

Il limite alla sovranità dello Stato nella cessazione anticipata delle concessioni alla luce dell'ordinamento dell'Unione europea*

Davide Maresca

SOMMARIO. 1. Premessa. – 2. Delimitazione delle fattispecie oggetto del presente lavoro. – 2.1. Concessioni di beni, concessioni di costruzione e gestione e convenzioni. – 2.2. La disciplina ordinaria della revoca: cenno. – 2.3. La disciplina ordinaria della decadenza: cenno. – 3. I mercati interessati da casi di cessazione anticipata o modifiche autoritative delle concessioni da parte del legislatore. – 3.1. Il mercato del trattamento dei rifiuti: il caso della Campania. – 3.2. Il mercato autostradale: dal decreto Di Pietro al decreto Emergenze. – 4. I limiti posti dall'ordinamento europeo. – 4.1. Diritto primario: certezza del diritto e legittimo affidamento. – 4.2. Diritto derivato: Direttiva concessioni e Direttiva ricorsi. – 4.3. Il diritto di proprietà nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. – 5. Conclusioni.

1. *Premessa*

Obiettivo del presente lavoro è dare atto dei limiti che incontra lo Stato nel dichiarare la privazione totale o parziale degli effetti delle concessioni di opere pubbliche attraverso lo strumento legislativo. Il lavoro origina dall'analisi di tre casi in cui lo Stato è intervenuto con legge¹ per dichiarare la caducazione degli

* Una prima versione del presente lavoro è stata presentata al Convegno nazionale dell'Associazione dei Docenti di Diritto dell'Economia del 29 e 30 novembre 2018 presso l'Università Ca' Foscari a Venezia avente ad oggetto «Luoghi dell'economia, dimensioni della sovranità».

¹ Posto che il presente lavoro si limita ad analizzare i casi in cui il legislatore è intervenuto con leggi *ad hoc*, al fine di avere un inquadramento rispetto al rapporto tra margine di discrezionalità e norme generali, si rinvia a L.R. Perfetti, *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, in *Riv. dir. amm.*, 2013, 309 ss.

effetti contrattuali in via totale o parziale o una relativa modifica *in peius* a danno del concessionario².

Premesso un breve cenno sulla natura della concessione amministrativa, sulla quale si rinvierà ai lavori tradizionali in materia, verrà effettuata una rassegna delle ipotesi di caducazione del rapporto concessorio, ossia revoca e decadenza, per poi concentrare l'attenzione sui casi in cui lo Stato ha preferito terminare la concessione attraverso misure legislative. Come si vedrà i casi maggiormente invasivi si sono verificati in tre mercati: il trattamento dei rifiuti, le autostrade e l'Alta velocità ferroviaria.

Il primo caso si riferisce alla gestione del termovalorizzatore di Acerra, in cui lo Stato ha previsto una sostanziale revoca della concessione, affidata ad una società appartenente al Gruppo Impregilo S.p.A. con nuova assegnazione *ex lege* ad un soggetto privato diverso, ossia A2A S.p.A.

Il secondo caso è quello del mercato autostradale già oggetto di un provvedimento legislativo di decadenza prevista dal decreto legge n. 262/2006 (c.d. decreto Di Pietro)³, poi corretto in sede di conversione, e tornato oggi prepotentemente d'attualità in occasione dell'adozione del decreto legge n. 109/2018⁴ che, ancorchè non ponga in essere una revoca in senso tecnico, priva parzialmente di effetti la concessione di Autostrade per l'Italia S.p.A.

Il terzo caso prende in considerazione la revoca *ex lege* delle concessioni per la costruzione gestione delle infrastrutture ferroviarie ad alta velocità ad opera del decreto legge n. 7/2007 sulla base di una presupposta violazione delle norme europee in materia di mercato interno che avrebbero reso illegittima l'aggiudicazione iniziale.

Come si vedrà, la tutela dei concessionari, proprio per il fatto che lo Stato interviene attraverso l'esercizio del potere legislativo, non può che essere basata sulla Costituzione e sulle norme dell'Unione europea produttive di effetti diret-

² Il quesito del presente lavoro, specifico nella materia delle concessioni, si inserisce nel più ampio dibattito di carattere generale ben sintetizzato da E. Bruti Liberati, *Regolazione dei mercati, tutela dell'affidamento e indipendenza dalla politica. Riflessioni a partire dai lavori di Nicola Bassi*, cit., 230 ss., secondo cui la questione «può essere riassunta nell'interrogativo se il legittimo affidamento maturato in capo ad uno o più operatori in ordine alla vigenza di una determinata regolazione legislativa o amministrativa, in forza della quale gli stessi abbiano operato scelte di investimento o di mercato, comporti dei limiti – dei limiti effettivi – al potere del legislatore o del regolatore di apportare modifiche sostanziali a quella disciplina».

³ Decreto legge, 3 ottobre 2006, n. 262, in *Gazz. Uff.*, 3 ottobre, n. 230, convertito, con modificazioni, in legge 24 novembre 2006, n. 286 «Disposizioni urgenti in materia tributaria e finanziaria».

⁴ Decreto legge, 28 settembre 2018, n. 109, in *Gazz. Uff.*, 28 settembre 2018, n. 226, convertito, con modificazioni, in legge 16 novembre 2018, n. 130 «Disposizioni urgenti per la città di Genova, la sicurezza della rete nazionale delle infrastrutture e dei trasporti, gli eventi sismici del 2016 e 2017, il lavoro e le altre emergenze».

ti, come ampiamente argomentato dalla Corte costituzionale a partire dalle note sentenze *Frontini*⁵ e *Granital*⁶.

2. *Delimitazione delle fattispecie oggetto del presente lavoro*

2.1. *Concessioni di beni, concessioni di costruzione e gestione e convenzioni accessorie*

I rapporti di durata per la costruzione e gestione di infrastrutture, sotto il profilo pubblicistico, hanno la forma della concessione, ossia un atto amministrativo attraverso cui lo Stato concede ad un soggetto privato il diritto di costruire e/o gestire un'opera pubblica come contropartita del rischio imprenditoriale accompagnato, talvolta, dall'obbligo di pagare un prezzo⁷.

Il rapporto di concessione tra Stato e impresa, da molti indicato come forma principale del partenariato pubblico privato⁸ sulla scorta dell'inquadramento ricavabile dal Libro Verde della Commissione europea del 2004⁹, mira quindi a realizzare una cooperazione con la finalità di garantire il finanziamento, la costruzione e la gestione di un'infrastruttura «permettendo alla sfera pubblica di beneficiare del know-how e del capitale del settore privato»¹⁰.

Accanto al rapporto concessorio che trasferisce il potere pubblico ad un soggetto privato, la collaborazione tra pubblico e privato è disciplinata da un con-

⁵ Corte cost., 27 dicembre 1973, n. 183, in *Consulta* online, <http://www.giurcost.org/decisioni/1973/0183s-73.html>.

⁶ Corte cost., 8 giugno 1984, n. 170, in *Giur. cost.*, 1984, 1098.

⁷ L'inquadramento della *partnership* pubblico-privata nel diritto positivo è opera non semplice tanto che si rinvengono diversi contributi in dottrina pur senza un intervento di riordino negli strumenti normativi, cfr. R. Cafari Panico, S. Dominelli, *Partenariato pubblico privato e mobilità elettrica: le proposte della Commissione europea e le sfide nell'ordinamento italiano*, in L. Ammannati, R. Cafari Panico (a cura di), *I servizi pubblici vecchi problemi e nuove regole*, Milano, 2018, 117 ss. e M.P. Chiti, *Luci, ombre e vaghezze nella disciplina del Partenariato Pubblico-Privato*, in M.P. Chiti (a cura di), *Il Partenariato pubblico privato*, Bologna, 2005, 7 ss.

⁸ Cfr. B. Raganelli, *Il contratto di concessione come modello di partenariato pubblico-privato e il nuovo codice dei contratti*, in *Amm. in camm.*, 2017, 1 e G. Santi, *Il partenariato pubblico-privato ed il contratto di concessione. Il contraente generale*, in F. Mastragostino (a cura di), *Diritto dei contratti pubblici. Assetto e dinamiche evolutive alla luce del nuovo codice del decreto correttivo 2017 e degli atti attuativi*, Torino, 2017, 141.

⁹ Libro verde della Commissione, del 30 aprile 2004, relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni. Va però specificato che, come emerge dall'atto di sintesi della Commissione europea al citato libro verde, nel diritto positivo, «non esiste alcun quadro giuridico specifico per le PPP a livello europeo. Il Libro verde si prefigge quindi di esaminare se il trattato che istituisce la Comunità europea (trattato CE) e il suo diritto derivato siano adeguati e sufficienti per far fronte alle particolari situazioni determinate dalle PPP. Questa analisi verte tanto sulla selezione del partner privato, quanto sulla realizzazione della *partnership*», atto rinvenibile sul seguente indirizzo internet istituzionale: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=LEGISSUM%3A122012>.

¹⁰ Cfr. A. Carullo, *Lezioni di diritto amministrativo dell'economia*, Torino, 2018, 305. Nello stesso senso, per un approfondimento, si rinvia a Cfr. G. Santi, *Il partenariato pubblico-privato ed il contratto di concessione. Il contraente generale*, in F. Mastragostino (a cura di), *op. cit.*, 156.

tratto, denominato convenzione accessoria alla concessione¹¹, molto diversificato in ragione dell'identificazione dell'oggetto principale del rapporto alla luce delle modalità di finanziamento, della ripartizione dei rischi e dal grado di libertà di gestione di cui gode l'impresa concessionaria¹².

Attraverso una semplificazione dettata dalla giurisprudenza è possibile distinguere due tipi di concessioni: quelle che hanno come oggetto principale il bene e quelle che hanno come oggetto principale la costruzione e/o l'erogazione del servizio.

Nel primo caso, il concessionario è titolare di un diritto di godimento del bene¹³, con la conseguenza che il servizio erogato diventa una componente accessoria rispetto al godimento del bene¹⁴; ciò avviene, ad esempio, per le concessioni portuali e per le concessioni demaniali¹⁵.

