

I limiti invalicabili all'ingerenza del legislatore nell'esecuzione del contratto.

di ELISA STRACQUALURSI

Dottore di ricerca in Diritto privato

e.stracqualursi@gmail.com

[CORTE COSTITUZIONALE, sentenza 23 novembre 2021, n. 218; Pres. Coraggio – Est. De Pretis]

Abstract

Lo scritto analizza una recente decisione della Corte costituzionale in materia di concessioni di lavori, servizi e forniture pubbliche e riflette sui limiti all'ingerenza del legislatore nei contratti in corso di esecuzione. In particolare, compara la decisione con altre della stessa e di altre giurisdizioni in materie affini, quali i contratti pubblici o le concessioni di demani marittimi, al fine di individuare il nucleo di intangibilità dell'autonomia privata.

This article analyses a sentence of the Constitutional Court (n. 218/2021) about concession contracts and considers, in particular, the limits of legislation on current contracts. The article compares the decision with others from both Constitutional and different Courts that have decided on the same topic (such as public works and beach concession contracts). The article tries to identify the core of private autonomy.

Sommario: 1. Introduzione; 2. La vicenda sottesa all'ordinanza di rimessione; 3. La decisione della Corte costituzionale; 4. L'ingerenza sul libero esercizio dell'attività di impresa per perseguire il libero esercizio dell'attività di impresa. Un confronto; 5. Ragionevolezza e proporzionalità: il tema della retroattività impropria; 6. I limiti invalicabili alla ingerenza del legislatore sull'esecuzione contrattuale.

1. Introduzione

La Corte costituzionale, con la sentenza n. 218 del 2021, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 177 cod. contratti pubblici, che si rivolge ai soggetti titolari di concessioni di lavori, di servizi pubblici o di forniture già in essere alla data di entrata in vigore del nuovo codice dei contratti pubblici (18 aprile 2016) e non affidate con la formula della finanza di progetto o con procedure di gara ad evidenza pubblica: in base alla norma censurata, questi ultimi sono obbligati ad affidare una quota pari all'ottanta per cento dei contratti mediante procedura ad evidenza pubblica. La restante parte può essere realizzata

da società *in house* o da società direttamente o indirettamente controllate o collegate, ovvero tramite operatori individuati mediante procedura ad evidenza pubblica, anche di tipo semplificato.

La *ratio* della norma, adeguatrice e non sanzionatoria [Cons. Stato, parere reso dall'Adunanza della Commissione speciale del 5 giugno 2018, numero affare 547/2018, in *dejure*], emerge già dall'ambito applicativo: per quelle concessioni affidate senza il rispetto delle regole di concorrenza, il legislatore del 2016 aveva introdotto un sistema di recupero della concorrenza perduta 'a monte', che obbligava i concessionari ad aggiudicare a soggetti esterni buona parte del valore del contratto, imponendo 'a valle' l'uso dell'evidenza pubblica [COPPOLA, *Novità e conferme in tema di esecuzione del contratto di concessione: l'affidamento dei concessionari a terzi e il ruolo dell'ANAC*, in *iusinitinere.it*, 29 novembre 2019; GASPARI, *Affidamenti dei concessionari di cui all'articolo 177 del codice dei contratti pubblici: profili critici*, in *Foro Amm.*, 2018, 2089 ss.].

E invero, per quei contratti di cui si occupa l'art. 177 cod. contratti pubblici, il principio della concorrenza aveva subito una lesione grave, poiché era stato impedito ad operatori economici di partecipare ad una gara pubblica per l'assegnazione di concessioni in cui lo strumento di guadagno offerto dalla pubblica amministrazione non era – come non è tuttora – il prezzo di una prestazione, ma il diritto di sfruttare economicamente un servizio avente rilevanza economica [art. 165 cod. contratti pubblici] e nel quale, perciò, le dinamiche concorrenziali erano già particolarmente affievolite a causa della lunga durata dei contratti [art. 168 cod. contratti pubblici; in termini simili a quelli indicati, seppure in materia di concessioni demaniali, Cons. Stato, Ad. Plen. n. 17 e 18 del 2021, in *dejure*]. L'assenza dell'evidenza pubblica persino nella fase iniziale, di aggiudicazione, rischiava perciò di minare significativamente il mercato e aveva giustificato l'intervento normativo. Tuttavia, secondo la Corte, il legislatore avrebbe trasformato le società concessionarie in vere e proprie stazioni appaltanti, limitandone la libertà di scelta delle attività da svolgere, le modalità di reperimento dei capitali e le forme di organizzazione in modo sproporzionato e, perciò, irragionevole.

