

Corte cost., sent. n. 218/2021. Quando la tutela della concorrenza pregiudica l'attività economica. Un bilanciamento interno all'art. 41 Cost.

VINCENZO DESANTIS*

Nota a Corte costituzionale, sentenza n. 218 del 23 novembre 2021.

Disponibile all'indirizzo: www.giurcost.org/decisioni/2021/0218s-21.html?titolo=Sentenza%20n.%20%20218.

Sommario: 1. Inquadrando la pronuncia: breve ricostruzione dei fatti. – 2. Il recepimento - forse esorbitante - della normazione europea sulla concorrenza. – 3. La concorrenza, principio mai tiranno. – 4. Il “rischio” normativo-politico-regolamentare prospettato dall'Avvocatura. – 5. Sul possibile difetto di rilevanza delle norme censurate. – 6. La replica “costituzionale” della revoca nel bilanciamento interno all'art. 41 Cost. – 7. Ragionevolezza e proporzionalità. – 8. Conclusioni.

Data della pubblicazione sul sito: 12 febbraio 2022

Suggerimento di citazione

V DESANTIS, *Corte cost., sent. n. 218/2021. Quando la tutela della concorrenza pregiudica l'attività economica. Un bilanciamento interno all'art. 41 Cost.*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 1, 2022. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it.

* Assegnista di ricerca in Istituzioni di diritto pubblico nell'Università degli studi di Trento. Indirizzo mail: vincenzo.desantis@unitn.it.

1. Inquadrando la pronuncia: breve ricostruzione dei fatti

Con la sent. n. 218/2021, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 1, comma 1, lettera *iii*), della legge 28 gennaio 2016, n. 11¹ e dell'art. 177, commi 1, 2 e 3, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50².

Le norme censurate obbligavano i titolari di concessioni già affidate (e non assegnate con la formula della finanza di progetto o con procedure a evidenza pubblica) a esternalizzare l'80% dei contratti di lavori, servizi e forniture relativi alle concessioni di importo superiore a 150.000 euro, e a realizzare la restante parte delle attività inerenti a tali concessioni attraverso società *in house*, società controllate o collegate, od operatori economici individuati all'esito di procedure parimenti a evidenza pubblica, anche semplificate³.

¹ Deleghe al Governo per l'attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedura d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture.

² Codice dei contratti pubblici. I commi 2 e 3 sono stati dichiarati incostituzionali in via consequenziale, ex art. 27 della l. 11 marzo 1953, n. 87 (*Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte Costituzionale*. Quanto detto emerge dal P.Q.M. della sentenza, punto 2).

³ Cfr. il testo della legge di delega, la n. 11/2016, a tenore della quale: «Art. 1 - Il Governo è delegato ad adottare, entro il 18 aprile 2016, un decreto legislativo per l'attuazione delle [direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE](#) del Parlamento europeo e del Consiglio (...) nonché, entro il 31 luglio 2016, un decreto legislativo per il riordino complessivo della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, (...) nel rispetto dei principi e criteri direttivi generali di cui all'articolo 32 della legge 24 dicembre 2012, n. 234, e dei seguenti principi e criteri direttivi specifici, tenendo conto delle migliori pratiche adottate in altri Paesi dell'Unione europea: (...) *iii*) obbligo per i soggetti pubblici e privati, titolari di concessioni di lavori o di servizi pubblici già esistenti o di nuova aggiudicazione, di affidare una quota pari all'80 per cento dei contratti di lavori, servizi e forniture relativi alle concessioni di importo superiore a 150.000 euro mediante procedura ad evidenza pubblica, stabilendo che la restante parte possa essere realizzata da società in house per i soggetti pubblici ovvero da società direttamente o indirettamente controllate o collegate per i soggetti privati, ovvero tramite operatori individuati mediante procedure ad evidenza pubblica, anche di tipo semplificato (...)». Il disposto dell'articolo appena menzionato era, poi, così riproposto nel testo del decreto delegato (cfr. art. 177, co. 1): «Fatto salvo quanto previsto dall'articolo 7, i soggetti pubblici o privati, titolari di concessioni di lavori, di servizi pubblici o di forniture già in essere alla data di entrata in vigore del presente codice, non affidate con la formula della finanza di progetto, ovvero con procedure di gara ad evidenza pubblica secondo il diritto dell'Unione europea, sono obbligati ad affidare,

Come, a più riprese⁴, esplicitato dalla pronuncia, la normativa oggetto della questione di costituzionalità perseguiva l'intento di riequilibrare la situazione di grave sbilancio concorrenziale determinatasi, negli anni, in materia concessoria, predisponendo un intervento correttivo *a valle*. Più precisamente, l'obbligo di esternalizzazione imposto ai titolari di rapporti ancora in corso avrebbe *riassettato*, ora per allora, l'inclinazione marcatamente anticoncorrenziale del settore delle concessioni, caratterizzato dalla presenza di assegnazioni risalenti, disposte perlopiù in via diretta.

Nel giudizio presupposto, la ricorrente, una società gestrice di impianti di illuminazione pubblica, aveva prospettato, in primo e secondo grado, l'illegittimità di due atti, adottati dall'Autorità nazionale anticorruzione⁵, e la conseguente incostituzionalità dell'art. 177 del Codice dei contratti pubblici, loro base normativa, per contrasto con gli artt. 3, 11, 41, 76, 97 e 117 Cost.

una quota pari all'ottanta per cento dei contratti di lavori, servizi e forniture relativi alle concessioni di importo di importo pari o superiore a 150.000 euro e relativi alle concessioni mediante procedura ad evidenza pubblica, introducendo clausole sociali e per la stabilità del personale impiegato e per la salvaguardia delle professionalità. La restante parte può essere realizzata da società in house di cui all'articolo 5 per i soggetti pubblici, ovvero da società direttamente o indirettamente controllate o collegate per i soggetti privati, ovvero tramite operatori individuati mediante procedura ad evidenza pubblica, anche di tipo semplificato (...).».