¹¹ Per una ricognizione delle concessioni amministrative, sulla loro natura e sul rapporto con le autorizzazioni si rinvia, senza pretesa di esaustività, ai contributi di O. Ranalletti, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative. Parte I: Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Giur. it.*, 1894, 7 ss.; E. Silvestri, voce *Concessione amministrativa*, in *Enc. dir.*, Milano, 1961, 374 ss.; M. D'Alberty, *Le concessioni amministrative. Aspetti della contrattualità delle Pubbliche amministrazioni*, Napoli, 1981; A. Orsi Battaglini, voce *Autorizzazione amministrativa*, in *Digesto (discipline pubblicistiche)*, II, 1987, 59 ss.; D. Sorace, C. Marzuoli, voce *Concessioni amministrative*, *ivi*, III, 1989, 290 ss.; C. Piacentini, *La concessione di opere pubbliche alla luce delle nuove esigenze del settore*, in *Riv. trim. app.*, 1993, 542 ss.; B. Sordi, *Pubblica amministrazione, negozio, contratto: universi e categorie ottocentesche a confronto*, in *Diritto amministrativo*, 1995, 509 ss.; con specifico riferimento al valore del consenso del privato, si rinvia a E. Bruti Liberati, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico*, Milano, 1996, p. 185 ss.; Id., *Accordi pubblici (ad vocem)*, in *Enc. dir.*, 2001, 21 ss.; G. Greco *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003; G. Napolitano, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003; G. Pericu, *L'attività consensuale dell'amministrazione pubblica*, in L. Mazzaroli et al. (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna, 2005, IV ed., 317 ss.; F. Cancelli, *Gli strumenti consensuali dell'azione pubblica: accordi tra amministrazioni ed accordi con i privati nel mutato quadro dogmatico introdotto dalla L. n. 15/2005*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, 286 ss.; V. Cerulli Irelli, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino, 2011.

¹² Cfr. A. Carullo, *op. cit.*, 306.

¹³ Cfr. *ex multis* Cass. ss. uu., 13 febbraio 1997, n. 1324, in *Giust. civ. Mass.*, 1997, 236 ss.

¹⁴ Si segnalano le riflessioni di E. Santoro, *Concessioni di beni pubblici e procedure di evidenza pubblica con riferimento ai porti turistici*, in *Foro amm. CDS*, 2005, 2388 ss., che effettua un'analisi delle concessioni portuali dalla diversa visuale dello sfruttamento immobiliare dell'area riconducendo l'inapplicabilità delle direttive UE alla espressa esclusione dei contratti di locazione. La qualificazione della concessione come diritto reale di godimento è stata effettuata, più che altro, con riferimento agli effetti fiscali che ne derivano: Cass. civ., sentenza del 4 maggio 1998, n. 4402, *Soc. S. Giorgio cantieri marittimi c. Ministero delle finanze*, in *Dir. mar.*, 2000, 157 ss. con commento di M. Olivi, *il regime giuridico delle opere realizzate dal concessionario sul demanio marittimo*; mentre altre pronunce ne valorizzano l'aspetto obbligatorio equiparando la convenzione tra privato e amministrazione ad un contratto ad effetti obbligatori accessivo alla concessione: TAR Liguria, Sez. I, sentenza del 25 ottobre 2004, n. 1479, *C. G. c. Comune di Lavagna*, in *Foro amministrativo TAR*, 2004, 2887 ss. Va, comunque, segnalato che esiste un orientamento giurisprudenziale che considera la prestazione dei servizi su aree demaniali come mera occasione in quanto "l'attribuzione di alcune facoltà atte a garantire una certa redditività del titolo (possibile attivazione di punti di ristoro, possibilità di affittare attrezzature balneari, ecc.) consente di configurare un appalto di servizi, essendo queste soltanto occasionate dall'assentimento, avente valore assorbente": TAR Latina, sentenza del 6 febbraio 2004, n. 36, *Soc. S. c. Comune di Latina*, *ivi*, 452.

¹⁵ Cfr. Corte giust., 18 novembre 1999 C-224/97, *Erich Ciola contro Land Vorarlberg.*, in *Racc.*, 1999, 2517 ss.

Nel secondo caso, il diritto di godimento del bene è accompagnato dall'obbligo di soddisfare un interesse pubblico previamente individuato dall'amministrazione che ne regola, quindi, tariffe, condizioni e modalità di erogazione. Ciò avviene, ad esempio, per le concessioni autostradali, ferroviarie e per il trattamento dei rifiuti. In tali casi, infatti, l'amministrazione determina le tariffe nonché le condizioni di erogazione dei servizi che diventano, quindi, la componente principale del rapporto concessorio¹⁶.

2.2. *La disciplina ordinaria della revoca: cenno*

La distinzione tra concessione e convenzione accessoria alla concessione è fondamentale per circoscrivere la legittimità delle ipotesi di cessazione del rapporto tra Stato e impresa. Mentre la cessazione del rapporto di concessione è disciplinata dal diritto pubblico, la cessazione del rapporto contrattuale è basata sulla parità tra le parti, con conseguente soggezione alla disciplina civilistica¹⁷. Quest'ultima, tuttavia, subisce un'influenza delle norme pubblicistiche poiché la cessazione del rapporto di concessione, di regola, fa venir meno anche il rapporto contrattuale in quanto ne costituisce un presupposto di legittimità.

L'ordinamento nazionale, alla legge n. 241/1990¹⁸, prevede due principali istituti attraverso cui l'autorità concedente può estinguere unilateralmente il rapporto di concessione: la revoca e la decadenza.

La revoca può essere dichiarata quando muta l'interesse pubblico o quando si verifica un mutamento della situazione di fatto non prevedibile dall'amministrazione al momento dell'adozione del provvedimento; qualora la revoca comporti un pregiudizio economico per il concessionario, quest'ultimo ha diritto ad un indennizzo generalmente pari al valore dell'affidamento generato dalla completa esecuzione della convenzione¹⁹.

Nel caso delle concessioni, la regola generale è integrata da alcune discipline di settore: ad esempio, le concessioni che hanno come oggetto il godimento di un bene possono essere revocate sulla base dell'art. 42 del codice della navigazione che, tuttavia, dava un ampio potere di revoca senza indennizzo ma che, ora-

¹⁶ Cfr. D. Maresca, *La regolazione delle infrastrutture di trasporto tra esigenze di certezza e di promozione degli investimenti*, in L. Ammannati, A. Canepa (a cura di), *Politiche per un trasporto sostenibile*, Napoli, 2017, 75.

¹⁷ Cfr. Bruti Liberati E., *Consenso e Funzione nei contratti di diritto pubblico*, Milano, cit. 185 ss.

¹⁸ Cfr. TAR Campania, sez. VII, 07 agosto 2007, n. 7378, in *Foro amm. TAR*, 2007, 2006 ss.

¹⁹ Cfr. G. Crepaldi, *la revoca dell'aggiudicazione provvisoria tra obbligo indennitario e risarcimento*, in *Foro amm. CDS*, 2010, 868 ss.; P. Gotti, *Osservazioni in tema di revoca degli atti amministrativi dopo le leggi n. 15/2005 e n. 40/2007*, in *Dir. amm.*, 2009, 691 ss.; E. Sticchi Damiani, *La revoca dopo la l. n. 15 del 2005*, in *Foro amm. TAR*, 2006, 1547 ss.

mai, deve essere letto in combinato disposto con il citato art. 21 *quinquies* nella parte in cui prevede l'obbligo di corrispondere l'indennizzo.

Per le concessioni di costruzione e gestione, la disciplina della revoca è integrata dalla previsione di cui all'art. 176 del codice degli appalti e delle concessioni, decreto legislativo n. 50/2016, che elenca i tre casi di cessazione delle concessioni: in primo luogo, quando il concessionario avrebbe dovuto essere escluso, in secondo luogo, quando la stazione appaltante ha violato, con riferimento al procedimento di aggiudicazione, il diritto dell'Unione europea e, infine, quando la concessione ha subito una modifica sostanziale che avrebbe richiesto una nuova procedura di aggiudicazione.

L'art. 176 del decreto legislativo n. 50/2016 prevede che il concessionario diventi creditore di un indennizzo che include tre principali componenti: a) 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, b) le penali e gli altri costi sostenuti o da sostenere in conseguenza della risoluzione, ivi inclusi gli oneri derivanti dallo scioglimento anticipato dei contratti di copertura del rischio di fluttuazione del tasso di interesse e c) un indennizzo a titolo di risarcimento del mancato guadagno pari al 10 per cento del valore delle opere ancora da eseguire ovvero, nel caso in cui l'opera abbia superato la fase di collaudo, del valore attuale dei ricavi risultanti dal piano economico finanziario allegato alla concessione per gli anni residui di gestione.

L'indicata disciplina di cui all'art. 176 del decreto legislativo n. 50/2016 va letta in rapporto di specialità rispetto alla regola generale prevista dall'art. 21 *quinquies* comma 3 della legge n. 241/1990 secondo cui la revoca di provvedimenti, che incidono su rapporti negoziali durevoli, darebbe diritto ad un indennizzo limitato al danno emergente; in sostanza, la convezione accessoria alla concessione non può rientrare nell'ambito di applicazione di tale regola per due ragioni: in primo luogo, in virtù della previsione speciale di cui all'art. 176 del decreto legislativo n. 50/1976 e, in secondo luogo, in quanto le convenzioni accessorie alle concessioni, che spesso disciplinano le conseguenze della revoca, richiedono, nella maggior parte dei casi, un'approvazione con legge che si pone in rapporto di specialità rispetto alla legge n. 241/1990²⁰.

La stessa normativa impone una riflessione con riferimento al dovere di motivazione²¹, da un lato, e alla tutela delle posizioni giuridiche private, dall'altro. La giurisprudenza amministrativa è stata chiara nel riferire l'obbligo di moti-

²⁰ Cfr. E. Bruti Liberati, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico*, cit., 185 ss.; Id., *Accordi pubblici* (ad vocem), in *Enc. Dir.*, Milano, 2001, 21 ss.; per un inquadramento, si veda G. Greco, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003.

²¹ Cfr. TAR Puglia, Sez. I, 6 maggio 2003, n. 1903, in *Foro amm. TAR*, 2003, 1753 ss.

vazione anche alle ragioni di interesse pubblico che ne giustificano l'adozione²². Ciò risulta particolarmente importante soprattutto in quei casi in cui la revoca incide su posizioni già acquisite dal privato²³.

