finalistica*, appunto, essa può essere data esclusivamente dal rispetto di quanto si afferma nella già citata premessa del decreto legge, laddove si stabilisce ch'esso è destinato alla proroga e definizione di termini di prossima scadenza.

L'art. 13, al comma 3, però, non si limita a prorogare i termini in scadenza al 31 dicembre 2019 (ivi compresi quelli per la conclusione del procedimento di approvazione dei nuovi Piani economici e finanziari delle concessioni autostradali) ma impone ai concessionari (ivi compresi quelli che avevano rispettato il termine originario) di proporre una nuova versione del piano economico finanziario al MIT. Tale onere di rinegoziazione appare estraneo alla finalità di proroga dei termini. Di qui il dubbio sul difetto di omogeneità e – dunque – sul vizio di costituzionalità.

Il dubbio sembra ancor più evidente quanto all'art. 35, che detta norme di tipo ordinamentale, modificatrici (in profondità) del regime giuridico del rapporto concessorio riguardante strade e autostrade, che non si esauriscono affatto nella ridefinizione di termini, né sono a tale ridefinizione in qualche modo collegate.

Anche la giurisprudenza costituzionale specificamente maturata in riferimento ai c.d. decreti legge “milleproroghe” conferma i dubbi sopra esposti. La Consulta, infatti, ha affermato che pure tali decreti, sebbene *naturaliter* attinenti ad ambiti eterogenei, devono obbedire alla *ratio* unitaria di intervenire con urgenza sulla scadenza di termini, il cui decorso sarebbe dannoso per interessi ritenuti rilevanti dal Governo e dal Parlamento (sentt. nn. 22 del 2012 e 154 del 2015). E anche ove tali decreti legge incidessero in situazioni esistenti, potrebbe esservi omogeneità solo ove le misure introdotte avessero immediata attinenza al dato temporale (sent. n. 154 del 2015). Tanto, però, non accade nel caso di specie.

Né varrebbe obiettare che le norme del decreto milleproroghe sarebbero caratterizzate (e pertanto unificate) dalle conseguenze finanziarie ch'esse determinano. Come ha chiarito - ormai inoppugnabilmente - la cit. sent. n. 247 del 2019, l'evocazione della materia finanziaria sarebbe, infatti, insufficiente se non inconfidente. *“È proprio perché la «materia finanziaria» risulta concettualmente «anodina» – dal momento che ogni intervento normativo può, in sé, generare profili che interagiscono anche con aspetti di natura «finanziaria» – che il riferimento ad essa, come identità di ratio, risulta in concreto non pertinente a fronte di una disposizione i cui effetti finanziari sono indiretti rispetto all'oggetto principale che essa disciplina, giacché – ove così non fosse – le possibilità di «innesto» in sede di conversione dei decreti-legge di norme «intruse» rispetto al contenuto ed alla ratio complessiva del provvedimento di urgenza risulterebbero, nei fatti, private di criteri e quindi anche di scrutinabilità costituzionale”*.

1.2.- L'art. 77 Cost. risulta violato anche per un secondo profilo. Come la Corte costituzionale ha affermato in varie pronunce (v., in particolare, la sent. n. 220 del 2013), una disciplina ordinamentale non può trovare ospitalità in un decreto legge, perché proprio la sua natura di sistema smentisce l'esistenza del presupposto dell'urgenza, previsto dalla Costituzione quale condizione di legittimità dei provvedimenti provvisori con forza di legge che il Governo può adottare - appunto - solo *“in casi straordinari di necessità e d'urgenza”*. Nella specie, come accennato, non risulta esservi (se non sul piano della volontà politica) alcuna urgenza di provvedere sui rapporti (specie patrimoniali) fra concedente e concessionario della gestione di strade o autostrade.

Orbene: la Corte costituzionale, occupandosi, ad es., di un decreto legge in materia di

enti locali, ha affermato che le norme ivi contenute, sebbene incidessero nel loro ordinamento, ben potevano trovare ospitalità in un decreto legge, in quanto “*non altera[va]no il tessuto strutturale e il sistema delle autonomie locali*”, ma si limitavano a modificarne alcuni aspetti (così la sent. n. 44 del 2014, cui *adde*, ora, la sent. n. 33 del 2019). La medesima conclusione non potrebbe essere ripetuta in questa fattispecie.

Il d.l. n. 162 del 2019 modifica radicalmente i rapporti fra il concedente e il concessionario della gestione di strade o autostrade sia per quanto concerne le modalità di aggiornamento dei Piani economici e finanziari in scadenza (art. 13) sia per quanto concerne gli effetti della cessazione anticipata del rapporto concessorio (art. 35), sicché appaiono presenti gli indici della violazione dell’art. 77 Cost., anche per questo profilo.

1.3.- Un’ultima osservazione: i vizi ora rilevati non potrebbero essere sanati dalla conversione in legge. Essi sono, infatti, vizi *in procedendo*, per definizione insanabili dalla conversione.