2. La vicenda sottesa all'ordinanza di rimessione

La società A2A, gestore di impianti d'illuminazione, aveva chiesto al TAR Lazio l'annullamento della delibera dell'ANAC 4 luglio 2018, n. 614 (Linee guida n. 11) che aveva dato attuazione all'art. 177, comma 3, cod. contratti pubblici.

Il TAR Lazio aveva accolto l'eccezione sollevata dalla difesa erariale e dichiarato inammissibile il ricorso e i motivi aggiunti per carenza di immediata e concreta lesività degli atti impugnati: «la lesione della posizione giuridica dei concessionari sarebbe derivata non già dalle prescrizioni in essi contenute, ma dall'eventuale successivo atto applicativo di contestazione dell'esistenza di una "situazione di squilibrio", all'esito della prima verifica annuale successiva alla scadenza del termine per l'adeguamento alle previsioni dell'art. 177, comma 3, cod. contratti pubblici». Il Consiglio di Stato, invece, ha ritenuto fondato il primo motivo d'appello con il quale la ricorrente contestava la

pronuncia di inammissibilità per carenza di lesività delle linee guida impugnate. Infatti, riconosceva che «la distinzione fra la natura interpretativa e non vincolante della parte I e quella prescrittiva e vincolante della parte II reced[e] nell'apprezzamento della portata immediata e direttamente lesiva – e quindi impugnabile in sede giurisdizionale amministrativa – delle Linee Guida nel loro complesso».

Il Consiglio di Stato sollevava, quindi, questioni di legittimità costituzionale dell'art. 177 cod. contratti pubblici, in riferimento agli artt. 3, 41 e 97 Cost., questioni ritenute rilevanti poiché le linee guida sono da un lato diretta applicazione della norma impugnata e, da un altro lato, il presupposto per l'esercizio dei poteri di controllo e sanzionatori dell'ANAC.

3. La decisione della Corte costituzionale

La Corte – ricostruita la genesi della normativa censurata, a partire dalla direttiva 1989/440/CEE, fino ad arrivare alla direttiva 2014/23/UE, al censurato criterio direttivo della legge delega n. 11 del 2016 e all'art. 177 cod. contratti pubblici – riconosce che la disciplina europea, seppure «in costante oscillazione», appare comunque piuttosto stabile «nell'escludere un radicale obbligo di affidamento a terzi, finanche per le concessioni già assentite, rinnovate o prorogate». La norma contenuta nell'art. 177 cod. contratti pubblici, distaccandosi dalle indicazioni europee, restituisce invece l'immagine di un obbligo generalizzato, previsto per una quota rilevante del contratto (l'80%), da completare in un termine c.d. di adeguamento che è stato prorogato più volte: il legislatore ha spostato il termine prima al 31 dicembre 2019, poi al 31 dicembre 2020, quindi al 31 dicembre 2021 e da ultimo al 31 dicembre 2022, evidentemente consapevole delle difficoltà di composizione dei diversi interessi e conscio altresì del fatto che quella individuata dall'art. 177 cod. contratti pubblici non fosse la sintesi più equilibrata.

Sulla scorta di queste premesse, la Corte ritiene che la necessità di recuperare la concorrenza persa nella fase di aggiudicazione, «pur perseguendo l'apprezzabile finalità di assicurare la massima apertura possibile al mercato delle commesse pubbliche – quindi una finalità che attiene [...] al libero esercizio dell'attività di impresa», non sarebbe stata perseguita in termini ragionevoli e proporzionati. A tal fine, considera vari indici: in primo luogo, le dimensioni dell'incidenza normativa, che finisce per trasformare la natura stessa dell'attività di impresa, poiché impedisce la libertà di scegliere le attività da intraprendere e le modalità di svolgimento; incide sul giudizio di illegittimità costituzionale anche la mancata differenziazione o graduazione per dimensione della concessione, per epoca di assegnazione, per durata o per oggetto della stessa. La Corte deduce pertanto che sia stata omessa ogni considerazione dell'interesse dei concessionari e dei loro affidamenti nella stabilità dei rapporti: ciò a causa della scelta di uno strumento irragionevole, perché sproporzionato, rispetto allo scopo perseguito. Il «mezzo più mite» tra quelli a disposizione sarebbe dovuto passare, invece, da una limitazione operata in virtù dell'oggetto e della «particolare meritevolezza di protezione» o da una iniziale

modulazione temporale, che non avrebbe reso necessarie le proroghe che a più riprese sono state introdotte.

4. L'ingerenza sul libero esercizio dell'attività di impresa per perseguire il libero esercizio dell'attività di impresa. Un confronto.