La motivazione, infatti, deve includere tanto le ragioni di interesse pubblico quanto le posizioni giuridiche che si sono consolidate²⁴ in capo ai soggetti privati e su cui questi ultimi avevano fatto affidamento²⁵.

2.3. *La disciplina ordinaria della decadenza: cenno*

La decadenza, invece, può essere dichiarata quando il concessionario è inadempiente rispetto agli obblighi concessori e presuppone un accertamento delle relative violazioni attraverso un procedimento amministrativo.

Poiché non esiste una disciplina generale sulla decadenza del provvedimento amministrativo, l'istituto ha presupposti di applicazione coerenti tra le concessioni di beni e le concessioni di servizi: mentre per le prime la disciplina di settore prevede ipotesi specifiche di decadenza, per le seconde occorre fare riferimento alle convenzioni accessorie alla concessione nonché alle conseguenze previste dal codice degli appalti, decreto legislativo n. 50/2016, in caso di inadempimento del concessionario.

Per le concessioni di beni, si può prendere ad esempio la norma che disciplina le concessioni demaniali marittime, sulla base dell'art. 47 del codice della navigazione che prevede sei casi in cui può essere pronunciata la decadenza: tre casi

²² TAR Sicilia, Sez. III, 4 dicembre 2008, n. 2279, in *Foro amm. TAR*, 2008, 3485 ss.; in dottrina, cfr. M. Immordino, *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Torino, 1999.

²³ Sul tema dei c.d. diritti quesiti, si rinvia a A. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, 15° ediz., Napoli, 1989, vol. I, 720 ss. Cfr. S. Fantini, *La revoca dei provvedimenti incidenti su atti negoziali*, in *Dir. proc. amm.* 2009, 1 ss. nonché, in tema di responsabilità precontrattuale dell'amministrazione, M.T.P. Caputi Jambrenghi, *Assorbimento dell'indennizzo da revoca dell'aggiudicazione e responsabilità precontrattuale dell'amministrazione*, in *Foro amm. TAR*, 2007, 144 ss.

²⁴ Sul dovere di motivazione nascente anche dalla legge n. 241/1990 e sull'estensione della sua applicazione, si vedano i recenti contributi: M. Alesio, *Legge 241: la motivazione non va soppressa senza limiti*, in *Dir. giust.*, 2004, 76 ss.; M. Cerchiara, *Il diritto di difesa nel procedimento amministrativo*, in *Foro amm. CDS*, 2004, 1451 ss.; S. Baccarini, *Motivazione ed effettività della tutela*, in *Foro amm. TAR*, 2007, 3311 ss.; L. Ferrara, *Motivazione e impugnabilità degli atti amministrativi*, *ivi*, 2008, 1193 ss.; M. Cocconi, *L'obbligo di motivazione degli atti amministrativi generali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2009, 707 ss.; B.D. Fraudatario, *Motivazione postuma: l'orientamento garantista del consiglio di stato*, in *Foro amm. CDS*, 2010, 151 ss.

²⁵ Sulla tutela dell'affidamento in quanto principio che orienta l'attività dell'amministrazione pubblica si rinvia ai lavori di F. Merusi, *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970, Id., *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico - Dagli anni 'trenta' all'alternanza*, Milano, 2001, M. Immordino, *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, cit. 1 ss., S. Antoniazzi, *La tutela del legittimo affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione*, Torino, 2005, M. Gigante, *Mutamenti nella regolazione dei rapporti giuridici e legittimo affidamento*, Milano, 2008, A. Gigli, *Nuove prospettive di tutela del legittimo affidamento nei confronti del potere amministrativo*, Napoli, 2016.

riferibili alla violazione dei termini della concessione e tre casi riferibili ad uno scarso sfruttamento del bene.

Le prime tre ipotesi includono: a) la mancata esecuzione delle opere prescritte nell'atto di concessione e/o la loro gestione senza il rispetto dei termini previsti, b) il mancato pagamento del canone fissato dal provvedimento di rilascio della concessione e c) la generale inadempienza degli obblighi derivanti dalla concessione, o imposti da norme di legge o di regolamenti.

Le altre tre ipotesi di decadenza includono: a) il mancato o cattivo uso del bene, b) il mutamento sostanziale non autorizzato dello scopo per il quale è stata rilasciata la concessione nonché c) l'abusiva sostituzione di altri nel godimento di essa.

Per le concessioni di costruzione e gestione, il codice degli appalti prevede la risoluzione contrattuale *ex art.* 1453 del codice civile come conseguenza dell'inadempimento: la risoluzione si applica, ovviamente, alla convenzione tra concessionario e concedente e comporta, inevitabilmente, la decadenza del provvedimento amministrativo concessorio.

Tuttavia, il codice degli appalti prevede che, prima di dichiarare la risoluzione e la decadenza, il concedente sia obbligato a tentare di conservare la vita della concessione chiedendo agli enti finanziatori del concessionario di individuare un diverso operatore industriale con le medesime caratteristiche che possa subentrare all'operatore inadempiente. In questo caso non si verifica alcuna decadenza.

Va, poi specificato che il decreto legislativo n. 50/2016 prevede una specifica ipotesi di decadenza: ai sensi dell'art. 103 comma 3, la mancata costituzione della garanzia richiesta dal bando di gara determina la decadenza dell'affidamento.

Alla disciplina del codice degli appalti si affiancano le discipline speciali previste dalle convenzioni accessorie. Ad esempio, le convenzioni autostradali, pubblicate dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, prevedono la pronuncia della decadenza in caso di inadempimento del concessionario previo accertamento tramite un procedimento in contraddittorio tra concedente e concessionario della durata di circa sei mesi.

In caso di esito positivo dell'accertamento, il concedente può applicare una sanzione pari al 10% del valore residuo della concessione, fatto salvo il maggior danno che può essere fatto valore in via giudiziale attraverso il già citato art. 1453 del codice civile. In tali casi, infatti, non viene meno il diritto all'indennizzo per il concessionario, pari a quello dovuto in caso di revoca, che, tuttavia, dovrà essere ridotto dal giudice in ragione della misura del maggior danno patito dal concedente.

Va specificato, che sia ai sensi delle convenzioni accessorie sia ai sensi del decreto legislativo n. 50/2016, all'art. 176 comma 6, la revoca e la decadenza hanno come effetto l'obbligo di consegna dell'opera dal concessionario al concedente a condizione che il concedente effettui il pagamento dell'indennizzo indicato.

Con tutta evidenza, nei casi in cui l'atto amministrativo concessorio non è assoggettato a revoca o decadenza per mancanza dei presupposti, la relativa disciplina del recesso sarebbe interamente soggetta al codice civile al quale, tuttavia, le amministrazioni si sono dimostrate poco inclini a voler essere vincolate²⁶: in questi casi, non molto frequenti ma molto invasivi, il legislatore è intervenuto con misure *ad hoc*, attraverso decreti legge convertiti in legge, che hanno sostanzialmente privato di effetti le convenzioni accessorie, e le concessioni, in via totale o parziale.

Tuttavia, proprio per la natura paritetica della convenzione accessoria alla concessione, anche la massima espressione della sovranità, il legislatore, incontra alcuni limiti nell'adozione di tali misure in ragione dell'appartenenza all'Unione europea.

Nei successivi paragrafi verranno analizzati alcuni casi emblematici al fine, poi, di delineare i limiti che lo Stato membro incontra nella privazione autoritativa degli effetti delle concessioni e delle convenzioni accessorie.

3. *I mercati interessati da casi di cessazione anticipata o modifiche autoritative delle concessioni da parte del legislatore*

3.1. *Il mercato del trattamento dei rifiuti: il caso della Campania*

Alla fine degli anni '90 il Commissario Straordinario per la gestione dei rifiuti in Campania (il Presidente della Regione Campania) decise di aggiudicare con gara due concessioni di costruzione e gestione (una per la provincia di Napoli ed una per il resto della Campania) al fine di affidare l'intero ciclo di smaltimento dei rifiuti a valle della raccolta differenziata²⁷.

Il rapporto contrattuale prevedeva che il concessionario trattasse i rifiuti in stabilimenti dedicati, separando la parte combustibile, da bruciare in due termovalorizzatori allo scopo costruiti, da quella non combustibile, da smaltire in siti reperiti e gestiti dall'affidatario stesso²⁸.

A fronte degli oneri di costruzione e di esercizio degli impianti e dei siti di smaltimento, il concessionario si era assunto la gestione consistente nella riscossione di una tariffa di smaltimento e nella vendita dell'elettricità prodotta bruciando i rifiuti combustibili.

²⁶ Cfr. L. Monteferrante, *La disciplina privatistica nell'adozione degli atti di natura non autoritativa della pubblica amministrazione*, in *Amm. in camm.*, 2006, 1 ss.

²⁷ Cfr. L. Baroni, *Lo sguardo vigile dell'Europa sulla «emergenza rifiuti» in Campania*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2011, 1093 e Id., *Le principali sentenze di condanna dell'Italia per la mala gestione dell'emergenza rifiuti in Campania e la perdurante violazione della normativa europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2015, 615.

²⁸ Per una ricostruzione degli obblighi di carattere ambientale connessi alla pianificazione del territorio, si rinvia a L. Colella, *La governance dei rifiuti in Campania tra tutela dell'ambiente e pianificazione del territorio. Dalla «crisi dell'emergenza rifiuti» alla «società europea del riciclaggio»*, in *Riv. giur. amb.*, 2010, 493 ss.

Ambedue le gare, regolate dalla disciplina comunitaria sul mercato interno (artt. 49 ss., TFUE), sono state vinte da un raggruppamento di imprese la cui mandataria era Impregilo S.p.A. (costruttore edile).

È importante sottolineare che il beneficio economico per il concessionario, che consentiva di garantire l'equilibrio finanziario della concessione, era incentrato sullo smaltimento e sulla combustione dei rifiuti con contestuale vendita dell'energia prodotta. In particolare, lo schema contrattuale individuato dal committente prevedeva che i rifiuti trovassero la loro destinazione finale nella combustione (presso i due grandi impianti costruiti dall'affidatario) e in siti di smaltimento.