Quanto, in particolare, alla disomogeneità, basta ricordare che la cit. sent. n. 247 del 2019 ha ribadito l’indirizzo già noto della giurisprudenza costituzionale che, “*A pena di essere utilizzate per scopi estranei a quelli che giustificano l’atto con forza di legge, le disposizioni introdotte in sede di conversione devono potersi collegare al contenuto già disciplinato dal decreto-legge, ovvero, in caso di provvedimenti governativi a contenuto plurimo, «alla ratio dominante del provvedimento originario considerato nel suo complesso» (sentenza n. 32 del 2014)*”. Se in sede di conversione non si possono introdurre norme intrusive, a maggior ragione il “soccorso” della legge di conversione non potrebbe salvare norme viziate *ab origine* da difetto di omogeneità.

1.4.- In conclusione sul punto, dunque, può dirsi che la presenza in un decreto legge delle norme in commento sollecita seri dubbi di violazione dell’art. 77 Cost. sia per il profilo del difetto di omogeneità, sia per quello del difetto dei presupposti della necessità e dell’urgenza.

2.- Si devono ora esaminare i dubbi di costituzionalità degli artt. 13 e 35 del d. l. n. 162 del 2019 afferenti ai profili sostanziali.

Il primo dubbio attiene alla disciplina di cui all’art. 13, comma 3. Come già accennato, detta previsione, nel prorogare i termini di conclusione delle procedure di aggiornamento dei PEI delle concessioni autostradali ormai scaduti, ha imposto ai concessionari di presentare una nuova versione del Piano, in conformità alla nuova disciplina legislativa e regolamentare entrata in vigore nel 2018.

Tale previsione sembra applicarsi anche ai casi in cui il concessionario aveva diligentemente già presentato uno schema di PEI per il rinnovo, sottoponendolo all'Amministrazione per le deliberazioni di competenza. Sul punto, è noto, sono già pendenti controversie, che hanno visto il Giudice amministrativo pronunciarsi in primo grado in favore del concessionario, dopo aver riscontrato un "silenzio-inadempimento" in capo all'Amministrazione, rimasta inerte quanto alla valutazione di tali PEI.

Ciò detto, l'art. 13, comma 3, del d. l. n. 162 del 2019 potrebbe sortire l'effetto (retroattivo) di alterare l'esito delle controversie pendenti, determinando un'irragionevole e ingiustificata interferenza nell'esercizio delle funzioni giurisdizionali (da parte del Giudice amministrativo).

Si tratta di effetti che appaiono sintomatici della violazione del principio di ragionevolezza *ex art. 3 Cost.*, nonché della violazione del diritto a un rimedio giurisdizionale valido ed effettivo, tutelato (oltre che dagli artt. 24 e 111 Cost.) dagli artt. 6 e 13 della Convenzione EDU. A tal proposito è sufficiente citare, *ex plurimis*, la sent. Corte EDU, 15 aprile 2014, Ricc. 21838/10 e altri, *Stefanetti e altri c. Italia*: "*il principio dello stato di diritto e la nozione di equo processo sanciti dall'articolo 6 precludono, tranne che per impellenti motivi di interesse generale, l'ingerenza del potere legislativo nell'amministrazione della giustizia con il proposito di influenzare la definizione giudiziaria di una controversia (si vedano, tra molti altri precedenti, Stran Greek Refineries e Stratis Andreadis c. Grecia, 9 dicembre 1994, § 49, Serie A n. 301-B; National & Provincial Building Society, Leeds Permanent Building Society e Yorkshire Building Society c. Regno Unito, 23 ottobre 1997, § 112, Reports 1997-VII; e Zielinski, Pradal, Gonzalez e altri, sopra citata)*" (in termini analoghi, cfr. le sentt. 7 giugno 2011, *Agrati ed altri c. Italia*; 31 maggio 2011, *Maggio c. Italia*; 10 giugno 2008, *Bortesi e altri c. Italia*; 24 giugno 2014, *Azienda Agricola Silverfunghi e altri c. Italia*; Sez. V, 11 febbraio 2010, *Javaugue c. Francia*). Nel caso di specie, dal testo di legge non emergono i motivi impellenti di interesse generale che giustificano una tale interferenza nell'esercizio del potere giudiziario.

3.- Quanto all'art. 35, esso sollecita una ancor più vasta pluralità di dubbi d'incostituzionalità.

3.1.- Il primo profilo concerne la posizione di ANAS S.p.A., per i seguenti aspetti: *a)* la gestione da parte della stessa ANAS dei beni e dei servizi autostradali già spettante al precedente concessionario; *b)* la facoltà di acquisto a condizioni di favore degli

eventuali progetti elaborati dal concessionario.

L'affidamento ad ANAS della gestione dei beni e dei servizi nelle more dell'espletamento delle operazioni di una nuova gara dopo la cessazione del precedente rapporto concessorio, di per sé, potrebbe non porre eccessivi problemi di costituzionalità.