La ricerca di una composizione equilibrata tra interessi e la verifica da parte della Corte se questa sintesi sia o meno proporzionata e ragionevole operano generalmente sul piano di un conflitto tra istanze differenti. La peculiarità del caso in considerazione è che le istanze da comporre sono entrambe riconducibili alla finalità di garantire il libero esercizio dell'attività di impresa e il conflitto sorge allora tra due diverse declinazioni dello stesso principio, l'una maggiormente afferente all'ambito pubblicistico della concorrenza e l'altra correlata con istanze individuali di stabilità e tutela degli affidamenti. Mentre quest'ultima declinazione protegge gli interessi del singolo assegnatario, che aveva confidato sulla stabilità di quelle condizioni contrattuali, cambiate nel corso dell'esecuzione, la prima si pone a tutela della generalità degli operatori e tenta di recuperare il mancato rispetto delle regole di concorrenza per l'assegnazione di alcune concessioni. La concorrenza a cui fa riferimento la Corte costituzionale non può, dunque, non riflettere quella operante in ambito europeo [Corte cost., sentenza, 20 aprile 2018, n. 83, in *dejure*] che si estrinseca, nel caso di specie, nella concorrenza "per il mercato", la quale si esprime proprio nella definizione di procedure concorsuali volte ad assicurare agli operatori economici la possibilità di partecipare alle gare di evidenza pubblica [Corte cost., sentenza, 27 giugno 2018, n. 137, in *dejure*].

Il sostrato degli interessi da comporre presenta delle affinità con quello, ben più noto, relativo alla materia delle concessioni di beni demaniali e, in particolare, di beni demaniali marittimi, conflitto giunto più volte di fronte alla Corte costituzionale [più spesso su ricorso del Governo contro interventi regionali: *ex multis*, Corte cost., sentenze, 6 luglio 2021, n. 139 e 29 gennaio 2021, n. 10, 23 ottobre 2020, n. 222, 23 luglio 2020, n. 161 in *dejure*; è all'esame della Corte la questione proposta dal Friuli Venezia Giulia sull'art. 100, d.l. n. 104 del 2020: ricorso n. 100 del 2021], alla Corte di giustizia [Corte di giustizia con la nota sentenza del 14 luglio 2016, cause riunite C-458/14 e C-67/15, *Promoimpresa e Melis e a.*, in *dejure*] e al Consiglio di Stato [da ultimo, Cons. Stato, Ad. Plen. n. 17 e 18 del 2021, cit.] e che di recente ha determinato anche l'apertura di una nuova procedura di infrazione da parte della Commissione europea (la lettera di messa in mora è del 3 dicembre 2020).

Ebbene, se i punti di contatto tra le due vicende giudiziali attengono agli interessi da comporre, le forme con cui tale sintesi è avvenuta sono diverse e sottendono, perciò, differenti valutazioni in ordine alla proporzionalità e alla ragionevolezza delle misure. Mentre le questioni relative al demanio marittimo hanno riguardato le richieste di rinnovo automatico e generalizzato delle concessioni [in particolare, legge 25 del 2010, che provocò la prima lettera di messa in mora della Commissione europea, del 5 maggio 2010]

e la proroga dei contratti [legge n. 221 del 2012, legge n. 145 del 2018, d.l. n. 34 e n. 104 del 2020], rimandando la procedura di selezione tra i candidati potenziali, l'art. 177 cod. contratti pubblici incide sull'autonomia privata, prima ancora che sulla libertà di iniziativa economica, in modo molto più pervasivo, perché non colpisce solo il piano temporale, ma modifica l'oggetto del contratto.

Nei due casi, tuttavia, il legislatore ha agito in modo analogo, introducendo proroghe successive al cambio di paradigma, senza soluzione di continuità. In tal modo, non solo ha posticipato il momento in cui dare applicazione al principio di concorrenza, ma ha inciso negativamente anche sulla sfera di coloro che fanno valere interessi opposti: la reiterata proroga della durata delle concessioni in un caso e del termine di adattamento nell'altro compromette gravemente la certezza del diritto, anche a danno degli attuali concessionari, che non potendo contare sulla validità delle concessioni, eviteranno di fare investimenti. L'esternalità negativa di queste scelte si riverbera, quindi, su tutto il settore economico coinvolto.

Tuttavia, proprio la differente incidenza a cui si è accennato giustifica i diversi esiti giudiziali per le due situazioni. Nell'una l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato [con le sentenze n. 17 e 18 del 2021, cit.] ha riconosciuto l'incompatibilità comunitaria della legge nazionale che ha disposto la proroga *ex lege* delle concessioni demaniali e, per l'effetto ha ritenuto inefficaci i contratti, in conseguenza della non applicazione della disciplina interna (seppure modulando l'operatività gli effetti della propria decisione, che decorrono solo dal 31 dicembre 2023). Nel caso oggetto della sentenza in commento, la Corte ha invece avallato le perplessità che avevano spinto il legislatore delle proroghe (par. 8, ultimo periodo), dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art. 177, per la sua sproporzionata e irragionevole incidenza sull'interesse dei concessionari.