⁴ Cfr. *Ritenuto in fatto*, punto 1.2, cpv., dove il Consiglio di Stato, Giudice *a quo*, richiamava il parere emesso dalla Commissione speciale dello stesso Consiglio di Stato, n. 1582 del 20 giugno 2018, a tenore del quale si apprendeva che l'intervento del legislatore mirasse a ripristinare parte della concorrenza mancata *a monte*, secondo uno schema avente ad oggetto le prestazioni relative alle concessioni affidate, a loro tempo, in via diretta.

⁵ Trattasi della delibera n. 614 del 4 luglio 2018 (*Linee guida n. 11*), recante *Indicazioni per la verifica del rispetto del limite di cui all'articolo 177, comma 1, del codice, da parte dei soggetti pubblici o privati titolari di concessioni di lavori, servizi pubblici o forniture già in essere alla data di entrata in vigore del codice, non affidate con la formula della finanza di progetto ovvero con procedure di gara ad evidenza pubblica secondo il diritto dell'Unione europea; dell'Atto di segnalazione al Governo e al Parlamento del 17 ottobre 2018, n. 4, concernente la verifica degli affidamenti dei concessionari ai sensi dell'art. 177 del D.lgs. n. 50/2016 e adempimenti dei concessionari autostradali ai sensi dell'art. 178 del medesimo codice*. In questo passaggio giova, forse, ricordare che, ai sensi del combinato disposto dell'art. 1, co. 1, lett. *iii*) della l. 28 gennaio 2016, n. 11 e dell'art. 177, comma 3 del Codice dei contratti pubblici, l'Autorità nazionale anticorruzione era l'Autorità istituzionalmente deputata ad effettuare verifiche in ordine al rispetto dei limiti di cui al co. 1 dell'art. 177. Le stesse *linee guida* oggetto di impugnazione nel giudizio presupposto erano previste dal co. 3.

Investito della questione, il Giudice rimettente, ricostruita la genesi della normativa impugnata⁶, ha escluso la praticabilità dell'interpretazione costituzionalmente conforme offerta dal ricorrente⁷, evidenziando che l'obbligo di esternalizzazione imposto ai concessionari avrebbe comportato uno stravolgimento degli equilibri economico-finanziari sottesi al rapporto concessorio, per il fatto che l'attività del concessionario sarebbe stata ridotta a quella di una mera stazione appaltante, concretandosi nella dismissione delle attività oggetto della concessione, secondo le direttive dell'Autorità nazionale o degli enti concedenti⁸.

Ad avviso del Collegio, l'intervento legislativo sarebbe stato, inoltre, tacciabile di illegittimità anche sotto il profilo della ragionevolezza, in quanto, incidendo in maniera indiscriminata su rapporti costituitisi legittimamente, avrebbe comportato la disgregazione del compendio aziendale del concessionario, il contestuale depauperamento del patrimonio di conoscenze acquisito durante il rapporto e, soprattutto, la lesione dell'affidamento maturato in ordine alla sua prosecuzione.

2. Il recepimento – forse esorbitante – della normazione europea sulla concorrenza

Offrendo un impianto argomentativo solido ed esauriente, il Giudice costituzionale ha espunto dall'ordinamento giuridico l'intero combinato disposto delle norme relative alla questione prospettata e ha evidenziato, con singolare linearità, come l'intento riequilibratore dei due interventi legislativi (la legge di delega e il successivo decreto delegato), benché proteso a riassetare una situazione di iniziale squilibrio⁹, abbia determinato storture, forse più gravi, con riguardo a altri interessi costituzionalmente rilevanti. In altre parole, il tentativo di riequilibrio operato attraverso le disposizioni censurate si è rivelato, a sua volta, *non* equilibrato.

In sentenza, la sproporzione dell'intervento normativo è rilevata prendendo in considerazione una composita e interessante congerie di aspetti e, tra questi, uno dei più significativi sembra rappresentato dal carattere eccessivo della misura rispetto al fine perseguito.

⁶ Cfr. *Ritenuto in fatto*, punto 1.2, parr. 1 e 2.

⁷ Cfr. *Ritenuto in fatto*, punto 1.4.1. La società appaltante suggeriva che la quota dell'ottanta per cento, relativa all'obbligo di esternalizzazione, non riguardasse tutti i contratti in essere, ma solo quelli che il concessionario intendesse discrezionalmente esternalizzare.

⁸ Cfr. *Ritenuto in fatto*, punto 1.4.3.

⁹ In particolare, il già citato squilibrio concorrenziale degli affidamenti diretti.

Un simile eccesso si riscontra, in prima battuta, raffrontando la disciplina censurata (che è una disciplina di recepimento di direttive europee) con il contenuto stesso degli obblighi europei.

Il disposto delle direttive europee a cui la legge di delega e il decreto delegato censurati hanno dato recepimento non ha, infatti, imposto l'introduzione di misure di tale nettezza per il riequilibrio degli assetti anticoncorrenziali (o scarsamente concorrenziali) nel settore delle concessioni. Anzi, la direttiva 2014/23/UE¹⁰, pur incoraggiando l'apertura della concorrenza con specifico riferimento all'affidamento delle concessioni¹¹, non ha prescritto, né suggerito l'eliminazione o la rivisitazione di rapporti già instaurati¹².

Da questo primo assunto emerge che, per quanto il recupero delle condizioni di concorrenzialità sia stato un fine sicuramente perseguito dagli strumenti europei recepiti con la legislazione censurata, la normativa europea non ha imposto una tale *tabula rasa* (o, se si preferisce, una radicale trasformazione) del regime concessorio o dei rapporti concessori in essere.

Di qui una prima considerazione: l'accentuata divaricazione tra obblighi europei e recepimento interno ha costituito, con ogni probabilità, la prima e rilevante spia di sproporzione dell'intervento censurato. E questo perché lo stesso, operando in sede di trasposizione degli obblighi europei, ha imposto un indiscriminato *reset* delle condizioni di prosecuzione delle concessioni in essere, senza che ciò fosse richiesto o suggerito dal legislatore sovranazionale.