Si deve considerare, invero, che, in una recentissima sentenza, la Corte costituzionale ha affermato che ANAS S.p.A., pur avendo acquisito la veste di società per azioni, “*ha comunque conservato una connotazione pubblicistica*” e, “*in senso lato, è riconducibile allo Stato*”, tanto che, anche a seguito dell'acquisizione di personalità giuridica di diritto privato e della dismissione della posizione di concedente dei servizi di costruzione e gestione di strade e autostrade, può essere qualificata dal legislatore quale indicataria *ex lege* per la riscossione del canone di concessione autostradale dovuta da altro gestore (Corte cost., sent. n. 181 del 2019).

Si aggiunga che, secondo la giurisprudenza europea, ove siano necessari a far fronte a esigenze straordinarie, sono consentiti affidamenti diretti e temporanei di servizi nelle more dello svolgimento delle nuove procedure a evidenza pubblica (cfr. Corte di giustizia U.E., Sez. IV, 13 settembre 2007, C-260/04, *Commissione c. Italia*). Nel caso in questione potrebbero essere considerati motivi imperativi di interesse generale quantomeno la salvaguardia del diritto alla circolazione sul territorio nazionale, la salvaguardia dell'economia nazionale e dell'integrità del mercato comune europeo; la tutela del valore del demanio e del patrimonio pubblico oggetto di concessione.

Va tuttavia considerato che, secondo la giurisprudenza amministrativa, “*le circostanze invocate a giustificazione della estrema urgenza*” per l'affidamento diretto “*non devono essere imputabili alle stazioni appaltanti*”, atteso che, in caso contrario, la compressione del principio di tutela della concorrenza sarebbe irragionevole e ingiustificata (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 3 febbraio 2016, n. 413; cfr. anche Cons. Stato, Sez. VI, 13 giugno 2019, n. 3983). In questa prospettiva, la previsione dell'affidamento ad ANAS potrebbe esporsi al dubbio d'incostituzionalità e di violazione del diritto europeo ove la revoca, il recesso o la risoluzione del contratto non fossero imputabili all'accertato inadempimento del concessionario.

Per un differente profilo, peraltro, sollecita dei dubbi, più in generale, la stessa previsione che si proceda a un affidamento immediato, diretto e provvisorio a soggetto diverso da un nuovo gestore che sia individuato tramite procedura a evidenza pubblica.

Si tratta di una disciplina meno favorevole di quella prevista in termini generali per le concessioni pubbliche dall'art. 176, comma 5-bis, del d. lgs. n. 50 del 2016, ove si prevede il diritto del concessionario a proseguire nella gestione ordinaria dell'opera sino al subentro del nuovo gestore, senza che si passi per affidamenti diretti a un soggetto terzo.

3.2.- Dubbia anche la disciplina della possibilità per ANAS di acquisire a condizione di favore gli eventuali progetti elaborati dal concessionario (si deroga, infatti, all'art. 2578 cod. civ., cancellando il riferimento all'“*equo compenso*”, ivi previsto).

ANAS, sebbene - come detto - sia in un rapporto di stretta dipendenza dal Ministero delle infrastrutture dei trasporti, ha natura di società per azioni e già adesso gestisce numerosi tratti autostradali (segnatamente: quelli individuati dall'allegato al d. lgs. n. 461 del 1999). Essa, pertanto, è un concorrente degli attuali gestori autostradali. A tal proposito si deve ricordare che, secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia UE, la natura pubblica di un operatore non lo sottrae al rispetto delle norme in materia di tutela della concorrenza (cfr. sent. 23 aprile 1991, C-41/90, *Höfner, Elser e Macrotron*, EU:C:1991:161).

Si aggiunga che, secondo le generali previsioni di cui all'art. 2, comma 1, lett. a), dello Statuto di ANAS e dell'art. 36, comma 3, del d. lgs. n. 98 del 2011, non paiono emergere circostanze ostative alla partecipazione di ANAS ai futuri bandi per l'affidamento delle concessioni cessande, sicché l'acquisizione a condizioni di vantaggio dei progetti degli attuali concessionari potrebbe alterare il principio della parità fra operatori del medesimo mercato, principio che la nostra Corte costituzionale ha identificato in Costituzione e ha fatto coincidere, in buona sostanza, con quello di tutela della concorrenza di derivazione comunitaria (cfr., *ex plurimis*, sentt. Corte cost., nn. 14 del 2004; 83 e 137 del 2018).

Si deve aggiungere, infine, che in questo modo si finisce per espropriare, senza indennizzo, una parte del patrimonio dei concessionari in essere, violando il diritto di proprietà tutelato dagli artt. 42 e 43 Cost. e dall'art. 1 del Primo Prot. Agg. CEDU.

3.3.- Si deve poi ricordare che la potestà legislativa in materia di “*grandi reti di trasporto*” è di competenza concorrente e condivisa tra lo Stato e le Regioni (art. 117, comma 3, Cost.), che la potestà regolamentare nelle materie di competenza legislativa concorrente spetta alle Regioni (art. 117, comma 6, Cost.) e che, secondo la giurisprudenza costituzionale, lo stesso titolo dominicale su una strada o autostrada

fonda una specifica competenza dell'ente titolare nell'esercizio delle facoltà inerenti al regime proprietario (cfr. Corte cost., sentt. nn. 370 del 2008 e 208 del 2011).

