

**Rilievi critici sul d.d.l. A.C. 2325 “Conversione del decreto-legge 30 dicembre 2019, n. 162, recante disposizioni urgenti in materia di proroga di termini legislativi, di organizzazione delle pubbliche amministrazioni, nonché di innovazione tecnologica”.**

Mario Esposito

Professore ordinario di Diritto costituzionale – Università del Salento

Docente LUISS Guido Carli

(testo predisposto per l’audizione dinnanzi alle Commissioni riunite Affari Costituzionali e Bilancio della Camera dei Deputati il giorno 16 gennaio 2020)

1. Il d.d.l. all’esame delle Commissioni è composto di una eterogenea congerie di disposizioni, in larga parte di carattere ordinamentale, per ciò stesso del tutto svincolate, già a prima lettura, dai presupposti di straordinaria di necessità e di urgenza, la cui presenza è viceversa condizione indefettibile di legittimità costituzionale del ricorso alla decretazione di urgenza e della successiva conversione in legge.

In difetto, si determina una difformità dalla fattispecie costituzionale che integra usurpazione di potere, non sanabile neppure dalla conversione parlamentare.

2. La ristrettezza dei tempi tra convocazione e svolgimento dell’audizione ha reso necessario concentrare l’analisi sull’art. 35 del d.l. sottoposto a conversione: si tratta infatti di una norma che esempla perfettamente i profili di incostituzionalità dai quali è inficiato il progetto di legge, dal momento che ha natura di schietta disposizione ordinamentale, con pretese di introduzione di un nuovo e diverso regime degli effetti della “revoca, decadenza e risoluzione” delle concessioni di strade ed autostrade, in violazione dell’art. 15, co. 3, l. n. 400/1988, che può e deve considerarsi ricognitivo delle condizioni di validità di cui all’art. 77 Cost. (e ciò sia per la coerenza logico-sistematica tra le due norme, sia in quanto l’art. 15 è espressione della interpretazione che dei limiti costituzionali ha dato il potere a salvaguardia della cui integrità essi sono posti).

Come emerge dal dossier ufficio studi della Camera, l’art. 35 si riferisce, infatti, ad un caso concreto, peraltro consumatosi ormai molti mesi orsono.

Anche a prescindere dal contenuto dispositivo – che di per sé, peraltro, è lungi dal costituire una misura volta alla tutela di un interesse pubblico di tale rilievo da giustificare l’alterazione del quadro delle competenze costituzionali - non è dunque ravvisabile alcuna ragione di straordinaria necessità ed urgenza.

Del tutto diversamente, la norma intende incidere su una fattispecie controversa (ancora in fase stragiudiziale), al solo fine di mutare la regolamentazione contrattuale, predisponendo un regime più favorevole alla parte pubblica: si dispone il mutamento autoritativo del quadro contrattuale per interferire con l’esercizio della funzione giurisdizionale, scongiurando il rischio – evidentemente temuto – di risultare soccombenti all’esito del probabile giudizio.

Il ricorso ad un atto di rango legislativo dovrebbe allora servire per superare il dubbio che l’approvazione per legge della convenzione ASPI 2007 avesse legificato anche il contenuto della convenzione medesima, laddove invece tale effetto legificante non è riscontrabile, limitandosi l’approvazione ad integrare l’efficacia della libera contrattazione tra le parti.

3. Venendo dunque all’esame del contenuto della norma e muovendo dalla parte che concerne le conseguenze della estinzione della concessione – che, nella prospettiva di un esame *sub specie Constitutionis*, è quella che presenta maggiori aspetti di criticità – appare che il “congegno dispositivo” che vorrebbe fare leva sull’art. 1419, co. 2, c.c.<sup>1</sup>, sostituendo retroattivamente le clausole negoziali

---

<sup>1</sup> A mente del quale “La nullità di singole clausole non importa la nullità del contratto, quando le clausole nulle sono sostituite di diritto da norme imperative”.

relative alle conseguenze dell'estinzione anticipata del rapporto concessorio, oltre a violare il principio di irretroattività della legge (particolarmente cogente nel rapporto tra questa e l'autonomia negoziale; cui va aggiunto che l'Amministrazione non può disporre retroattivamente, foss'anche in via di normazione secondaria e non può dunque ad essa attribuirsi un potere che abbia tali effetti), presenta plurimi profili di incompatibilità con artt. 3, 23, 24, 41 e 42 Cost.

