



IL SISTEMA AUTOSTRADALE PER
L'ECONOMIA ITALIANA ED EUROPEA
10 APRILE 2020

Interessi pubblici e diritto comune
nelle concessioni autostradali.
Riflessioni sul caso del «Ponte
Morandi»

di Olivia Pini

Dottore di ricerca in Diritto amministrativo
Alma Mater Studiorum – Università di Bologna

Interessi pubblici e diritto comune nelle concessioni autostradali. Riflessioni sul caso del «Ponte Morandi»*

di Olivia Pini

Dottore di ricerca in Diritto amministrativo
Alma Mater Studiorum – Università di Bologna

Abstract [It]: Le vicende connesse al crollo del Viadotto Polcevera, meglio noto come Ponte Morandi, sono apparse in tutta la loro drammaticità l'occasione per riflettere sulla attuale configurazione dei rapporti concessori, nonché più in generale sulle coordinate dei mutamenti che coinvolgono i rapporti pubblico-privati in settori cruciali come quello infrastrutturale. A partire dal Parere reso il 28 giugno 2019 dal Gruppo di lavoro interistituzionale nominato dal Ministero delle Infrastrutture e Trasporti, il quale ha privilegiato una ricostruzione dell'istituto concessorio di stampo privatistico, coerentemente con l'interpretazione europea che emerge anche dalla Direttiva 2014/23/UE, la presente analisi cerca di evidenziare anche alcuni profili di interesse in chiave giuspubblicistica: in particolare, ricche di spunti sono le questioni connesse tanto alla legificazione (del contenuto sostanziale o solo procedurale) della Convenzione unica del 2007 fra concedente e concessionario, quanto alla deroga che essa ammetterebbe ai principi europei sull'evidenza pubblica, giustificata tuttavia da ragioni di affidabilità dell'operatore, innovazione tecnologica, finanziabilità del progetto. La riflessione condotta consente di sottolineare l'importanza, per il futuro dell'istituto concessorio, dell'irrinunciabile equilibrio fra le reciproche posizioni delle parti, così da assicurare la stabilità del rapporto e il migliore bilanciamento fra la tutela della funzione di regolazione e il fondamentale ruolo svolto dai privati per mitigare le debolezze da sempre connaturate agli assetti pubblicistici.

Abstract [En]: The tragic event of Viadotto Polcevera's (Morandi Bridge) collapse has given the opportunity to reflect either on the current configuration of concession contracts, most of all with respect to the arrangements and relations between the parties, and on how private-public partnerships in key sectors as the infrastructure field are actually changing at the present time. Moving from the Opinion given on June 28th 2019 by the Working group supporting the Italian Ministry of Infrastructure and Transport, which enhances a private law point of view in describing the concession (according to the European approach shared by the recent Directive 2014/23/UE), this analysis attempts to enlight also some interesting public law aspects, such as those concerning the adoption of the 2007 Agreement between the granting authority and the private holder by law, or the subsequent derogation to the European principles of public evidence, prompted by accountability, innovation and eligibility reasons. The study carried out enables to underline the relevance of a secure balance between the concession contracting parties, in order to ensure the arrangements' stability and the best coexistence of regulation function's protection and of the private's fundamental role in reducing the traditional weaknesses in public frameworks.

Sommario: 1. Peculiarità del rapporto concessorio con Autostrade per l'Italia. 2. Coordinate normative. 3. Al confine fra diritto privato e diritto pubblico: il parere del 28 giugno 2019. 3.1. Sulla previsione convenzionale di indennizzo a favore del Concessionario. 4. Nodi pubblicistici del rapporto: il piano delle fonti e il principio di concorrenza. 4.1. Sulla «legificazione» della Convenzione: problemi di costituzionalità. 4.2. Sulla deroga singulatim al principio dell'evidenza pubblica: la compatibilità della legge di approvazione della Convenzione con i principi europei. 5. Riflessioni conclusive.

* Articolo sottoposto a referaggio.

1. Peculiarità del rapporto concessorio con Autostrade per l'Italia

Le drammatiche immagini del crollo del viadotto Polcevera, insistente sul tratto Genova-Savona dell'Autostrada A10 e meglio conosciuto come *Ponte Morandi*, sono a più di un anno di distanza ancora vividamente impresse nella mente di tutti¹; un evento di tale tragico impatto ha come è ovvio imposto una immediata indagine tanto sulle cause quanto sulle responsabilità ad esso ricollegabili, nel tentativo di approfondire ogni possibile sforzo per prevenire il ripetersi in futuro di fatti di tale distruttiva portata.

Non v'è dubbio, tuttavia, che le peculiarità dell'opera, del suo contesto di riferimento e dei rapporti giuridici in cui essa si trovava inserita implicassero, e tuttora implicino, anche una riflessione più ampia circa le nuove coordinate e i nuovi paradigmi riferibili ai rapporti concessori, e più in generale circa le direttrici entro le quali vanno evolvendo i rapporti negoziali pubblico-privati.

Il 28 giugno 2019, in ossequio al mandato ricevuto con d.m. n. 119 del 29 marzo 2019, il Gruppo di lavoro interistituzionale nominato per fornire supporto giuridico alla Direzione competente nella fase procedimentale e segnalare al Ministero delle Infrastrutture e Trasporti le possibili implicazioni, responsabilità e conseguenze giuridiche in qualsiasi modo riconducibili al concessionario (Autostrade per l'Italia s.p.a. – ASPI) ha rilasciato sulla questione del perimento del Ponte il proprio circostanziato ed approfondito parere, il quale, stante i numerosi nodi problematici e profili di interesse affrontati può essere considerato per l'interprete un'occasione per compiere appunto qualche riflessione anche sui richiamati aspetti di rilevante interesse (giuridico e non solo).

Preliminarmente, seguendo la sistematica fatta propria anche dal parere in commento, può essere opportuna una breve ricognizione dei passaggi essenziali che hanno connotato le relazioni intersoggettive fra il Concedente e il Concessionario della rete autostradale di cui faceva parte il Ponte crollato, con particolare attenzione alle vicende che possono aver condizionato l'attuale configurazione del rapporto.

In proposito giova sottolineare sin da subito come il parere evidenzi alcune «peculiarità» particolarmente eccentriche della disciplina concessoria/convenzionale rispetto alla sinallagmaticità che doverosamente connota (o dovrebbe connotare) i rapporti negoziali, già peraltro oggetto di segnalazione da parte delle Autorità di garanzia e vigilanza preposte al settore. Questo aspetto, come si vedrà, sarà ripreso dal Gruppo di lavoro anche in altre parti del parere, proprio per dare prova di un evidente squilibrio nei rapporti di potere tra soggetto pubblico e soggetto privato nella concessione in essere, tale da giustificare la inapplicabilità per nullità radicale delle clausole che di quello squilibrio erano espressione.

Ma si proceda con ordine.

¹ Il catastrofico evento, seguito al cedimento di uno dei piloni di sostegno del viadotto, ha avuto luogo come è noto la mattina del 14 agosto 2018.

Una delle ragioni che certamente valgono a spiegare le particolarità del rapporto concessorio di cui si tratta deriva da motivazioni di carattere storico: la convenzione originaria tra Concedente, ossia l'Azienda nazionale autonoma per le strade statali (ANAS)², e Concessionario, (già) Società Autostrade Concessioni e Costruzioni s.p.a., risalente al 18 settembre 1968³, presupponeva la comune natura pubblicistica dei due soggetti, essendo all'epoca la Società Autostrade parte del gruppo IRI; dunque, non si pose particolare accento sulla necessità di disciplinare la ripartizione degli utili o sulla regolazione della gestione finanziaria nel rapporto entrate di cassa/costi di investimento, poiché anche l'attività del concessionario era informata al generale principio di equilibrio economico-finanziario, sufficiente ad assicurare il buon andamento della gestione⁴. Fu solo dopo il completamento del processo di privatizzazione della società concessionaria, iniziato sin dal 1993 ma proseguito per fasi successive sino al 1999⁵, che iniziarono ad emergere alcune caratteristiche assai singolari del rapporto e della convenzione, tali addirittura da indurre in argomento ripetuti interventi sia della Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato sia della allora Autorità di Vigilanza sui Lavori Pubblici (AVLP). La prima, in relazione alle proprie competenze e al proprio ambito specifico di vigilanza, osservò in una segnalazione sullo stato delle concessioni pubbliche

² Anche ANAS, al pari di quanto si vedrà per ASPI, è stata poi oggetto di un processo di privatizzazione per effetto, prima, del d.lgs. 26 febbraio 1994, n. 143, il quale ha trasformato l'Azienda (impresa-organo) in Ente nazionale per le strade (impresa-ente), e successivamente dell'art. 7 del d.l. 8 luglio 2002, n. 138, conv. nella legge 8 agosto 2002, n. 178, il quale in attuazione dell'art. 28, l. n. 448/2001 ha disposto la trasformazione del predetto Ente in società per azioni. Per quanto più qui rileva, più di recente l'art. 36 del d.l. 6 luglio 2011, n. 98, conv. nella legge 15 luglio 2011, n. 111, ha disposto che le funzioni di ente concedente attribuite alla società Anas s.p.a. fossero trasferite dal 1 gennaio 2012 all'Agenzia per le infrastrutture stradali e autostradali, istituita presso il Ministero delle Infrastrutture. Per una ricostruzione analitica del processo di privatizzazione v. S. CASSESE (a cura di), *La nuova costituzione economica*, V ed., Roma-Bari, Laterza, 2012, pp. 269 s.

³ Si tratta di una concessione assegnata *ex lege* per mezzo delle leggi 24 luglio 1961, n. 729 e 28 marzo 1968, n. 385.

⁴ Per una acuta riflessione sulle questioni relative ai modelli organizzativi e funzionali che caratterizzano la presenza dei pubblici poteri nel settore strategico della politica economica nazionale, si v. F.A. ROVERSI MONACO, *L'attività economica pubblica*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* diretto da F. GALGANO, vol. I, *La Costituzione economica*, Padova, Cedam, 1977, pp. 385 ss.; ID., *La direzione e il controllo delle imprese pubbliche*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* diretto da F. GALGANO, cit., pp. 483 ss.

⁵ Come puntualmente ricorda il parere in commento, la privatizzazione della Società Autostrade prese il via con la legge 24 dicembre 1993, n. 537, il cui art. 10 affermava la natura privata della attività svolta dai concessionari della rete autostradale, incentivava la dismissione delle quote societarie da parte dell'IRI e regolamentava i rapporti economici tra concedente e concessionario, abrogando l'obbligo di equilibrio economico e finanziario a carico di quest'ultimo. A ciò fece seguito, nel 1996, l'adozione di alcune delibere del CIPE finalizzate alla regolazione del rapporto conseguente alla privatizzazione; nel 1997 fu poi sottoscritta una nuova convenzione sostitutiva di quella precedente del 1968 e nel 1999 la privatizzazione del concessionario fu definitivamente completata con la cessione della quota di controllo del nuovo soggetto, denominato Società Autostrade per l'Italia – ASPI, alla società Schemaventotto s.p.a., sino al perfezionamento dell'assetto proprietario nel 2002. Per una puntuale e dettagliata ricostruzione delle vicende qui accennate si rinvia a L. SALTARI – A. TONETTI, *Origini e trasformazioni della disciplina delle autostrade in Italia*, in L. SALTARI – A. TONETTI, *Il regime giuridico delle autostrade. In Italia, in Europa e nelle principali esperienze straniere*, Milano, Giuffrè, 2017, part. pp. 45 ss.; in generale sul rapporto tra privatizzazioni e liberalizzazioni G. AMATO, *Privatizzazioni, liberalizzazioni e concorrenza nel sistema produttivo italiano*, in L. TORCHIA – F. BASSANINI, *Sviluppo o declino: il ruolo delle istituzioni per la competitività del Paese*, Firenze, Passigli, 2005, pp. 41 ss.

del marzo 2006⁶ che nel settore autostradale si registravano deroghe assai ampie ai principi di concorrenza, tanto perché la totalità delle concessioni erano state affidate senza gara quanto perché i concessionari avevano poi disposto affidamenti diretti a imprese terze ad essi sotto vario profilo ricollegabili, spesso nonostante l'esistenza di specifiche soglie di riserva fissate per legge a favore di terzi; i rilievi dell'AVLP, nella segnalazione in data 8 giugno 2006, si appuntarono invece in special modo su aspetti della gestione finanziaria, registrando da un lato alcune condotte omissive della società concessionaria nella realizzazione degli investimenti pattuiti nella convenzione e la prassi di anteporre le entrate di cassa alla concreta reintegrazione dei costi di investimento, e dall'altro alcune gravi carenze nei doveri di vigilanza ricadenti su ANAS⁷. Successive indagini conoscitive condotte dalla medesima AVLP rivelarono poi alcune evidenti sproporzioni nella gestione da parte del concessionario delle dinamiche tariffarie, spesso rideterminate unilateralmente attraverso eccessivi ed ingiustificati aumenti fondati su dati e previsioni rivelatisi in parte inattendibili, nella sostanziale «latitanza» del controllo pubblico; un simile quadro, tale da evidenziare un indubbio sbilanciamento delle posizioni di forza, all'interno del vincolo concessorio, a favore della società concessionaria, avrebbe se pure in parte potuto trovare la sua giustificazione, appunto, soltanto nella sostanziale (originaria) comune matrice pubblicistica delle due parti del rapporto, dalla quale sarebbero scaturite garanzie di buon andamento tali da rendere sufficienti clausole convenzionali assai generiche e attività di vigilanza assai blande stanti i vincoli di *economicità* della gestione ricadenti sulla concessionaria⁸.

Ragioni soggettive ed oggettive – l'intervenuta trasformazione nella natura di entrambe le parti della concessione, in uno con la presa di coscienza delle evidenti insufficienze nella realizzazione degli investimenti pattuiti nel settore e con l'ingente crescita del rilievo attribuito dall'ordinamento, interno ed europeo, al valore della concorrenza tra la fine degli anni '80-'90 e l'inizio degli anni Duemila⁹ – hanno

⁶ Il riferimento è alla segnalazione AS336 in data 28 marzo 2006, trasmessa al Parlamento e al Governo, in *www.agcm.it*.

⁷ Pur nella riconosciuta ascrivibilità al concessionario dei profili di responsabilità civilistica e/o penalistica, sulle carenze nella vigilanza e nei controlli oculati e razionali condotti sulla attività di quest'ultimo permane con ogni probabilità un aspetto di responsabilità della parte pubblica.

⁸ Osservano in proposito L. SALTARI – A. TONETTI, *Origini e trasformazioni della disciplina delle autostrade in Italia*, cit., pp. 16, 81, come a seguito delle privatizzazioni intervenute nel settore autostradale sia divenuto fondamentale fissare nella Convenzione che regola il rapporto un equo e corretto equilibrio tra il livello tariffario, i volumi di traffico attesi e gli investimenti infrastrutturali che il concessionario si impegna a realizzare. Le difficoltà nell'assicurare un rapporto equilibrato tra le parti sono da addebitare con ogni probabilità anche alla sostanziale insufficienza delle misure adottate per far fronte alla transizione nella natura del concedente (ANAS) da soggetto pubblico imprenditoriale a privato-impresa che persegue (del tutto legittimamente) il fine della redditività nella gestione: per un approfondimento in chiave economica v. A. BOITANI – A. PETRETTO, *Privatizzazione e autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità: un'analisi economica*, in *Politica economica*, 3/1999, pp. 271 ss.

⁹ Il riferimento è alla spinta liberalizzatrice che, in ossequio all'obiettivo europeo di creazione di un mercato unico fondato sulle libertà di circolazione, stabilimento e prestazione dei servizi, ha notoriamente caratterizzato negli ultimi decenni del secolo scorso molti settori relativi ad attività di rilievo economico, ancorché gli ordinamenti nazionali restino ancora in parte caratterizzati dall'uso della regolazione pubblica in nome di valori pubblici o sociali. Su tali temi, in

tuttavia indotto il Legislatore a prevedere una rinegoziazione dei rapporti relativi al settore delle gestioni autostradali e la stipula di una Convenzione unica tra ANAS e i concessionari, con lo scopo di provvedere ad un quantomeno parziale riequilibrio delle reciproche posizioni¹⁰. Significativamente, in questo senso, la nuova disciplina avrebbe dovuto introdurre e rendere più stringenti alcuni obblighi di trasparenza, garanzia ed indipendenza a carico del concessionario, sotto un più stretto controllo da parte del concedente, e avrebbe dovuto contenere la previsione di automatica cessazione del rapporto, senza alcun indennizzo, in caso di rifiuto delle società concessionarie a sottoscrivere la nuova convenzione; quest'ultima previsione fu poi significativamente rivista dalla Legge Finanziaria 2007 (l. n. 296/2006), che consentì la corresponsione di un indennizzo al concessionario in caso di decadenza e precisò altresì l'ambito di applicazione della disciplina ad evidenza pubblica, circoscritta ai soli appalti di forniture e servizi sopra soglia comunitaria.