Tuttavia, prima che gli impianti di termovalorizzazione venissero ultimati, la gestione dei rifiuti in Campania peggiorò in modo esponenziale obbligando il Commissario a predisporre misure di urgenza autoritative per la gestione anticipata degli impianti nei confronti del concessionario che, concentratosi nella gestione dell'emergenza, non riuscì a smaltire ed eseguire la combustione dei rifiuti non soggetti a raccolta differenziata.

Per tali ragioni, constatata l'impossibilità di proseguire il rapporto concessorio così come l'impossibilità di dichiarare una decadenza per inadempimento o una revoca, lo Stato ha disposto la risoluzione della concessione attraverso il decreto legge 30 novembre 2005, n. 245, convertito con la legge n. 21/2006²⁹.

Attraverso il decreto legge n. 245/2005, lo Stato ha, in primo luogo, disposto la risoluzione dei contratti di affidamento di smaltimento rifiuti e vendita energia, facendo salve tutte le posizioni giuridiche soggettive fino ad allora maturate e maturande derivanti dagli stessi; in secondo luogo, è stato previsto l'obbligo per il concessionario di assicurare la gestione provvisoria del servizio e l'utilizzo dei beni nella loro materiale disponibilità, fino al subentro di un nuovo soggetto affidatario, ma «nel puntuale rispetto dell'azione di coordinamento svolta dal Commissario delegato»³⁰ e sotto le esclusive direttive di quest'ultimo e, infine, ha previsto l'obbligo, per il concessionario, di completare comunque il termovalorizzatore di Acerra.

Tali obblighi avrebbero dovuto durare sino al subentro di un nuovo soggetto, al quale il concessionario avrebbe dovuto trasferire tutti i propri impianti, ivi incluso il termovalorizzatore in corso di costruzione.

In sede di conversione del decreto legge n. 245/2005, è stato fissato dallo Stato un indennizzo per il trasferimento della proprietà del termovalorizzatore di Acerra, ultimato dal concessionario, ed è stato individuato il soggetto a cui doveva essere trasferita la proprietà e la concessione per la gestione del termovalorizzatore.

²⁹ Decreto legge 30 novembre 2005, n. 245, in *Gazz. Uff.*, 30 novembre, n. 279, convertito con la legge 27 gennaio 2006, n. 21, «Misure straordinarie per fronteggiare l'emergenza nel settore dei rifiuti nella regione Campania ed ulteriori disposizioni in materia di protezione civile».

³⁰ Art. 1 comma 7 del decreto legge n. 245/2005.

3.2. *Il mercato autostradale: dal decreto Di Pietro al decreto Emergenze*

Il mercato autostradale è particolarmente soggetto ad interventi del legislatore tanto che le misure che hanno inciso sulle concessioni già stipulate sono state numerose, di cui due molto recenti.

Il primo intervento unilaterale dello Stato è avvenuto nel 2006 in occasione dell'adozione del decreto legge n. 262/2006 che ha disposto un accorpamento di tutti i testi concessori vigenti per ogni tratta autostradale in un unico atto, denominato convenzione unica, con l'imposizione di un nuovo regime regolatorio.

Secondo il nuovo regime, gli investimenti effettuati dal concessionario, sulla base del piano economico finanziario allegato alla concessione, sarebbero stati remunerati tramite aumento tariffario, solo dopo una verifica annuale di corretto adempimento con conseguente approvazione da parte del concedente.

Per i concessionari che non avessero accettato la sottoscrizione della convenzione unica e il nuovo regime regolatorio, il decreto legge n. 262/2006, all'art. 12, prevedeva la decadenza e l'automatico subentro in concessione di ANAS S.p.A.³¹.

Più recentemente, in occasione del crollo del Viadotto Polcevera, il decreto legge n. 109/2018 ha disposto lo sposessamento della disponibilità del medesimo Viadotto a favore di un Commissario straordinario, nominato dal Presidente del Consiglio dei Ministri, al fine di affidarne la ricostruzione ad un soggetto diverso dal concessionario.

Il decreto legge n. 109/2018 ha inoltre quantificato in via unilaterale gli indennizzi dovuti dal concessionario a favore delle imprese e persone residenti nella zona interessata dal crollo nonché la consegna dei tratti autostradali funzionali alla ricostruzione del viadotto crollato.

Peraltro, si prevede una procedura di scelta del costruttore ai sensi dell'art. 32 della Direttiva 24/2014/UE, ossia con negoziazione senza pubblicazione del bando di gara, con il solo limite di non poter aggiudicare l'appalto all'attuale concessionario o a società ad esso collegate.

Il medesimo decreto dispone una modifica di tutte le concessioni autostradali vigenti attraverso una modifica tariffaria consistente nell'inserimento del c.d. parametro X, basato sulla produttività, la cui determinazione spetta all'Autorità di Regolazione dei Trasporti³² attraverso una procedura di consultazione aperta agli operatori.

³¹ Cfr. L. Saltari L., A. Tonetti (a cura di), *Il regime giuridico delle autostrade, in Italia, in Europa e nelle principali esperienze straniere*, Milano, 2017, 67 ss.

³² Con specifico riferimento ai limiti che incontrano le Autorità indipendenti si rinvia a E. Bruti Liberati, *Servizi di interesse economico generale e regolatori indipendenti*, in E. Bruti Liberati, F. Donati (a cura di), *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, cit., 75 ss; e in Id., *Regolazione indipendente e politica energetica nazionale*, in *Riv. reg. merc.*, 2014, 81 ss.

In entrambi i casi del decreto legge n. 262/2006 e del decreto legge n. 109/2018, si è assistito ad un tentativo di regolazione più stringente della tariffa autostradale con due finalità: il contenimento degli incrementi del pedaggio e un maggiore controllo sulla realizzazione degli investimenti da parte del concessionario.

Va precisato che, nel primo caso, il decreto legge n. 262/2006 segnava il passaggio al già citato nuovo regime regolatorio per le autostrade, che ha sostituito la remunerazione degli investimenti *ex ante*, ossia sulla base del cronoprogramma per l'anno in corso, con la remunerazione *ex post*, ossia successivamente alla verifica della loro realizzazione da parte del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti.

In occasione del decreto legge n. 109/2018, invece, il nuovo parametro tariffario interviene per modificare la ripartizione del rischio contrattuale a sfavore del concessionario attraverso un intervento da parte dell'Autorità di Regolazione dei Trasporti. In sostanza, il parametro X integra la formula tariffaria vigente per i due modelli esistenti, c.d. «a riequilibrio» e «a convalida»³³, in modo diverso.

Nel caso dei piani finanziari «a riequilibrio», il decreto legge n. 109/2018 introduce un parametro di contenimento dei costi e di miglioramento del livello del servizio non ancora applicato prima che implica un possibile fattore di abbassamento delle tariffe non previsto inizialmente.

Nel caso dei piani finanziari «a convalida», come emerge dalle concessioni pubblicate sul sito del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, l'efficienza era forfettizzata allo 0,70% dell'inflazione con la conseguenza che la determinazione variabile da parte dell'Autorità di Regolazione dei Trasporti di un nuovo parametro modifica l'alea contrattuale che, al momento dell'approvazione del decreto legge n. 109/2018 era limitata allo 0,30% dell'inflazione.

3.3. *Il mercato delle infrastrutture ferroviarie ad Alta Velocità*

L'affidamento delle concessioni per la realizzazione delle infrastrutture ferroviarie ad alta velocità³⁴ rappresenta un altro caso pilota di intervento autoritativo in rapporti concessori attraverso l'esercizio del potere legislativo.

Agli inizi degli anni 90, le autorità italiane decisero di realizzare una rete ferroviaria ad alta velocità attraverso un sistema articolato su più livelli: l'Ente Ferrovie dello Stato, quale concessionario del Ministero dei Trasporti e della Navigazione (odierno Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti) incaricava la TAV,

³³ Per una ricognizione dei due modelli tariffari esistenti sulla base dei due diversi regimi, «a riequilibrio» e «a convalida», si rinvia a D. Maresca, *op. cit.*, 75.

³⁴ Cfr. L. Ammannati, *Verso un trasporto sostenibile. Interoperabilità intermodalità e digitalizzazione*, in L. Ammannati, A. Canepa (a cura di), *Politiche per un trasporto sostenibile*, Napoli, 2017, 11.

società *in house* rispetto all'Ente medesimo, della progettazione, della costruzione e della gestione della rete ad alta velocità. Sulla base di tale incarico, la concessionaria TAV doveva adempiere ai propri obblighi avvalendosi di *general contractors* facenti parte della cerchia dei principali gruppi industriali italiani ovvero di imprese garantite integralmente da questi.

A tal fine, attraverso una procedura di gara che consentiva la partecipazione solo a soggetti di nazionalità italiana, vennero scelti, tre gruppi industriali, dei quali uno, quello FIAT, operava quale *general contractor*, mentre gli altri due assunsero garanzie per i consorzi di *general contractors* IRICAV UNO, IRICAV DUE, CEPAV UNO e CEPAV DUE. Il consorzio COCIV veniva destinato alla realizzazione di un'altra tratta. Infine, i *general contractors* avrebbero dovuto affidare la realizzazione dei lavori a imprese appaltatrici.

Il sistema così delineato era caratterizzato dai seguenti rapporti intersoggettivi: a) concessione tra Ministero dei Trasporti e della Navigazione ed Ente F.S. (poi Rete Ferroviaria Italiana S.p.A., anche RFI); contratto di servizio tra RFI e TAV; b) singoli contratti di servizio per ciascuna tratta tra TAV e *general contractors*; c) contratti di appalto tra i *general contractors* e le imprese appaltatrici.

Nel 2000, con la legge n. 388/2000, le autorità italiane hanno revocato, in relazione ad alcune delle tratte in programma ma non ancora iniziate, le concessioni rilasciate alla TAV. Siffatta revoca veniva abrogata nel 2002 ad opera della legge n. 166/2002, inizialmente contestata dalla Commissione europea per l'assenza di gara tra RFI e TAV, con procedura d'infrazione poi archiviata in virtù dell'impegno di scegliere con gara le imprese costruttrici.