Per tali ragioni, si possono ravvisare dubbi d'incostituzionalità per violazione degli artt. 117 e 118 Cost. nelle previsioni dell'art. 35 che: *a)* rimettono al MIT l'adozione della disciplina regolamentare circa la gestione provvisoria da parte dell'ANAS di strade e autostrade in caso di anticipata cessazione del rapporto concessorio; *b)* non prevedono il coinvolgimento delle Regioni (anche nella qualità, ove ricorra, di titolari di tratte stradali e autostradali in concessione) nell'adozione di tale disciplina regolamentare; *c)* non prevedono che anche le Regioni possano indicare un soggetto, diverso da ANAS e connesso all'istituzione regionale, cui rimettere la gestione provvisoria delle tratte di strade e autostrade di interesse regionale o di proprietà regionale.

4.- Si devono ora esaminare i profili relativi alle obbligazioni patrimoniali del concedente, nelle ipotesi di cessazione anticipata del rapporto concessorio, riformati sempre dall'art. 35.

Gli elementi da esaminare sono i seguenti:

a) gli effetti della cessazione del rapporto concessorio per inadempimento del concessionario, per il quale si prevede l'applicazione dell'articolo 176 del d. lgs. 18 aprile 2016, n. 50, limitatamente al comma 4, lett. *a)*;

b) la previsione che *“l'efficacia del provvedimento di revoca, decadenza o risoluzione della concessione non è sottoposta alla condizione del pagamento da parte dell'amministrazione concedente delle somme previste dal citato articolo 176, comma 4, lettera a)”*;

c) la specificazione che tale riforma si applica *“anche in sostituzione delle eventuali clausole convenzionali, sostanziali e procedurali, difformi, anche se approvate per legge, da intendersi come nulle ai sensi dell'articolo 1419, secondo comma, del codice civile”*;

d) la deroga in favore del concedente, nel senso che *“Sono fatte salve le eventuali disposizioni convenzionali che escludano il riconoscimento di indennizzi in caso di estinzione anticipata del rapporto concessorio”*.

e) la previsione che gli effetti dello *ius superveniens* sui rapporti concessori in corso non possono determinare *“alcuna risoluzione di diritto”*.

4.1.- È evidente che l'intervento normativo in commento è inteso ad avvantaggiare la sola parte concedente, laddove dispone l'inefficacia delle clausole negoziali e la loro

sostituzione con una disciplina di maggior favore, a meno che le stesse pattuizioni non siano già più favorevoli - appunto - per il concedente.

In particolare (e si viene a esaminare i profili *sub a)* e *b)*), viene regolato il *quantum debeat* dal concedente al concessionario, con una commisurazione delle spettanze del concessionario che può ben essere peggiorativa rispetto alle convenzioni vigenti, nonché con soppressione del meccanismo della c.d. “ritenzione”, che costituisce uno strumento di garanzia per il concessionario.

Si deve preliminarmente osservare che il rinvio a quanto previsto dall’art. 176, comma 4, lett. *a)*, del d. lgs. n. 50 del 2016 appare, invero, singolare, perché ivi (all’alinea del comma 4) si disciplina l’ipotesi che “*la concessione sia risolta per inadempimento della amministrazione aggiudicatrice ovvero quest’ultima revochi la concessione per motivi di pubblico interesse*”. Si estendono, dunque, all’ipotesi dell’inadempimento del concessionario alcune previsioni normative che sono state dettate nell’ipotesi del tutto opposta dell’inadempimento del concedente. Quel che più conta, però, è che le voci nelle quali si articola l’obbligazione patrimoniale del concedente sono, all’art. 176, comma 4, del Codice dei contratti pubblici, tre, laddove l’art. 35 si limita a richiamare solo la prima, ove si stabilisce che al concessionario è dovuto “*il valore delle opere realizzate più gli oneri accessori, al netto degli ammortamenti, ovvero, nel caso in cui l’opera non abbia ancora superato la fase di collaudo, i costi effettivamente sostenuti dal concessionario*”.

La riduzione delle spettanze del concessionario e la soppressione del meccanismo di garanzia della ritenzione non sembra trovare ragionevole giustificazione nella natura del rapporto concessorio qui in esame.

La *ratio* di questo intervento sui rapporti patrimoniali, in effetti, è dubbia, perché - come accennato - esso mira ad avvantaggiare una delle parti del rapporto convenzionale, ma senza che emergano esigenze oggettive: a) connesse a equilibri stringenti e generali di finanza pubblica; b) di tutela di un terzo o di soddisfacimento del pubblico interesse; c) di ridefinizione dei contenuti delle reciproche obbligazioni in coerenza col tipo di rapporto negoziale oggetto di disciplina.