Quello sin qui descritto è il quadro normativo e di contesto nel quale, il 12 ottobre 2007, venne stipulata la convenzione unica tra ANAS e ASPI ancora in vigore al momento del crollo del Ponte Morandi, la cui naturale scadenza sarebbe in astratto fissata al 2038: il procedimento per l'approvazione del relativo schema, ai sensi dell'art. 2, comma 84, del d.l. n. 262/2006, prevedeva il rilascio di un parere da parte del Nucleo di consulenza per l'Attuazione delle linee guida sulla Regolazione dei Servizi di pubblica utilità (NARS), e successivamente l'esame da parte del CIPE e poi delle competenti Commissioni parlamentari, con una connotazione dunque di carattere misto nella quale tuttavia appariva preponderante il profilo tecnico su quello politico. A seguito tuttavia del parere negativo espresso dal NARS in data 26 novembre 2007 per ragioni di contrarietà della convenzione ai principi e criteri generali di regolazione economica, in specie sotto il profilo della percentuale annua di aumento delle tariffe¹¹, si venne a creare una situazione di stallo procedurale che fu risolta dal Legislatore con l'approvazione generalizzata per legge del suddetto

generale, si vedano S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, cit.; M. D'ALBERTI – A. PAJNO, *Arbitri dei mercati*, Bologna, il Mulino, 2010; F. CINTIOLI, *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, Milano, Giuffrè, 2010; AA.VV., *Il diritto amministrativo oltre i confini. Omaggio degli allievi a Sabino Cassese*, Milano, Giuffrè, 2008; M. D'ALBERTI, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, Bologna, il Mulino, 2008, part. pp. 33 ss.; M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, il Mulino, 2005; F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, Bologna, il Mulino, 2000; A. LA SPINA – G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, Bologna, il Mulino, 2000; S. CASSESE – C. FRANCHINI, *I garanti delle regole. Le Autorità amministrative indipendenti*, Bologna, il Mulino, 1996.

¹⁰ Il quadro normativo di riferimento è in questo caso costituito dal d.l. 3 ottobre 2006, n. 262, conv. nella legge 24 novembre 2006, n. 286 e successivamente modificato dall'art. 1, comma 1030, della legge 27 dicembre 2006, n. 296 (legge finanziaria per il 2007); sul piano contenutistico, già il decreto legge prevedeva che la convenzione dovesse modificare la precedente disciplina riferibile tanto alle tariffe (in particolare nel rapporto tra aumento delle stesse e perfezionamento degli investimenti pattuiti) quanto alla ripartizione dei rischi, ai poteri di controllo, regolatori e sanzionatori in capo ad ANAS, con un complessivo rafforzamento della posizione contrattuale di quest'ultima.

¹¹ Le censure del NARS si appuntarono in particolare sulla previsione di un aumento tariffario annuo connesso non ad indicatori specifici del settore ma all'inflazione effettiva (nella percentuale del 70% della stessa) per l'intera durata della concessione.

schema di concessione unica e di tutti gli altri già sottoscritti dalle parti, a mezzo della legge 6 giugno 2008, n. 101 di conversione del d.l. 8 aprile 2008, n. 59, che modificò in tal senso il d.l. n. 262/2006.

L'utilizzo della fonte legislativa per l'approvazione delle convenzioni concessorie (specialmente nel settore autostradale) non costituisce certo un *unicum* nel panorama storico del nostro ordinamento¹², ma in questo caso la *legificazione* della convenzione solleva alcuni problemi interpretativi, soprattutto in relazione al sistema delle fonti, alla luce della contestata nullità e/o inapplicabilità di alcune delle clausole in essa contenute, come meglio si vedrà *infra*; non solo: il predetto intervento del Legislatore vale a sussidiare sul piano politico le carenze che l'atto manifestava sul piano tecnico e che ne avevano impedito una approvazione in via amministrativa, sostituendo valutazioni di pertinenza dell'uno a quelle dell'altro, ed anche questo appare un profilo di un certo interesse analitico su cui varrà la pena soffermare l'attenzione¹³.

2. Coordinate normative

Uno dei primi aspetti di immediato rilievo in ordine al rapporto oggetto di attenzione in questa sede è il carattere composito delle discipline riferibili al suo oggetto, in una costante commistione di profili di rilievo pubblicistico e di natura negoziale; questa, si potrebbe dire, appare tipicamente la cifra distintiva della materia delle concessioni, che ha nel tempo visto in parte mutare, se non addirittura le proprie coordinate di riferimento, almeno il rilievo prioritario attribuito dagli interpreti agli uni o agli altri profili¹⁴.

¹² Si ricorda che dopo la legge n. 101/2008 successivi interventi normativi hanno esteso il termine previsto per l'approvazione degli schemi di Convenzione, dapprima sino al 31 dicembre 2009 (legge 23 dicembre 2009, n. 191) e successivamente sino al 31 luglio 2010 (d.l. 31 maggio 2010, n. 78), con il risultato che la quasi totalità delle concessioni autostradali esistenti presentano schemi convenzionali approvati per legge. In tema si veda il prospetto riassuntivo degli atti convenzionali del settore riportato in *Il sistema autostradale in concessione e regolamentazione del sistema tariffario*, Audizione del Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti alla Commissione VIII del Senato, 22 gennaio 2014, 18 ss., in www.senato.it.

¹³ Sin da ora si segnala, come ricordato nel parere in commento, il rilievo di AGCM sul punto: l'Autorità, con segnalazione AS455 in data 4 luglio 2008 in cui rivolge al Parlamento l'invito a riesaminare la normativa esistente, sottolineò come attraverso l'approvazione *ex lege* degli schemi di convenzione si era nuovamente sottratto il settore autostradale al necessario confronto competitivo secondo le dinamiche concorrenziali, non solo con riferimento alla rete già esistente ma anche alle tratte non ancora realizzate; essa censura poi a sua volta le modalità di adeguamento tariffario previste dalla convenzione, ancorate come già visto all'inflazione annua e non al livello di produttività/redditività della società concessionaria, come vorrebbero gli ordinari paradigmi del sistema *price cap*. Sotto tale ultimo aspetto, l'AGCM osserva come la nuova regola sia del tutto incoerente con la decisione del Legislatore di prorogare le concessioni in essere senza ricorrere a nuove aggiudicazioni, e soprattutto come essa faccia in sostanza venire meno del tutto il rischio per il concessionario normalmente connesso all'incertezza nella determinazione delle tariffe, oltre a non garantire il raggiungimento della massima efficienza produttiva ed allocativa del settore.

¹⁴ In generale sul tema si vedano A. MOLITERNI, *Il regime giuridico delle concessioni di pubblico servizio tra specialità e diritto comune*, in *Dir. amm.*, 4/2012, pp. 567 ss.; M.A. SANDULLI, *Il partenariato pubblico-privato e il diritto europeo degli appalti e delle concessioni: profili della tutela*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1/2005, pp. 167 ss.; G. PERICU – A. ROMANO – V. SPAGNUOLO VIGORITA (a cura di), *La concessione di pubblico servizio*, Milano, Giuffrè, 1995; A. PIOGGIA, *La concessione di pubblico servizio come provvedimento a contenuto convenzionalmente determinato. Un nuovo modello per uno strumento antico*, in *Dir. pubbl.*,

Se il rapporto concessorio e le sue regole, come è corretto affermare, sono innanzitutto frutto di una negoziazione tra le parti che trova la propria espressione nella convenzione, è innegabile che quest'ultima costituisca la prima e più prossima fonte del rapporto stesso; la natura negoziale, peraltro, vale certamente a rendere applicabile al rapporto anche le norme del codice civile, a completamento ed integrazione del disposto convenzionale. Non va tuttavia dimenticato come la natura pubblica del soggetto concedente, nonché soprattutto la rilevanza pubblicistica degli interessi sottesi al rapporto – è evidente come il servizio autostradale presupponga l'interesse pubblico ad una sicura ed ordinata circolazione degli utenti e alla integrità dell'infrastruttura, a ciò necessariamente funzionale – implicino inevitabilmente l'applicabilità alla fattispecie concreta in esame del Codice dei contratti pubblici (in specie quello del 2006 in forza dell'art. 216 del nuovo Codice, d.lgs. n. 50/2016¹⁵) ed in particolare delle norme in materia di concessioni di lavori (artt. 142 ss., d.lgs. n. 163/2006), anche se è lo stesso Codice, all'art. 2, comma 4, ad operare un generale rimando al Codice Civile¹⁶; infine, stante la peculiarità dell'oggetto regolato, non può escludersi l'assoggettabilità al Nuovo Codice della strada approvato con d.lgs. 30 aprile 1992, n. 285, ed in particolare alle norme che si riferiscono alle regole di condotta gravanti sui soggetti incaricati della gestione stradale¹⁷. In primo luogo, in ogni caso, ciò che rileva è il dettato della Convenzione unica del 2007, integrata da un atto aggiuntivo del 24 dicembre 2013: ai sensi degli artt. 2 e 3 della stessa sono individuati i doveri ricadenti sul concessionario ASPI, individuabili nelle «attività e compiti necessari per l'esercizio delle autostrade» (specificati all'art. 3) nonché nella «progettazione ed esecuzione degli interventi di adeguamento» della rete autostradale (art. 2), e sintetizzabili nelle obbligazioni tanto di costruzione di nuove opere infrastrutturali di adeguamento quanto di esecuzione dei lavori di manutenzione ordinaria e straordinaria e di appropriato e costante

3/1995, pp. 567 ss.; M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative. Aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, Jovene, 1981.

La tendenziale evoluzione interpretativa da tesi che privilegiavano gli aspetti pubblicistici a orientamenti più favorevoli alla contrattualità, ha senza dubbio anche una ragione di opportunità pratica: negare la sussistenza in capo al concessionario di posizioni di diritto soggettivo avrebbe senza dubbio gravemente disincentivato il ricorso all'istituto da parte dei privati, con la conseguente perdita di preziose utilità anche per il soggetto pubblico. Pone il tradizionale problema della contrapposizione tra tesi contrattualiste ed anticontrattualiste E. SILVESTRI, *Concessione amministrativa*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, Giuffrè, 1961, p. 373.

¹⁵ La richiamata norma (al comma 1) circoscrive l'applicabilità del nuovo Codice, salvo eccezioni, alle sole procedure e/o contratti i cui bandi o avvisi di riferimento per l'indizione delle procedure di scelta del contraente siano stati pubblicati successivamente alla sua entrata in vigore, nonché, per procedure in cui tale adempimento non sia previsto, ai soli casi in cui l'entrata in vigore del Codice sia precedente all'invio delle lettere di invito a presentare un'offerta.

¹⁶ Afferma testualmente la richiamata disposizione che «Per quanto non espressamente previsto nel presente codice, l'attività contrattuale dei soggetti di cui all'art. 1 [stazioni appaltanti, enti e soggetti aggiudicatori, n.d.r.] si svolge nel rispetto, altresì, delle disposizioni stabilite dal codice civile»; il medesimo rinvio generale è analogamente disposto anche dal nuovo Codice dei contratti pubblici del 2016, all'art. 30, comma 8.

¹⁷ Il riferimento è in particolare all'art. 14, comma 3 del Codice, che per le strade in concessione estende ai concessionari l'esercizio dei compiti previsti dal comma 1, tra i quali la manutenzione e il controllo tecnico dell'efficienza delle strade e delle relative pertinenze, allo scopo di garantire la sicurezza e la fluidità della circolazione.

monitoraggio in grado di assicurare la conservazione della rete nonché, soprattutto, il mantenimento di alti *standard* di qualità e sicurezza del servizio nell'interesse degli utenti.

Di particolare interesse, in relazione alle contestazioni mosse al concessionario con riferimento al perimento del Ponte, è poi l'art. 4 della Convenzione, il quale, riprendendo il precedente art. 3, comma 6, dispone che alla scadenza il concessionario è tenuto a trasferire in proprietà a titolo gratuito al concedente le autostrade oggetto di concessione e le relative pertinenze in buono stato di conservazione e libere da gravami e pesi di sorta: da una interpretazione estensiva della citata clausola, il cui significato letterale sembrerebbe rimandare soltanto alle opere realizzate *ex novo* in costanza del rapporto, deriverebbe l'obbligazione della società concessionaria di ri-consegnare al concedente o al concessionario subentrante l'*intera rete*, obbligazione alla quale ex art. 1177 cod. civ. si accompagna necessariamente anche quella accessoria di *custodire* il bene sino al momento del trasferimento della gestione¹⁸. Da ciò discenderebbe, come confermato dall'interpretazione dei giuristi nel parere in commento, il dovere di ASPI di compiere ogni intervento od opera necessario e/o funzionale all'adempimento dell'obbligazione di consegna, anche se non espressamente previsto dalla Convenzione o dai piani finanziari.

Infine, rilievo fondamentale assumono ai fini che ci occupano le disposizioni riferite alle ipotesi di inadempimento del concessionario, contenute negli artt. 8, 9 e 9-*bis* della Convenzione, con la precisazione che le procedure di contestazione in essi disciplinate si intendono riferite alle sole violazioni degli obblighi specificamente individuati dalla Convenzione, senza possibilità di interpretazione estensiva o analogica: tra essi primaria importanza assumono le obbligazioni di cui all'art. 3, comma 1, lett. b) ed f), che si riferiscono agli interventi di manutenzione e alla realizzazione di nuove opere sulla rete e relativi oneri di collaudo, più specificamente individuati nei periodici piani finanziari¹⁹.

Al di là delle previsioni di carattere procedurale, peraltro, ciò che più rileva sono le pattuizioni riferite alle conseguenze di natura economica del venir meno della Convenzione: non va infatti dimenticato che il rapporto concessorio è per sua natura un rapporto di durata calcolato sul medio-lungo periodo, che sempre implica per il privato l'assunzione di un rischio operativo connesso all'alea sulla remuneratività dell'investimento sostenuto, e il cui aspetto centrale è da sempre insito nell'individuazione del giusto equilibrio tra l'esistenza di tale rischio, connaturato alla concessione ed anzi costituente il suo tratto

¹⁸ Ai sensi dell'art. 1177 cod. civ. infatti «L'obbligazione di consegnare una cosa determinata include quella di custodirla fino alla consegna».

¹⁹ Il procedimento delineato dal combinato disposto degli artt. 8 e 9 della Convenzione rimanda all'ordinario paradigma della contestazione effettuata in contraddittorio con la parte che si presume inadempiente, preceduta da un accertamento da parte del Concedente (i cui contenuti debbono essere comunicati al concessionario in conformità all'art. 7, l. n. 241/1990) e accompagnata dall'assegnazione di congrui termini per l'adempimento spontaneo o la presentazione di giustificazioni e controdeduzioni, e comunque per l'esercizio di tutte le garanzie di partecipazione e trasparenza connesse al diritto di difesa.

distintivo rispetto ad altri contratti con la parte pubblica²⁰, e la necessità di salvaguardare l'affidamento del privato concessionario pur nell'incertezza sulle vicende future del rapporto.

In tal senso, l'art. 9-bis della Convenzione prevede il diritto del concessionario al pagamento di un indennizzo/risarcimento, di importo determinato in base alle modalità previste all'art. 9²¹, in ogni caso di «*recesso, revoca, risoluzione, anche per inadempimento del Concedente, e/o comunque cessazione anticipata del rapporto di Convenzione pur indotto da atti e/o fatti estranei alla volontà del concedente, anche di natura straordinaria o imprevedibile, ivi inclusi mutamenti sostanziali del quadro legislativo o regolatorio*»; sino a che tale indennizzo non sia stato corrisposto, peraltro, la cessazione non acquisirebbe neppure efficacia, e ciò appunto nel rispetto del legittimo affidamento del Concessionario. La previsione stupisce per la natura «oggettiva» riconosciuta al descritto vantaggio, il quale sarebbe appunto configurabile in ogni caso di cessazione anticipata del rapporto ed anche, cosa più rilevante, in caso di inadempimento imputabile allo stesso concessionario; essa assume poi tanto più rilievo stante la sua esclusiva afferenza alla Convenzione del 2007, non registrandosi alcuna clausola di analogo contenuto nelle precedenti discipline, ed in particolare, come ricordato, nell'art. 24 della Convenzione del 1997²².

È in particolare da queste riflessioni che scaturiscono i principali dubbi in ordine alla validità delle ricordate clausole convenzionali, sul presupposto fattuale, a ben vedere incontestabile, per cui esse configurerebbero un evidente squilibrio contrattuale in favore del concessionario, rivelando al contempo una innegabile debolezza contrattuale del contraente pubblico: ciò sia da un punto di vista procedurale, posta la previsione di procedimenti di contestazione disegnati secondo schemi iper-garantisti nei

²⁰ Il riferimento è *in primis* all'appalto pubblico, il quale pur presentando significative analogie con la concessione (entrambi contratti passivi capaci di far sorgere una relazione intersoggettiva fra soggetti portatori di interessi differenti) se ne differenzia perché rispetto a quest'ultima l'onere del servizio realizzato grava sostanzialmente solo sull'amministrazione, laddove nella concessione è l'operatore privato, come l'imprenditore, ad assumersi tutti i rischi relativi alla gestione del servizio (vedi oggi art. 3, comma 1, lettera zz) e art. 165, comma 1, d.lgs. n. 50/2016), la cui remunerazione è ottenuta direttamente dall'utente finale tramite riscossione di tariffe o canoni. Per l'affermazione di alcuni importanti principi in materia si veda Cons. Stato, sez. VI, 4 settembre 2012, n. 4682; sulla distinzione fra i due istituti cfr. anche la determinazione AVCP n. 2/2010.

²¹ La norma, riferita all'ipotesi di trasferimento della concessione, prevede al comma terzo che l'importo corrisposto dal Concedente dovrà ammontare «*al valore attuale netto dei ricavi della gestione, prevedibile alla data del provvedimento di decadenza sino alla scadenza della concessione, al netto dei relativi costi, oneri, investimenti ed imposte prevedibili nel medesimo periodo, scontati a un tasso di rendimento di mercato comparabile e maggiorato delle imposte che il Concessionario dovrà corrispondere a fronte della percezione da parte del Concedente, [...]*»; esso sembrerebbe dunque quantificato in modo da corrispondere ad un «ristoro» patrimoniale a copertura del lasso di tempo in cui la concessione non sarà goduta dal privato.