Intervenendo con la pronuncia in esame, la Corte costituzionale ha ricondotto la normativa nazionale a un assetto che, pur continuando a dare applicazione alle indicazioni europee, non persegue più gli obiettivi di concorrenzialità "ad ogni costo"¹³.

¹⁰ La direttiva che, delle tre recepite dalla legislazione censurata, si occupava specificamente di concessioni (*Direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sull'aggiudicazione dei contratti di concessione*).

¹¹ Cfr., oltre che l'impianto normativo dello strumento, anche i punti (8), (47), (51) e (52) dei *Considerando*.

¹² Il Giudice costituzionale conferma quanto appena detto quando richiama il passaggio del parere n. 1582 della Commissione speciale del Consiglio di Stato (cfr. *Ritenuto in fatto*, p.to 1.2), riferendo che l'art. 177 del Codice dei contratti pubblici e, conseguentemente, l'obbligo di esternalizzazione delle attività qui previsto, sia *estraneo* al perimetro delle direttive europee che pure tale disposizione recepiva.

¹³ Sul possibile contrasto tra tutela della concorrenza e principi costituzionali, si rinvia, tra gli altri ad A. POLICE *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Giappichelli, Torino, 2007; R. BIN, *La concorrenza nel bilanciamento dei valori*, in M. AINIS, G. PITRUZZELLA (a cura di), *I fondamenti costituzionali della concorrenza. Atti del Convegno di Studi I fondamenti costituzionali della concorrenza*, Laterza, Bari, 2019, p. 65, secondo cui la concorrenza non dovrebbe giustificare limitazioni alla tutela di altri diritto costituzionali.

3. La concorrenza, principio mai tiranno

La risoluzione della questione di costituzionalità sottoposta alla sua attenzione, ha costretto il Giudice costituzionale a bilanciare le ragioni, pur condivisibili, dell'intervento legislativo sottoposto a censura con gli squilibri che una sua strenua applicazione avrebbe determinato.

L'occasione da cui è originata la pronuncia scaturiva, d'altronde, da un episodio giudiziario in cui l'applicazione del meccanismo *ex art. 177* del Codice dei contratti pubblici avrebbe impattato in modo particolarmente significativo su più di qualche interesse meritevole di tutela.

Ci si riferisce, in particolare, all'affidamento che i concessionari dei rapporti in corso avevano rispetto alla possibilità di proseguire le attività oggetto della concessione, senza che la stessa subisse un sostanziale svuotamento o un suo pieno snaturamento.

L'illegittimità dello stravolgimento dei regimi concessori determinato dalla normativa censurata era evidenziata sia dai ricorrenti che dal giudice *a quo* e la sua affermazione poggiava, condivisibilmente, sull'assunto che l'adempimento dell'obbligo di esternalizzazione imposto dall'art. 177 avrebbe trasformato il concessionario in una stazione appaltante, costringendolo a cessare lo svolgimento in proprio di attività di pubblico interesse e a delegare totalitariamente ad altri soggetti lo svolgimento della concessione.

Al riguardo, indagano, in particolare, la cittadinanza costituzionale della tutela della concorrenza cfr. G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale e diritto della concorrenza: c'è dell'altro oltre l'efficienza economica?*, in M. AINIS, G. PITRUZZELLA (a cura di), *I fondamenti costituzionali della concorrenza*, cit., e M. MANETTI, *I fondamenti costituzionali della concorrenza*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2019, p. 315, In argomento cfr. anche M. LIBERTINI, *La tutela della concorrenza nell'ordinamento italiano: dal codice civile del 1942 alla riforma costituzionale del 2001*, in *Moneta e Credito*, vol. 68, 272, 2015, p. 370; G. PITRUZZELLA, *La costituzione economica europea: un mercato regolato e corretto, nulla a che vedere con il fondamentalismo di mercato*, in *Federalismi.it*, 16, 2018. Per qualche riscontro sul bilanciamento tra tutela della concorrenza e principi costituzionali in ambito europeo, cfr., poi, L. DELLI PRISCOLI, M.F. RUSSO, *Liberalizzazioni e diritti fondamentali nella diversa prospettiva delle Corti europee e nazionali*, in *Diritto Mercato Tecnologia*, 1, 2016, p. 98, e la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, tra cui si richiamano, in particolare, le sentt. 11 dicembre 2007, C-438/05, (Caso *Viking*); 8 settembre 2007, C-341/05, (Caso *Laval*); 3 aprile 2008, C-346/06, (Caso *Rüffert*). Nelle tre pronunce appena menzionate, sebbene si finisca per accordare prevalenza alle esigenze della concorrenza, si svolgono alcune riflessioni in ordine al rapporto tra questa e altri interessi meritevoli di tutela, affermandosi l'astratta limitabilità della prima.

Tale situazione comportava, tra le altre cose, il rischio che i concessionari avrebbero potuto perdere gli investimenti già compiuti per svolgere l'attività iniziale; un'attività che, come visto, sarebbe stata sensibilmente diversa da quella che il concessionario avrebbe svolto se avesse eseguito gli obblighi di esternalizzazione previsti dalla normativa dichiarata incostituzionale.

Nel risolvere la questione, la Corte costituzionale ha sottoposto a bilanciamento le istanze di apertura concorrenziale perseguite dalle norme censurate con la tutela dell'affidamento degli operatori economici e con l'interesse alla stabilità dei rapporti legittimamente instaurati¹⁴.

Il risultato raggiunto può apparire sorprendente. E questo perché la Corte ha riconosciuto piena garanzia alle posizioni degli operatori, evidenziandone la meritevolezza, anche rispetto a un principio-pilastro dell'integrazione europea: la tutela della concorrenza.