Né potrebbe argomentarsi, in contrario, dalle considerazioni (relative all’eccessivo favore per i concessionari comportato dalle clausole convenzionali ora modificate) svolte nel documento del gruppo di lavoro del Ministero delle Infrastrutture (istituito con d.m. 119/2019 del 28 giugno 2019), citato dalla Sezione centrale di controllo della

Corte dei conti nella deliberazione 18 dicembre 2019, n. 18/2019/G (“Le concessioni autostradali”). Si deve osservare, infatti, che:

a) le convenzioni autostradali (*recte*: i relativi schemi) sono state approvate con legge (art. 8-*duodecies*, del d.l. 8 aprile 2008, n. 59), sicché le relative clausole sono state fatte proprie dal legislatore;

b) lo stesso legislatore ha ingenerato, dunque, nei concessionari il legittimo affidamento nella loro tendenziale stabilità;

c) quelle clausole costituivano un elemento essenziale di valutazione della convenienza economico-finanziaria della concessione, sicché la loro ablazione, una volta ingenerato – come detto – l’affidamento, si risolve in una postuma alterazione delle obbligazioni reciproche delle parti dei rapporti concessori.

4.2.- La soppressione di quelle utilità del concessionario produce risultati sostanzialmente espropriativi, particolarmente rilevanti per una società quotata in borsa, per i conseguenti effetti sulla determinazione del valore dei suoi titoli da parte degli investitori oltre che per le conseguenze che si potrebbero produrre su ulteriori rapporti privati, ad esempio con soggetti finanziatori e istituti di credito, che l’assumono quale paradigma di garanzia.

Tale ablazione, priva di adeguato fondamento giustificativo, si espone a seri dubbi di costituzionalità, non solo per violazione degli artt. 42 e 43 Cost., ma anche per violazione dell’art. 117, comma 1, Cost. (che vincola il legislatore al rispetto degli impegni internazionali), in riferimento all’art. 1 del 1° Prot. Agg. CEDU, che garantisce i privati da illegittime interferenze nel godimento della proprietà, ove non accompagnate (come nel caso di specie) da adeguati meccanismi compensativi e di ristoro.

Come chiarito dalla giurisprudenza costituzionale, infatti, è preclusa al legislatore la modifica di rapporti giuridici attinenti a diritti di proprietà e/o di credito che, come nel caso di specie, risultino retroattivamente incisi “*in alcuni dei loro elementi essenziali, al di fuori, peraltro, della previsione di qualsiasi meccanismo di concertazione o di accordo e, anzi, con l’imposizione di oneri non previsti né prevedibili, né all’origine né in costanza del rapporto*”, in quanto “*la disposizione retroattiva, specie quando determini effetti pregiudizievoli rispetto a diritti soggettivi «perfetti» che trovino la loro base in rapporti di durata di natura contrattuale o convenzionale – pubbliche o private che siano le parti contraenti – deve dunque essere assistita da una «causa» normativa adeguata: intendendosi per tale una funzione della norma che renda «accettabilmente»*

penalizzata la posizione del titolare del diritto compromesso, attraverso «contropartite» intrinseche allo stesso disegno normativo e che valgano a bilanciare le posizioni delle parti» (sent. Corte cost., n. 92 del 2013).

Ancorché, nel caso di specie, la cessazione anticipata del rapporto concessorio non sia già intervenuta, è evidente che il concessionario ha maturato un affidamento particolarmente qualificato circa l'indennizzo spettantegli in caso di cessazione anticipata, sicché valgono nel caso di specie le stesse esigenze di protezione menzionate dalla cit. sent. Corte cost., n. 92 del 2013.

Le medesime considerazioni valgono a mostrare la violazione dell'art. 117, comma 1, Cost., in riferimento all'art. 1 del Primo prot. Agg. CEDU, ove si sancisce che *“Ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di pubblica utilità e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale”*.

A tal proposito, si deve ricordare che, secondo la giurisprudenza della Corte EDU, la “proprietà” protetta dall'art. 1 del Primo prot. Agg. CEDU non coincide con quella tutelata dagli ordinamenti nazionali, ma ha un significato autonomo, tale da includere sia i beni oggetto di esclusivo possesso, sia le rivendicazioni oggetto di una legittima aspettativa, tanto immobiliare quanto mobiliare (*ex plurimis v. sentt. 20 novembre 1995, Ric. n. 17849/91, Pressos Comania Naviera S.A. e altri c. Belgio; 30 agosto 2007, Ric. n. 44302/02, J.A. Pye (Oxford) Ltd and J.A. Pye (Oxford) Land Ltd c. Regno Unito*).

Orbene, giusta un orientamento costante della stessa Corte di Strasburgo, nell'ambito d'applicazione dell'art. 1 Primo Prot. Agg. CEDU, gli Stati conservano un *“margine di apprezzamento”* nell'individuazione della *“causa di pubblica utilità”* che può giustificare la loro ingerenza nel godimento del diritto di proprietà, ai sensi dell'art. 1, comma 2, del Primo Prot. Add. CEDU. Secondo la Corte EDU, infatti, *“le autorità nazionali sono, in linea di principio, meglio in grado del giudice internazionale di determinare quello che è di «pubblica utilità»”,* clausola che *“implica ordinariamente l'esame di questioni politiche, economiche e sociali”* rispetto alle quali il legislatore dispone *“di grande discrezionalità”* (sentt. Gr. Chambre, 23 novembre 2000, Ric. n. 25701/94, *Ex Re di Grecia c. Grecia*; Sez. II, 28 novembre 2011, Ricc. nn. 43549/08, 6107/09 e 5087/09, *Agrati e altri c. Italia*).