²² Tale articolo non prevedeva infatti alcun indennizzo o risarcimento in favore del concessionario, né in caso di decadenza dello stesso né in altri casi di recesso, revoca o risoluzione del rapporto, salvo in ogni caso il diritto del Concedente al risarcimento dei danni in caso di inadempimento imputabile al privato; il solo comma 3 disponeva, in favore del concessionario decaduto, il diritto alla corresponsione di una sorta di «indennità di subentro» da parte del soggetto che avesse da questo acquistato la proprietà di concessione: una clausola di analogo contenuto è prevista anche nella Convenzione del 2007, all'art. 5, secondo periodo.

confronti del privato²³, e sia sotto il profilo economico-negoziale, essendo ogni caso di cessazione condizionata alla corresponsione a quest'ultimo di somme in ipotesi assai elevate.

Il contenuto delle clausole convenzionali qui richiamate, pur nella specialità che le connota, implica poi l'applicazione di alcune norme civilistiche di matrice codicistica: *in primis*, come anticipato, l'art. 1177 cod. civ. sul contenuto dell'obbligazione di custodia strumentale a quella di restituzione, ma anche, conseguentemente, l'art. 1218 cod. civ. sulla responsabilità per inadempimento (e relativo onere della prova) e l'art. 1455 cod. civ. riferito alla importanza dell'inadempimento per il creditore, onde misurarne la gravità e stabilirne le conseguenze giuridiche. Risulta dal predetto quadro normativo che per liberarsi da responsabilità il debitore deve necessariamente provare il proprio adempimento o la non imputabilità a sé del fatto dannoso, restando ogni causa ignota a suo carico: la conseguenza non è certo di poco momento nel caso che ci occupa, poiché nel crollo di una infrastruttura dell'importanza e delle dimensioni del Ponte Morandi non risulta di certo agevolmente individuabile una sola causa scatenante, trattandosi con ogni probabilità all'opposto di un accertamento di estrema complessità sotto il profilo tecnico e caratterizzato da rilevanti quanto ineliminabili margini di opinabilità, stante la natura quasi certamente composita del quadro causale che ha condotto all'evento. Ciò che sembra certo, dalle considerazioni compiute nel parere in commento, è che il perimento del Ponte, a prescindere dalla possibilità di una sua ricostruzione, configura un definitivo inadempimento del concessionario alle obbligazioni assunte con la Convenzione, essendo radicalmente venuto meno l'oggetto degli obblighi di custodia e di riconsegna.

3. Al confine fra diritto privato e diritto pubblico: il parere del 28 giugno 2019

C'è un aspetto che colpisce immediatamente nella lettura del parere del 28 giugno 2019 qui in esame: il Gruppo di lavoro dei giuristi dà infatti sin dall'inizio per scontata la piena sussumibilità della fattispecie oggetto di attenzione, e del rapporto concedente-concessionario, all'interno della esclusiva cornice normativa privatistica, pur dando debito conto della rilevanza pubblicistica degli interessi sottesi al servizio di circolazione autostradale nonché dei doveri ad essi collegati, i quali vengono tuttavia utilizzati in funzione strumentale a rafforzare le considerazioni compiute sul piano negoziale in ordine all'inadempimento del concessionario; in altre parole, pare che gli aspetti pubblicistici della vicenda vengano richiamati per conferire maggior forza alle tesi civilistiche e non l'opposto, come verrebbe

²³ È noto come la trasparenza, la partecipazione e le altre garanzie procedurali a favore della parte che si relaziona con il soggetto pubblico, espressione della cd. *democrazia procedurale*, siano oggetto di particolare tutela da parte del diritto europeo: si vedano in argomento D.U. GALETTA – H.C.H. HOFMANN – O. MIR PUIGPELAT – J. ZILLER, *The general principles of EU administrative procedural law. An in-depth Analysis*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 5/2015, pp. 1421 ss.; G. DELLA CANANEA – C. FRANCHINI, *I principi dell'amministrazione europea*, Torino, Giappichelli, 2012; per una prospettiva estesa anche oltre l'ordinamento europeo si v. G. DELLA CANANEA, *Due process of law beyond the State. Requirements of administrative procedure*, Oxford, Oxford University Press, 2016.

spontaneo pensare secondo le categorie dogmatiche tradizionali. Prova di ciò sia che la prima menzione del carattere pubblicistico del Concedente giunge soltanto alla metà circa del parere, e che anche in quell'occasione non si fa riferimento alle conseguenze che ciò comporta sul piano normativo, ma si sottolinea come ANAS operi nell'interesse generale degli utenti dell'autostrada a poter fruire di un servizio che risponda ai più alti *standard* di sicurezza e funzionalità, fatto che la legittimerebbe ad una valutazione di particolare rigore sulla responsabilità del concessionario ASPI e sull'essere quest'ultimo venuto meno ai propri doveri di mantenimento della funzionalità dell'infrastruttura (derivanti dalla Convenzione e dal Codice civile)²⁴.

Questa linea interpretativa, frutto indubbiamente (ed anzi forse punto di approdo) anche dell'impostazione data all'istituto della concessione dalla Direttiva 2014/23/UE, recante la prima disciplina organica in materia, e dalla elaborazione dottrinale e giurisprudenziale che ne è seguita, non può che far riflettere su come sia nel tempo mutata la configurazione del rapporto concessorio, che la dottrina tradizionale tendeva addirittura a configurare come un trasferimento in capo al privato di una funzione e di talune facoltà normalmente *riservate* al soggetto pubblico²⁵, nonché, di regola, di un'esclusiva

²⁴ Il riferimento è infatti alla considerazione per cui «Proprio in ragione del suo inadempimento, il Concessionario è venuto meno ad una sua cruciale responsabilità: il mantenimento in sicurezza e senza soluzione di continuità della funzionalità dell'infrastruttura data in concessione; responsabilità che l'amministrazione concedente deve far valere con rigore in quanto, non già soggetto privato parte di un negozio, ma soggetto pubblico portatore dell'interesse generale degli utenti dell'autostrada a poter fruire di un servizio che risponda al migliore standard di sicurezza», riportata a pagina 31 del Parere in commento; è interessante come il riferimento non sia soltanto all'interesse pubblico ad una ordinata, continua e sicura circolazione autostradale, ma all'interesse degli utenti ad un servizio di qualità quale riferimento mediato dell'interesse dell'amministrazione.

²⁵ Questo aspetto risulta alla base della «specialità» da sempre riconosciuta al rapporto concessorio, da intendersi come deroga alla contrattualità giustificata appunto dall'immanenza dell'interesse pubblico. Rispetto tuttavia alla qualificazione pubblicistica di fine Ottocento, assai più pervasiva rispetto ad esempio agli appalti, la configurazione del rapporto concessorio ha progressivamente visto attenuarsi le sue rigidità attraverso il succedersi di teorie che da una concezione unilateralista (che concepiva la concessione come un vero e proprio provvedimento amministrativo, si vedano per tutti O. RANELLETTI, *Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Giur. it.*, 1894, IV, pp. 7 ss.; ID., *Capacità e volontà nelle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1984, pp. 3 ss. e 315 ss.; ID., *Facoltà create dalle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1895, pp. 3 ss. e 255 ss. e in *Riv. it. sc. giur.*, 1896, pp. 77 ss., 350 ss., 177 ss.; per un approfondimento sulle teorie tradizionali si vedano anche, almeno, U. FORTI, *Natura giuridica delle concessioni amministrative*, in *Giur. it.*, IV, 1900; A. DE VALLES, *Sulla classificazione delle concessioni amministrative*, in *Dir. e giur.*, XXVI, n. 18-22, Napoli, 1912, pp. 73 ss.; G. ZANOBINI, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, in V.E. ORLANDO (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. II, parte III, Milano, S.E.L., 1920, pp. 417 ss.; U. BORSI, *Concessione amministrativa*, in *Enc. it.*, XI, Roma, Treccani, 1931; M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, il Mulino, 1977, pp. 194 ss.) hanno condotto alla concessione-contratto, alla convenzione pubblicistica, all'idea di concessione come attività regolatoria per conformare l'attività del privato al soddisfacimento di un particolare interesse pubblico (per tutti, M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative. Aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, cit., p. 321; U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, Padova, Cedam, 1964, pp. 420 ss., 447 s.), sino all'emanazione della già ricordata Direttiva 2014/23/UE che qualifica la concessione come un contratto *tout court*. Quest'ultima, pur mostrando di non voler del tutto superare la specialità dei contratti pubblici, segna però un radicale mutamento di approccio dogmatico nella giustificazione di tale specialità: la natura pubblicistica delle procedure, ad esempio, non è conseguenza della traslazione di funzioni pubbliche ma si deve piuttosto alla necessità di adottare procedure trasparenti e imparziali che garantiscano la competizione concorrenziale secondo il modello di economia di mercato accolto dall'Unione (pur trattandosi in questo senso, come è noto, di una concorrenza *per* il mercato e non *nel* mercato); allo stesso modo, il rilievo centrale assunto dal «rischio operativo» a carico del concessionario mostra come

economica creata. Assai diverso è l'approccio che oggi pare seguito tanto dal Legislatore, europeo e nazionale, quanto dagli interpreti, e ciò evidentemente comporta tanto l'emergere di aspetti giuridici di rilievo differenti rispetto al passato quanto l'individuazione di risposte inedite a problemi tradizionali. Una concreta declinazione di quanto appena affermato risiede ad esempio nel modo in cui viene affrontata, nel caso che si sta esaminando, la questione relativa alla disciplina applicabile per determinare le corrette procedure di contestazione degli addebiti al concessionario e le conseguenze dell'inadempimento qualora accertato: ciò che pare degno di rilievo è che l'operatività del cd. principio di specialità – *lato sensu* inteso – per individuare le norme applicabili alla fattispecie non viene mai indagata nei rapporti tra il codice civile e la disciplina dei contratti pubblici (che pure alla prima rinvia, come s'è detto), ma sempre nei rapporti fra codice civile e contenuto della Convenzione unica del 2007, in tal senso speciale rispetto alla normativa generale codicistica. Sotto questo aspetto, il Gruppo dei giuristi differenzia gli inadempimenti regolati dalla Convenzione ai richiamati artt. 8 e 9, ritenuti puntuali e rimediabili, nonché elencati in via tassativa, rispetto alla definitività e gravità dell'inadempimento contestato nel caso specifico, il quale non consentirebbe nemmeno tardivamente la soddisfazione dell'interesse del Concedente, implicando il perimento irrimediabile di una componente essenziale dell'oggetto del contratto²⁶: in questo

quest'ultimo non sia più considerato come un organismo di diritto pubblico o un ente aggiudicatore, ma come un'impresa, legittimata però a ricoprire una particolare «posizione di mercato» influenzando sull'assetto di quest'ultimo. A commento della Direttiva si vedano, fra i molti, P.M. VIPIANA (a cura di), *Le direttive UE del 2014 in tema di appalti pubblici e concessione*, Atti del Convegno svoltosi il 23 marzo 2015 ad Alessandria, Dipartimento di Giurisprudenza e Scienze Politiche, Economiche e Sociali dell'Università del Piemonte Orientale, in *POLIS Working papers*, 221/2015; G. FIDONE, *Le concessioni di lavori e servizi alla vigilia del recepimento della direttiva 2014/23/UE*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2015, pp. 101 ss.; H. CAROLI CASAVOLA, *Le nuove direttive sugli appalti pubblici e le concessioni. Le regole e gli obiettivi strategici per le politiche UE 2020*, in *Giorn. dir. amm.*, 12/2014, pp. 1135 ss.; R. CRAVEN, *The EU's 2014 Concessions Directive*, in *Public procurement law review*, 4/2014, pp. 188 ss.; M. RICCHI, *La nuova direttiva comunitaria sulle concessioni e l'impatto sul Codice dei contratti pubblici*, in *Urb. e app.*, 7/2014, pp. 741 ss.

Per una articolata ricostruzione delle teorie riferite alla concessione succedutesi nel tempo si v. V. FERRARO, *La concessione e il diritto europeo: il complesso equilibrio tra la tutela della concorrenza e la «specialità» del regime dei contratti della pubblica amministrazione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1/2016, pp. 259 ss., e l'ampia letteratura *ivi* richiamata. Sottolinea come il rapporto concessorio non appaia riconducibile agli ordinari schemi privatistici, stante la sottoposizione a principi giuspubblicistici per assicurarne la rispondenza al pubblico interesse, E. BRUTI LIBERATI, *Le vicende del rapporto di concessione di pubblico servizio e i poteri unilaterali dell'amministrazione. La decadenza e la revoca della concessione*, in G. PERICU – A. ROMANO – V. SPAGNUOLO VIGORITA (a cura di), *La concessione di pubblico servizio*, cit., pp. 151 ss., part. 157; per una ricostruzione dello stesso come rapporto prevalentemente contrattual-privatistico v. già M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1988, part. p. 869 e M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative. Aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, cit., part. pp. 294 ss., 315 ss. Più attenuata risulta la visione di tale ultimo A. in M. D'ALBERTI, *Concessioni amministrative*, in *Enc. giur.*, VII, Roma, Treccani, 1988.

²⁶ Come in parte già accennato, la procedura di contestazione delineata dagli artt. 8 e 9 sarebbe riferibile nella lettura combinata di tali norme ai soli adempimenti individuati dall'art. 3, comma 1, lett. b), f), j), l), n), o), p), s) e v): solo i primi due, peraltro, potrebbero rilevare nella fattispecie in esame perché riferiti agli obblighi di manutenzione ordinaria e straordinaria o alla realizzazione di nuove opere, e più precisamente ai casi di omissione o ritardo nell'avvio o di arbitraria sospensione degli interventi programmati; gli altri casi riguardano differenti aspetti del rapporto estranei al caso quali gli obblighi di tenuta della contabilità, la valutazione delle immobilizzazioni a fini di bilancio, la certificazione del bilancio stesso, il mantenimento dei requisiti di solidità patrimoniale, la prevenzione di conflitti di interessi in capo

senso, il parere conclude sul punto per l'applicabilità alla fattispecie della ordinaria disciplina civilistica sulla responsabilità da inadempimento e dell'art. 1177 cod. civ. in luogo della Convenzione del 2007, confutando le tesi sostenute da ASPI per provare la rimediabilità dell'inadempimento²⁷. La procedura di contestazione in contraddittorio mediante diffida ad un *facere* specifico delineata nella Convenzione, infatti, si giustificerebbe esclusivamente in presenza di situazioni che al pari di quelle oggetto di elencazione implicano ancora la possibilità di un adempimento da parte del concessionario.

Le considerazioni compiute sotto questo aspetto consentono di ricollegarsi ad un ulteriore profilo di rilievo, inerente alle diverse prospettive adottate dai due principali attori della vicenda e ben emergenti dall'analisi compiuta dal parere dei Giuristi: più precisamente, la ricostruzione proposta dal concessionario ASPI sembra rispecchiare una visione giuridicamente più elastica e «sostanzialista», ove invece la tesi del Ministero, poi accolta anche dal Gruppo di lavoro, mira ad un approccio giuridico più rigoroso e attento alla lettera delle norme da applicare: per esemplificare e meglio comprendere quanto detto, si pensi al fatto che ASPI, nell'impossibilità materiale di negare l'evento dannoso, ha incentrato la propria difesa sulla manifestata disponibilità a provvedere alla ricostruzione del Ponte crollato, sul presupposto che ciò avrebbe consentito di «assorbire» l'inadempimento relativo ad una parte soltanto della rete, dovendosi all'opposto valutare l'adempimento degli obblighi sorti in costanza del rapporto in maniera globale, ossia con riferimento all'intera rete autostradale, ed in ogni caso solo alla scadenza della concessione. A tale ricostruzione il parere oppone la mancata previsione di ipotesi di ricostruzione tra quelle relative ad interventi manutentivi dettagliatamente disciplinati dalla Convenzione agli Allegati F1 (manutenzione ordinaria) ed F2 (manutenzione straordinaria), che postulano quale presupposto – logico prima che giuridico – l'esistenza in essere dell'opera che ne costituisce oggetto; né la ricostruzione potrebbe essere fatta rientrare negli interventi di «*mantenimento della funzionalità delle infrastrutture concesse attraverso la manutenzione e riparazione tempestiva*» di cui all'art. 3, comma 1, lett. b) poiché tale norma, in ossequio ad una interpretazione rigorosamente letterale, non potrebbe ritenersi riferibile ad interventi di *ripristino* vero e proprio della funzionalità, e in ossequio ad una interpretazione di tipo sistematico, non

agli amministratori e i requisiti di onorabilità e professionalità degli stessi, la permanenza di un rappresentante del Concedente nel collegio sindacale, la disponibilità di linee di credito.