Nonostante fossero state fugate le perplessità sull'obbligo di gara, con l'art. 12 del decreto legge n. 7/2007 venne disposta la revoca della concessione rilasciata nel 1991/92 per le tratte Milano-Verona, Milano-Genova e Verona-Padova, non ancora realizzate. Venne contemporaneamente revocata anche la corrispondente autorizzazione rilasciata dal Ministero dei Trasporti e della Navigazione alla RFI per proseguire nel rapporto con la TAV; tali effetti si estesero a tutti i connessi rapporti fra la TAV e i *general contractors*, rispetto ai quali le concessioni e le autorizzazioni revocate costituivano il presupposto. Dall'art. 12 del decreto legge n. 7/2007 risulta che le prestazioni già eseguite dalle ricorrenti dovevano essere compensate nei limiti dei costi effettivamente sostenuti, restando così escluso il rimborso del lucro cessante.

Nel 2007 il TAR Lazio, investito della questione relativa all'annullamento di tale disposizione, su richiesta dei tre *general contractors* ha rimesso alla Corte di giustizia dell'Unione europea la valutazione della compatibilità dell'art. 12 del decreto legge n. 7/2007 con gli artt. 43, 49, 56, TCE nonché con i principi comunitari di certezza del diritto e tutela del legittimo affidamento.

Tuttavia, tanto il contenzioso al TAR quanto il corrispondente rinvio pregiudiziale in Corte di giustizia non giunsero a conclusione in quanto il legislatore abrogò l'art. 12 del decreto legge n. 7/2007, e la conseguente revoca, in sede di conversione del decreto legge ad opera dell'articolo 1 della legge 2 aprile 2007, n. 40.

4. *I limiti posti dall'ordinamento europeo*

La modifica di una concessione, attraverso l'esercizio del potere legislativo, incontra alcuni vincoli basati sulle limitazioni alla sovranità consentite dalla Costituzione ai sensi degli articoli 11 e 117. Si tratta, in particolare, delle disposizioni appartenenti all'ordinamento dell'Unione europea che, come ripetutamente stabilito dalla Corte Costituzionale³⁵ impongono allo Stato membro di disapplicare le norme interne incompatibili con il diritto dell'Unione europea.

Il generale obbligo di disapplicazione, confermato più volte anche dalla Corte di giustizia a partire dalle sentenze *Costa*³⁶ e *Simmenthal*³⁷, è stato ritenuto sussistente, in modo inequivocabile, in capo, non solo al giudice, ma anche all'amministrazione pubblica, fin dalla sentenza *Fratelli Costanzo*³⁸, nonché al potere legislativo come specificamente affermato dalla Corte di giustizia, in occasione della sentenza n. 46/1993³⁹, secondo lo schema di responsabilità inaugurato con la sentenza n. 6/1990⁴⁰.

Tra i vincoli che condizionano l'intervento unilaterale nelle concessioni in essere, la giurisprudenza ne ha segnalati alcuni che, tuttavia, hanno avuto un'applicazione non sempre univoca e richiedono, pertanto, una sistematizzazione; si tratta, in particolare, dei principi di certezza del diritto e legittimo affidamento⁴¹

³⁵ Cfr. Corte cost., 27 dicembre 1973, n. 183, in *Consulta online*, <http://www.giurcost.org/decisioni/1973/0183s-73.html>, Corte cost., 8 giugno 1984, n. 170, in *Giur. cost.*, 1984, 1098.

³⁶ Corte giust., 15 luglio 1964, *Costa contro Enel*, causa 6/64, in *Racc.* 1964, 1129.

³⁷ Corte giust., 9 marzo 1977, *Simmenthal contro Amministrazione delle Finanze dello Stato*, causa C-106/77, in *Racc.* 1978, 629.

³⁸ Corte giust., 22 giugno 1989, *Fratelli Costanzo SpA contro Comune di Milano*, C-103/88, in *Racc.* 1989, 1839.

³⁹ Corte giust., 5 marzo 1996, *Brasserie du Pêcheur SA contro Bundesrepublik Deutschland e The Queen contro Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd e altri*, Cause riunite C-46/93 e C-48/93, in *Racc.* 1996, 1029.

⁴⁰ Corte giust., 19 novembre 1991, *Andrea Francovich contro Repubblica italiana e tra Danila Bonifaci e altri e Repubblica italiana*, cause C-6/90 e C-9/90, in *Giur. it.*, 1993, 1585.

⁴¹ Cfr. Cons. Stato, ad. plen., 30 agosto 2018, n. 12, in *Foro Amm.*, 2018, 1197 ss., Cons. Stato, sez. VI, 14 novembre 2014, n. 5609, in *Foro Amm.*, 2014, 11, 2810 ss., Cons. Stato, sez. VI, 16 gennaio 2014, n. 154, in *Foro Amm.*, 2014, 145 ss. Sul punto si richiama A. Travi, *Considerazioni critiche sulla tutela dell'affidamento nella giurisprudenza amministrativa (con particolare riferimento alle incentivazioni alle attività economiche)* in *Riv. reg. merc.*, 2018, 8 ss.

nonché delle norme in materia di libera circolazione dei servizi (art. 56 TFUE), come dettagliate dalle Direttive 23 e 24 del 2014 applicabili agli appalti e alle concessioni e, infine, dalla tutela del diritto di proprietà sulla base dell'art. 1 prot. 1 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU).

4.1. *Diritto primario: certezza del diritto e legittimo affidamento*

Il principio di certezza del diritto, con particolare riferimento al legittimo affidamento⁴², è parte integrante dell'ordinamento dell'Unione europea in virtù di una consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia. Il presente lavoro considera il legittimo affidamento in quanto principio generale del diritto dell'Unione europea e si differenzia dalla dimensione procedimentale della tutela dell'affidamento⁴³.

Le sentenze della Corte di giustizia che si sono occupate del tema hanno ad oggetto la restituzione degli aiuti di stato dichiarati illegittimi; con riferimento a tale fattispecie, l'obbligo dello Stato membro di porre rimedio alla violazione dell'art. 107 TFUE, incontra il limite della certezza del diritto⁴⁴, nel senso di tutela del legittimo affidamento del beneficiario⁴⁵. Ciò significa che l'impresa che ha percepito l'aiuto non è tenuta a restituire quanto ha ricevuto in buona fede.

La domanda che ci si pone in tale sede è se la tutela del legittimo affidamento sia limitata agli aiuti di stato o possa essere invocata anche da chi è stato aggiudicatario di una concessione sulla base delle norme europee in materia di mercato interno. Prima di provare a dare una risposta è utile evidenziare i ragionamenti emersi durante i giudizi dei casi qui in esame.

Nel caso del decreto legge n. 262/2012, si legge uno specifico passaggio dell'Ordinanza di rinvio pregiudiziale del Tribunale di Genova del 16 novem-

⁴² Cfr. Corte giust., 3 dicembre 1998, *Belgocodex S.A.*, causa C381/97, in *Racc.*, 8153, punto 26, Corte giust., 26 aprile 2005, *Stichting «Goed Wonen»*, causa C376/02, in *Racc.*, 3445, punto 32; in dottrina cfr. M. Corsale, *Certezza del diritto: I (Profili teorici)*, in *Enc. Giur.*, vol. VI, 1 ss. e A. Gigli, *op. cit.*, 71 ss.

⁴³ Cfr. A. Travi, *Considerazioni critiche sulla tutela dell'affidamento nella giurisprudenza amministrativa (con particolare riferimento alle incentivazioni alle attività economiche)*, cit., 8 ss.

⁴⁴ Cfr. Va specificato che la certezza del diritto è un principio generale dell'Unione europea, nel cui ambito di applicazione rientrano diverse fattispecie tra cui la tutela del c.d. legittimo affidamento. Per una breve analisi si rinvia a O. Lombardi, *Certezza del diritto e primato del diritto comunitario in presenza di giudicato esterno in materia tributaria*, in *Riv. dir. Trib.*, 2009, 303 ss., e C. Fontana, *Certezza del diritto ed effettività del primato del diritto europeo nelle procedure di recupero degli aiuti fiscali incompatibili: il ruolo del giudice nazionale*, in *Riv. dir. trib.*, 2011, 118 ss.

⁴⁵ Corte giust., 21 settembre 1983, cause riunite da 205/82 fino a 215/82, *Deutsche Milchkontor*, in *Racc.*, 2633, punto 19, Corte giust., 20 marzo 1997, causa C-24/95, *Alcan Germania*, in *Racc.*, 1591, punto 24, Corte giust., 3 luglio 2001, causa C-378/98, *Commissione/Belgio*, in *Racc.* 5107, punto 51, nonché Corte giust., 19 settembre 2002, causa C-336/00, in *Racc.*, 7699, punto 55.

bre 2006⁴⁶ che mette in discussione esplicitamente la previsione sulla decadenza, descrivendola come una espropriazione dello Stato a favore di ANAS S.p.A.: «non vi è dubbio che la concessionaria, nel sottoscrivere l'atto di concessione, abbia accettato di sottoporsi al regime giuridico proprio del bene e del servizio, ma è davvero difficile sostenere che questa consapevole accettazione potesse spingersi al punto di consentire all'eventuale, unilaterale e autoritaria espropriazione del bene [...] quando tale espropriazione avvenga in favore di una s.p.a. quale l'ANAS, sua concedente ma al tempo stesso sua concorrente sul mercato specifico».

Il Tribunale di Genova pone, quindi, il dubbio di compatibilità tra la decadenza *ex lege* e il diritto dell'Unione europea e chiede alla Corte di giustizia se tale espropriazione costituisca una fattispecie che merita tutela nel quadro delle direttive in materia di appalti e concessioni. Tuttavia tale ragionamento non è stato discusso in Corte di giustizia in quanto la modifica normativa intervenuta, in sede di conversione del decreto legge, ha abrogato la previsione sulla decadenza, con conseguente cessazione della materia del contendere.

Nel caso dell'Alta Velocità, invece, il rinvio in Corte di giustizia ha consentito all'Avvocato Generale della Corte di depositare le conclusioni, come previsto dal rito, da cui emerge la chiara possibilità di applicare la tutela del legittimo affidamento, ai consorzi concessionari dell'Alta velocità che avevano subito la revoca con legge, entro un limite ben specifico: la buona fede rispetto alla procedura di aggiudicazione della concessione⁴⁷.