Si apparecchia in tal modo un meccanismo sostitutivo di clausole contrattuali, quale che ne sia la natura ed anche se approvate per legge, decretandone la nullità con l'ambigua formula "*da intendersi come nulle*", senza alcun riferimento a norme preesistenti suppostamente violate, e senza porre, sia pure *ex post*, ma con effetti *pro futuro*, una nuova disposizione sostanziale capace di inficiare le clausole anteriori con essa contrastanti. Il risultato perseguito attraverso l'imposizione di una sorta di presunzione assoluta di nullità, con applicazione impropria della logica induttiva al di fuori dell'ambito probatorio in cui ha legittima cittadinanza, mira a sostituire per *rescriptum principis* l'accertamento giurisdizionale, di cui inibisce lo svolgimento, del quale è anticipato l'esito assoluto pertanto la parte che può giovare da ogni effettivo onere probatorio e persino di allegazione, dal momento che, stando alla più recente giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione il giudice deve rilevare la nullità delle clausole anche in assenza di corrispondente allegazione di parte, a raffronto non già, come si è accennato, con una norma imperativa preesistente, tantomeno attinente all'ordine pubblico o al buon costume (e quindi ad interessi prevalutati idonei a legittimare la compressione dell'autonomia negoziale, tutelata dall'art. 41 Cost.), ma puramente e semplicemente alla nuova disposizione presuntiva contestualmente adottata, incorrendo così in un paralogismo (a non voler credere che si tratti di un vero e proprio sofisma).

La norma intende infatti giovare degli effetti della sostituzione automatica di clausole (benché non ne abbia neppure i contenuti, ove solo si consideri che l'unico riferimento "materiale" è all'art. 176, co. 4, lett. a), d.lgs. n. 50/2016, cioè ad un mero criterio di commisurazione delle spettanze del concessionario a seguito di revoca della concessione per inadempimento del concedente o per motivi di pubblico interesse) al solo fine di determinare l'applicazione delle conseguenze di cui all'art. 1419, co. 2, c.c. e così attingere il risultato della suddetta alterazione modificativa, senza possibilità di reazione e tutela della controparte privata.

In altri termini, ci si propone semplicemente di eliminare, non per dichiarazione giudiziale di nullità per infrazione di norme imperative in vigore al momento in cui sono state convenute, ma per sostituzione *ope legis*, le clausole contrattuali, liberamente convenute (con consenso confermato dalla parte pubblica persino per legge, quantomeno a riscontro di legittimità), che regolano i presupposti e le conseguenze della estinzione anticipata del rapporto di concessione.

3.1. Così operando, l'art. 35 si innesta su un atto di autonomia, riducendolo, pertanto, a mero consenso iniziale di adesione, con eterointegrazione *ex post* del rapporto ed esclusione, sommamente significativa della irragionevolezza della norma, della previsione di cui all'art. 1419, co. 1, che viceversa sancisce la nullità dell'intero contratto nel caso in cui la nullità parziale infici una parte del contenuto senza la quale le parti non avrebbero concluso il patto: precetto, questo, manifestamente ispirato ai canoni di equità e di eguaglianza e, dunque, conforme all'art. 3 Cost.

La locuzione *da intendersi come nulle ai sensi ecc.* è un pudico *escamotage* lessicale che vorrebbe forse coprire, oltre alla assenza di norme imperative violate (e più ampiamente di interessi la cui lesione possa razionalmente giustificare la sanzione massima della nullità e, più ancora, l'ortopedia di rimpiazzo che, come si è visto, lascia sopravvivere il consenso negoziale senza alcuna considerazione per l'oggetto effettivo e sostanziale della volizione originaria), l'ulteriore forzatura della posteriorità delle clausole in sostituzione rispetto a quelle sostituite, in contrasto con l'art. 1419 c.c.<sup>2</sup>:

---

<sup>2</sup> Viene qui per altro versante in rilievo l'estraneità del disposto dell'art. 176, co. 4, lett. a), d.lgs. n. 50/2016, rispetto alla fattispecie normativa (e quindi di quella concreta) concernente l'inadempimento del concessionario e le relative

nello stesso senso sintomaticamente depone la deroga persino alle norme procedurali, tra le quali, oltre a quelle previste nelle convenzioni, quelle dello stesso codice dei contratti, così privando la parte privata persino di tale forma di garanzia.

Appare insomma evidente la volontà di disinnescare quelle clausole (simili a quella dell'art. 9 bis della convenzione Aspi), sempre liberamente negoziate, volute e approvate, che consentono lo scioglimento del rapporto, con diritto ad indennizzo, per l'ipotesi di mutamento del quadro legislativo o regolatorio.