²⁷ La difesa della società concessionaria si struttura sostanzialmente su due piani, uno procedurale ed uno sostanziale: nelle tre note di risposta alle deduzioni del MIT (queste ultime datate 16 agosto 2018, 20 dicembre 2018 e 5 aprile 2019) ASPI ha innanzitutto censurato, sul piano procedimentale, il mancato rispetto della procedura di contestazione di cui agli artt. 8, 9 e 9-*bis* della Convenzione, il mutamento nel tempo degli addebiti inizialmente mossi ad essa dal Ministero, nonché la possibilità stessa per la Direzione generale per la vigilanza sulle concessioni autostradali di avvalersi del Gruppo di lavoro per la decisione; sul piano sostanziale, essa ha censurato l'idoneità degli addebiti a costituire specifiche contestazioni di inadempimento, sostenendo anche l'applicabilità alla fattispecie dell'esclusiva disciplina contenuta nella Convenzione, in forza della sua specialità, e ha formulato le proprie controdeduzioni difensive in ordine all'adempimento dell'obbligazione di diligente custodia e manutenzione della rete (Parere 28 giugno 2019, pp. 25 ss.); sulla posizione di ASPI in ordine alla rimediabilità dell'inadempimento tramite la ricostruzione del Ponte, v. *infra*.

consentirebbe di espandere l'ambito oggettivo enucleabile dai predetti allegati contrattuali; infine, anche la soluzione di ritenere la ricostruzione del Ponte come un parziale risarcimento in forma specifica ex art. 2058 cod. civ. sarebbe preclusa dal divieto di simili misure contenuto nel cd. *Decreto Genova* (D.L. 28 settembre 2018, n. 109, conv. nella l. 16 novembre 2018, n. 130).

Il particolare rigore dogmatico utilizzato sul punto dal Gruppo di lavoro, oltre che del tutto corretto e coerente con la lettura «contrattualistica» della concessione oggi maggiormente invalsa, sembra altresì essere funzionale ad un fine ulteriore, ossia smentire attraverso dati oggettivi e di diritto l'esistenza di una posizione di potere negoziale a favore del Concessionario che consenta a quest'ultimo di volgere le sorti contrattuali, se non a proprio vantaggio, almeno in modo tale da minimizzare i propri danni²⁸, e ciò con l'obiettivo inespresso di riequilibrare in parte il *rapporto di forza* contrattuale. Sotto questo aspetto soccorre particolarmente la disciplina del codice civile, che oltre a ricollegare all'obbligo di restituzione una accessoria obbligazione di custodia (nella specie evidentemente non rispettata), imputa in via presuntiva l'inadempimento al debitore-concessionario salvo che quest'ultimo ne provi la causa e l'estraneità a sé, restando tuttavia a suo carico le cause ignote: come sottolineato sin dall'inizio, peraltro, è assai difficile in simili vicende desumere con certezza assoluta dal patrimonio tecnico e conoscitivo a disposizione quale sia stato l'evento individuabile come esclusivo movente del crollo, dovendosi all'opposto ritenere che quest'ultimo si debba ad una pluralità di concause intrecciate fra loro; né il concessionario, nelle proprie numerose interlocuzioni con il Ministero, è mai riuscito ad isolare in modo inequivocabile la causa dell'evento, limitandosi a formule incerte e ad una generica prospettazione della natura accidentale del crollo, che tuttavia parrebbe discendere da accadimenti che il concessionario aveva l'onere di prevedere e prevenire²⁹.

L'approccio sostanzialistico proposto da ASPI, più flessibile ed indulgente, secondo cui l'inadempimento potrebbe essere rimediato mediante la ricostruzione del Ponte Morandi, costituendo il tratto in questione solo una parte della complessiva rete concessa, rileverebbe soltanto per valutare l'incidenza del perimento

²⁸ In questo senso può ad esempio essere letta l'affermazione secondo cui «Non spetta certo al debitore inadempiente scegliere unilateralmente come debba essere risarcito il danno, competendo tale scelta in via esclusiva al creditore danneggiato, nell'ambito dei limiti enunciati proprio dall'art. 2058 del codice civile, nella specie, superati dal legislatore [...] con l'adozione del già richiamato Decreto Genova». (Parere 28 giugno 2019, p. 36)

²⁹ Il riferimento è al Documento di riscontro di ASPI, depositato in data 3 maggio 2019, con il quale la società ha controdedotto alle conclusioni contenute nella Relazione tecnica della Commissione ispettiva nominata dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti del 14 settembre 2018. A pagina 377 del Documento, al punto 9.1., si legge infatti che «Non risulta ancora possibile formulare ipotesi certe ed attendibili sulle cause del crollo», mentre a pagina 417 si ipotizza, pur in modo non circostanziato, che esso sia dipeso dalla accidentale caduta sull'impalcato di un carico di trenta tonnellate non fissato correttamente all'automezzo che lo trasportava. Un simile evento, tuttavia, sembrerebbe rientrare fra quelli possibili ed ordinari, che il Concessionario ha l'obbligo giuridico di impedire adottando a tal fine ogni intervento cautelativo, manutentivo o di consolidamento e finanche apportando le necessarie modifiche limitative alla normale circolazione qualora giustificate da esigenze precauzionali (cfr. Parere, p. 39).

e del danno rispetto all'intera infrastruttura autostradale, e dunque sul diverso e distinto piano della gravità dell'inadempimento (art. 1455 cod. civ.³⁰): non vi sarebbe peraltro dubbio sulla rilevanza di quest'ultimo, in specie ponendo mente alle conseguenze disastrose del crollo sia in termini di perdita di vite umane, sia per gli ingenti danni materiali, sia sul piano della viabilità e del trasporto e sia, infine, per l'economia nazionale e l'immagine del Paese³¹. Nuovamente d'altronde, su questo punto, il richiamo alla compromissione di rilevanti interessi pubblicistici non viene utilizzato per giustificare l'attrazione della vicenda nell'orbita del diritto amministrativo, ma per corroborare le tesi civilistiche dell'inadempimento di grave entità imputabile al concessionario e la conseguente facoltà per il Ministero di procedere alla risoluzione del rapporto, anche qui, si direbbe, con l'obiettivo di conferire potere contrattuale nelle mani pubbliche operando un contrappeso alle clausole di favore ottenute dal concessionario in sede di stipula (riferite soprattutto all'indennizzo); il riferimento compiuto nel parere a interessi e categorie tipicamente afferenti al diritto pubblico è infatti compiuta per sostenere (non già l'opportunità di disporre la decadenza³² o la revoca della concessione ma) la gravità dell'inadempimento ai sensi dell'art. 1455 cod. civ.: se si valuta infatti l'interesse del creditore, l'inadempimento ha fatto venire meno i presupposti di fiducia alla base della scelta del concessionario (riferibili anche alla attività di monitoraggio, valutazione e manutenzione della rete)³³. In ciò può leggersi un richiamo al principio dell'*intuitus personae*, il quale tipicamente assume nel campo in esame una valenza connessa all'idoneità morale ed economica a contrattare con la pubblica amministrazione³⁴, inserendolo tuttavia in un contesto prettamente negoziale; analogamente, sono le peculiarità dell'oggetto della concessione, in ragione del rilievo pubblicistico dello

³⁰ Il quale testualmente afferma che «Il contratto non si può risolvere se l'inadempimento di una delle parti ha scarsa importanza, avuto riguardo all'interesse dell'altra».

³¹ Come puntualmente ricordato dal Parere (pagina 23), le prime stime dei soli danni indotti all'economia della città di Genova e della Regione Liguria, raccolti in base alla presentazione alla CCIA dei moduli di segnalazione danno/richiesta contributo per le attività economiche non agricole (Modulo AE) e derivanti in parte dall'impatto conseguente al crollo e in parte dall'assenza del Ponte, riportano l'esorbitante cifra di Euro 422.104.708, 32; in proposito si veda lo studio congiunto in data 4 dicembre 2018 della Camera di Commercio di Genova, dell'Università di Genova e della Sezione regionale di Confindustria, in www.confindustria.ge.it.

³² Sul fatto che i presupposti della declaratoria di decadenza siano i medesimi previsti dagli artt. 1453 e 1218 cod. civ., ossia la gravità e l'imputabilità al concessionario, anche senza colpa, della violazione di obblighi contrattuali, v. E. BRUTI LIBERATI, *Le vicende del rapporto di concessione di pubblico servizio e i poteri unilaterali dell'amministrazione. La decadenza e la revoca della concessione*, cit., p. 166.

³³ A riprova di ciò si richiama anche la previsione di cui all'art. 1, comma 7 del cd. *Decreto Genova* (d.l. 28 settembre 2018, n. 109), la quale, pur attribuendo al Commissario straordinario il compito di affidare ad uno o più operatori economici la realizzazione delle attività concernenti il ripristino del sistema viario a seguito del crollo, ha anche cura di specificare che dovrà trattarsi di operatori «*diversi dal concessionario [...] e da società o da soggetti da quest'ultimo controllati o, comunque, a quest'ultimo collegati*»: ciò non solo, si ritiene, per l'ovvia compromissione del rapporto fiduciario ricollegabile all'inadempimento di ASPI, ma anche per evitare a quest'ultima di poter ulteriormente beneficiare della situazione creatasi.

³⁴ Confermano che il rapporto che sorge tra l'amministrazione concedente e il concessionario si fonda sull'*intuitus personae* anche T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 2 marzo 2018, n. 2341; T.A.R. Sardegna, sez. I, 10 marzo 2016, n. 230; Cons. Stato, sez. III, 7 marzo 2012, n. 1298.

stesso e delle finalità perseguite dal Concedente, riassumibili nell'interesse generale a mantenere la sicurezza e la funzionalità della circolazione autostradale³⁵, a poter giustificare la particolare gravità dell'inadempimento, considerate per di più le conseguenze catastrofiche dell'evento.

Assai interessante, nell'analisi dei profili di generale rilievo giuridico messi in luce dal parere in commento, è poi l'osservazione per cui il venir meno del rapporto fiduciario cagionato dal crollo, oltre che sotto l'aspetto – per così dire *verticale* – che riguarda l'accertata inattendibilità dei sistemi funzionali al mantenimento in sicurezza del Ponte Morandi e dunque l'inadempimento agli obblighi di monitoraggio e manutenzione assunti da ASPI³⁶, si riverbera in senso *orizzontale* anche sul complesso della rete autostradale, aggravando ulteriormente la responsabilità del Concessionario, sul presupposto che la predetta compromissione della fiducia nei metodi da quest'ultimo utilizzati – se pure per mezzo di una società terza – riguardi ogni altra tratta oggetto del rapporto³⁷. È proprio attraverso questo aspetto che la visione «formalistica» adottata sin qui dal parere fa proprio, a sua volta, un approccio più elastico e sostanziale, ma con un completo ribaltamento di prospettiva rispetto alle tesi sostenute dal Concessionario: anche in questo caso, infatti, l'attenzione si sposta sull'intera rete, ma non per consentire di *rimediare* all'inadempimento, bensì per renderlo ancor più grave, così da giustificare la proposta di una risoluzione *integrale* del rapporto concessorio³⁸. A questo proposito il parere compie una notazione assai significativa nell'economia generale del rapporto: si osserva infatti che una eventuale risoluzione soltanto

³⁵ È interessante rilevare come, a questo proposito, nel parere (pagina 40) si faccia riferimento al carattere *triadico* della concessione per sostenere appunto che l'interesse del Concedente – secondo il quale deve essere valutata l'importanza dell'inadempimento – sottende necessariamente anche quello volto ad assicurare alla generalità degli utenti una fruizione della rete in condizioni di sicurezza, continuità e qualità.

³⁶ Il Parere richiama in proposito il paragrafo 3 dell'Allegato E alla Convenzione, a mente del quale «*La finalità principale della manutenzione consiste nel garantire uno stato di conservazione della rete in linea con gli obiettivi di qualità del servizio e di sicurezza per l'utenza*».

³⁷ Va per completezza sottolineato che le ragioni evidenziate dal parere per il venir meno del rapporto di fiducia sull'idoneità del concessionario ad adempiere i propri obblighi contrattuali, derivanti *in primis* dalla dimostrata inaffidabilità delle attività di controllo, valutazione ed intervento manutentivo sulle opere, sono tanto di natura oggettiva quanto soggettiva: sotto il primo profilo, il Ponte Morandi, di cui pure era già da tempo assai nota la rapida obsolescenza segnalata dal suo stesso progettista sin dagli anni Ottanta, non era stato classificato a seguito del monitoraggio tra le opere più a rischio, ed in ogni caso i tempi di gestazione degli interventi indifferibili nel tempo condotti su di esso erano sempre stati eccessivamente dilatati; con riguardo al secondo profilo, sul presupposto che le attività di monitoraggio e di graduazione delle priorità manutentive sono state condotte da una società terza denominata SPEA Engineering s.p.a., viene osservato come tra quest'ultima ed ASPI non vi sia una reale separazione soggettiva, essendo entrambe parte del medesimo gruppo societario (gruppo *Atlantia*), sollevando il dubbio che ciò possa aver influenzato il giudizio di SPEA per non aggravare le spese di manutenzione del gruppo medesimo. Né eventuali corresponsabilità di SPEA possono far venir meno l'inadempimento del Concessionario, unico obbligato in base alla Convenzione, il quale risponde anche delle condotte della prima ai sensi dell'art. 1228 cod. civ.

³⁸ Per come ad essa si giunge nel parere in commento, da tale conclusione sembrerebbe emergere un significato (ed un intento) quasi sanzionatorio; secondo E. BRUTI LIBERATI, *Le vicende del rapporto di concessione di pubblico servizio e i poteri unilaterali dell'amministrazione. La decadenza e la revoca della concessione*, cit., p. 167 (il quale richiama sul punto F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, vol. II, tomo I, Padova, Cedam, 1990, pp. 63 s.), tale carattere non sarebbe invece da ravvisarsi nell'utilizzo dei poteri unilaterali dell'amministrazione in presenza di violazione di obblighi negoziali del concessionario, attenendo viceversa alla naturale distribuzione dei rischi e dei costi contrattuali.

parziale, sul presupposto che sussistano le basi giuridiche, si noti bene, per la cessazione dell'*intera* Convenzione, diviene una scelta di tipo politico, rimessa al soggetto pubblico³⁹. Essa, implicando una modifica sostanziale dell'oggetto, implicherebbe anche la rinegoziazione delle condizioni del rapporto per riportarlo entro i binari dell'equità e dell'equilibrio sinallagmatico⁴⁰: in questo modo, nuovamente, sembra che il Gruppo di lavoro ricerchi nelle categorie giuridiche la strada per conferire una posizione di maggior forza alla parte pubblica rispetto alla «debolezza» evidenziata dall'accettazione di clausole convenzionali di favore per il Concessionario. Come si è visto, d'altronde, pare che tale obiettivo costituisca il filo conduttore di tutta l'analisi giuridica del caso di specie, legittimando in via interpretativa alcune considerazioni di carattere sistemico che saranno oggetto di attenzione a conclusione del presente lavoro. Sotto quest'ultimo profilo, si sottolinea come al termine del parere, per consentire al decisore politico di adottare soluzioni quanto più possibile consapevoli⁴¹, il Gruppo di lavoro completi la propria relazione con una esaustiva prospettazione dei rischi connessi alla eventuale decisione di risolvere unilateralmente la Convenzione, in particolare sotto forma di possibili contestazioni mosse da ASPI (anche) in sede contenziosa. Vengono messe in luce, a questo proposito, tanto conseguenze operative quanto, soprattutto, conseguenze economico-finanziarie delle iniziative adottabili dalla parte pubblica: da un lato, se si accetta la tesi che l'approvazione della Convenzione con legge ne abbia reso il contenuto indisponibile per le parti – punto controverso sul quale si ritornerà ampiamente *infra* – il Concessionario potrebbe ottenere in sede giurisdizionale la prosecuzione del rapporto concessorio; dall'altro, allo stesso

³⁹ Interessante è notare, a questo proposito, come si atteggia la questione in caso di esercizio da parte dell'amministrazione concedente del potere, di diversa (pubblicistica) matrice, di disporre la decadenza del concessionario: in presenza di un accertato grave inadempimento di quest'ultimo la controparte pubblica conserva pur sempre ampia discrezionalità nella valutazione se dichiarare la decadenza o proseguire nel rapporto, ma trattandosi propriamente di un potere amministrativo il suo esercizio non sarà sottratto al sindacato giurisdizionale secondo i canoni generali di logicità, ragionevolezza ed imparzialità: cfr. in tal senso E. BRUTI LIBERATI, *Le vicende del rapporto di concessione di pubblico servizio e i poteri unilaterali dell'amministrazione. La decadenza e la revoca della concessione*, cit., pp. 169 s. Sembra invece una valutazione squisitamente *politica*, dunque libera nel fine e sottratta al sindacato, quella descritta nel parere e riferita alla rinegoziazione della concessione.

⁴⁰ In proposito si noti come la nuova disciplina delle concessioni tenda invece a salvaguardare, ove possibile, l'esistenza del rapporto concessorio: l'art. 165, comma 5, del d.lgs. n. 50/2016, ove dispone la possibilità per l'Amministrazione di recedere dal contratto nella fase successiva all'affidamento ove non sia stato possibile perseguire il risultato della bancabilità (senza conseguenze patrimoniali pregiudizievoli per il concessionario), specifica altresì che il bando possa prevedere, *favor conservationis*, che ove un finanziamento anche solo parziale sia possibile la concessione mantenga efficacia limitatamente ai lotti funzionali realizzabili.