In altri termini, il Giudice costituzionale ha costruito un argine protettivo in favore dei singoli, capace di approntare protezione anche rispetto ad un principio portante del sistema giuridico UE. Per tale via si è, così, riaffermato come la tutela della concorrenza non sia un principio tiranno¹⁵, neanche nelle materie devolute alle competenze unionali.

Non solo, con la pronuncia in commento si è, inoltre, sottolineato che la tutela della concorrenza possa comprimersi non solo al cospetto dei cd. principi supremi dell'ordinamento costituzionale¹⁶, ma anche quando la stessa si misuri con interessi che, pur essendo costituzionalmente protetti, sono molto spesso ritenuti più cedevoli di altri.

¹⁴ Entrambi gli interessi sembrano trovare riconoscimento e tutela entro l'art. 41 Cost., ma, su questo aspetto, si rinvia a quanto detto, più diffusamente, nel par. 6.

¹⁵ L'aveva già fatto, ad esempio, con la sent. n. 165/2014. Al riguardo, cfr. par. 7.1, dove si legge: «L'eventuale esigenza di contemperare la liberalizzazione del commercio con quelle di una maggiore tutela della salute, del lavoro, dell'ambiente e dei beni culturali deve essere intesa sempre in senso sistemico, complessivo e non frazionato (sentt. n. 85/2013 e 264/2012), all'esito di un bilanciamento che deve compiere il soggetto competente nelle materie implicate, le quali, nella specie, afferiscono ad ambiti di competenza statale, tenendo conto che la tutela della concorrenza, attesa la sua natura trasversale, assume carattere prevalente e funge, quindi, da limite alla disciplina che le Regioni possono dettare in forza della competenza in materia di commercio (sentt. n. 38/2013 e 299/2012) o in altre materie»

¹⁶ In argomento si rinvia, tra gli altri, a S. POLIMENI, *Controlimiti e identità costituzionale nazionale. Contributo per una ricostruzione del "dialogo" tra le Corti*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018; P. FARAGUNA, *Ai confini della Costituzione. Principi supremi e identità costituzionale*, FrancoAngeli, Milano, 2015; T. MARTINES, *Ordine dello Stato e "principi supremi" della Costituzione*, in ID., *Opere*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 27 ss.; F.P. CASAVOLA, *I principi supremi nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Foro italiano*, V, 1995, p. 3.

In altre parole, se, almeno in ambito nazionale, il bilanciamento tra esigenze di apertura del mercato e interessi costituzionali correntemente ritenuti di primissimo piano (come la salute pubblica¹⁷ o le garanzie della difesa processuale¹⁸) sembra suggerire che la soccombenza delle prime sia un esito perfettamente nell'ordine delle cose, questo stesso risultato appare un po' più sorprendente rispetto alla tutela dell'affidamento: un principio, quest'ultimo, che, pur avendo da tempo trovato pieno riconoscimento entro l'ordinamento UE¹⁹, sembra assestarsi su un piano non altrettanto primario, ed è, probabilmente, meno considerato di quanto dovrebbe.

¹⁷ Il riferimento corre, in particolare, al bilanciamento tra l'interesse allo svolgimento dell'attività di impresa in condizioni di piena concorrenzialità e la tutela della salute pubblica che è stato operato dalla sent. n. 70/2017 della Corte costituzionale. In questa pronuncia, il Giudice costituzionale ha respinto le questioni di costituzionalità proposte con riferimento all'art. 5 del decreto-legge n. 159 del 2007, nella parte in cui lo stesso obbliga le aziende farmaceutiche titolari di autorizzazione all'immissione in commercio di farmaci innovativi (AIC) a ripianare il superamento del tetto della spesa farmaceutica in proporzione ai rispettivi fatturati, relativi ai medicinali non innovativi coperti da brevetto. A sostegno della propria decisione, la Corte ha affermato che le esigenze di diffusione e promozione dell'innovazione farmaceutica - e quindi di tutela della salute pubblica - e quelle di razionalizzazione della spesa sanitaria giustificano una scelta legislativa di questo tipo, anche se la stessa comporta la compressione dei margini di ricavo delle aziende produttrici di farmaci non innovativi. Per un commento della decisione si rinvia a F. ANASTASI, *La tutela della salute e le esigenze della concorrenza: un difficile bilanciamento per i farmaci innovativi*, in *Amministrazione in Cammino*, 5 luglio 2017, disponibile all'indirizzo: www.amministrazioneincammino.luiss.it/wp-content/uploads/2017/07/Anastasi.pdf (ultima consultazione d.d. 15 dicembre 2021).

¹⁸ Un contrasto tra esigenze di tutela della concorrenza e garanzie processuali, in particolare quella del *nemo tenetur se detegere*, sembra essersi riscontrato nel caso di cui all'ordinanza n. 117/2019 della Corte costituzionale. Il provvedimento in parola prendeva in considerazione l'art. 187-*quinquiesdecies* del TIF (Testo unico in materia di intermediazioni finanziarie), il quale commina una sanzione pecuniaria ai soggetti che, ascoltati in audizione dalla Consob, rifiutino di rendere dichiarazioni dalle quali potrebbe inferirsi la propria responsabilità. Nel caso in oggetto, la Corte costituzionale, ritenendo pregiudicato "il diritto al silenzio" ricavabile dall'art. 24 Cost. (oltre che dall'art. 6 della Cedu e da altri strumenti internazionali) ha proposto un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea, chiedendo se fosse possibile interpretare la disciplina europea in modo da ritenere illegittimo il sanzionare il rifiuto di rispondere a domande dalle quali possa emergere responsabilità di chi renda le dichiarazioni. E ciò sebbene, nel caso di specie, il procedimento accertativo fosse amministrativo e non giurisdizionale.

¹⁹ L'affidamento è, d'altronde, oggetto di tutela nell'ambito dell'ordinamento comunitario, in quanto ricollegato alla certezza del diritto: nel caso *Töpfer* (sentenza 3 maggio 1978, causa C-12/77), la Corte di Giustizia ha, infatti, e riconosciuto tale principio come parte integrante dell'ordinamento giuridico comunitario.