Nondimeno, sebbene tale *“margine di apprezzamento”* debba essere riconosciuto, la discrezionalità del legislatore nel valutare la pubblica utilità di una misura d'ingerenza

nel diritto di proprietà non autorizza lo Stato a porre in essere misure violative del principio di proporzionalità (si vedano, fra le tante, proprio le citt. sentt. *Ex Re di Grecia e Agrati*, ove la Corte EDU ha esplicitamente affermato che le misure espropriative, pur ove intese a perseguire fini di pubblica utilità, sono comunque violative dell'art. 1 del Primo Prot. Add. se “*prive di ragionevolezza*”).

Ciò detto, alla luce della segnalata insussistenza di un adeguato fondamento giustificativo della soppressione di una quota significativa dell'indennizzo spettante al concessionario, è evidente che, nella prospettiva del diritto convenzionale, la disposizione in esame determina quantomeno un'irragionevole compressione del diritto protetto dall'art. 1 del Primo Prot. Agg. CEDU.

4.2.- Altri dubbi di costituzionalità derivano da ciò che, incidendo in rapporti di durata quali sono quelli concessori e stabilendo addirittura la modificazione *ex lege* dei contratti e delle concessioni in essere, le norme in commento sono qualificate da retroattività impropria, cioè da quel tipo di retroattività che si determina quando - appunto - si modificano, sì, *de futuro* dei rapporti, ma tali rapporti sono sorti *in praeterito tempore* e sono retti dalla disciplina che li caratterizzava in precedenza.

Come tutte le normative caratterizzate da retroattività impropria, anche questa deve essere assoggettata a uno scrutinio di costituzionalità particolarmente stretto, perché incide in situazioni soggettive consolidate, sul cui mantenimento le parti facevano legittimo affidamento.

A tal proposito, è ben noto che il legittimo affidamento è ritenuto meritevole di specifica protezione da costante giurisprudenza della Corte costituzionale, della Corte di giustizia dell'Unione Europea, della Corte EDU e dei giudici nazionali, ordinari e amministrativi. Costante giurisprudenza costituzionale, ad esempio, riconosce che il legittimo affidamento “*trova copertura costituzionale nell'art. 3 Cost., è ritenuto «principio connotato allo Stato di diritto» (sentenze n. 73 del 2017, n. 170 e n. 160 del 2013, n. 78 del 2012 e n. 209 del 2010), ed è da considerarsi ricaduta e declinazione «soggettiva» dell'indispensabile carattere di coerenza di un ordinamento giuridico, quale manifestazione del valore della certezza del diritto*” (sent. n. 108 del 2019).

In questo senso, detto principio “*non esclude che il legislatore possa assumere disposizioni che modifichino in senso sfavorevole agli interessati la disciplina di rapporti giuridici «anche se l'oggetto di questi sia costituito da diritti soggettivi perfetti», ma esige che ciò avvenga alla condizione «che tali disposizioni non*

trasmodino in un regolamento irrazionale, frustrando, con riguardo a situazioni sostanziali fondate sulle leggi precedenti, l'affidamento dei cittadini nella sicurezza giuridica, da intendersi quale elemento fondamentale dello Stato di diritto» (sentenze n. 56 del 2015, n. 302 del 2010, n. 236 e n. 206 del 2009)” (sent. n. 216 del 2015, con orientamento confermato ancora di recente dalla sent. n. 89 del 2018).

Per l'effetto, *“solo in presenza di posizioni giuridiche non adeguatamente consolidate, [...], ovvero in seguito alla sopravvenienza di interessi pubblici che esigano interventi normativi diretti a incidere peggiorativamente su di esse, ma sempre nei limiti della proporzionalità dell'incisione rispetto agli obiettivi di interesse pubblico perseguiti, è consentito alla legge di intervenire in senso sfavorevole su assetti regolatori precedentemente definiti (ex plurimis, sentenza n. 56 del 2015)”* (così ancora la sent. Corte cost., n. 216 del 2015).

A questo proposito, la giurisprudenza costituzionale ha individuato *“una serie di limiti generali all'efficacia retroattiva delle leggi, attinenti alla salvaguardia, oltre che dei principi costituzionali, di altri fondamentali valori di civiltà giuridica, posti a tutela dei destinatari della norma e dello stesso ordinamento, tra i quali vanno ricompresi il rispetto del principio generale di ragionevolezza, che si riflette nel divieto di introdurre ingiustificate disparità di trattamento; la tutela dell'affidamento legittimamente sorto nei soggetti quale principio connaturato allo Stato di diritto; la coerenza e la certezza dell'ordinamento giuridico; il rispetto delle funzioni costituzionalmente riservate al potere giudiziario (sentenza n. 209 del 2010, citata, punto 5.1, del Considerato in diritto)”* (Corte cost., Sent. 103 del 2013).