⁴¹ La prefigurazione delle possibili conseguenze di una o dell'altra scelta fa parte della cd. *cost-benefit analysis*, che rientra tra le componenti più importanti dell'Analisi di Impatto della Regolazione; una ricostruzione puntuale e completa compiuta da organi *lato sensu* tecnici costituisce la più corretta premessa per la migliore decisione politica, che potrà così poggiare su presupposti di trasparenza e completezza sul piano delle informazioni rilevanti nel caso concreto. Per un approfondimento sul tema v. M.D. ADLER – E.A. POSNER (cur.), *Cost-Benefit Analysis: Legal, Economic and Philosophical Perspectives*, in *Journal of Legal Studies*, vol. 29, n. 2, parte II, giugno 2000; F. NUTI, *La valutazione economica delle decisioni pubbliche: dall'analisi costi-benefici alle valutazioni contingenti*, Torino, Giappichelli, 2001. Si veda anche CABINET OFFICE REGULATORY INITIATIVE, *Good Policy Making: A Guide To Regulatory Impact Assessment*, London, Cabinet Office, 2000.

potrebbe essere riconosciuto il diritto tanto all'indennizzo previsto dalla Convenzione quale condizione sospensiva alla risoluzione quanto ad un eventuale risarcimento ulteriore, derivante ad esempio dal danno reputazionale o d'immagine arrecato alla società concessionaria dal provvedimento di risoluzione⁴². Proprio per evitare il rischio di esporre la finanza pubblica ad esborsi per essa insostenibili, come di seguito si dirà, lo sforzo esegetico del Gruppo di lavoro si è concentrato particolarmente sulle ragioni di invalidità, o comunque inapplicabilità al caso di specie, della clausola convenzionale riferita all'indennizzo.

3.1. Sulla previsione convenzionale di indennizzo a favore del Concessionario

Fermo restando quanto detto sull'inadempimento e sulla sua gravità, già di per sé assorbente quanto alla facoltà di risoluzione della Concessione, qualche considerazione a parte merita poi l'analisi compiuta dal parere relativamente alla clausola di previsione dell'indennizzo a favore del Concessionario di cui all'art. 9-bis della Convenzione, vero *punctum dolens* dell'intero rapporto; del contenuto della norma s'è già in parte detto, ed indubbiamente si tratta di una disposizione particolarmente insolita, nonché tendenzialmente derogatoria sia alle caratteristiche che normalmente attengono al sinallagma negoziale, tanto tra parti private quanto, a maggior ragione, quando tra esse figuri una parte pubblica e dunque l'intera fattispecie implichi interessi di rilevanza generale, sia alla ordinaria disciplina dei rapporti concessori, tanto nei suoi aspetti giuridici civilistici quanto in quelli amministrativistici. Attiene peraltro anche a considerazioni di ordine logico l'estraneità al normale dipanarsi dei rapporti giuridici di rilevanza economica della possibilità che, anche qualora la prosecuzione degli stessi divenga impossibile per cause imputabili ad una delle parti, quest'ultima possa comunque trarre dalla cessazione anticipata un beneficio patrimoniale «per equivalente» rispetto alla prosecuzione del rapporto o, addirittura, paradossalmente, «in forma specifica» (la corresponsione dell'indennizzo è infatti prevista quale condizione dell'efficacia della risoluzione), anche in assenza di un affidamento legittimo: ciò le conferirebbe, com'è intuitivo, una posizione di indebita intangibilità e garanzia rispetto alle conseguenze delle proprie condotte illecite, rendendo in sostanza indisponibile il rapporto per il Concedente in assenza di qualsiasi ragione giustificatrice.

La clausola relativa all'indennizzo e le vicende inerenti alla sua eventuale invalidità, peraltro, assumono in questo senso anche un valore per così dire paradigmatico rispetto alle ordinarie problematiche sottese alla generale categoria dei rapporti concessori: in questo campo, come è ben noto, la questione è infatti

⁴² Si osserva molto puntualmente nel parere (pagina 56) che la divulgazione del provvedimento di cessazione anticipata potrebbe infatti far peggiorare drasticamente il *rating* finanziario della società concessionaria, valutazione a cui essa è assoggettata in ragione della ingente esposizione derivante dagli investimenti in corso. Non va tuttavia dimenticato che per ottenere tale risarcimento dovrebbero comunque essere provati tutti gli elementi costitutivi del fatto illecito secondo lo schema civilistico, prova che non pare in ogni caso agevole, specialmente con riguardo alla sussistenza dell'elemento soggettivo in capo all'amministrazione statale.

da sempre l'individuazione del miglior equilibrio fra la ricerca di strumenti che garantiscano da un lato l'attrattività del contratto per il soggetto privato, e dunque ne assicurino quanto più possibile la permanenza per tutto il tempo pattuito all'origine e la (connessa) remuneratività degli investimenti sostenuti, e dall'altro rispettino le esigenze collegate alla natura di *rapporto di durata* di cui è parte anche un'amministrazione, informato (se non più, oggi, strettamente funzionalizzato) ad interessi pubblicistici, le quali derivano appunto dalle caratteristiche peculiari di una delle parti e impongono una costante rispondenza a tali interessi. Nel caso di specie è tuttavia di grande rilievo, come già più volte evidenziato, il fatto che non si utilizzi questo argomento per sostenere l'opportunità per il concedente di disporre misure unilaterali giustificate dall'inadempimento grave o dal venir meno del vincolo fiduciario alla base della scelta del *contractor* privato (si pensi tipicamente alla decadenza, pur prevista e normata⁴³), ma si opti per il ricorso unicamente a categorie civilistiche e si neghi l'applicabilità della clausola sull'indennizzo in base principalmente alla sua contrarietà a principi generali di uguaglianza e ragionevolezza e all'ordine pubblico economico: di certo tale valutazione è maturata anche sul concreto presupposto pratico della sostanziale impossibilità per l'erario di sostenere la corresponsione dell'indennizzo previsto dalla Convenzione, di ammontare davvero ingente perché commisurato al valore attuale netto dei ricavi della gestione in base ad una previsione condotta sul periodo restante del rapporto sino alla sua naturale scadenza (art. 9-*bis*, comma 2). In pratica, si trattava per il Concessionario di porsi al riparo da qualsiasi rischio sul piano economico connesso alla mancata percezione dell'indotto della gestione; come si vedrà meglio *infra*, ciò in tanto appare difficilmente accettabile in quanto esprimerebbe un capovolgimento ed una radicale contrarietà a due aspetti di fondamentale rilievo: innanzitutto, la tradizionale disciplina sull'esecuzione dei contratti pubblici ha avuto origine proprio come disciplina dei limiti, in funzione dell'affidamento privato, rispetto alla prerogative dell'amministrazione nell'assunzione di condotte unilaterali, e dunque negare a quest'ultima qualsiasi possibilità di intervento di revisione in funzione di interessi generali sembrerebbe contraddire le stesse basi dogmatiche dell'istituto concessorio⁴⁴; in secondo

⁴³ Il riferimento è al già ricordato art. 9 della Convenzione unica del 2007 tra ANAS ed ASPI, il quale disciplina la decadenza dalla concessione in caso di «grave inadempienza» del concessionario rispetto ad alcuni obblighi, tra i quali, appunto, il «mantenimento delle funzionalità delle infrastrutture concesse attraverso la manutenzione e la riparazione tempestiva delle stesse».

⁴⁴ Osserva in proposito E. BRUTI LIBERATI, *Le vicende del rapporto di concessione di pubblico servizio e i poteri unilaterali dell'Amministrazione. La decadenza e la revoca della concessione*, cit., p. 161, come secondo un orientamento giurisprudenziale consolidato alcuni poteri dell'ente concedente (dichiarazione di decadenza del concessionario, sospensione della concessione per gravi inadempienze di quest'ultimo, revoca della concessione per motivi di interesse collettivo, ad esempio) sarebbero riconosciuti ad esso in via generale, ed anche in assenza di una specifica previsione legislativa o convenzionale: ciò sarebbe infatti una diretta conseguenza di scelte di politica del diritto, al fine di dare ai rapporti in questione un «assetto giuridico "permeabile" alle esigenze di carattere pubblico che essi coinvolgono». Si vedano in tal senso T.A.R. Emilia Romagna, Bologna, 18 gennaio 1983, n. 21; C.g.a., 20 novembre 1991, n. 464. Lo stesso A. ricorda peraltro (*ivi*, 159) che gli elementi di specialità della disciplina concessoria derivanti dall'innesto di elementi ed interessi pubblicistici trovano poi proprio in essi il loro limite di operatività, giustificandosi solo per esigenze di funzionalizzazione del

luogo, sotto un profilo più strettamente giuridico, dalla nuova normativa europea e nazionale emerge come il *rischio operativo* che ricade sul privato concessionario costituisca il tratto davvero distintivo e qualificante della concessione anche rispetto ad altri contratti pubblici, e specificamente rispetto agli appalti⁴⁵: il suo venir meno, dunque, costituirebbe anche in questo caso una erosione degli assunti concettuali su cui è fondata e costruita la richiamata disciplina, implicando anzi del tutto impropriamente uno spostamento integrale dell'alea del rapporto sul Concedente pubblico, espropriato in sostanza della possibilità di intervento e/o risoluzione.

A questo proposito, il parere individua un'unica lettura della norma che ne salverebbe la validità, pur rendendola in ogni caso inapplicabile al caso concreto esaminato: l'art. 9-*bis* della Convenzione, infatti, prevede che il diritto all'indennizzo possa sussistere soltanto «*nel rispetto del principio di legittimo affidamento*», il che sarebbe da escludere nel caso in cui si verifici un inadempimento del concessionario o il rapporto cessi per fatti allo stesso imputabili.

In ogni caso in cui sia accertato un inadempimento della parte privata, peraltro, il combinato disposto degli artt. 142, terzo comma e 136 del Codice dei Contratti pubblici del 2006⁴⁶ (applicabile come già detto *ratione temporis* alla fattispecie del crollo) consentirebbe all'Amministrazione pubblica di procedere anche, in alternativa all'ordinaria azione giudiziale di risoluzione, a risolvere la Convenzione in via di autotutela, salvo comunque il diritto al risarcimento; è proprio a questo punto che il parere incentra la propria attenzione sulle ricadute pubblicistiche del rapporto, mostrando di ritenere la risoluzione unilaterale la soluzione maggiormente idonea a salvaguardare la posizione della parte pubblica; ciò, inoltre, consente al Gruppo di lavoro di focalizzarsi su un altro aspetto, in precedenza già accennato, che acquista nel caso concreto un valore particolarmente pregnante: mediante una circostanziata e dettagliata disamina della normativa generale sulle competenze all'adozione di atti unilaterali a contenuto risolutorio, posta l'inapplicabilità delle norme sulla decadenza contenute nella Convenzione per le ragioni di cui s'è detto,

rapporto al pubblico interesse o comunque discendenti dalla considerazione di tali poteri quali espressione di una posizione *lato sensu* privilegiata dell'Amministrazione concedente.

⁴⁵ A fini di completezza si ricorda che ai sensi del Considerando 20 della Direttiva UE 23/2014 il cd. *rischio operativo* – che resta a carico dal concessionario – è quello che deriva da «fattori al di fuori del controllo delle parti» (es. fluttuazioni di mercato), e non ad esempio da ipotesi di cattiva gestione, inadempimenti o cause di forza maggiore; il rigore della disposizione è d'altra parte mitigato dai Considerando 18-19 della stessa Direttiva, i quali ammettono in alcuni casi particolari la permanenza di una parte del rischio in capo all'amministrazione, o la previsione di accordi di compensazione parziale. Si vedano, in argomento, anche CGUE, sez. III, 20 marzo 2011, C-274/09; CGUE, sez. II, 18 luglio 2007, C-382/05 (*Commissione c. Italia*).

L'enfasi posta dalla nuova disciplina europea sul concetto di rischio, già contemplato in precedenza se pur come fattore accessorio della gestione, sembra giustificata dall'intento di evitare l'utilizzo improprio dello strumento concessorio per mascherare contratti in realtà ascrivibili all'appalto pubblico, eventualità che comporterebbe un evidente *vulnus* ai principi concorrenziali e il rischio di notevoli distorsioni di mercato.

⁴⁶ Più precisamente, l'art. 142, comma 3 del d.lgs. n. 163/2006 estendeva anche alle concessioni di lavori pubblici l'ambito di applicazione del Codice stesso, mentre l'art. 136 attribuiva appunto all'amministrazione il potere di risolvere unilateralmente i contratti pubblici in caso di grave inadempimento o grave ritardo della controparte.

si arriva a concludere che, anche in analogia con l'art. 39 della Convenzione che richiede la valutazione ministeriale nella fase integrativa dell'efficacia per la concessione, anche la valutazione finale circa la risoluzione o meno spetta all'organo politico, il quale è chiamato ad approvare la deliberazione della competente Direzione generale⁴⁷.

Su quest'ultimo punto, d'altronde, è necessaria ed opportuna qualche breve considerazione: sembra infatti parzialmente incoerente che al termine del parere, dopo che si è dato preponderante risalto agli aspetti privatistici del rapporto e delle conseguenze del crollo, dopo che si è tentato di ricondurre la fattispecie interamente all'interno della cornice negoziale di disciplina, dando l'impressione di volerla connotare in senso rigorosamente ed oggettivamente giuridico e depurandola da ogni aspetto, per così dire, «soggettivo» od opinabile, si dia enfasi al fatto che la decisione finale sulla permanenza o meno del rapporto concessorio (ed anche le sue eventuali rimodulazioni, come s'è visto in precedenza) resti rimessa ad una valutazione di tipo *politico*, in grado di saggiare tutte le conseguenze derivanti da un simile esito e prescegliere la miglior soluzione alla luce anche di insindacabili ragioni di opportunità o convenienza⁴⁸.

Eppure, se ben ci si pensa, questa conclusione costituisce una conseguenza perfettamente coerente di una visione virtuosa del ciclo di produzione e applicazione delle regole, funzionale alla loro intrinseca *qualità*: perché la decisione si qualifichi come pienamente razionale, infatti, diviene notoriamente essenziale che il momento tecnico e quello politico della stessa siano rigorosamente distinti sia sotto il profilo organizzativo sia sotto quello funzionale, spettando al decisore tecnico la valutazione d'impatto, l'istruttoria ecc. onde individuare e rappresentare le opzioni in modo efficace e coerente con gli obiettivi, e al decisore politico, oltre che l'*input* alla regolazione, anche e soprattutto la decisione finale tra le diverse opzioni possibili: non va infatti dimenticato che sussiste una diversa struttura negli incentivi che regolano

⁴⁷ In proposito si vedano sia in generale gli artt. 4, comma 2, e 16, comma 1, lett. d), del d.lgs. n. 165/2001, sia più specificamente l'art. 5, comma 8, lett. b), del d.p.c.m. 11 febbraio 2014, n. 73, *Regolamento di organizzazione del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti ai sensi dell'articolo 2 del decreto-legge 6 luglio 2012, n. 95, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 2012, n. 135*, il quale attribuisce alla Direzione generale di Vigilanza sulle concessioni autostradali la competenza alla «*gestione dei rapporti in essere con i concessionari autostradali, nonché predisposizione degli atti aggiuntivi alle vigenti convenzioni*»; a tali disposizioni va però necessariamente affiancato anche l'art. 3, comma 5, del d.lgs. n. 143/1994, il quale stabilisce che «*L'approvazione delle concessioni di costruzione ed esercizio di autostrade è riservata al Ministro dei lavori pubblici di concerto con il Ministro del Tesoro*», il che è confermato appunto, per il principio del *contrarius actus*, dalla riconosciuta competenza ministeriale ad approvare la concessione ai fini dell'acquisto di efficacia, in base all'art. 39 della Convenzione tra ANAS ed ASPI.

⁴⁸ Sotto quest'ultimo aspetto è opportuno notare come il parere in commento, pur mettendo ripetutamente in evidenza l'opportunità di una cessazione anticipata del rapporto concessorio, ampiamente giustificata dall'inadempimento del concessionario e dal venir meno del rapporto fiduciario tra le parti, abbia al contempo cura di segnalare come la prioritaria esigenza di garantire il buon andamento nell'espletamento di servizi di interesse generale, e dunque la continuità della gestione della rete autostradale che di esso costituisce la manifestazione concreta, possano di fatto giustificare la prosecuzione dell'attività di ASPI, anche in caso di risoluzione, sino al subentro di un nuovo operatore; resta sottinteso che in tale periodo sarebbe doveroso per il Concedente esercitare in modo particolarmente rigoroso i propri poteri di vigilanza (cfr. Parere 28 giugno 2019, p. 59).

il comportamento razionale delle due diverse categorie di soggetti⁴⁹, pur sul presupposto della massima trasparenza fra le due dimensioni che consenta anche la chiara assunzione dei rispettivi profili di responsabilità (*accountability*)⁵⁰. Anche senza voler dunque assecondare una versione dicotomica del percorso procedurale-regolatorio, nella consapevolezza che anche in questo caso i momenti di ordine tecnico-strumentale e politico-finalistico si atteggiavano come parti di un'unica decisione pubblica, deve comunque segnalarsi come la scelta finale sulla permanenza del rapporto concessorio in questione, sottintendendo valutazioni inscindibilmente legate ad aspetti di politica (economica) pubblica e di definizione delle strategie prioritarie di intervento, sia correttamente demandata all'organo decisionario politico⁵¹. Inoltre, come già segnalato a proposito della scelta sulla eventuale modifica del contenuto della Convenzione, anche questa conclusione è funzionale al risultato di ricondurre nelle mani pubbliche il ruolo di parte di «maggior forza» anche sul piano contrattuale, quasi a «ristoro», *ex post*, delle previsioni accettate dal concedente quale contenuto della Convenzione stessa.

4. Nodi pubblicistici del rapporto: il piano delle fonti e il principio di concorrenza

Da quanto s'è detto, sembrerebbe scontata la conclusione per cui la vicenda concreta riguardante il crollo del Ponte Morandi, i rapporti fra le parti del rapporto concessorio e i profili connessi alle responsabilità dell'evento catastrofico, pur ricchissima di aspetti problematici e complessi sotto il profilo analitico e dogmatico, sollevi questioni riservate per la quasi totalità all'esegesi e allo studio da parte della dottrina privatistica; e invece, come s'è visto poc'anzi, proprio la parte finale del parere, ove emergono in modo più evidente le coloriture pubblicistiche del rapporto concessorio tra ANAS ed ASPI⁵², permette di

⁴⁹ Cfr. G. NAPOLITANO - M. ABRESCIA, *Analisi economica del diritto pubblico. Teorie, applicazioni e limiti*, Bologna, il Mulino, 2009.