5. Ragionevolezza e proporzionalità: il tema della retroattività impropria.

L'intervento del legislatore del 2016 sulle concessioni ancora in corso ha senz'altro dei tratti di retroattività, seppure impropria: il Consiglio di Stato nell'ordinanza di rimessione e, prima ancora, in sede consultiva aveva colto l'efficacia retroattiva, «connessa direttamente alla previsione» della stessa delega, in ragione della sua esclusiva applicabilità alle sole concessioni già in corso [così Cons. Stato, adunanza della Commissione speciale del 21 marzo 2016, parere 1° aprile 2016, n. 855, sullo «[s]chema di decreto legislativo recante “Codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione”, ai sensi dell'articolo 1, comma 3, della legge 28 gennaio 2016, n. 11», in *dejure*].

Sul piano rimediabile, allora, il concessionario – sussistendone i requisiti – avrebbe potuto risolvere il contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta, trovandosi a dover sostenere un tipo di attività del tutto differente da quella inizialmente pattuita. Secondo la ricostruzione della giurisprudenza amministrativa, infatti, «non vi è ragione, in generale, per escludere l'applicabilità di tale forma legale di risoluzione, ricorrendone i presupposti, anche ai contratti della pubblica amministrazione, ma – ribadisce il Consiglio di Stato – ciò non consegue ad una applicazione delle norme del codice civile, quale automatica conseguenza della riconosciuta natura contrattuale dell'atto», bensì ad una

verifica puntuale e in concreto del tipo di contratto considerato [Cons. Stato, Sez. IV, 19 agosto 2016, n. 3653, con nota di CERUTI, *Concessioni pubbliche e risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta*, in *Riv. trim. app.*, 2017, 122 ss.; più di recente, CERUTI, *Contratti della p.a. - risoluzione del contratto di concessione e giurisdizione del giudice amministrativo*, in *Giur. it.*, 2021, 406 ss.; FANTINI, *Le sopravvenienze nelle concessioni e contratti pubblici di durata nel diritto dell'emergenza*, in *Urb. app.*, 2020, 641 ss. In giurisprudenza, anche Consiglio di Stato, sez. IV, 9 novembre 2020, n. 6894, in *dejure*].

La Corte costituzionale non guarda, tuttavia, al problema da una prospettiva rimediale, bensì costituzionale, e sfrutta argomenti convincenti per sostenere sia l'irragionevolezza (considera a tal proposito la portata della norma, la mancata graduazione e l'omessa valutazione dell'interesse dei concessionari) sia la sproporzione (il legislatore non avrebbe dato preferenza al "mezzo più mite" fra quelli idonei a raggiungere lo scopo).

Con il primo gruppo di ragioni, la Corte ha, dunque, condotto un vaglio sulla ragionevolezza della norma in questione, considerando in modo unitario gli argomenti addotti per sostenere la violazione dell'art. 41 e dell'art. 97 Cost. e quelli elaborati in relazione all'art. 3, dal quale la giurisprudenza costituzionale «ha desunto [...] un canone di "razionalità" della legge svincolato da una normativa di raffronto, rintracciato nell'"esigenza di conformità dell'ordinamento a valori di giustizia e di equità" [...] ed a criteri di coerenza logica, teleologica e storico-cronologica, che costituisce un presidio contro l'eventuale manifesta irrazionalità o iniquità delle conseguenze della stessa» [Corte cost., sentenza, 12 aprile 2012, n. 87, in *dejure*]. Inoltre, «lo scrutinio di ragionevolezza, [...] impone, [alla] Corte di verificare che il bilanciamento degli interessi costituzionalmente rilevanti non sia stato realizzato con modalità tali da determinare il sacrificio o la compressione di uno di essi in misura eccessiva e pertanto incompatibile con il dettato costituzionale» [Corte cost., sentenza, 30 gennaio 2014, n. 16, in *dejure*].

Il criterio del "mezzo più mite", richiamato dalla sentenza con il secondo gruppo di ragioni, rinvia, invece, al noto test di proporzionalità, che richiede di valutare se la norma oggetto di scrutinio, con la misura e le modalità di applicazione stabilite, sia non solo necessaria, ma anche idonea al conseguimento degli obiettivi legittimamente perseguiti, «in quanto, tra più misure appropriate, prescriva quella meno restrittiva dei diritti a confronto e stabilisca oneri non sproporzionati rispetto al perseguimento di detti obiettivi» [sentenza, 13 gennaio 2014, n. 1, in *dejure*].