In quel caso, la norma che revocava la concessione era intervenuta proprio per porre rimedio ad una violazione del diritto dell'Unione europea in quanto i consorzi erano stati selezionati sulla base di una gara che consentiva la partecipazione esclusivamente a soggetti stabiliti in Italia. La suddetta selezione costituiva una evidente restrizione della libertà di circolazione dei servizi e della libertà di stabilimento di cui i concessionari erano evidentemente consapevoli. Le imprese, dunque, non essendo in buona fede rispetto alla legittimità della procedura di selezione, non hanno potuto invocare il legittimo affidamento.

L'Avvocato Generale della Corte di giustizia ha, infatti, specificato che il beneficiario può opporsi ad una misura di correzione che gli sottrae un vantaggio di cui ha goduto fino a quel momento solo a condizione che sia stato in buona fede circa la regolarità dell'aggiudicazione.

Quanto sopra sembra, quindi, non escludere che il diritto di opporsi ad una misura di correzione dello Stato spetti, esclusivamente, a favore di coloro che siano

⁴⁶ Ordinanza del Tribunale di Genova del 16 novembre 2006, n. 13411, non pubblicata.

⁴⁷ Cfr. Per una riflessione sul valore della buona fede rispetto al sinallagma contrattuale tra pubblico e privato, si rinvia a M. Giavazzi, *Il principio di proporzionalità rovesciata: alla ricerca del sinallagma perduto; un problema di buona fede*, in *Dir. Econ.*, 2017, 59 ss.

diventati concessionari in modo legittimo e siano quindi titolari di una posizione giuridica meritevole di tutela⁴⁸ sulla base dell'ordinamento dell'Unione europea⁴⁹.

La Corte di giustizia, già in occasione della sentenza 18 luglio 2007, causa C-503/04, aveva affermato che le imprese possono trovare tutela nel principio della certezza del diritto postulando addirittura una asimmetrica applicazione del medesimo principio. Il legittimo affidamento non sarebbe opponibile dallo Stato membro verso privati, per giustificare inadempimenti al diritto dell'Unione europea, mentre sarebbe attivabile dalle imprese nei confronti degli Stati membri: «per ciò che riguarda, in secondo luogo, i principi di certezza del diritto e di tutela del legittimo affidamento, il principio *pacta sunt servanda*, nonché il diritto fondamentale di proprietà, anche a voler ritenere che l'amministrazione aggiudicatrice possa vedersi opporre tali principi e tale diritto dalla sua controparte contrattuale in caso di risoluzione del contratto, uno Stato membro non può, in ogni caso, avvalersene per giustificare una» violazione del diritto dell'Unione europea⁵⁰.

La medesima conclusione è stata fatta propria dall'Avvocato Generale Verica Trstenjak proprio in occasione delle conclusioni al caso dell'Alta velocità ferroviaria⁵¹ che ha rafforzato l'analogia tra i casi di restituzione degli aiuti di stato e quelli di revoca delle concessioni, ammettendo che la controparte dello Stato membro possa far valere il principio di certezza del diritto e di tutela del legittimo affidamento purché dimostri di non aver approfittato di un inadempimento dello Stato membro. Mentre nel caso dell'alta velocità i concessionari avevano chiesto la tutela di una situazione contraria al diritto comunitario, nei casi dei rifiuti e delle autostrade la fattispecie concreta era diversa.

Per quanto riguarda i termovalorizzatori in Campania, la scelta del concessionario era avvenuta a seguito di gara con la conseguenza che lo Stato membro non poteva revocare in via unilaterale la concessione e quindi il concessionario avrebbe avuto titolo a chiedere la relativa tutela del legittimo affidamento; pur essendo stata sollevata la questione di fronte all'autorità giudiziaria, con i successivi provvedimenti legislativi di conversione, venne quantificato un indennizzo da corrispondere al concessionario che consentiva di far cessare la materia del contendere ed evitare che si protraessero nel tempo i contenziosi.

⁴⁸ Sulla differenza tra affidamento e mera aspettativa si rinvia alla sentenza del Cons. Stato, sez. II, 5 giugno 2012, n. 5602/10, e Tar Umbria, 7 giugno 2002, n. 389, nonché allo scritto di A. Travi, *Considerazioni critiche sulla tutela dell'affidamento nella giurisprudenza amministrativa (con particolare riferimento alle incentivazioni alle attività economiche)*, cit., 30.

⁴⁹ Sull'indennizzo come rimedio sufficiente a garantire l'affidamento si rinvia a A. Travi, *op. cit.*, p. 30 e, in giurisprudenza la sentenza del Cons. Stato, ad. plen., 30 agosto 2018, n. 12, in *Foro Amm.*, 2018, 1197 ss.

⁵⁰ Corte giust., 18 luglio 2007, causa C-503/04, *Commissione contro Germania*, in *Racc.*, 06153 nonché, per analogia, sentenza 17 aprile 2007, causa C470/03, *AGM-COS.MET*, in *Racc.*, 2749, punto 72.

⁵¹ Sulla base delle conclusioni dell'Avvocato Generale Verica Trstenjak, presentate l'11 settembre 2008, Causa C-351/07, in www.curia.europa.eu, la fattispecie della revoca delle concessioni, per quanto attiene il profilo di certezza del diritto, sarebbe del tutto analoga a quella della restituzione degli aiuti di stato.

Destino simile ebbe il decreto legge n. 262/2006 che arrivò fino ad essere assoggettato al sindacato della Corte di giustizia ma, come nel caso dell'alta velocità, non arrivò fino alla sentenza della Corte in quanto la decadenza *ex lege* venne abrogata.

Anche in questo caso, tuttavia, la certezza del diritto, in coerenza con le conclusioni dell'Avvocato Generale Verica Trstenjak, poteva bene essere fatta valere in ragione del fatto che i concessionari autostradali avevano acquisito la relativa posizione nel mercato attraverso procedure competitive basate proprio sull'ordinamento comunitario aventi ad oggetto, nella maggior parte dei casi, l'acquisizione delle società concessionarie e non già le concessioni.

Non è, ovviamente, noto l'esito della sostanziale revoca parziale avvenuta con il decreto legge n. 109/2018 a danno di Autostrade per l'Italia S.p.A. La norma che ha suscitato maggiore perplessità, l'art. 1 comma 7, prevede che la disponibilità di un tratto di concessione, il viadotto Polcevera e i tratti ad esso funzionali, passi nella disponibilità del Commissario straordinario prevedendo altresì la scelta di un contraente per la ricostruzione diverso dal concessionario.

Peraltro, il divieto alla partecipazione del concessionario, in quanto possibile responsabile dell'evento, sembrerebbe una violazione della libera circolazione dei servizi, ai sensi dell'art. 56 TFUE. Tale restrizione potrebbe essere astrattamente giustificata da un'esigenza imperativa di carattere generale che, essendo assente dal decreto legge, probabilmente, potrà emergere durante le eventuali fasi di contenzioso.

Alla luce di quanto rilevato, la concessione di Autostrade per l'Italia, per essere fatta valere in termini di certezza del diritto, deve essere sorretta da una bona fede nell'accesso al mercato, cosa che pare sussistere in ragione della procedura di gara europea svolta per la privatizzazione della società nonché in ragione della recente decisione della Commissione europea 2435/2018, che ha sostanzialmente giudicato legittima la relativa concessione⁵².

Sembra pertanto potersi concludere che in tutti i casi esaminati sia emerso, seppur mai in una sentenza, che il principio di certezza del diritto e legittimo affidamento costituisca un primo limite alla sovranità dello Stato tanto che è sempre intervenuto un emendamento legislativo finalizzato ad eliminare la revoca e/o la decadenza delle concessioni. V'è da precisare che tale limite, tuttavia, subisce un c.d. contro-limite nella buona fede del soggetto concessionario: deve, cioè, aver acceduto al mercato in modo non discriminatorio.

⁵² Cfr. M. D'Antoni, *Privatizzazione e monopolio. Il caso della Società Autostrade*, in *Storia dell'Iri 4. Crisi e privatizzazione 1990-2002*, a cura di R. Artoni, Roma, 2013, 387 ss.

4.2. Diritto derivato: Direttiva concessioni e Direttiva ricorsi

Com'è noto, anche il diritto derivato dell'Unione europea si compone di una serie di norme che hanno ad oggetto appalti pubblici e concessioni, contenute oggi nelle direttive 23/2014/UE e 24/2014/UE (rispettivamente «direttiva concessioni» e «direttiva appalti»), che si occupano dell'aggiudicazione dei contratti e di alcune vicende successive all'affidamento, nonché nella Direttiva n. 2007/66/CE che si occupa della tutela dei diritti garantiti dall'ordinamento comunitario in materia di appalti e concessioni (c.d. direttiva ricorsi).

La direttiva concessioni disciplina le concessioni per la prima volta dopo che la Corte di giustizia, a partire dalla sentenza *Telaustria*⁵³, aveva applicato i principi degli appalti pubblici anche alle concessioni. Dopo anni di incertezza, è stata confermata la competenza dell'ordinamento europeo in materia di concessioni e con essa i limiti che ne conseguono alla sovranità degli Stati membri. Va segnalato che la Direttiva concessioni si occupa solo marginalmente della fase di esecuzione dei contratti così come della relativa risoluzione.

Infatti, il considerando 83 precisa sin da subito quanto anticipato dall'Avvocato generale nel caso dell'alta velocità, ossia che gli Stati membri devono essere liberi di revocare una concessione in via anticipata qualora vi sia una violazione del diritto dell'Unione europea: in sostanza, non solo lo Stato membro può revocare ma deve revocare la concessione qualora ciò sia imposto dal diritto dell'Unione. Peraltro, tale eventualità è disciplinata compiutamente all'articolo 44 della medesima direttiva, parzialmente ripreso dall'art. 176 del decreto legislativo n. 50/2016, che elenca le tre ipotesi possibili di revoca della concessione.

In primo luogo, il rapporto può essere risolto se ha subito una modifica⁵⁴ che avrebbe richiesto una nuova procedura di aggiudicazione della concessione ai sensi dell'articolo 43⁵⁵; in secondo luogo, la revoca è legittima se il concessionario, al momento dell'aggiudicazione della concessione, avrebbe dovuto essere escluso dalla procedura di affidamento per ragioni di corruzione, criminalità organizzata o terrorismo; infine, è corretto risolvere il contratto per porre fine ad una procedura d'infrazione europea relativa all'aggiudicazione della concessione.