⁵⁰ Il tema è ampiamente trattato ed approfondito in M. DE BENEDETTO – M. MARTELLI – N. RANGONE (a cura di), *La qualità delle regole*, Bologna, il Mulino, 2011, part. pp. 126 ss., 151, 183 ss., 197 ss., ed in generale nei capitoli a cura di M. DE BENEDETTO.

⁵¹ Il tema era già noto anche alla dottrina tradizionale: in proposito si vedano, tra i molti, H. SIMON, *Administrative behavior*, New York, Macmillan Co. and The Free Press, 1947, trad. it *Il comportamento amministrativo*, Bologna, il Mulino, 1967, p. 115; M. LONGO, *Per la fondazione di una scienza della legislazione*, in *Il diritto dell'economia*, 1960, p. 592; G. AMATO, *La burocrazia nei processi decisionali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1975, p. 498; V. BACHELET, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, in ID., *Scritti giuridici*, I, *L'amministrazione pubblica*, Milano, Giuffrè, 1981, part. pp. 263, 329 e la letteratura ivi citata; J.H. SVARA, *The Politics-administration dichotomy model as aberration*, in *Public Administration review*, 58, 1998, p. 51. Sulla necessità di una distinzione anche sul piano organizzativo v. F. VASSALLI, *La missione del giurista nell'elaborazione delle leggi*, in AA.VV., *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, I, Padova, Cedam, 1950, p. 498; J. CHEVALLIER, *Introduction: l'évaluation législative, un enjeu politique*, in A. DELCAMP – J.L. BERGEL – A. DUPAS (a cura di), *Contrôle parlementaire et évaluation*, Paris, La documentation française, 1995, p. 20.

⁵² Si segnala che il parere, anche con l'intento di sostenere l'attribuzione alla giurisdizione amministrativa esclusiva ex art. 133, lett. a), n. 2), C.p.a. di eventuali controversie sulla legittimità della risoluzione unilaterale, evoca la riconducibilità giuridica delle concessioni di lavori e di servizi alla categoria degli accordi amministrativi ex art. 11 della l. n. 241/1990. Conferma la giurisdizione esclusiva del g.a. in materia di concessioni di beni e servizi pubblici, di recente, Cass. civ., SS.UU., ord. 9 agosto 2018, n. 20682.

mettere in evidenza alcuni nodi ed aspetti di particolare rilievo anche per l'interprete che si muova nel prisma del diritto pubblico, diversamente dalla riflessione che precede tutta incentrata sugli aspetti negoziali.

Due, principalmente, le questioni di maggior interesse su cui focalizzare l'attenzione: l'una, di rilievo maggiormente «costituzionalistico», attiene al piano delle fonti, e pone in luce un tema sempre più attuale nel dibattito contemporaneo, ossia il valore della *legificazione* della Convenzione e la connessa riflessione intorno al tema delle cd. leggi-provvedimento; l'altra, forse maggiormente «amministrativistica», riguarda la deroga disposta dalla legge di approvazione al principio generale dell'evidenza pubblica, e dunque della gara, che secondo le nuove normative europee ed interne governa (o dovrebbe governare) la scelta del concessionario da parte dell'amministrazione aggiudicatrice nel rispetto dei canoni fondanti di trasparenza e di non discriminazione, nonché le ragioni che tale deroga (legittimamente) giustificano o possono giustificare. I due profili, nonostante appaiano distanti, sono in realtà strettamente connessi, riverberandosi entrambi su aspetti di carattere procedurale più che sostanziale, e finiscono inoltre per intersecare alcune riflessioni di carattere sistemico circa, da un lato, la difficoltà di raggiungere equilibri stabili tra le garanzie private, l'assunzione del rischio operativo da parte degli operatori economici e la costante (doverosa) rispondenza del rapporto all'interesse pubblico, che implica la persistenza di poteri unilaterali in capo all'amministrazione concedente, e, dall'altro, le coordinate direttrici verso cui vanno evolvendosi i rapporti pubblico-privati, come accennato in apertura.

4.1. Sulla «legificazione» della Convenzione: problemi di costituzionalità

Andando dunque con ordine, il primo nodo tematico da affrontare è quello di carattere più generale, preso espressamente in considerazione anche dal parere in commento, in particolare ove si prospettano le possibili iniziative di reazione della società concessionaria all'adozione del provvedimento unilaterale di risoluzione; il Gruppo di lavoro specifica infatti che, a fronte della ritenuta nullità o almeno inapplicabilità alla fattispecie concreta della clausola convenzionale riferita all'indennizzo (la quale, lo si ricorda, condizionerebbe alla corresponsione di quest'ultimo l'acquisto di efficacia della risoluzione), ASPI potrebbe obiettare che la Convenzione unica è stata approvata per legge, mediante il richiamato art. 8-*duodecies*, comma 2, del decreto legge n. 59/2008, convertito nella legge n. 101/2008⁵³, con ciò divenendo indisponibile per le parti, ed in particolare per la parte pubblica a mezzo di semplici atti

⁵³ La norma, come noto, è stata introdotta al fine di superare le censure mosse dalla Commissione europea nel contesto di una procedura di infrazione aperta contro il governo italiano (C 2006/2419) per la presunta introduzione unilaterale di un nuovo contratto applicabile alle concessionarie autostradali in assenza di qualsiasi motivazione o indicazione sull'applicazione dei nuovi meccanismi; essa ha infatti escluso l'applicazione unilaterale delle convenzioni e i rischi di retroattività.

amministrativi, stante appunto la «legificazione» del suo contenuto. Aderendo a questa ricostruzione si dovrebbe concludere che l'approvazione per legge della Convenzione ha posto il Concessionario al riparo da esiti sfavorevoli circa l'*an* del rapporto, di fatto esautorando la parte pubblica dal potere di imporre unilateralmente la cessazione dello stesso, e spostando la tutela del concedente, anche in caso di inadempimento del concessionario, esclusivamente sul piano risarcitorio; il principio di diritto alla base della predetta conclusione, nonostante sembri condurre nel caso di specie ad esiti iniqui se non addirittura aberranti, appare conforme ad un orientamento di recente espresso anche dalla giurisprudenza: nel parere si cita infatti ripetutamente la sentenza del Consiglio di Stato, n. 4262/2012, con la quale si è sostenuto che l'approvazione per legge del testo convenzionale comporterebbe una piena *legificazione* dell'intero contenuto delle relative clausole, anche di dettaglio, con conseguente intangibilità dello stesso se non da fonte di pari rango.

È evidente, però, come nella fattispecie concreta il predetto principio metta in luce la propria incongruenza con lo schema tipico del rapporto concessorio, arrivando a snaturarlo e stravolgerlo completamente proprio nella negazione dell'esistenza di poteri di adattamento della sua efficacia durevole all'interesse pubblico: anche qualora si aderisca ad una ricostruzione che ne privilegia la connotazione privatistica, infatti, perché il rapporto concessorio sia coerente con la sua natura e le sue intrinseche caratteristiche di durevole efficacia ciò che sembra indispensabile è mantenerne attuale e permanente non solo e non tanto il contenuto originario ma soprattutto la rispondenza all'interesse pubblico⁵⁴.

⁵⁴ È noto come alcune più risalenti ricostruzioni della concessione ne evidenziassero la struttura dualistica, costituita cioè da un provvedimento unilaterale dell'amministrazione e da un contratto privatistico accessivo, in un rapporto complesso di forte interazione reciproca (cd. concessione-contratto): lo scopo di tale teorizzazione era evidentemente quello garantire la funzionalizzazione al pubblico interesse dei rapporti di concessione, consentendo al privato di negoziare però almeno gli aspetti patrimoniali degli stessi, posta l'impossibilità per il potere di costituire oggetto di contrattazione. Sul punto si vedano, ad esempio, M.S. GIANNINI, *L'attività amministrativa: lezioni tenute durante l'anno accademico 1961-1962*, Roma, Jandi Sapi, 1962, p. 38; F. GULLO, *Provvedimento e contratto nelle concessioni amministrative*, Padova, Cedam, 1965; F. LEDDA, *Il problema del contratto nel diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 1965; nel senso della contrattabilità del potere si v. però già M. NIGRO, *Convenzioni urbanistiche e rapporti tra privati. Problemi generali*, in M. COSTANTINO (a cura di), *Convenzioni urbanistiche e tutela nei rapporti tra privati*, Milano, Giuffrè, 1978, p. 45. In tempi più recenti si è poi riconosciuta l'unitarietà del rapporto giuridico concessorio, sul presupposto che anche l'attività bilaterale e convenzionale dell'amministrazione possa pacificamente essere assoggettata direttamente anche alla normativa pubblicistica e che anche il potere, a certe condizioni, sia negoziabile (cfr. art. 11, legge n. 241/1990); il rapporto avrebbe dunque natura contrattuale, e sarebbe sottoposto tanto alle norme privatistiche, quanto a principi pubblicistici che ne assicurino la (perdurante) conformità al pubblico interesse: parlano in tal senso di *contratto o convenzione di diritto pubblico* G. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche*, Milano, Giuffrè, 1984, pp. 205 ss.; D. SORACE – C. MARZUOLI, *Concessioni amministrative*, in *Dig. disc. pubbl.*, III, Torino, Utet, 1989, pp. 280 ss.; G. PERICU, in L. MAZZAROLI – G. PERICU – A. ROMANO – F.A. ROVERSI MONACO – F.G. COCA, *Diritto amministrativo*, Bologna, Monduzzi, 1993, part. p. 1390.

Resta in questo senso necessario che l'Amministrazione disponga di poteri di intervento unilaterale sul rapporto, purché strettamente finalizzati al soddisfacimento di specifiche esigenze di servizio pubblico, improntati alle forme dell'azione procedimentalizzata ed in ogni caso rispettosi degli interessi patrimoniali privati: così E. BRUTI LIBERATI, *Le vicende del rapporto di concessione di pubblico servizio e i poteri unilaterali dell'Amministrazione. La decadenza e la revoca della concessione*, cit., p. 163.

Diversamente opinando, come puntualmente rileva il parere in commento, la Convenzione verrebbe ad assumere una connotazione fortemente (ed eccessivamente) aleatoria per il concedente, per di più in misura direttamente proporzionale alla durata della stessa: anziché valorizzare la stabilità e la certezza del rapporto tale ricostruzione finirebbe in altre parole per rappresentare un ostacolo, dal lato dell'amministrazione concedente, alla convenienza di quest'ultima ad impegnarsi a lungo termine.

È appunto conferendo risalto a questo insopprimibile dovere di rispondenza della concessione al suo schema tipico che il Gruppo di lavoro mostra di non poter accogliere la ricostruzione poc'anzi prospettata, preferendo aderire nella propria analisi ad una giurisprudenza più risalente che circoscrive la cd. legificazione al solo momento *procedurale* di integrazione dell'efficacia della Convenzione; in altre parole, l'indisponibilità dell'approvazione per legge opererebbe soltanto quale «copertura» del procedimento già svoltosi ma non perfezionatosi del tutto a causa di alcuni rilievi sollevati in sede di controllo dai competenti organi nella fase, appunto, integrativa dell'efficacia, come accennato in precedenza⁵⁵. L'orientamento giurisprudenziale a cui si riferisce il parere è quello espresso dalla sentenza Cons. Stato, sez. IV, 28 maggio 1997, n. 584, in tema di finanziamento di opere pubbliche: il principio da essa veicolato, esteso in via interpretativa anche al caso che ci occupa, è che per essere legittima la legge con la quale viene approvata una concessione – ipotesi come detto tutt'altro che rara peraltro nelle vicende politico-economiche del nostro Paese – debba limitare le eventuali deroghe da essa disposte alla sola disciplina procedurale (nello specifico si trattava di una deroga alle procedure di scelta del contraente), non potendo spingersi sino a derogare la disciplina sul contenuto della stessa.

Le implicazioni di una differente interpretazione coinvolgerebbero inesorabilmente la costituzionalità stessa della norma di cui all'art. 8-*duodecies*, comma 2, d.l. n. 59/2008 (conv. nella legge n. 101 del 2008): stante il tenore «provvedimentale» della predetta legge, in questo caso troverebbero peraltro applicazione, come è ben noto, i consolidati principi in ordine allo *scrutinio stretto* che la Corte dovrebbe condurre sulla norma di approvazione della Convenzione unica⁵⁶. È ben noto infatti che l'istituto della legge

⁵⁵ Il riferimento, lo si ripete, è al parere negativo n. 10/2007 del NARS – Nucleo di consulenza per l'attuazione delle linee guida per la regolazione dei servizi di pubblica utilità, richiesto dall'art. 2, co. 84, del d.l. n. 262/2006 per il perfezionamento della procedura di adozione della Convenzione unica e reso in data 26 novembre 2007.

⁵⁶ La Corte, come è noto, ha affermato la propria giurisdizione in materia di leggi provvedimento già in occasione dei giudizi di legittimità dei decreti legislativi di esproprio della riforma fondiaria (previsti dall'art. 5 della legge 12 maggio 1950, n. 230 per l'Altopiano della Sila, poi estesi ad altri territori dall'art. 1 della legge 21 ottobre 1950, n. 841; cfr. Corte Cost., sentenza 25 maggio 1957, n. 59), su cui si vedano, per tutti, G. GUARINO, *Profili costituzionali, amministrativi e processuali delle leggi per l'Altopiano silano e sulla riforma agraria e fondiaria*, in *Foro it.*, vol. 75, parte IV, 1952, pp. 73 ss. e A.M. SANDULLI, *Osservazioni sulla costituzionalità delle deleghe legislative in materia di riforma agraria*, in *Foro amm.*, 1952, IV, pp. 1 ss. Si veda anche C. MORTATI, *Osservazioni sul sindacato di costituzionalità delle leggi provvedimento*, in AA.VV., *Studi in memoria di Tullio Ascarelli*, III, Milano, Giuffrè, 1969, pp. 1346 ss.; F. RIGANO, *Scrutinio di stretta ragionevolezza sulle leggi provvedimento e riserva di amministrazione*, in *Le Regioni*, 1995, pp. 521 ss.

La competenza della Corte a sindacare fattispecie normalmente di carattere amministrativistico quale giudice naturale in virtù dell'adozione di leggi provvedimento, peraltro, non lederebbe il diritto di difesa di cui agli artt. 24 e 113 Cost.,

provvedimento⁵⁷, pur ritenuto pacificamente ammissibile in assenza di una «riserva di amministrazione» nel nostro ordinamento⁵⁸, costituisce in ogni caso una deroga al carattere generale ed astratto che per

stante il trasferimento di tali tutele dalla giurisdizione amministrativa alla giustizia costituzionale: L. CARBONE, *Leggi provvedimento e tutela giurisdizionale*, nota a Cons. Stato, sez. V, 24 marzo 2004, n. 1559, in *Giorn. dir. amm.*, 6/2004, pp. 652 ss.; Q. CAMERLENGO, *Legge o atto amministrativo? La Corte Costituzionale e il calendario venatorio*, in *Forumcostituzionale.it*, 2012, 3. Cfr. in tal senso, per tutte, Corte Cost., sentenza 16 febbraio 1993, n. 62; nello stesso senso cfr. Cons. Stato, sez. IV, 20 gennaio 2004, n. 1559 e 19 ottobre 2004, n. 6727; T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 9 dicembre 2008, n. 11064; Cons. Stato, sez. IV, 9 marzo 2012, n. 1349; la necessità di un sindacato giurisdizionale pieno anche in caso di progetti approvati *ex lege* viene sostenuta altresì della giurisprudenza europea: cfr. CGUE Grande sezione, 18 ottobre 2011, cause da C-128/09 a C-131/09, C-134/09 e C-135/09; CGUE, sez. IV, 16 febbraio 2012, causa C-182/2010. Sul tema v. di recente anche G. PEPE, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale tra atti politici, atti di alta amministrazione e leggi-provvedimento*, in *Federalismi.it*, 22/2017, part. pp. 18 ss.; mette in luce le criticità della legge-provvedimento quale deroga alla riserva di giurisdizione nonché alle garanzie proprie del sindacato giurisdizionale L.R. PERFETTI, *Legge-provvedimento, emergenza e giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 3/2019, 1021 ss., part. pp. 1028 ss.