Ebbene, la dottrina in genere riconosce tre distinti livelli del test [*ex multis*, GALETTA, *La tutela dell'affidamento nella prospettiva del diritto amministrativo italiano, tedesco e comunitario: un'analisi comparata*, in *Dir. amm.*, 2008, 757]. È necessario, innanzitutto, che la misura sia idonea al raggiungimento dell'obiettivo prefissato: il primo livello del test è debitore della giurisprudenza tedesca che anche di recente ha chiarito che rileva considerare quelle circostanze «*Wenn mit seiner Hilfe der gewünschte Erfolg spürbar gefördert werden kann*» [BGH, 6 giugno 2019, I ZR 206/17, in www.bundesgerichtshof.de; BVerwG, 16 dicembre 2016, 8 C 6.15; BVerwG, 28 marzo 2006, www.bundesverfassungsgericht.de]. Inoltre, la misura deve essere necessaria al raggiungimento dell'obiettivo, secondo la teoria del minimo mezzo, ovvero non devono essere disponibili misure altrettanto efficaci e meno invasive per gli interessi coinvolti: si

tratta di un principio diffuso anche in Italia, dove la dottrina ha notato che all'esercizio dei poteri discrezionali debba sempre «presiedere il criterio generale di equità», riassunto proprio nella formula del «minimo mezzo [per] raggiungere il massimo utile dell'amministrazione col minimo sacrificio dei cittadini» [CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, CEDAM, 1960, p. 164].

Infine, la misura deve superare il vaglio di proporzionalità in senso stretto, dunque, non deve gravare in maniera eccessiva sull'interessato e non deve risultare intollerabile per quest'ultimo. È ancora la giurisprudenza tedesca a fornire indicazioni utili sull'interpretazione di questo strumento. La Corte costituzionale tedesca, nell'utilizzare il canone di proporzionalità, si assicura, infatti, che la misura non risulti *unzumutbar* [tra i tanti esempi, uno recente: BVerfG del 21 marzo 2018, 1 BvF 1/13 ed alcuni più risalenti nel tempo: BVerfG, 18 febbraio 1998, BVerfG, 14 ottobre 1970, in *www.bundesverfassungsgericht.de*], ovvero intollerabile per gli interessi del singolo.

Ebbene, tanto chiarito, il richiamo al minor mezzo da parte della Corte costituzionale può destare qualche perplessità: se l'obiettivo è riportare la concorrenza su *tutto* il settore delle concessioni, a ben poco sarebbe valsa una selezione delle concessioni in base alla meritevolezza di protezione. Non è, allora, tanto un problema di minimo mezzo, ma di sproporzionata incidenza sugli interessi dei singoli concessionari. Risultano perciò più convincenti gli argomenti addotti in punto di irragionevolezza (par. 8.5.1), che dimostrano l'evidente sbilanciamento dell'equilibrio individuato dal legislatore.

Su questo piano, il passaggio logico non espresso, ma che parrebbe implicito nella decisione in commento interessa il giurista (e in particolare il civilista) intento a cercare il limite, superato il quale il legislatore incide sull'impianto contrattuale in corso in modo eccessivo e, perciò, irragionevole.

Il tema investe una riflessione più profonda sul principio di affidamento e sulla lesione agli interessi a questo sottesi. Nel caso di specie, l'affidamento riposa nella possibilità di continuare l'esecuzione del contratto secondo quanto pattuito e perciò anche nella facoltà di esercitare la propria attività di impresa, al fine di trarne profitto. Ebbene, l'intervento normativo non può essere paralizzato da questo affidamento, per quanto nel caso di specie esso sia particolarmente pregnante, poiché trova la propria fonte in un contratto. Vige, invece, nel nostro ordinamento un consolidato principio in base al quale la sopravvenienza normativa può incidere sulle situazioni giuridiche durevoli, per quella parte che ancora deve svolgersi [Cass., sez. un., 25 maggio 1991, n. 5939, in *dejure*] e pertanto «l'affidamento del cittadino nella sicurezza giuridica, pur aspetto fondamentale e indispensabile dello Stato di diritto, non è tutelato in termini assoluti e inderogabili» [Corte cost. sentenze 21 novembre 2019, n. 240, 26 aprile 2018, n. 89 e 31 marzo 2015, n. 56, in *dejure*]. L'affidamento limita semmai l'intervento del legislatore, o meglio impone a quest'ultimo di confrontarsi con tali interessi, interrogandosi sulla proporzionalità del proprio agire.

Il paradigma è quello della retroattività c.d. impropria per cui la legge non è retroattiva, poiché dispone solo per il futuro, ma incide su una fattispecie non conclusa, potendo perciò essere lesiva di un affidamento meritevole di tutela.