Nell'elencare tali ipotesi di risoluzione del rapporto, il diritto dell'Unione sembra aver già effettuato *ex ante* un bilanciamento tra revoca e certezza del diritto.

⁵³ Corte giust., 7 dicembre 2000, causa C-328/98, *Telaustria e Telefonadress*, punto 62, in *Racc.*, 2000, 10745.

⁵⁴ Cfr. H. Hoepffner, *La modification des contrats de la commande publique à l'épreuve du droit communautaire*, in *Revue française de droit administratif*, 2011, 98 ss., in commento alla sentenza della Corte giust., 19 giugno 2008, causa C-454/06, *Presstext*, in *Racc.*, 4401, punto 34.

⁵⁵ Cfr. Conclusioni dell'Avvocato Generale Bot del 27 ottobre 2009, *Wall*, in *curia.europa.eu*, punto 48.

to che si sostanzia nella mancanza di buona fede⁵⁶ rispetto ad una violazione del diritto dell'Unione europea. Ciò supporterebbe, quindi, la tesi secondo cui la buona fede dei concessionari sarebbe sufficiente a consentire agli stessi di attivare una tutela basata proprio sul legittimo affidamento.

Quanto sopra sembra essere confermato anche dal dettato della direttiva ricorsi⁵⁷. Obiettivo della direttiva è, infatti, assicurare che gli Stati membri garantiscano procedure adeguate e idonee a sottoporre a sindacato le aggiudicazioni di appalti e concessioni effettuate dalle amministrazioni aggiudicatrici, impedendo la creazione di danni agli soggetti coinvolti. Gli Stati membri, inoltre, sono tenuti a rendere accessibili le procedure di ricorso a chiunque abbia interesse ad ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e rischi di essere lesa a causa di una presunta violazione.

In quest'ottica, la direttiva affronta il rapporto tra la privazione, anche parziale, di effetti del contratto di aggiudicazione e la tutela di alcuni dei più importanti principi comunitari posti a presidio dei contratti conclusi tra privati e amministrazioni statali: il principio di certezza del diritto; il principio di proporzionalità; il principio di effettività della tutela giurisdizionale.

Sotto il profilo soggettivo, l'art. 2 *quinquies* della direttiva stabilisce che la privazione degli effetti di un contratto possa essere decisa esclusivamente da «un organo indipendente dall'amministrazione aggiudicatrice».

Sotto il profilo oggettivo, l'art. 2 *quinquies* esplicitamente subordina la privazione degli effetti di un contratto di appalto o di concessione a tre fattispecie tassativamente previste: in primo luogo, la concessione può essere privata dei suoi effetti quando è stata aggiudicata tramite procedura negoziata senza bando di gara, pur non ricorrendone i presupposti⁵⁸; in secondo luogo, la privazione è possibile se i concorrenti dell'aggiudicatario non hanno potuto avvalersi dei termini di ricorso giurisdizionale nell'ambito della procedura di aggiudicazione; in terzo luogo vi può essere privazione degli effetti nel caso in cui vi sia stata deroga al termine sospensivo per appalti basati su un accordo quadro e su un sistema dinamico di acquisizione.

⁵⁶ Cfr. Conclusioni dell'avvocato Generale Verica Trstenjak, presentate l'11 settembre 2008, causa C-351/07, Conclusioni dell'Avv. Gen. Bot, 5 settembre 2013, *Comune di Ancona*, causa C-388/12, in *GUCE*, serie C 9 dell'11/01/2014, 12. Per un'analisi della sentenza si rinvia a S. Smith, *Comune di Ancona v Regione Marche (C-388/12)*, in *Public Procurement Law Review*, 2014, 35 ss. e M. Meister, *Fonds européen de développement régional*, in *Europe 2014 janvier Com*, n° 1, 43 ss.

⁵⁷ Cfr. M. Lipari, *La direttiva ricorsi nel codice del processo amministrativo: dal 16 settembre 2010 si cambia ancora?* in *Foro amm. TAR*, 2010, 73.

⁵⁸ Cfr. Corte giust., 13 aprile 2010, causa C-91/08, *Wall AG* contro *La ville de Francfort-sur-le-Main e Frankfurter Entsorgungs- und Service (FES) GmbH*, in *Racc.* 2010, 02815, punto 42. Cfr. D. Maresca, *La modificazione sostanziale dei contratti di concessione di lunga durata durante l'esecuzione: commento alla direttiva europea 2014/23/ue*, in *Dir. comm. int.*, 2015, 749.

Anche in questi casi emerge con forza il principio della buona fede del concessionario: è infatti possibile giungere ad una privazione degli effetti di una concessione solo quando il contratto aveva un vizio *ab origine* di carattere procedurale o addirittura relativo alla mancanza di tutela per i potenziali concorrenti.

In applicazione della direttiva ricorsi, la Corte di giustizia, in una recente decisione, ha ribadito lo stretto legame tra la privazione degli effetti di un contratto e il principio di certezza del diritto⁵⁹.

La sentenza *Hochtief* analizza i profili di legittimità di esclusione di un'offerente da una procedura negoziata con i principi comunitari della certezza del diritto e della proporzionalità dell'attività posta in essere dall'amministrazione aggiudicatrice, a fronte delle esigenze di rapidità perseguite dalla direttiva ricorsi.

La Corte di Giustizia, confermando l'interpretazione data nel caso dell'alta velocità dall'Avvocato Generale e dalla Corte, ha in sostanza affermato che la possibilità di privare degli effetti un contratto incontra limiti specifici al fine di garantire la certezza del diritto, principio fondamentale tutelato dall'ordinamento europeo.

In secondo luogo, l'eventuale intervento autoritativo del Governo deve essere in linea con il principio di proporzionalità, tutelato anch'esso, oltre che in generale dalle norme sull'accesso al mercato interno, in maniera specifica all'interno della direttiva ricorsi al considerando 24.

Quanto precisato dalla direttiva ricorsi non pare essere mai stato preso in considerazione nei casi di revoca di concessione in Italia nei mercati considerati in quanto le vicende relative ai citati casi sui rifiuti e sull'alta velocità erano precedenti alla direttiva concessioni con la conseguenza che la direttiva ricorsi non era applicabile.

In conclusione, anche dalla normativa derivata emerge un limite alla sovranità dello Stato nella revoca delle concessioni consistente in alcuni casi tassativi di revoca oltre ai quali l'azione del Governo deve essere orientata a soddisfare un'esigenza imperativa di carattere generale, rispettando il principio di proporzionalità. Le direttive analizzate individuano, quindi, un vero e proprio margine di apprezzamento degli Stati membri nella revoca delle concessioni individuando alcuni casi in cui è possibile procedere a revoca delle concessioni e prevedendo un ulteriore parametro per valutare i casi ulteriori, generalmente non consentiti, identificabili con il principio di proporzionalità.

⁵⁹ Cfr. Corte giust., 7 agosto 2018, causa C-300/17, *Hochtief*, in *GUUE*, 2018, 635, e Corte giust., 26 novembre 2015, causa C-166/14, *MedEval*, in *GUUE*, 2015, 719.

4.3. *Il diritto di proprietà nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*

Il concessionario di costruzione e gestione di un'opera pubblica acquisisce la proprietà delle opere costruite e gestite per tutta la durata della concessione ed ha l'obbligazione di restituirle integre alla fine della concessione, momento in cui avviene un ulteriore passaggio di proprietà.

Di conseguenza, la revoca e la decadenza di una concessione, anche parziale, incidono sul valore patrimoniale dell'azienda di proprietà del concessionario e, per tale ragione, è evidentemente oggetto di tutela dell'art. 1 prot. 1 Convenzione di Roma del 1950⁶⁰ che entra nell'ordinamento dell'Unione europea attraverso l'art. 6 comma 3 del TUE.

È, infatti, noto che, a valle della nota sentenza Scordino⁶¹ e della nota sentenza Belvedere⁶², così come applicate e interpretate dalla Corte Costituzionale con le sentenze nn. 347 e 348 del 2008, le persone e le società abbiano il diritto ad essere interamente compensate, secondo valori di mercato, dalle conseguenze negative di provvedimenti unilaterali di espropriazione, ivi inclusa non soltanto la proprietà in senso immobiliare, ma anche la proprietà inclusiva, ad esempio, del valore dell'azienda⁶³.

Secondo la Corte europea⁶⁴, innanzitutto, l'ammontare dell'indennizzo deve essere tale da ripristinare lo stato che probabilmente sarebbe sussistito se la revoca non fosse avvenuta. È, ad esempio indicativa, la previsione contenuta nella concessione di Autostrade per l'Italia S.p.A. secondo cui, in caso di revoca, il concedente deve restituire il valore attuale netto della concessione. Peraltro, se nei citati casi delle autostrade e dell'Alta velocità non era stato previsto alcun indennizzo, nel caso dei rifiuti in Campania, la quantificazione effettuata ad opera della legge era stata ritenuta di gran lunga inferiore a quella del valore effettivo del termovalorizzatore con la conseguenza che la legge di conversione ha dovuto correggere il testo originario e quantificare una cifra più alta, in modo da definire la questione con il concessionario.

⁶⁰ Per una comprensione dell'art. 1 prot. 1 della Cedu si rinvia a A. Comba, *Diritti individuali e giustizia internazionale*, in G. Venturini, S. Bariatti (a cura di) *Liber Fausto Pocar*, Milano, 2009, 296 ss., L. Condorelli, *Premier Protocol Additionel. Article 1*, in L.E. Petiti, E. Decaux, P.H. Imbert (a cura di), *La Convention européenne des droit de l'homme. Commentaire article per article*, Paris, 1995, 971 ss.

⁶¹ Corte Eu. Dir. Uomo, *Scordino/Italia*, 6 marzo 2007, ric. n. 43662/98.

⁶² Corte Eu. Dir. Uomo, *Belvedere Alberghiera S.r.l./Italia (equa soddisfazione)*, 30 ottobre 2003, ric. n. 31524/96.

⁶³ Cfr. S. Bartole, B. Conforti, G. Raimondi, *Commentario alla Convenzione Europea per la Tutela dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali*, Padova, 2001.

⁶⁴ Cfr. Corte Eu. Dir. Uomo, *Papamichalopoulos e altri/Grecia*, 31 ottobre 1995, ric. n. 14556/89.