⁵⁷ Già prima dell'avvento della Costituzione la terminologia «legge-provvedimento» era stata utilizzata per la prima volta da F. CAMMEO, *Della manifestazione di volontà nel campo del diritto amministrativo*, in V.E. ORLANDO, *Primo Trattato di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1907, p. 94, nell'ambito della categorizzazione di quelle leggi che non contengono comandi generali accompagnati da sanzioni ma comandi individuali non contrari al diritto vigente (cfr. anche F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo (1914)*, Padova, Cedam, rist. 1960; l'A., sottolineandone la natura di atti atipici, ne affermava la validità solo in presenza di un fondamento giuridico generale che le giustificasse, stabilendone il perimetro di attività, e di un controllo successivo, così evitando di consegnare al Parlamento un potere sproporzionato; in tema v. anche SANTI ROMANO, *Saggio di una teoria delle leggi di approvazione* (1898), in A. ZANOBINI (a cura di), *Scritti minori*, I, Diritto costituzionale, Milano, Giuffrè, 1950). In epoca successiva all'emanazione della Carta il fenomeno appare riflesso dello Stato sociale che concretamente «amministra» e redistribuisce le risorse in relazione ai bisogni: sul tema si rinvia, almeno, a C. MORTATI, *Le leggi provvedimento*, Milano, Giuffrè, 1968; E. FORSTHOFF, *Über Massnahmengesetze* (1955), trad. it., *Le leggi-provvedimento*, in ID., *Rechtsstaat im Wandel. Verfassungsrechtliche Abhandlungen, 1950-1964*, Stuttgart, W. Kohlhammer Verlag, 1964, trad. it. a cura di C. AMIRANTE e L. RIEGERT, *Stato di diritto in trasformazione*, Milano, Giuffrè, 1973, pp. 101 ss. Più di recente, per una puntuale ed approfondita ricostruzione dell'istituto e della sua evoluzione, si vedano F. ZAMMARTINO, *Le leggi provvedimento nelle giurisprudenze delle Corti nazionali ed europee tra formalismo interpretativo e tutela dei diritti*, in *Rivista AIC*, 4/2017, part. pp. 4 ss. e la ricca letteratura *ivi* richiamata; G. ARCONZO, *Contributo allo studio sulla funzione legislativa provvedimentale*, Milano, Giuffrè, 2013; A. SARANDREA, *Legge-provvedimento*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, vol. IV, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 3430 ss.; S. SPUNTARELLI, *L'amministrazione per legge*, Milano, Giuffrè, 2007; G.U. RESCIGNO, *Leggi-provvedimento costituzionalmente ammesse e leggi-provvedimento costituzionalmente illegittime*, in *Dir. pubbl.*, 2007, pp. 321 ss.

⁵⁸ Il dibattito interpretativo sulla esistenza o meno di una riserva di amministrazione coinvolge importanti principi costituzionali, primo fra tutti quello di legalità (e in alcuni casi quello del giusto procedimento); anche in tempi risalenti la Corte ha peraltro sempre sottolineato come la Carta non positivizzi alcuna riserva di tal genere: si vedano, *ex multis*, le sentenze 16 luglio 1956, n. 20; 25 maggio 1957, n. 60; 14 febbraio 1989, n. 43; 8 febbraio 1993, n. 63; 20 febbraio 1995, n. 63; 9 febbraio 2012, n. 20; 26 aprile 2012, n. 105; 20 novembre 2013, n. 275. Per un approfondimento sul tema si rinvia a D. VAIANO, *La riserva di funzione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 1996; F. ZAMMARTINO, *Le leggi provvedimento nelle giurisprudenze delle Corti nazionali ed europee tra formalismo interpretativo e tutela dei diritti*, cit., pp. 14 ss. Evidenza come le leggi-provvedimento, precludendo ogni forma di partecipazione alla decisione, eluderebbero i fondamentali principi procedurali di partecipazione e trasparenza M. MEZZANOTTE, *Come eludere il giudicato amministrativo: brevi cenni sulle leggi personali di ottemperanza*, nota a Corte Cost., sentenza 28 luglio 1999, n. 364, in *Giur. it.*, 2000, pp. 7 ss.; in tema v. anche, più in generale, V. CRISAFULLI, *Principio di legalità e "giusto procedimento"*, in *Giur. cost.*, 1962, pp. 130 ss.

A sostegno dell'insussistenza di tale riserva, sottolinea come l'impostazione costituzionale disegni la pubblica amministrazione quale apparato servente, subordinata alle leggi e alla giurisdizione, M. D'ALBERTI, *La concertazione tra Costituzione e amministrazione*, in *Quaderni costituzionali*, 3/1999, pp. 493 ss.; nello stesso senso M. DOGLIANI, *Riserva di amministrazione?*, in *Dir. pubbl.*, 3/2000, pp. 673 ss. Favorevole all'esistenza di una riserva di amministrazione, della quale si ipotizza una diretta derivazione ex art. 97 Cost., è invece M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1966, pp. 65 ss., 172; in tema v. anche G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, Cedam, 1968, pp. 29 ss. Alcune perplessità sull'ammissibilità pacifica dell'istituto sono evidenziate da R. DICKMANN, *Il Consiglio di Stato torna sulle leggi di approvazione di atti amministrativi*, nota a Cons. Stato, sez. IV, 19 ottobre 2004, n. 6734, in *Giorn. dir. amm.*, 12/2004, pp. 1318 ss.

definizione caratterizza la fonte legislativa e un concreto esempio di «fluidità dei confini» tra poteri, ed il suo utilizzo deve essere oggetto di verifica rigorosa sotto il profilo della ragionevolezza, congruità/non arbitrarietà (del mezzo utilizzato) e proporzionalità (rispetto al fine perseguito)⁵⁹ della deviazione rispetto all'ordinario rapporto tra il *prevedere* e il *provvedere*⁶⁰.

Nel caso di specie, peraltro, la legge n. 101/2008 parrebbe forse più puntualmente da ricondurre alla sottocategoria delle cd. leggi di approvazione⁶¹, che disciplinano una situazione sostanziale già regolata da un provvedimento amministrativo, o addirittura alle cd. leggi di sanatoria, in cui l'intervento legislativo mira a fornire stabilità a rapporti o situazioni in presenza di alcuni dubbi o irregolarità⁶²: si pensi in questo senso alle perplessità espresse in materia dal NARS, in assenza delle quali l'iter di approvazione della Convenzione si sarebbe con ogni probabilità perfezionato secondo l'ordinario procedimento amministrativo previsto dall'art. 2, co. 84, del d.l. n. 262/2006. Sembra opportuno sottolineare nuovamente che è appunto tale argomento, utilizzato *a contrario*, che consente al Gruppo di lavoro di sostenere che la legificazione abbia interessato soltanto i profili procedurali (e non sostanziali) della fattispecie: si precisa infatti nel parere in commento che l'eventuale abrogazione per via legislativa dell'art. 8-*duodecies*, comma 2, del d.l. n. 59/2008, conv. dalla l. n. 101/2008 recante l'approvazione per legge della Convenzione non avrebbe altro effetto se non quello di far riprendere l'ordinario *iter* di approvazione *ut supra* descritto.

Nonostante le perplessità che può sollevare circa la sorte delle garanzie normalmente derivanti dalla procedimentalizzazione dell'azione pubblica, l'interpretazione richiamata pare in ogni caso condivisibile, non soltanto perché maggiormente conforme al principio di legalità, che impone sempre per le attività (ancorché *lato sensu*) di «amministrazione» la praticabilità di una comparazione in concreto del contenuto

⁵⁹ In tal senso Corte Cost., sentenza n. 267/2007, *Considerato in diritto*, punto 3; già in precedenza, sulla necessaria ragionevolezza della disciplina legislativa diretta di un fatto, Corte Cost., sentenze 11 luglio 1991, n. 346; 5 febbraio 1992, n. 66; 20 marzo 1995, n. 94; 28 giugno 1995, n. 311; 6 settembre 1995, n. 429; 15 novembre 2000, n. 525, e successivamente nello stesso senso Corte Cost., sentenza 9 maggio 2013, n. 85. In generale sulla ragionevolezza quale aspetto prioritario del giudizio di costituzionalità v. L. PALADIN, *Ragionevolezza (Principio di)*, in *Enc. dir. Aggior.*, I, Milano, Giuffrè, 1997, pp. 899 ss.

⁶⁰ Cfr. V. CRISAFULLI, *Atto normativo*, in *Enc. dir.*, vol. IV, Milano, Giuffrè, 1959, pp. 238 ss.; L. CARLASSARE, *Garanzia dei diritti e leggi-provvedimento*, in *Giur. cost.*, 1986, pp. 1488 ss.

⁶¹ Sul tema si veda S. AMOROSINO, *Leggi e programmatiche amministrative: diversità funzionale, riserva di amministrazione e reciproche «invasioni di campo»*, in *Dir. amm.*, 1/2006, pp. 229 ss. Tali leggi, delle quali l'atto amministrativo è dunque un presupposto che per il tramite delle stesse acquista validità di legge, sono normalmente ammesse dalla Corte, salvo che siano preordinate alla violazione di un giudicato (cfr. ad esempio Corte Cost., sentenza 20 giugno 1994, n. 263); più specificamente, nel caso di leggi di mera approvazione, l'esistenza di un procedimento amministrativo svoltosi a monte consente di regola che vengano rispettate appieno le garanzie procedimentali e salvaguardato, almeno con riguardo a tale fase presupposta, l'ordinario sindacato giurisdizionale sulle scelte amministrative: cfr. in tal senso Corte Cost., 11 giugno 1999, n. 225.

⁶² Cfr. in argomento A. AMORTH, *Leggi interpretative e leggi in sanatoria nei rapporti tra potere legislativo e potere giudiziario*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1958, part. p. 84.

provvedimentale alla norma astratta per verificarne la conformità alla legge attributiva del potere⁶³, ma anche perché in grado di scongiurare, come anticipato, eventuali censure di legittimità costituzionale della disposizione che approva la Convenzione, la quale, assecondando una differente lettura, potrebbe ritenersi in contrasto con gli artt. 3, 41⁶⁴ e 97 della Carta⁶⁵: essa infatti, oltre a ledere il principio di buon andamento nell'ambito di attività di servizio pubblico e il diritto alla libera determinazione contrattuale che spetta al soggetto concedente, sembrerebbe anche contraria ai principi di ragionevolezza ed eguaglianza sostanziale.

A ben vedere, peraltro, la disciplina oggetto di attenzione appare significativamente emblematica di una commistione che di regola connota ogni legge a contenuto provvedimentale, ma pare in questo caso evidenziarsi con maggiore chiarezza, ossia quella fra la natura funzionale dell'atto legislativo generale ed astratto e il valore preminentemente politico degli atti afferenti all'ambito governativo⁶⁶: in questo caso,

⁶³ Il concetto si è affermato più compiutamente con l'entrata in vigore della Costituzione, ma anche in precedenza era stato, ed è tutt'ora, oggetto di ampio approfondimento da parte della dottrina, sia tradizionale sia recente, sin da G. ZANOBINI, *L'attività amministrativa e la legge* (1924), ora in *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 1955, pp. 203 ss.; V. CRISAFULLI, *Principio di legalità e «giusto procedimento»*, in *Giur. cost.*, 1/1962, pp. 130 ss.; E. FORSTHOFF, *Rechtsstaat im Wandel. Verfassungsrechtliche Abhandlungen, 1950-1964*, trad. it. di C. AMIRANTE e L. RIEGERT, *Stato di diritto in trasformazione*, cit., part. p. 105; A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, Jovene, 1966, p. 315; F. SATTÀ, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico*, Padova, Cedam, 1969, part. pp. 27 ss.; F. BENVENUTI, *Pubblica amministrazione e legalità* (1992), ora in *Scritti giuridici*, Milano, Vita e pensiero, 2006, pp. 4267 ss.; S. FOIS, *Legalità (principio di)*, in *Enc. dir.*, vol. XXIII, Milano, Giuffrè, 1973, pp. 659 ss.; L. CARLASSARE, *Legalità (principio di)*, in *Enc. Giur.*, vol. XVIII, Roma, Treccani, 1988; R. GUASTINI, *Legalità (principio di)*, in *Dig. Disc. pubbl.*, vol. IX, Torino, Utet, 1994; F. SORRENTINO, *Lezioni sul principio di legalità*, Torino, Giappichelli, 2001; S. PAJNO, *Considerazioni su principio democratico e principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 2/2005, pp. 467 ss.; A. LUCARELLI, *Ripensare al principio di legalità nell'evoluzione della forma di Stato. Il potere regolamentare regionale*, in S. LABRIOLA (a cura di), *Ripensare lo Stato*, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 571 ss.; M. RUOTOLO, *Crisi della legalità e forma di governo*, in *Riv. dir. cost.*, 2003, pp. 140 ss.; M.A. SANDULLI, *Principio di legalità e effettività della tutela: spunti di riflessione alla luce del Magistero scientifico di Aldo M. Sandulli*, in *Dir. soc.*, 4/2015, pp. 649 ss.; F. MERUSI, *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, in *Dir. pubbl.*, 2/2007, pp. 427 ss.

⁶⁴ Se pur con riferimento ad un caso in parte differente, ossia quello delle cd. *leggi indirizzo*, si noti in proposito come G. GUARINO, *Sul regime costituzionale delle leggi di incentivazione e di indirizzo (a proposito della questione della legittimità costituzionale della L. 27 dicembre 1953 n. 959 e della L. 30 dicembre 1959 n. 1254 sui sovracani elettrici)*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, Milano, Giuffrè, 1962, pp. 125 ss., part. 150 ss., faccia riferimento proprio agli artt. 3 e 41 Cost. per affermare l'incostituzionalità di leggi che abrogano retroattivamente norme presupposte in base alle quali i privati si sono impegnati ad una certa iniziativa: esse sarebbero infatti contrarie alla garanzia costituzionale accordata alla «volontà individuale» e alla «iniziativa privata» ex art. 41, comma 1, Cost., nonché alla declinazione del principio di uguaglianza quale *proporzione obiettiva* fra le condizioni stabilite per l'esercizio di un diritto/dovere e il contenuto intrinseco del diritto o dovere stesso.

⁶⁵ Va peraltro sottolineato in questa sede come, a prescindere dal caso specifico che occupa, le decisioni della Corte costituzionale sulla legislazione provvedimentale possano fare eccezione al generale principio dell'efficacia *erga omnes*: sul tema R. CHIEPPA, *Leggi-provvedimento e giudicato ipotetico della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1961, pp. 1359 ss.; v. anche Cass. civ., SS.UU., n. 1607/1958. Sui problemi che il sindacato di costituzionalità sulle leggi-provvedimento può porre in termini di disallineamento dei tratti propri del modello incidentale, S. STAIANO, *La vicenda del giudizio sulla legge elettorale: crisi forse provvisoria del modello incidentale*, in *www.rivistaaic.it*, 2/2014, part. pp. 3 ss.; più in generale, C. MORTATI, *Le leggi provvedimento*, cit., pp. 157 ss.; M. LUCIANI, *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale*, Padova, Cedam, 1984.

⁶⁶ Sul tema si v. anche C. ESPOSITO, *Legge*, in *Nuovo dig. ital.*, VII, Torino, Utet, 1938, pp. 718 ss.

infatti, l'approvazione della Convenzione per legge è parsa strumentale alla realizzazione di un fine ritenuto prioritario nell'ambito di un indirizzo politico⁶⁷, quello cioè di far progredire l'iter di perfezionamento delle concessioni autostradali così da potenziare il corredo infrastrutturale nazionale anche in funzione di crescita e sviluppo⁶⁸; in questo senso, si potrebbe affermare che il controllo di conformità della decisione al parametro dell'utilità sociale non sia in realtà mancato, ma sia stato compiuto preventivamente direttamente dal Legislatore⁶⁹.

Sotto questo rilevante profilo, non mancano spunti problematici della vicenda concernenti soprattutto la cd. *impegnatività* dei rapporti convenzionali per la parte pubblica e la conciliabilità con il principio di necessaria e perdurante rispondenza all'interesse pubblico della concessione: se questa valutazione è infatti semplice quando i rapporti in questione siano di mero diritto privato, e deve concludersi ritenendo che l'impegnatività valga nei confronti del solo contraente e non dell'ordinamento generale, la cui volontà si esprime attraverso la volontà pubblica, molto più difficile è stabilire dove si collochi questo limite ove

⁶⁷ A proposito delle leggi provvedimento la Corte sottolinea infatti, sin dalla sentenza 25 maggio 1957, n. 60, *Considerato in diritto*, punto 3, come «la delegazione di leggi-provvedimento presuppone particolari situazioni di interesse generale che, da un lato, sono suscettibili soltanto di valutazione politica e, dall'altro, implicano un giudizio tale che, per ragioni specialmente tecniche, non può essere formulato direttamente dal Parlamento».

⁶⁸ Tali considerazioni non appaiono dissimili da quelle svolte da G. GUARINO, *Sul regime costituzionale delle leggi di incentivazione e di indirizzo (a proposito della questione della legittimità costituzionale della L. 27 dicembre 1953 n. 959 e della L. 30 dicembre 1959 n. 1254 sui sovraccanoni elettrici)*, cit., p. 127, ove si osserva, in ordine alla concessione relativa alle acque dei fiumi della Sila, come essa non originasse dalla legge generale sulle acque ma da una legge speciale (l. 11 luglio 1913, n. 985): si osserva infatti come nel caso silano la scelta del concessionario e la definizione delle condizioni del rapporto abbiano di fatto preceduto l'emanazione della legge, che è intervenuta successivamente ed ha conseguentemente avuto carattere particolare e concreto; lo scopo era rendere possibile un progetto impiantistico di particolare rilievo, di iniziativa non pubblica ma *degli stessi privati* (definito allora addirittura come «*privo di riscontro in Europa*»). Dai lavori parlamentari sulla questione emerge appunto come il preciso intento del Legislatore, assecondando gli indirizzi espressi dal Governo, non fosse quello di disciplinare ipotesi eventuali ma di dare rapida attuazione alle iniziative in oggetto, in ragione del riconosciuto interesse pubblico delle stesse (cfr. SENATO, *Atti parlamentari*, 20 giugno 1913, e *Relazione* 31 maggio 1913 al *Disegno di legge* n. 1064; CAMERA, *Atti parlamentari*, 28 maggio 1913, e *Relazione* 8 maggio 1913 al *Disegno di legge* n. 1390).