Ebbene, al pari della retroattività «in senso proprio», che è caratterizzata dal fatto che la nuova legge riconnette effetti giuridici a fattispecie esauritesi nel passato [PUGIOTTO, *Il principio di irretroattività preso sul serio*, in *Le leggi retroattive nei diversi rami*

dell'ordinamento, a cura di PADULA, Editoriale Scientifica, 2018, 17 e ss.] o incide su rapporti ancora in corso, disconoscendo gli effetti già verificatisi del fatto passato o toglie efficacia, in tutto o in parte, alle conseguenze attuali o future di esso [GIULIANI, Retroattività e diritti quesiti nel diritto civile, in *Le leggi retroattive nei diversi rami dell'ordinamento*, a cura di PADULA, Editoriale Scientifica, 2018, p. 101], resta ferma la necessità che l'intervento normativo «trovi adeguata giustificazione sul piano della ragionevolezza e non si ponga in contrasto con altri valori e interessi costituzionalmente protetti [...], si tratta quindi di verificare [...] la ragionevolezza della disposizione censurata sulla base del principio di tutela dell'affidamento, quale parametro alla stregua del quale scrutinare la legittimità della norma medesima, con riguardo all'art. 3 Cost.» [Corte cost., 24 luglio 2009, n. 236 che richiama sentenze Corte Cost., 20 maggio 2008, n. 162; Corte Cost., 28 marzo 2008, n. 74; Corte Cost., 26 gennaio 2007, n. 11; Corte Cost., 3 novembre 2005, n. 409; Corte Cost., 3 luglio 2002, n. 374; Corte Cost., 22 novembre 2000, n. 525, in *dejure*].

E tuttavia, siccome quando incide sui rapporti di durata, il legislatore dispone generalmente di una discrezionalità più ampia in materia di successione di leggi, perché le posizioni giuridiche soggettive esistenti sono solo in parte consolidate ed il loro definitivo consolidamento è necessariamente proiettato nel futuro, la possibilità di emanare disposizioni che modifichino in senso sfavorevole per i beneficiari la disciplina dei rapporti di durata è sottoposta dalla giurisprudenza costituzionale alla «unica condizione essenziale [...] che tali disposizioni non trasmodino in un regolamento irrazionale, frustrando, con riguardo a situazioni sostanziali fondate sulle leggi precedenti, l'affidamento del cittadino nella sicurezza giuridica, da intendersi quale elemento fondamentale dello Stato di diritto» [Corte cost., 7 luglio 2005, n. 264, in *dejure*].

Per queste stesse ragioni, occorre prima di tutto verificare se un 'operatore prudente e accorto' disponeva di elementi sufficienti per poter ragionevolmente prevedere la possibilità di un mutamento del regime normativo [CGUE, 10 settembre 2009, causa C-201/08, P.G. & Co. KG; CGUE, 14 ottobre 2010, C-67/09, in *eur-lex.europa.eu*, richiamata di recente dal Cons. Stato, Ad. Plen., n. 17 del 2021, cit.].

Il richiamo alla ragionevolezza, anche se abbinato con il criterio della prevedibilità, presenta comunque un certo grado di vaghezza, che può essere superato solo con un'operazione di bilanciamento che coinvolge senza dubbio il confronto tra i valori; questo non rileva però isolatamente, poiché nel caso di specie, seppure declinati in termini diversi, gli interessi sottesi sono riconducibili a uno stesso valore costituzionale, per espressa ammissione della Corte (par. 8.3).

In disparte, allora, le considerazioni sul progressivo rafforzamento del principio della concorrenza (grazie all'intervento dell'Unione europea fin dal 1971), l'indagine si deve necessariamente allargare a ricomprendere altri fattori, come le modalità con le quali incide la norma, il grado di affidamento e la misura del pregiudizio subito, nota nei paesi di *common law* come *detrimental reliance* [Corte EDU, sentenza 8 ottobre 2013, António Augusto Da Conceição Mateus e Lino Jesus Santos Januário contro Portogallo, in *www.echr.coe.int*. Si veda anche sentenza 24 giugno 2014 - Ricorsi nn. 48357/07, 52677/07, 52687/07 e 52701/07 - Azienda agricola Silverfunghi s.a.s. e altri c. Italia, in *www.echr.coe.int*]. Fattori, questi, che illuminano le ragioni della decisione in commento.