Quanto avvenuto per il mercato della gestione dei rifiuti pare coerente con quanto stabilito dalla Corte europea dei diritti dell'uomo considerato che l'indennizzo «deve riflettere il valore pieno ed integrale dei beni»⁶⁵ e non si deve limitare al valore che la proprietà aveva alla data dell'occupazione, ma deve riflettere il valore di mercato attuale del bene oltre al c.d. mancato guadagno, ossia al valore del mancato godimento della concessione e ogni altra perdita subita⁶⁶.

Per concludere, dall'analisi di cui sopra emerge con chiarezza una conseguenza del limite rappresentato dalla tutela della proprietà, ossia l'obbligo di corrispondere al concessionario un indennizzo pari al valore di mercato del bene espropriato; anche in questo caso, però, come per la certezza del diritto e il legittimo affidamento, la nozione di proprietà presuppone la legittimità del titolo con la conseguenza che non può essere indennizzato colui che ha acquisito la proprietà in violazione della legge.

5. Conclusioni

Dall'analisi svolta emerge una disciplina della revoca e della decadenza con presupposti, modalità di accertamento e conseguenze molto specifiche che non consente all'amministrazione pubblica consistenti margini di discrezionalità⁶⁷. Per tale ragione si è fatto spesso ricorso al potere del legislatore che incontra tre limiti costituiti dal principio di certezza del diritto e legittimo affidamento, dalle direttive concessioni e ricorsi e dal diritto di proprietà sulla base della Cedu.

È utile sottolineare che in tutti i casi esaminati, e per tutti i limiti indicati, la *ratio* delle norme che consentono la limitazione della sovranità è sempre incentrata sulla tutela delle posizioni giuridiche acquisite da persone fisiche e giuridiche rispetto agli eventuali umori del legislatore⁶⁸, ciò che i principi indicati premiano

⁶⁵ Corte Eu. Dir. Uomo, *Belvedere Alberghiera*, 30 ottobre 2003, ric. n. 31524/96.

⁶⁶ Cfr. Corte Eu. Dir. Uomo, *Carbonara e Ventura*, 11 dicembre 2003, ric. n. 24638/94, Corte Eu. Dir. Uomo, *Scordino*, 6 marzo 2007, cit., Corte Eu. Dir. Uomo, *Velocci*, 18 marzo 2008, ric. n. 1717/03, Corte Eu. Dir. Uomo, *De Caterina*, 28 giugno 2011, ric. n. 65278/01 e Corte Eu. Dir. Uomo, *Guiso-Gallisay*, 22 dicembre 2009, ric. n. 58858/00.

⁶⁷ Sul tema dell'attività discrezionale della pubblica amministrazione si rinvia, senza pretesa di esaustività, a B.G. Mattarella, *Discrezionalità amministrativa*, in S. Cassese (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, III, Milano, 2006, 1993 ss.; A. Travi, *Giurisdizione ed amministrazione*, in F. Manganaro, A. Romano Tassone, F. Saitta (a cura di), *Sindacato giurisdizionale e «sostituzione» della pubblica amministrazione, Atti del Convegno di Copanello, 1-2 luglio 2011*, Milano, 2013, 3 ss.; A. Piras, *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. dir.*, 1964, 65 ss.; A. Orsi Battaglini, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, 3 ss.; e più recentemente F. Merusi, *Ragionevolezza e discrezionalità amministrativa*, Napoli, 2011; nonché, sulla componente tecnica dei provvedimenti, D. De Pretis, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995.

⁶⁸ Cfr. L.R. Perfetti, *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, cit. 309 ss.

è, in sostanza, l'affidamento in buona fede⁶⁹ che il privato ha posto nell'acquisizione di una posizione giuridica economicamente rilevante, ossia la concessione di costruzione e gestione.

Tuttavia, anche l'affidamento (che sia declinato in termini di certezza del diritto o di diritto di proprietà) non è un principio assoluto ed incontra esso stesso un contro-limite che consente allo Stato di riappropriarsi della sovranità. Si tratta della buona fede: per far valere l'affidamento sulla concessione quest'ultima deve essere stata affidata in modo legittimo (come nel caso delle concessionarie autostradali nel caso del decreto legge n. 262/2006) oppure il concessionario non doveva essere a conoscenza della eventuale illegittimità della relativa procedura di aggiudicazione (come accaduto nel caso dell'Alta velocità ferroviaria).

L'ordinamento europeo sposta l'attenzione dalla forma alla sostanza: non è sufficiente verificare la legittimità del titolo concessorio in senso statico ma occorre tornare indietro nel tempo verificando il momento genetico del rapporto revocato: è necessario che l'acquisizione del titolo sia avvenuta in modo non discriminatorio e che, anche se fosse avvenuto in modo discriminatorio, il concessionario non abbia consapevolmente approfittato di tale discriminazione.

La conclusione qui delineata si presta ancora ad alcuni problemi di applicazione consistenti, essenzialmente, nell'apprezzamento necessariamente discrezionale della buona fede. Se è vero che ci sono casi in cui è facile individuare comportamenti di mala fede (come forse accadde per le concessioni ferroviarie ad alta velocità) pare davvero difficile immaginare sulla base di quali parametri oggettivi possa basarsi un accertamento della buona fede⁷⁰.

Un'utile indicazione può arrivare dall'interpretazione della Corte d'appello di Cagliari⁷¹ che, in un caso di obbligo di restituzione di aiuti di stato incompatibili con il diritto dell'Unione europea, ha equiparato la buona fede al dovere di diligenza giungendo ad affermare che un operatore economico è tutelato dalla certezza del diritto se con la normale diligenza avrebbe potuto rendersi conto dell'illegittimità dell'erogazione e dell'affidamento. Tale formulazione, sebbene non confermata dalla Cassazione⁷², fa emergere una tensione tra l'esigenza di certezza del diritto e l'applicazione del diritto dell'Unione europea che pone i priva-

⁶⁹ Cfr. F. Manganaro, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, 1995.

⁷⁰ Cfr. A. Riccio, *La clausola generale di buona fede è dunque un limite generale all'autonomia contrattuale*, in *Contratto e impresa*, 1999, 21 ss.

⁷¹ Corte d'appello di Cagliari sez. I, 01/10/2018, n. 827, in *Fonte redaz. Giuffrè*, 2018, www.dejure.it.

⁷² Cass. civ., 19 febbraio 2019, n. 4861, *Regione Autonoma Sardegna contro Nicos Residence s.r.l.*, in *Eius*, www.eius.it/giurisprudenza/2019/207: «l'inapplicabilità di aiuti di Stato illegittimi è sempre rilevabile a onere degli stessi beneficiari, gravando su di essi un onere di diligenza di accertare il rispetto della procedura comunitaria e delle condizioni previste per la concessione delle misure. Sicché, in ipotesi di inadempimento dell'onere, non è invocabile a nessun titolo, da parte dei beneficiari medesimi, un legittimo affidamento su aiuti incompatibili con l'ordinamento europeo».

ti in una difficile posizione di valutazione *ex ante* sulla legittimità dei comportamenti delle amministrazioni pubbliche.

L'incertezza che deriva dall'eccessiva discrezionalità⁷³ pare costituire un pretesto troppo facile per gli Stati membri per non accettare le limitazioni alla sovranità⁷⁴ che, sebbene giuridicamente fondate, non hanno ancora costituito un vero deterrente per gli Stati membri rispetto all'esercizio del potere legislativo anche per risolvere specifici rapporti contrattuali.

Si auspica, allora, che sia la giurisprudenza ad arrivare laddove l'ordinamento non è ancora giunto ossia ad affinare la tutela della certezza del diritto e del legittimo affidamento che, ad avviso di chi scrive, non può che riportare gli eventuali contro-limiti non tanto nella buona fede del concessionario quanto nella legittimità della procedura per l'aggiudicazione che costituisce un parametro oggettivo di applicazione evidentemente più prevedibile rispetto all'accertamento di una volontà di approfittarsi di una eventuale illegittimità.

⁷³ Cfr. S. Kelman, *Procurement and public management: the fear of discretion and the equality of government performance*, Washington, 1990.

⁷⁴ Cfr. G.D. Comporti, *Lo Stato in gara: note sui profili evolutivi di un modello*, in *Dir. ec.*, 2007, 231 ss., A. Vannucci, *il lato oscuro della discrezionalità. Appalti, rendite e corruzione*, in G.D. Comporti, (a cura di), *Le gare pubbliche: il futuro di un modello*, Napoli, 2011, 293 ss.

Il limite alla sovranità dello Stato nella cessazione anticipata delle concessioni alla luce dell'ordinamento dell'Unione europea

Il presente lavoro ha lo scopo di individuare i limiti dell'intervento dello Stato nell'economia con riferimento alla modifica unilaterale delle concessioni aventi ad oggetto la costruzione e/o gestione di infrastrutture. Nella prima parte dell'elaborato si effettua un'analisi di alcuni casi nei quali lo Stato è intervenuto *ex post* modificando le condizioni delle concessioni o, talvolta, revocandole, ossia la ferrovia ad Alta Velocità tra Lione e Torino, le concessioni autostradali e la costruzione e gestione di un termovalorizzatore. In secondo luogo viene effettuata una ricognizione delle norme dell'ordinamento dell'Unione europea, come interpretate dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, tanto appartenenti al diritto primario quanto appartenenti al diritto derivato, che limitano il margine di intervento dello Stato membro. Infine, si è tentato di applicare le norme di cui sopra ai casi descritti nella prima parte giungendo ad individuare un modello comunitario di tutela "dell'affidamento" direttamente applicabile da parte dei giudici nazionali.

The limit on state sovereignty in the early termination of concessions in the light of the European Union legal system

This work aims to identify the limits of state intervention in the economy with reference to the unilateral modification of concessions concerning the construction and / or management of infrastructures. In the first part of the paper, an analysis is carried out of some cases in which the state intervened *ex post* by modifying the conditions of the concessions or, sometimes, revoking them, i.e. the high-speed railway between Lyon and Turin, the motorway concessions and the construction and management of a waste-to-energy plant. Secondly, a review is made of the rules of the European Union system, as interpreted by the jurisprudence of the Court of Justice, both as part of primary and secondary law, which limit the margin intervention of member states. Finally, an attempt was made to apply the aforementioned rules to the cases described in the first part, identifying a Community model for the 'custody' protection, directly applicable by national courts.