Il principio di affidamento traduce in termini giuspubblicistici il principio di buona fede che regge i rapporti interprivati. Nella specie, la sua violazione risulta tanto più preoccupante quanto più si rifletta sul fatto che nelle concessioni di beni e servizi pubblici il profilo giuspubblicistico e quello giusprivatistico sono strettamente intrecciati, sommandosi una regolazione di diritto pubblico del rapporto a una pattuizione di diritto privato negoziata fra le parti (ancorché, nella specie, poi “legificata”, come si è visto). Come accennato, nella specie l'intervento normativo in commento utilizza la leva autoritativa pubblica per alterare l'equilibrio del rapporto fra le parti delle convenzioni di gestione di strade e autostrade. Il che appare costituire anche un caso paradigmatico di eccesso di potere legislativo (e dunque di violazione del principio di ragionevolezza).

4.4.- In questa prospettiva si ravvisano dubbi d'incostituzionalità anche nella previsione dell'automatica sostituzione *ope legis* delle clausole negoziali valide tra le parti nonché nella previsione della nullità sopravvenuta delle clausole difformi.

Che il legislatore adotti previsioni comportanti l'inefficacia o l'invalidità sopravvenuta di clausole contrattuali, invero, è astrattamente possibile. Tale possibilità, tuttavia, non è priva di limiti. Secondo la giurisprudenza di legittimità, infatti, la soppressione o sostituzione *ex lege* di clausole contrattuali non può essere arbitraria, ma deve perseguire l'esigenza di protezione degli "interessi generali", anzi dei "valori fondamentali del sistema" (in questo senso, all'interno di un ampio orientamento, cfr. Cass. civ., Sez. I, 5 aprile 2001, n. 5052; cfr. anche Cass. civ., Sez. III, 10 maggio 2005, n. 9747), tanto che la tutela della parte contrattuale è sempre strumentale al conseguimento di quell'obiettivo di maggiore portata che costituisce il fondamento della compressione dell'autonomia privata.

In questo senso, l'orientamento della Corte di cassazione risulta coerente con quello della Corte costituzionale, che riconosce nell'art. 41 Cost. il fondamento della tutela dell'autonomia privata, la cui compressione è consentita solo ove sia intesa a perseguire ragioni di utilità sociale.

Nell'ord. n. 162 del 2009, ad esempio, richiamando le precedenti sentt. nn. 264 del 2005 e 279 del 2006, la Corte costituzionale ha ricordato che "l'art. 41 Cost. tutela l'autonomia contrattuale in quanto strumento della libertà di iniziativa economica, il cui esercizio può tuttavia essere limitato per ragioni di utilità economico-sociale, che assumono anch'esse rilievo a livello costituzionale".

Nella successiva sent. n. 94 del 2013 è stato ribadito il principio che "in virtù dell'art. 41 Cost., sono ammissibili limiti della libertà d'iniziativa economica privata" e dunque, in via mediata, all'autonomia contrattuale. Tali limiti, però, devono essere "giustificati dall'esigenza di tutelare interessi di rango costituzionale, ferma quella della congruità e proporzionalità delle relative misure, risultando in tal modo chiara la correlazione esistente tra tale parametro e l'art. 3 Cost."

Con particolare riferimento al bilanciamento tra autonomia contrattuale della parte pubblica e della parte privata, la sent. n. 169 del 2017 ha affermato che l'intervento autoritativo è da considerarsi legittimo ove le posizioni contrattuali modificate "siano circoscritte nel perimetro della normale alea assunta ex contractu, nell'ambito della quale deve essere ricompreso, trattandosi di contratti di durata, anche l'intervento del

legislatore”.

In definitiva: l'intervento autoritativo del legislatore può ben essere giustificato, ma deve essere prevedibile (pur ferma restando la naturale alea *ex contractu*); deve essere legittimato da un saldo interesse pubblico; non deve comunque mortificare l'autonomia contrattuale.

Nel caso di specie, è ben lecito dubitare che i segnalati limiti all'eterointegrazione dei rapporti contrattuali siano stati rispettati, atteso che la disciplina in commento:

a) è, come s'è detto, a senso unico, poiché protegge la sola parte concedente (cioè quella pubblica) del rapporto negoziale, con pregiudizio della conservazione del sinallagma contrattuale;

b) non è intesa a regolare in termini generali la fattispecie sulla base di una nuova valutazione dell'interesse comune dei paciscenti;

c) persegue unicamente l'obiettivo del conseguimento di un mero interesse patrimoniale di una sola delle due parti contrattuali;

d) non era prevedibile al momento della stipulazione del vincolo contrattuale, almeno nei limiti della naturale alea *ex contractu*.

4.5.- Quanto alla cancellazione del diritto alla ritenzione, previsto dal comma 6 dello stesso art. 176 del Codice (“*L'efficacia della revoca della concessione è sottoposta alla condizione del pagamento da parte dell'amministrazione aggiudicatrice o dell'ente aggiudicatore delle somme previste al comma 4*”), essa determina un ulteriore privilegio per il concedente e un ulteriore sbilanciamento in suo favore dell'equilibrio fra le parti. Ne deriva che tutti i vizi sostanziali illustrati in via generale valgono, qui, anche in particolare.