4. Il “rischio” normativo-politico-regolamentare prospettato dall'Avvocatura

Tra gli altri, uno dei passaggi di interesse della sentenza in commento, è, poi, costituito dai punti 2 e seguenti della motivazione, nei quali la Corte ha ricostruito le argomentazioni prospettate dall'Avvocatura generale dello Stato a sostegno della costituzionalità delle norme censurate.

Secondo le tesi dell'Avvocatura, l'affidamento vantato dal concessionario non avrebbe potuto trovare tutela in giudizio, in quanto lo stesso sarebbe stato assorbito dal concretarsi di un non meglio specificato *rischio normativo-politico-regolamentare*.

Ad avviso della difesa erariale, il rischio in parola sarebbe quello operante allorché *medio tempore* muti in senso pregiudizievole la disciplina di rapporti giuridici pendenti. L'incombere di tale rischio comporterebbe che il concessionario debba sopportare le conseguenze di una modifica peggiorativa delle norme che regolano il rapporto, e soggiacervi senza rimedio²⁰.

Tuttavia, a ben riflettere, sembra che la sopportazione delle conseguenze pregiudizievoli del mutare del quadro normativo sia una conclusione doverosa (*dura lex, sed lex*) soltanto se l'intervento normativo operi *pro futuro*. Dove, come nel caso di specie, la modifica intervenga su rapporti pendenti, vi è, probabilmente, ancora più margine di quanto ve ne possa essere normalmente per sostenere che la discrezionalità del legislatore sia limitata e non possa, pertanto, concretarsi in decisioni che rivisitino in modo ampio e profondo assetti risalenti e cristallizzati²¹.

²⁰ Cfr. *Ritenuto in fatto*, punto 2.1, secondo periodo, seconda parte, in cui si legge: «Nello specifico ambito del rapporto concessorio, accanto ai rischi generali di costruzione, di domanda e di disponibilità, vi sarebbe un'altra serie di rischi, tra cui quello «normativo-politico-regolamentare, derivante da modifiche dell'assetto regolatorio e da decisioni politiche programmatiche, non prevedibili contrattualmente».

²¹ Le argomentazioni qui proposte dalla difesa erariale chiamano in causa i discorsi svolti, nel tempo, a proposito della teoria del *factum principis*, per tale intendendosi l'impossibilità di esecuzione di prestazioni contrattuali per via dell'introduzione di norme giuridiche che impediscono l'adempimento. Per una bibliografia essenziale sul tema si rinvia, tra gli altri, a C. MIRABELLI, *Dei singoli contratti*, in E. GABRIELLI (diretto da), *Commentario al codice civile*, UTET, Torino, 1962, vol. IV, p. 502; A. DI MAURO, *Dell'impossibilità sopravvenuta per causa non imputabile al debitore*, in F.D. BUSNELLI (diretto da), *Il Codice civile. Commentario*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 105; G. ANNUNZIATA, *Responsabilità civile e risarcibilità del danno*, CEDAM, Padova, 2011, p. 73. Con specifico riguardo al tema sul versante delle opere pubbliche, cfr. F. MERUSI, *Certezza e rischio nella finanza di progetto delle opere pubbliche*, in *Banca, impresa e società*, 3, 2021, p. 479. Per quanto riguarda, invece, l'impossibilità di continuazione di rapporti contrattuali per cause riconducibili all'emergenza pandemica, cfr. A. FEDERICO, *Misure di contenimento della pandemia e rapporti contrattuali*, in *Revista de Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 12-bis, 2020, p. 246. Per un riscontro sulle discussioni estere in tema di

Stando così le cose, si può inferire che la prospettazione offerta dalla difesa erariale – quella di un *rischio normativo* che, similmente al suo omologo *operativo*, addossi al concessionario ogni effetto pregiudizievole del mutare delle situazioni – è un'argomentazione sproporzionata.

La Corte sembra condividere questa posizione e attribuisce, infatti, prevalenza all'affidamento maturato dal concessionario, decretando la sproporzione e la conseguente incostituzionalità della misura²².

5. Sul possibile difetto di rilevanza delle norme censurate

A seguire, un'altra argomentazione difensiva dell'Avvocatura, a sua volta riferita dalla Corte costituzionale²³, era volta ad evidenziare che le norme censurate sarebbero state applicabili alle sole concessioni affidate *in difformità* rispetto alla normativa vigente al momento di instaurazione del rapporto. Ora, il fatto che l'obbligo di esternalizzazione avrebbe riguardato le sole concessioni affidate *illegittimamente* si ricaverebbe, sempre ad avviso dell'Avvocatura, dalle linee guida ANAC n. 11, già ricordate²⁴, a loro volta attuative della disposizione codicistica censurata.

L'Avvocatura sembra aver svolto questo passaggio per evidenziare che le disposizioni censurate non trovassero applicazione nel giudizio presupposto e che la questione prospettata alla Corte fosse, dunque, carente dal punto di vista della rilevanza.

factum principis nell'ambito dei contratti pubblici si rinvia, poi, a M. GARCÍA ROSA, *Restablecimiento del equilibrio económico del contrato: el factum principis*, in *Auditoría Pública*, 73, 2019, p. 105.

²² Adottando una soluzione di segno opposto, la Corte cassa l'interpretazione sul *rischio normativo* proposta dall'Avvocatura, replicando il modello delle sentenze interpretative di rigetto.