3.2. Se si guarda poi alla applicazione *pro futuro*, emerge la irragionevole discriminazione della regolamentazione delle nullità che si vorrebbe introdurre, rispetto a quella delle altre concessioni e, più in generale, di tutti gli altri rapporti contrattuali di durata o ad esecuzione continuata, tra soggetti pubblici e privati e persino tra soggetti privati.

4. La conversione del decreto, *in parte qua*, consumerebbe un "attentato" alla funzione giurisdizionale ed alla autonomia negoziale, consolidando quello già perpetrato dal Governo.

Se le clausole fossero veramente nulle, basterebbe, infatti, che la parte pubblica lo allegasse e ne desse dimostrazione, evitando l'abuso del potere legislativo.

Ma il riferimento "fittizio" alla nullità (come nulle) vale non solo come ammissione della assenza di cause di invalidità, bensì anche del convincimento del Governo circa la impossibilità di dimostrarne il ricorrere seguendo le ordinarie vie codicistiche.

È del resto significativo che non si sia presa la strada di una franca qualificazione di nullità, bensì quella, traversa, di una sorta di sostituzione inautentica (perché unilaterale) di clausole (ben peggiore di quella della interpretazione autentica, notoriamente già particolarmente grave quando interferisca con accertamenti giurisdizionali).

L'applicazione del nuovo regime liquida invece una questione così delicata, centrale nei rapporti convenzionali (e in generale contrattuali), inibendo lo svolgimento dell'accertamento giurisdizionale e interdiciendo ogni eccezione alla parte privata (salvo ovviamente quella di illegittimità costituzionale della norma medesima).

5. Anche la fattispecie di cui alle precedenti disposizioni dell'art. 35 è affetta da irragionevolezza, difetto di causa e violazione di plurimi disposti costituzionali.

Si tratta del tentativo (ordinamentale) di introdurre un regime delle conseguenze transitorie della revoca, decadenza o risoluzione delle concessioni di strade o di autostrade (anche sottoposte a pedaggio) diverso da quello previsto dal codice dei contratti, come puntualmente si rileva nel dossier dell'ufficio studi.

La soluzione (perplessamente) escogitata non risponde a criteri di razionalità.

Deve segnalarsi, in primo luogo, l'incertezza della stessa forma dispositiva: si prevede infatti che Anas *possa* assumere la gestione delle strade in caso di revoca ecc., in pretesa applicazione del d.l. n. 98/2011 (ma il riferimento è aspecifico, poiché l'art. 36, co. 3, si limita a definire in generale i compiti assegnati ad Anas); non si comprende come, in base a quale titolo e in che modo si eserciti questo potere/facoltà, che viceversa, è successivamente definito in termini di *assegnazione*.

Peraltro il numero e la qualità delle attività da assumere appare manifestamente sproporzionata rispetto alla finalità prescritta (gestione temporanea), con conseguente difetto di razionalità.

Certo è invece che si voglia costituire una fattispecie derogatoria delle regole europee e nazionali relative all'affidamento di contratti e concessioni: non si vede, peraltro, per quale ragione Anas possa *ex lege* qualificarsi come soggetto maggiormente idoneo allo svolgimento di tali attività.

---

conseguenze, che rendeva del tutto imprevedibile l'applicazione della norma cit. alla opposta ipotesi dell'inadempimento del concessionario, tanto più a causa della imposizione sostitutiva senza alcun accertamento giudiziale.

Pare dunque che il titolo in forza del quale Anas assume la gestione vada ravvisato direttamente nella norma. Tant'è che il decreto MIT d'intesa col MEF ivi previsto, peraltro con eccessiva latitudine di poteri, disciplina l'oggetto e le modalità di svolgimento della gestione provvisoria assegnata ad ANAS, per di più senza alcun riferimento ai profili economici.

Del tutto incomprensibile è poi la disposizione che fa salve eventuali clausole convenzionali di esclusioni di indennizzi al concessionario in caso di estinzione anticipata del rapporto concessorio: si riferisce alle convenzioni che regolano le concessioni nelle quali Anas subentra o a quella che disciplina l'affidamento provvisorio ad Anas?

A ciò si aggiunge la singolare previsione di un vero e proprio trasferimento coattivo senza equo indennizzo, per quanto attiene al potere di Anas di acquisire i progetti e i diritti sulle opere dell'ingegno corrispondendo un corrispettivo determinato avendo riguardo ai soli costi (il riferimento all'art. 2578 vale solo per la definizione delle opere dell'ingegno e non già quanto alla commisurazione degli importi dovuti).