4.6.- Infine, si deve esaminare la parte della disposizione che impedisce *ex lege* che la modificazione legislativa del rapporto concessorio possa determinarne la risoluzione.

A tal proposito, come anticipato in premessa, non ci si può esimere dal mettere in evidenza il caso specifico di una delle concessionarie autostradali. L'art. 9-bis, comma 4, della Convenzione con ASPI, infatti, dispone che “*Se gli atti e/o fatti indicati nel precedente comma 1 non determinano gli effetti del recesso, revoca o risoluzione della Convenzione, ma la inserzione automatica di nuove norme nella convenzione, ovvero un obbligo di rinegoziazione, alle condizioni previste nell'atto e/o fatto e/o provvedimento legislativo e/o regolatorio, ovvero un obbligo di rinegoziazione il cui esito negativo consenta al Concedente di esercitare un potere di decadenza, revoca o recesso,*

risoluzione o comunque di cessazione anticipata della Convenzione, nel rispetto del principio di affidamento, la Convenzione si intenderà risolta di diritto trascorsi sei mesi dal verificarsi dei sopraindicati atti e/o fatti, a meno che il Concessionario non comunichi al Concedente, entro 30 giorni dall'avvenuta conoscenza degli atti e/o fatti indicati, la sua volontà di accettare l'inserzione automatica di norme ovvero di procedere alla rinegoziazione”.

Nell'eventualità dell'inerzia del Concessionario e - dunque - della sua non accettazione delle nuove norme o della rinegoziazione, la Convenzione prevede la risoluzione di diritto del vincolo tra le parti. È proprio in questa previsione convenzionale che l'art. 35 sembra incidere direttamente.

Anche per questo profilo valgono le considerazioni prima svolte in ordine ai dubbi di legittimità costituzionale concernenti simili interventi sui rapporti convenzionali, specie con riferimento alla fase terminale del rapporto. La normativa in esame non incide nelle modalità di svolgimento del rapporto contrattuale, ovvero sia nell'esecuzione della concessione. Al contrario, incide nelle clausole che presidiano i diritti delle parti nell'ipotesi traumatica dell'anticipata cessazione del rapporto, cioè nel momento più delicato del rapporto convenzionale, nel quale le garanzie reciproche delle parti hanno la massima importanza.

La previsione in esame, infatti, vorrebbe travolgere la regolazione pattizia della fase terminale del rapporto, e vorrebbe farlo incidendo nella sola facoltà che tutela(va) il concessionario a fronte dell'autoritativo inserimento di clausole nel documento convenzionale: l'abbandono del rapporto concessorio tramite l'attivazione del rimedio della risoluzione. La vulnerazione dell'autonomia privata, pertanto, è qui elevata a potenza, perché non solo s'impongono clausole nuove, ma si cerca d'impedire di sottrarvisi sciogliendo il vincolo convenzionale, al quale si vorrebbe che si restasse astretti *ob torto collo*.

I dubbi rappresentati risultano ancor più gravi in considerazione del contesto nel quale la novità di cui *sub b)* è andata maturando. È noto, infatti, che con Lettera dell'Amministratore Delegato e D.G. di ASPI in data 22 dicembre u.s., quella Concessionaria ha rappresentato al Ministro delle Infrastrutture dei Trasporti (nonché al Presidente del Consiglio dei Ministri e al Ministro dell'Economia e delle Finanze) che “qualora tale norma [cioè il complesso di disposizioni oggetto del presente parere] fosse effettivamente adottata nel testo ieri circolato (ovvero comunque in un testo di

contenuto sostanzialmente analogo) - e tale testo dovesse essere confermato dalla legge di conversione - riterrà verificatisi i presupposti per l'applicazione dell'art. 9-bis, 4° comma, della Convenzione Unica e - quindi - la risoluzione di diritto della stessa, non potendo accettare l'inserzione automatica nella Convenzione medesima delle disposizioni contenute nel citato art. 33 (ovvero di norme di analogo contenuto) e ciò in ragione del rispetto di molteplici diritti e principi sanciti dalla Costituzione e dal diritto comunitario, incluso il «rispetto del principio di affidamento», ed a tutela del patrimonio della Società e di tutti gli *stakeholders*». ASPI, pertanto, ha manifestato l'intenzione di far operare proprio il meccanismo di risoluzione di diritto che il legislatore d'urgenza, adesso, ha stabilito di eliminare.

La novità normativa qui in commento, dunque, assente nelle prime versioni del decreto legge, pur se presentata, in astratto, nella veste di disciplina generale di tutti i rapporti convenzionali aventi a oggetto la gestione di strade e autostrade, appare configurarsi, in concreto, come reazione alle future determinazioni prospettate da ASPI, il che (trattandosi nella sostanza di norma-provvedimento soggetta a scrutinio stretto di costituzionalità) aggrava i dubbi sia sulla ragionevolezza del decreto legge, sia sulla sua incidenza in rapporti convenzionali, con effetti a vantaggio di una sola delle parti.