²³ Cfr. *Ritenuto in fatto*, punto 2.1, terzo periodo, dove si legge: «Inoltre, la difesa erariale, richiamando il punto 1.2 delle linee guida n. 11 del 2018, sottolinea come l'art. 177 si applichi alle «concessioni di lavori e di servizi di importo pari o superiore a 150.000 euro [...], affidate in data antecedente all'entrata in vigore del decreto legislativo 50/2016 in difformità rispetto alle procedure di affidamento consentite». Sarebbero quindi escluse le concessioni affidate senza gara in conformità alla normativa vigente al momento dell'affidamento. Parimenti escluse sarebbero le fattispecie individuate nel punto 1.4 delle medesime linee guida, tra le quali ricadono, fra le altre, le concessioni previste nell'art. 7 cod. contratti pubblici, i servizi non economici di interesse generale riferiti ad attività connesse all'esercizio delle prerogative dei pubblici poteri, le concessioni affidate a organismi in house e quelle aggiudicate ad una joint venture o ad un ente aggiudicatore facente parte di una joint venture.»

²⁴ Cfr. nota n. 5.

Il passaggio di cui si è appena riferito appare di grande interesse, perché la questione che esso poneva è stata risolta dalla Corte in un modo che è tanto efficace quanto, forse, *atipico*.

La Corte ha, infatti, preso posizione sul punto in via perlopiù implicita, senza soffermarsi troppo diffusamente su un aspetto che, se considerato con eccessiva minuziosità, avrebbe, probabilmente appesantito in modo apprezzabile l'impianto argomentativo della sentenza.

In proposito, la risposta offerta dal Giudice costituzionale può dirsi, senza dubbio, condensata da un passaggio della parte finale della sentenza (cfr. p. 8.5.2), in cui la stessa Corte riferisce che l'obbligo di esternalizzazione *ex art. 177* doveva intendersi, appunto, come *generalizzato*, non specificando se esso fosse da applicarsi alle sole concessioni affidate *illegittimamente*.

Al netto di ciò, si può, però, notare come il rilievo critico offerto dall'Avvocatura fosse scarsamente decisivo anche qualora si prendesse in considerazione l'ipotesi che la normativa censurata potesse applicarsi alle sole concessioni affidate *illegittimamente*. E ciò per almeno tre ragioni, tutte adombrate dall'*iter* logico seguito dalla sentenza.

In primo luogo, visto che le disposizioni censurate non ponevano un *distinguo* tra concessioni affidate legittimamente o illegittimamente²⁵, e che tale *distinguo correttivo*, ad avviso dell'Avvocatura, avrebbe potuto rintracciarsi solo in base alle linee guida n. 11²⁶, si può concludere che la Corte avrebbe potuto comunque pronunciare l'incostituzionalità del 177.

²⁵ Cfr. *Ritenuto in fatto*, 3.3, dove la Corte, nel riferire le posizioni espresse nel giudizio costituzionale dal ricorrente-appellante, afferma: «*Quanto all'asserita violazione dell'art. 3 Cost., la società sottolinea come le norme censurate ledano il legittimo affidamento dei concessionari, specie in ragione del fatto che il legislatore non avrebbe distinto tra affidamenti diretti legittimi e illegittimi*»

²⁶ Nel caso di specie, le *linee guida* in parola erano da ritenersi atti amministrativi generali. Sulla natura e le criticità delle *linee guida* dell'Autorità nazionale anticorruzione cfr., tra gli altri, M.P. CHITI, *Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giornale di Diritto amministrativo*, 4, 2016, p. 436; M. DELLE FOGLIE, *Verso un "nuovo" sistema delle fonti?*, in *GiustAmm*, 5 luglio 2017, disponibile all'indirizzo www.giustamm.it; N. LONGOBARDI, *L'Autorità nazionale anticorruzione e la nuova normativa sui contratti pubblici*, in *Diritto e processo amministrativo*, I, 2017, p. 15; G. MORBIDELLI, *Linee guida dell'Anac: comandi o consigli?*, in *Diritto amministrativo*, 3, 2016, p. 273; I.A. NICOTRA, *L'Autorità nazionale anticorruzione e la soft regulation nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in ID. (a cura di), *L'Autorità nazionale anticorruzione tra prevenzione e attività regolatoria*, Giappichelli, Torino, 2016; E. D'ALTERIO, *Regolare, vigilare, punire, giudicare: l'Anac nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 4, 2016; p. 499.

E ciò in quanto, a prescindere dalle interazioni che questo articolo possa aver effettivamente avuto con le linee guida, la formulazione della normativa primaria (l'unica suscettibile di scrutinio di costituzionalità) si sarebbe potuta ritenere, di per sé, già incostituzionale, proprio perché il dato letterale non consentiva di escludere la propria applicazione alle concessioni affidate *legittimamente* e non vi era, pertanto, margine per affermare che la norma censurata non sarebbe stata *rilevante* ai fini del giudizio presupposto.

In secondo luogo, come giustamente evidenziato dal ricorrente²⁷, e come anche confermato dai passaggi riferiti al Presidente del Consiglio dei ministri²⁸, il contesto normativo, sia di diritto positivo che di diritto vivente, come vigente al momento degli affidamenti senza gara, non disponeva alcunché in ordine al regime delle concessioni.

Questo comporta che, ora come allora, è molto difficile, se non impossibile, distinguere tra concessioni affidate legittimamente (alle quali, secondo la difesa erariale, non si sarebbe applicato il 177) e concessioni assegnate illegittimamente²⁹.

In terzo luogo, sembra non potersi tacere che un affidamento tutelabile potrebbe maturare anche con riferimento a una concessione affidata, in ipotesi, illegittimamente³⁰. Per tale ragione, indipendentemente dall'effettivo ambito applicativo dell'art. 177 (ristretto alle concessioni illegittime o esteso a tutte le concessioni senza gara), il meccanismo introdotto da questa norma poteva

²⁷ A questo proposito, il prosieguo del punto richiamato nella nota n. 17, riferisce: «*In particolare, - il ricorrente, n.d.r. -ricorda come molte delle concessioni cui fa riferimento l'art. 177 si siano perfezionate «in un contesto normativo e giurisprudenziale totalmente differente da quello oggi vigente», nel quale «gli obblighi di una procedura di gara ad evidenza pubblica non solo non erano disciplinati a livello normativo, ma nemmeno erano conosciuti dalla giurisprudenza».*