E invero, nel caso di specie, l'affidamento, di sicura consistenza vista la fonte contrattuale, è leso dal legislatore in modo pervasivo poiché quest'ultimo incide sull'interesse delle prestazioni, in termini perciò non prevedibili, se si considera che il comma 25 dell'art. 253, del precedente codice dei contratti pubblici che definiva un regime transitorio simile per «i titolari di concessioni già assentite alla data del 30 giugno 2002, ivi comprese quelle rinnovate o prorogate ai sensi della legislazione successiva», prevedeva che questi ultimi fossero solo «tenuti ad affidare a terzi una percentuale minima del 60 per cento dei lavori, agendo, esclusivamente per detta quota, a tutti gli effetti come amministrazioni aggiudicatrici».

L'aumento all'ottanta per cento e l'ingerenza sul tipo di esecuzione anche del restante 20 hanno reso la totalità della concessione non più eseguibile secondo gli schemi inizialmente definiti dalle parti, snaturando senza alcuna graduazione la prestazione contrattuale: la norma impone nuovi (e precisi) obblighi al concessionario al quale, a quel punto rimarrà solo la scelta della risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta. Ed è proprio questo snaturamento che coglie la Corte per dimostrare la violazione del canone di ragionevolezza insito nell'art. 3 e lumeggiato dagli altri parametri evocati. Come a dire che l'impresa può sempre decidere di partecipare ad una gara impegnandosi ad affidare parte delle attività: così prevedevano l'art. 1-ter, paragrafo 2, della direttiva 71/305/CEE, l'art. 3, paragrafo 2 e l'art. 11, paragrafo 3, della direttiva 84/440/CEE, l'art. 82 della direttiva 2004/18/CE e, infine, l'art. 146 del d.lgs. n. 163 del 2006. In questi casi, però, ricade pur sempre nella scelta organizzativa dell'impresa la trasformazione in una sorta di stazione appaltante; diversamente, se questa trasformazione è imposta nel corso dell'esecuzione di un contratto, l'incidenza – al di là del profilo economico – si riflette sul nucleo di protezione costituzionale.

6. I limiti invalicabili alla ingerenza del legislatore sull'esecuzione contrattuale.

Non è la prima volta che la Corte si confronta con i limiti all'incidenza del legislatore sui contratti in corso di esecuzione. Con la sentenza n. 109 del 2021, in tema di appalti pubblici, ha dichiarato non fondata la questione posta dal Tribunale di Lecco sull'art. 240-bis, d.lgs 163 del 2006. La norma incideva anche sui contratti in corso di esecuzione, introducendo un limite all'importo complessivo delle riserve pari al venti per cento di quello previsto per il contratto. In quell'occasione, la Corte ha ritenuto che, per un verso, rispetto a quelle istanze «correlate con sopravvenienze di natura oggettiva», la soglia si traducesse «in un ampliamento del rischio contrattuale dell'impresa», in grado di determinare un sacrificio *ragionevole* agli interessi dell'appaltatore, nel bilanciamento con quelli di rango costituzionale tutelati dall'art. 240-bis; per altro verso, rispetto a quelle pretese che scaturivano da inadempimenti della stazione appaltante, la Corte ha riconosciuto un esonero legale della responsabilità: ciò implicava, dal punto di vista ermeneutico ed in aderenza a quanto già aveva statuito in passato la stessa Corte [sentenza, 26 maggio 2005, n. 199 e sentenza, 22 novembre 1991, n. 420, in *dejure*], la

necessità di limitarlo a quegli inadempimenti non dolosi o gravemente colposi, al fine di mantenere un equo contemperamento tra gli interessi in gioco. Per il tramite di una sentenza interpretativa di rigetto, la Corte aveva, dunque, riconosciuto nell'intervento del legislatore un equilibrio sostenibile tra i diversi interessi in gioco nell'esecuzione contrattuale, seppure non il migliore possibile (par. 5.1 e 5.2, nei quali riconosce che la riforma del 2016 ha introdotto una soluzione maggiormente equilibrata). La sussistenza di una soluzione migliore non è, infatti, «di per sé sintomo di una illegittimità costituzionale della scelta legislativa meno appropriata» [sentenza n. 109 del 2021; in termini simili, sentenza n. 122 del 2020, in *dejure*].