²⁸ Cfr. *Ritenuto in fatto*, 2.1, terzultimo e quartultimo periodo, dove si legge: «*In definitiva, il Presidente del Consiglio dei ministri ritiene «pienamente condivisibile» la ratio della norma, «in quanto diretta a garantire una maggiore concorrenza nel mercato delle concessioni // Si tratterebbe di «una norma eccezionale», applicabile «ad un ambito ristretto di situazioni individuate nelle concessioni affidate senza gara, in assenza di una specifica disposizione (vigente all'epoca dell'affidamento) che giustificasse l'omissione del confronto competitivo».*

²⁹ Peraltro, se, come affermato nella nota precedente, all'epoca dell'affidamento delle concessioni, non esisteva una disposizione che obbligasse a giustificare per quale ragione non si ricorresse al mercato, accogliere la tesi dell'Avvocatura avrebbe voluto dire che, salvo violazioni di principi generali, nessuna concessione sarebbe stata concessa *contra legem*, con la conseguenza che il 177 non si dovesse applicare a quasi nessun caso.

³⁰ E del resto, dell'affidamento si deve tenere conto anche in caso di annullamento d'ufficio, provvedimento di secondo grado che colpisce un atto illegittimo. In materia, su tutti, si richiama F. TRIMARCHI BANFI, *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole nei rapporti con l'amministrazione*, in *Diritto processuale amministrativo*, 3, 2018, p. 823.

ritenersi, a prescindere, incostituzionale, proprio perché in ogni caso lesivo di interessi meritevoli di tutela e ulteriori rispetto a quello della tutela della concorrenza.

Da ultimo, il profilo di una possibile differenziazione tra concessioni affidate legittimamente o illegittimamente, apparentemente lasciato in secondo piano, può, in qualche modo, ritenersi considerato dalle censure che la Corte opera rispetto al difetto di proporzionalità dell'intervento normativo. E questo perché la sproporzione del meccanismo *ex* 177, che imponeva una propria e generalizzata applicazione a *tutte* le concessioni, indipendentemente dalla loro importanza, dal loro valore economico o dall'essere state, le stesse, prorogate, può ritenersi manifestata anche dal fatto che il 177 non distingueva tra concessioni affidate legittimamente o illegittimamente.

Per tutte queste ragioni, anche con riferimento a questo aspetto, la soluzione adottata dalla Corte appare largamente condivisibile.

6. La replica “costituzionale” della revoca nel bilanciamento interno all’art. 41 Cost.

Ancora, nell'evidenziare la sproporzione del meccanismo di esternalizzazione introdotto in via legislativa, la sentenza ha operato un ancoraggio costituzionale dell'affidamento dei concessionari alla prosecuzione dell'attività, riproducendo, sul piano del giudizio costituzionale, il bilanciamento tra l'interesse alla conservazione di un rapporto pendente e quello, opposto, a conseguirne la cessazione degli effetti. *Mutatis mutandis*, questo schema contrappositivo è anche quello, tipico, delle valutazioni in tema di revoca dei provvedimenti amministrativi³¹.

Nel caso della revoca, il vaglio relativo alla legittimità del provvedimento di secondo grado richiede, infatti, la considerazione di interessi contrapposti alla decisione.

Ripercorrendone lo schema, anche il giudizio di legittimità costituzionale della pronuncia in commento sembra aver svolto un contemperamento di questo tipo, raffrontando un intervento normativo destinato a incidere su un rapporto a

³¹ Per una bibliografia minima in materia si rinvia, tra gli altri, a R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2017; G.C. SALERNO, *La revoca dei provvedimenti amministrativi ed i principi della funzione*, Giappichelli, Torino, 2014; A. LUPO, *Premessa per uno studio sulla revoca degli atti amministrativi*, Giuffrè, Milano, 2013; D. CORLETTI, *Provvedimenti di secondo grado e tutela dell'affidamento*, in ID. (a cura di), *Procedimenti di secondo grado e tutela dell'affidamento in Europa*, Cedam, Padova, 2007, pp. 1-64; R. CAVALLO PERIN, voce *Validità del provvedimento e dell'atto amministrativo*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol. XV, UTET, Torino, 1999, p. 612.

efficacia durevole (il quale era, a sua volta, espressione del pubblico interesse al riequilibrio concorrenziale del settore delle concessioni), con l'interesse degli operatori economici alla prosecuzione di rapporti instaurati con precise regole di ingaggio e, successivamente, svoltisi senza soluzione di continuità.

In questo bilanciamento, come in quello tipico della revoca, l'individuazione della soluzione è governata e suggerita dall'operare di alcuni dei principi fondamentali dell'azione amministrativa e, più in generale, dell'intervento pubblico: la ragionevolezza e la proporzionalità (per cui v. *infra*).

Da ultimo, merita qualche considerazione la circostanza che il bilanciamento di interessi operato nella valutazione della Corte ha trovato ancoraggio, per entrambi gli interessi in conflitto, nell'interpretazione costituzionale della medesima disposizione: l'art. 41 Cost.

E questo perché, nel caso sottoposto alla Corte, la tutela dell'esercizio dell'attività economica del concessionario obbligato alla dismissione (libertà da ritenersi tutelata *ex art.* 41 Cost.) si è scontrata con la tutela della concorrenza perseguita dall'intervento legislativo, la quale trovava, a sua volta, cittadinanza costituzionale nell'art. 41 (oltre che, naturalmente, nelle norme che assicurano copertura costituzionale alla partecipazione italiana all'Unione europea).

In altre parole, in sentenza si evidenzia che la tutela della concorrenza perseguita dal legislatore è garantita dalla stessa disposizione che riconosce e protegge la libertà di iniziativa e di svolgimento delle attività economiche intraprese dai privati: un conflitto interno all'art. 41 Cost., efficacemente riportato a sintesi dall'esercizio di ponderazione della Corte.

7. Ragionevolezza e proporzionalità

Come appena accennato, le criticità su cui, più di altre, ha insistito la pronuncia di illegittimità costituzionale sono rappresentate dal riscontro dei difetti di ragionevolezza e proporzionalità dell'intervento legislativo. Da questo punto di vista, la Corte non ha mancato di evidenziare come l'intervento normativo fosse vizioso, specie nella misura in cui: ledeva l'affidamento dei concessionari alla prosecuzione del rapporto; comportava la possibile disgregazione dell'organizzazione aziendale dei concessionari e la dispersione di conoscenze tecnico-professionali acquisite dagli stessi in costanza di rapporto; determinava lo snaturamento del ruolo di *privato* del concessionario stesso (che si sarebbe ritrovato a svolgere, perlopiù, le funzioni di una stazione appaltante).

In termini più generali, ragioni come queste hanno fatto ritenere alla Corte che il meccanismo introdotto *ex art.* 177 (e norme collegate) fosse difettoso sul lato della ragionevolezza, perché imponeva la medesima regola a tutti i concessionari,

senza operare distinzioni³²; e sul lato della proporzionalità, in quanto non adottava, di certo, la soluzione meno impattante per i singoli³³.

Il tutto senza tacere che l'esternalizzazione delle attività in concessione, anche ammettendo che avrebbe giovato alla concorrenza, lasciava, tuttavia, impregiudicato se una misura del genere avrebbe recato un effettivo beneficio all'efficienza dell'attività amministrativa (art. 97 Cost.).

Alla luce di quanto detto, le considerazioni espresse al riguardo dalla Corte sembrano condivisibili e mostrano come, anche in questo caso, *il fine* perseguito dal legislatore, sebbene encomiabile, non abbia giustificato *il mezzo* predisposto per realizzarlo³⁴.

8. Conclusioni

Impiegando un'architettura argomentativa piana, lineare e convincente, la Corte ha correttamente ribadito l'esistenza di limiti al perseguimento dell'apertura alla concorrenza e ha eliminato dall'ordinamento giuridico un intervento normativo che, pur intendendo riequilibrare la sproporzione dovuta alle rendite di posizione, ha posto in essere un altro squilibrio, forse altrettanto grave. Nel farlo, la sentenza ha censurato la "sproporzione riequilibratrice" che affliggeva la disciplina oggetto di doglianza, senza, tuttavia, precludere l'adottabilità di obblighi di esternalizzazione futuri. Naturalmente, affinché una loro nuova introduzione possa superare indenne un eventuale vaglio di legittimità costituzionale, è necessario che

³² In materia si richiamano, tra gli altri, G. SCACCIA, *Controllo di ragionevolezza delle leggi e applicazione della Costituzione*, in *Nova juris interpretatio in hodierna gentium communione*, Aracne, Roma, 2007, p. 286; A. RUGGERI, *Interpretazione costituzionale e ragionevolezza*, in *Politica del diritto*, 4, 2006, p. 531; R. BIN, *Ragionevolezza e divisione dei poteri*, in M. LA TORRE, A. SPADARO (a cura di), *La ragionevolezza nel diritto*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 59; L. PALADIN, *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enciclopedia del Diritto*, Aggiornamento, Giuffrè, Milano, 1997, vol. I, p. 899.

³³ Per qualche riferimento bibliografico in argomento, si rinvia, tra gli altri, a M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, Atti della Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, Roma, 24-26 ottobre 2013, disponibile all'indirizzo: www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/RI_Cartabia_Roma2013.pdf (ultima consultazione d.d. 9 dicembre 2021); G. PINO, *Diritti fondamentali e principio di proporzionalità*, in *Ragion pratica*, 2, 2014, p. 541.

³⁴ Per un esempio di dismissione delle concessioni più graduale e, forse, più proporzionato, si veda la soluzione adottata dalle sentt. nn. 17 e 18 del 9 novembre 2021 dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, con le quali il Giudice amministrativo, allineandosi alla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea (sent. *Protoimpresa* 2016, cause riunite C-458/14 e C-67/15) ha stabilito che gli effetti temporali della caducazione concessoria sia prorogata al termine del 2023.

tali obblighi siano meglio calibrati e ponderati³⁵. Proprio l'applicabilità generalizzata di questi adempimenti ha, infatti, costituito la principale ragione di contrasto tra le norme censurate e l'ordinamento costituzionale.

Quella da ultimo evidenziata è circostanza che potrebbe suggerire come, forse, ci sarebbe stato spazio per una pronuncia con la quale la Corte avrebbe potuto dichiarare l'incostituzionalità delle norme censurate nella parte in cui *non* prevedessero che la propria applicazione avesse portata generalizzata. In altre parole, la Corte avrebbe potuto emettere una sentenza manipolativa che circoscrivesse l'operatività del meccanismo *ex art. 177*, indicando le ipotesi nelle quali l'applicazione dello stesso fosse ragionevole e proporzionata. In questo modo la Corte avrebbe lasciato in vita il meccanismo. Certo è, però, che, se la Corte fosse intervenuta in questo modo, probabilmente sarebbe stata eccessivamente compromessa la discrezionalità del legislatore.

Anche quest'ultimo rilievo depone, pertanto, a favore della condivisibilità delle soluzioni adottate in sentenza. Anzi, ora che la Corte si è pronunciata, il legislatore potrà contare su indicazioni più precise per eseguire interventi che, sia *a monte* che *a valle*, conseguano gli obiettivi di riequilibrio concorrenziale in modo più bilanciato e armonioso.

³⁵ La soluzione dell'esternalizzazione è, infatti, ancora un'opzione, nella misura in cui, come si deduce *a contrario* leggendo la sentenza della Corte, la si disponga in modo *ragionevole* e *proporzionato*. A conferma di quanto detto basti ricordare che quella dell'esternalizzazione delle attività in concessione non sia un'idea del solo legislatore italiano. Anzi, l'idea si è affacciata anche in ambito europeo (cfr. punto 5.1 e ss. del *Considerato in diritto*).