Dal confronto tra i due precedenti, l'insegnamento della Corte pare piuttosto chiaro nel senso che l'illegittimità costituzionale si manifesta solo in quei casi di irragionevolezza *evidente*. Questa posizione è, del resto, in linea con quella dottrina [A. M. BENEDETTI, *Negoziio giuridico e iniziativa economica privata*, in *Il diritto comune dei contratti e degli atti unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale*, Jovene, 1997, 97 s.; ID., *Appunti e osservazioni sul seminario*, in *Persona e mercato*, 1996, 139; MAZZAMUTO, *Note minime in tema di autonomia privata alla luce della Costituzione Europea*, in *Europ. dir. priv.*, 2005, 54 e in *Contratto e Costituzione in Europa*, a cura di VETTORI, CEDAM, 2006, 96; NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, rist. ESI 2011, 31 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Principi generali, clausole generali e nuove tecniche di controllo dell'autonomia privata*, in *Annuario del contratto 2010* diretto da D'ANGELO e ROPPO, Giappichelli, 2011, 27; NAVARRETTA, *Diritto civile e diritto costituzionale*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, 666 ss.; EAD., *Il contratto "democratico" e la giustizia contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 1262. *Ex plurimis* anche Corte cost., sent. del 15 luglio 1983, n. 252, Corte cost., sent. del 5 aprile 1984, n. 89 e Corte cost., sent. del 15 maggio 1990, n. 241, in *dejure*] che mira a salvaguardare l'esercizio della libertà contrattuale (pur in posizione di strumentalità) dalle ingerenze del potere pubblico.

Si ricava così la dimostrazione che l'autonomia privata è un valore che riserva un nucleo di intangibilità, che non può essere annichilito: il rischio di questa inammissibile ingerenza è spesso insito in quegli interventi legislativi che incidono sui contratti in corso ed è in questi casi, allora, che le capacità dell'interprete (e in particolare della Corte costituzionale) devono focalizzarsi sull'individuazione – più che del miglior equilibrio, di spettanza normativa – di quei limiti da considerare invalicabili.

Bibliografia essenziale

Sull'art. 177 cod. contratti pubblici e, in generale, sulle concessioni

BALDUCCI, *Art. 177. Affidamenti dei concessionari*, in MARIANI, SPAGNOLETTI e TOMA (a cura di), *La legge "sblocca cantieri"*, Giappichelli, 2019, 201 ss.;

CAPUZZA, *Novità e conferme in tema di esecuzione del contratto di concessione: l'affidamento dei concessionari a terzi e il ruolo dell'ANAC*, in *iusinitinere.it*, 29 novembre 2019;

GASPARI, *Affidamenti dei concessionari di cui all'articolo 177 del codice dei contratti pubblici: profili critici*, in *Foro amm.*, 2018, 2089 ss.;

GROSSI, *Art. 177. Affidamenti dei concessionari*, in GAROFOLI e FERRARI (a cura di), *Codice dei contratti pubblici annotato con la dottrina, giurisprudenza, Linee guida e delibera ANAC e formule*, Nel Diritto Editore, 2017, 2574 ss.;

URBANO, *L'esecuzione delle concessioni (artt. 174-178)*, in CLARICH (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Giappichelli, 2019, 1166 ss.;

Sull'art. 41 Cost. e, in generale, sulla concorrenza

BENEDETTI A. M., *Appunti e osservazioni sul seminario*, in *Persona e mercato*, 1996, 139;

BENEDETTI A. M., *Negoziio giuridico e iniziativa economica privata*, in *Il diritto comune dei contratti e degli atti unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale*, Jovene, 1997;

CASSESE, *La nuova costituzione economica*, V. ed., Laterza, 2012;

ESPOSITO C., *I tre commi dell'art. 41 della Costituzione*, in *Giur. Cost.* 1962, 37;

GALGANO, *Art. 41*, in *Commentario della Costituzione* a cura di Branca, Zanichelli, 1982, 32;

IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Laterza, 2004;

LIBERTINI, *Concorrenza tra imprese e concorrenza tra Stati*, *Atti del XXVIII Convegno di studio su Unione europea: concorrenza tra imprese e concorrenza tra stati*, 19-20 settembre, Courmayeur, 2014;

LUCIANI, *voce Economia nel diritto costituzionale*, in *Digesto*, IV ed., *Discipline pubblicistiche*, V, UTET, 1990, 374 ss.;

MARINI, *Rapporto tra tutela costituzionale della proprietà e libertà di impresa*, in *Saggi di diritto pubblico*, ESI, 2014, 11 ss.;

MAZZAMUTO, *Note minime in tema di autonomia privata alla luce della Costituzione Europea*, in *Europ. e d. priv.*, 2005, 54 e in *Contratto e Costituzione in Europa*, a cura di VETTORI, CEDAM, 2006, 96;

NAVARRETTA, *Il contratto "democratico" e la giustizia contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 1262;

NAVARRETTA, *Diritto civile e diritto costituzionale*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, 666 ss.;

NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, rist. ESI, 2011;

SCOGNAMIGLIO C., *Principi generali, clausole generali e nuove tecniche di controllo dell'autonomia privata*, in *Annuario del contratto*. 2010, diretto da D'Angelo e Roppo, Giappichelli, 2011, 27;

SILVESTRI, *Relazione di sintesi*, in AINIS e PITRUZZELLA (a cura di), *I fondamenti costituzionali della concorrenza*, Laterza, 2019, 149 ss.