⁶⁹ La legge-provvedimento rappresenta una eccezione all'ordinario sistema delle fonti, ma in tempi recenti, complici anche le trasformazioni della società e del mercato, è sempre più frequente il suo utilizzo come strumento di operazioni di potere in settori particolarmente delicati o cruciali, in risposta allo stato di emergenza di certi momenti contingenti o a ragioni di ordine/sicurezza pubblica: si pensi, solo per fare un esempio, al recente *Decreto Genova* (d.l. n. 109/2018, conv. nella legge 16 novembre 2018, n. 130) o al d.l. n. 187/2012 che caducò *ex lege* la concessione alla società Stretto di Messina s.p.a. (non convertito ma i cui effetti *medio tempore* sono stati fatti salvi con sanatoria ex art. 1, comma 2, l. 17 dicembre 2012, n. 221). Tale aspetto implica necessariamente la scelta politica (normalmente facente capo alla sola maggioranza parlamentare) di proteggere determinati interessi a discapito di altri, a cui si accompagna però il rischio di un uso distorto del principio di ragionevolezza e garanzia dei diritti e dell'uguaglianza: più diffusamente su questi temi si v. L.R. PERFETTI, *Legge-provvedimento, emergenza e giurisdizione*, cit., p. 1024. Colpisce, alla luce di ciò, l'attualità dell'affermazione d'*incipit* di C. MORTATI, *Le leggi provvedimento*, cit., p. V, ove l'A. rileva (nel 1968) che «Un fenomeno, non certo peculiare dello Stato contemporaneo ma che in questo ha assunto proporzioni prima ignorate, è lo scambio delle competenze, che si ritenevano specifiche del legislatore e rispettivamente del governo, dall'uno all'altro. Si assiste così, da un lato, ad un'espansione sempre maggiore dell'attività normativa [...] del governo, dall'altro, [...] ad un progressivo dilatarsi degli interventi legislativi con contenuto particolare e concreto». Sulla crisi attuale della funzione legislativa, nonché sulle sfide alla tradizionale tripartizione dei poteri si v. anche G. LEGNINI – D. PICCIONE, *I poteri pubblici nell'età del disincanto. L'unità perduta tra legislazione, regolazione e giurisdizione*, Roma, Luiss, 2019.

lo Stato sia parte del rapporto⁷⁰; e a maggior ragione la valutazione si fa delicata quando la volontà di quest'ultimo si esprima per effetto di un rapporto instaurato con legge, essendovi coincidenza non solo tra soggetto espressione della volontà contrattuale ed espressione di quella ordinamentale ma anche una coincidenza riferibile allo strumento utilizzato per esternalarla, ossia la legge⁷¹. Oltretutto, la questione interpretativa si fa più complessa stante la configurazione sempre più come «privatistica» della concessione di lavori e/o servizi pubblici, come emergente dalla disciplina europea; nel tentativo di enucleare risposte generali al problema, non pare dunque peregrina l'ipotesi secondo cui l'impegnatività troverebbe il suo limite generale in quelli che possono definirsi i precetti fondanti dell'ordinamento, tra i quali non può non rilevare anche la rispondenza all'interesse generale o a fini di utilità ugualmente generale da compiersi caso per caso o, come sottolineato nel parere in commento, motivi riferibili all'ordine pubblico economico (nel caso di specie violato o eluso). Non va infatti dimenticato che la concessione non è (o meglio, non è soltanto) una intrapresa privata, ma è per la collettività: la natura privata dell'investimento sostituisce infatti l'iniziativa pubblica, e pertanto il suo oggetto conserva rilevanza pubblicistica, pur dovendosi quest'ultima conciliare con la necessità privata di ammortizzare l'investimento stesso con gli introiti della gestione delle opere sul lungo periodo; nemmeno sul piano soggettivo, parallelamente, sarebbe possibile sostenere una piena riducibilità dell'Amministrazione a parte contrattuale, stante la commistione delle pattuizioni convenzionali a rilevanza propriamente patrimoniale o negoziale con altre in cui la natura è più «regolatoria» che propriamente contrattuale (ad es. nella definizione del meccanismo tariffario, punto particolarmente rilevante nel caso di specie), conseguenza anche del già richiamato rapporto trilaterale proprio del modello concessorio che implica un rapporto soggetto pubblico-utenza certamente non paritario⁷².

Il tema richiederebbe riflessioni assai più approfondite di quelle consentite dallo spazio a disposizione in questa sede, evidenziando il cruciale e già richiamato problema del bilanciamento fra necessaria stabilità del rapporto concessorio, fondamentale sia per l'affidamento del concessionario e sia per la garanzia di bancabilità dell'investimento, in un contesto di forte avversione al rischio dei soggetti finanziatori, e valore della adattabilità, flessibilità e capacità di adeguamento del rapporto stesso⁷³: della questione, e della

⁷⁰ Diffusamente sul tema v. ancora E. BRUTI LIBERATI, *Le vicende del rapporto di concessione di pubblico servizio e i poteri unilaterali dell'Amministrazione. La decadenza e la revoca della concessione*, cit.

⁷¹ Per queste considerazioni cfr. ancora G. GUARINO, *Sul regime costituzionale delle leggi di incentivazione e di indirizzo (a proposito della questione della legittimità costituzionale della L. 27 dicembre 1953 n. 959 e della L. 30 dicembre 1959 n. 1254 sui sovraccanoni elettrici)*, cit., pp. 145 ss.

⁷² Le richiamate riflessioni sono state compiutamente approfondite da B. TONOLETTI, *Profili generali delle concessioni di beni, opere e servizi*, Relazione al Convegno *La responsabilità del concessionario tra crisi dello Stato e società del rischio. Un approccio interdisciplinare*, Pavia, 29 marzo 2019.

⁷³ Sul tema della stabilità del rapporto si gioca forse il più forte attrito fra la disciplina tradizionale della concessione e quella europea emergente dalla nuova Direttiva: se si accetta l'appiattimento del rapporto di durata sull'assunzione del

particolare delicatezza che la connota, mostrano di aver di recente acquisito maggiore consapevolezza rispetto al passato anche il legislatore europeo e quello nazionale, posto che tanto dalla Direttiva UE n. 23/2014 quanto dal d.lgs. n. 150/2016 emerge oggi una nuova disciplina, incentrata ad esempio sull'individuazione di alcuni cd. *cardinal-changes* non ammissibili, che sembra potenziare anche meccanismi di verifica anticipata di fattibilità e di contenimento di ipotesi di azzardo⁷⁴, nel tentativo di prevenire successive premature interruzioni del rapporto stesso o richieste di revisione non giustificabili da parte degli operatori⁷⁵.

rischio, ritenendo la concessione immodificabile anche a fronte di successive sopravvenienze, essa perderebbe ogni capacità attrattiva per l'investitore privato e non sarebbe dunque più utilizzabile, sostituita da gestioni dirette o, al più, tramite società *in house*. Si noti tuttavia che in altri settori (es. reti energetiche) la disciplina europea non di rado contempla in sede di regolazione tariffaria la sterilizzazione del cd. rischio di domanda, utile (se non indispensabile) a garantire la bancabilità dell'investimento in un contesto di forte avversione al rischio. Interessante è la soluzione adottata in alcuni ordinamenti di *common law* (in particolare nel Regno Unito e in Australia), ove si sfruttano le occasioni di ridefinizione del rapporto per introdurre una più efficiente allocazione del rischio tramite i cd. *Key Performance Indicators* (KPIs), criteri di remunerazione che incentivano il potenziamento della rete e il miglioramento del servizio; queste esperienze dimostrano che, a fronte di una regolazione indipendente, autonoma da contaminazioni politiche e promanante da corpi amministrativi tecnicamente competenti e *one-mission*, natura privata del contratto e obiettivi di orizzonte pubblicistico non sono antitetici ma possono coesistere con risultati virtuosi. Sul tema, diffusamente, C. DI SERI, *Il Regno Unito: la virtuosa partnership pubblico privato*, in L. SALTARI – A. TONETTI, *Il regime giuridico delle autostrade. In Italia, in Europa e nelle principali esperienze straniere*, cit., pp. 161 ss., part. 172 ss.; L. SALTARI, *Un quadro d'insieme e spunti per il rilancio del settore in Italia*, cit., part. pp. 317 s.

⁷⁴ Si pensi alla valutazione del piano economico finanziario compiuta sin dal momento dell'affidamento, da cui devono risultare la convenienza dell'investimento per la parte privata, la sostenibilità nonché la bancabilità dello stesso (art. 165, part. comma 3, d.lgs. n. 50/2016); l'orientamento anche giurisprudenziale sul tema delle revisioni periodiche delle condizioni concessorie è di significativo rigore, richiedendosi per esse una giustificazione in base ad eventi davvero non prevedibili ed estranei alla sfera di responsabilità professionale di competenza del concessionario: a conferma di ciò si vedano, ad esempio, il parere reso da ANAC sulla possibilità di rimodulazione del Piano economico-finanziario della Autostrada Pedemontana Lombarda (AG 39/2012, 6 marzo 2013, in www.anticorruzione.it) o le vicende relative alle concessioni per la gestione degli impianti di carburante sull'Autostrada A3-Salerno-Reggio Calabria. Nella disciplina dell'attuale Codice, rilevanti sotto il profilo della stabilità del rapporto sono poi particolarmente, oltre al già richiamato art. 165 (part. co. 6), gli artt. 175 «*Modifica dei contratti durante il periodo di efficacia*» (corrispondente all'art. 43 della Direttiva) e 176 «*Cessazione, revoca d'ufficio, risoluzione per inadempimento e subentro*» (che traspone l'art. 44 della Direttiva). In linea generale, non sarebbero mai ammesse modifiche cd. *sostanziali*, ossia tali da modificare la natura della concessione rispetto a quanto originariamente stabilito: ne sono esempi le modifiche che avrebbero consentito la partecipazione di candidati diversi o la scelta di una diversa offerta rispetto a quella accettata; quelle che incidono sull'equilibrio economico del rapporto a favore del concessionario in modo non previsto; quelle che estendono l'ambito oggettivo della concessione o sostituiscono un nuovo concessionario a quello originariamente risultato aggiudicatario.

⁷⁵ In questo senso E. BOSCOLO, *La stabilità del rapporto concessorio: poteri di verifica in autotutela e revoca sanzionatoria*, Relazione al Convegno *La responsabilità del concessionario tra crisi dello Stato e società del rischio. Un approccio interdisciplinare*, Pavia, 29 marzo 2019. Si ricordi anche che le Linee guida ANAC n. 9 del 28 marzo 2018 (art. 5) hanno reso obbligatoria per i rapporti concessori la cd. *matrice dei rischi*, prevista per i partenariati pubblico-privati, strumento per compiere le operazioni di *risk assessment* e *risk management* mediante analisi preventiva, valutazione delle probabilità di situazioni prevedibili/imprevedibili e conseguenze delle stesse sul piano patrimoniale e di durata; essa diviene presupposto fondamentale, oltre che per disciplinare *ex ante* modalità e limiti di revisione delle condizioni economico-finanziarie poste a base del PEF, anche per consentire alla Convenzione di poggiare su una base conoscitiva e predittiva per quanto possibile analitica e puntuale, indispensabile per assicurarne la stabilità nel tempo. Per alcune interessanti osservazioni si v. anche Cons. Stato, sez. IV, sentenza 19 agosto 2016, n. 3653, in tema di risoluzione della concessione per eccessiva onerosità sopravvenuta.

4.2. Sulla deroga *singulatim* al principio dell'evidenza pubblica: la compatibilità della legge di approvazione della Convenzione con i principi europei

All'aspetto da ultimo analizzato, ed in particolare al tema della stabilità del rapporto concessorio, si ricollega strettamente la riflessione sui meccanismi derogatori ai principi concorrenziali che pervadono la disciplina dei contratti a rilevanza pubblicistica; entrambi i temi, infatti, finiscono per convergere poi in considerazioni a carattere sistemico che coinvolgono la rilevanza *economica* del rapporto concessorio anche all'interno di scelte di indirizzo e/o politica economica.

Lo spunto di riflessione, in questo senso, riguarda la compatibilità con il diritto europeo della legge che approva la Convenzione, la quale, seguendo la giurisprudenza del Consiglio di Stato già citata sul tema della legificazione, introdurrebbe una deroga *ad hoc* al principio di scelta del contraente con gara; prima però di passare all'analisi di questo aspetto, sembra opportuno premettere alcune considerazioni di carattere generale sul tema.

È indubbio che l'istituto della concessione, *ex se*, si caratterizzi per una peculiare interferenza sulle dinamiche concorrenziali, derivante dal fatto che l'amministrazione in tal caso non negozia un mero scambio di beni e servizi ma una reale *posizione di mercato* per attività che di norma dovrebbe essere essa stessa a svolgere, e ciò è specialmente vero proprio nel campo delle opere infrastrutturali⁷⁶; proprio dal valore economico della concessione, a fronte della descritta interferenza, deriverebbe dunque un dovere di confronto concorrenziale tra offerte, in funzione correttiva e riequilibratrice, così da realizzare (almeno) una concorrenza «*per*» il mercato ove le condizioni e il contesto non consentano una vera e propria concorrenza «*ne*» mercato. Ancorché la relativa disciplina non possa ritenersi applicabile al caso Genova, si ricorda che gli artt. 30 ss. della Direttiva 2014/23/UE delineano una procedura pubblicistica improntata a principi di trasparenza, non discriminazione, parità tra operatori ecc., che mira proprio a riprodurre le condizioni del mercato disattese dal contesto concessorio⁷⁷; una regolazione in questo senso rispettosa della concorrenza dovrebbe pertanto disciplinare con attenzione soprattutto le *forme di attribuzione* del titolo, introducendo un confronto competitivo e disciplinando in modo congruo la durata del contratto, ed anche le *competenze* al rilascio, mediante coordinamento fra diverse regolazioni in un medesimo settore a tutela di diversi interessi generali: non si dimentichi che la nozione europea di

⁷⁶ Per un approfondimento v. R. CAVALLO PERIN, *Riflessione sull'oggetto e sugli effetti giuridici della concessione di servizio pubblico*, in *Dir. amm.*, 1/1994, pp. 113 ss. e ID., *La struttura della concessione di servizio pubblico locale*, Torino, Giappichelli, 1998; A. POLICE, *La concessione di servizi pubblici: regole di concorrenza e «privilegi» dell'amministrazione*, in *Riv. trim. app.*, 1996, pp. 361 ss.; M. D'ALBERTI (a cura di), *Concessioni e concorrenza*, Roma, Agcm, 1998; A. TRAVI, *La liberalizzazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3/1998, pp. 648 ss.; M. CLARICH, *Autorizzazioni e concessioni: presidi dell'interesse pubblico o barriere all'accesso al mercato?*, in *Dir. econ.*, 1/2015, pp. 9 ss.

⁷⁷ Si v. in tal senso V. FERRARO, *La concessione e il diritto europeo: il complesso equilibrio tra la tutela della concorrenza e la «specialità» del regime dei contratti della pubblica amministrazione*, cit., *passim*.

concorrenza delineata dagli artt. 101 e 102 TFUE postula una pluralità di operatori⁷⁸ e un *favor* generalizzato dell'amministrazione per la *market competition*.

Va necessariamente ricordato, d'altronde, che nella prospettiva sovranazionale per lungo tempo gli investimenti infrastrutturali sono stati ritenuti estranei all'applicazione delle norme restrittive in materia di aiuti di Stato, sul presupposto che la realizzazione di progetti afferenti a tale settore costituissero il frutto di una scelta strategica di politica economica nazionale, sfuggendo pertanto al controllo europeo; ad oggi la prospettiva pare in parte mutata, attribuendosi primario risalto, piuttosto, all'eventuale sfruttamento economico dei progetti infrastrutturali⁷⁹. Se è vero che gli Stati membri hanno opposto da sempre una certa resistenza a traslare in sede sovranazionale un settore della attività regolatoria in cui sono coinvolti interessi economici particolarmente significativi, è certo altresì che anche nell'assenza di una disciplina organica delle concessioni di matrice europea non era mai stato in dubbio che ad esse si applicassero almeno i principi generali e fondanti in materia di contratti pubblici, ed in specie quelli di parità di trattamento e non discriminazione, di trasparenza, di proporzionalità ecc.⁸⁰; non va inoltre dimenticato che resta, anche nel vigore della nuova disciplina, un significativo margine di libertà per gli Stati membri sul modello più idoneo tra gestione diretta o esternalizzazione. Vi sono poi almeno due ulteriori aspetti da considerare, in grado di influire sulla questione: da un lato la necessità di promuovere l'innovazione e l'efficienza nel campo infrastrutturale, e dall'altra l'evoluzione degli strumenti di partenariato pubblico-privato in risposta alla ontologica carenza di risorse pubbliche, ulteriormente aggravata dalla crisi economico-finanziaria dell'ultimo decennio.

Se infatti la tendenza europea più recente depone in senso inconfutabile per una apertura al mercato anche dei settori tradizionalmente «preservati», per ragioni strategiche, dalle logiche concorrenziali, non va dimenticato che in mercati caratterizzati dalla presenza di pochi grandi operatori, come nel caso che occupa, la vera competizione tra gli stessi non dovrebbe riguardare soltanto l'efficienza di servizio e di prezzo ma anche (e forse soprattutto) i vantaggi competitivi che discendono dall'investimento in

⁷⁸ Cfr. G.J. STIGLER, *Competition*, in *International Encyclopedia of the Social Sciences*, 3, New York, Macmillan Co. and the Free Press, 1968, pp. 181 ss.

⁷⁹ Una chiara conferma di tale cambiamento di prospettiva si desume anche dal Regolamento della Commissione in data 17 giugno 2014, n. 651, il quale tra le esenzioni dall'obbligo di notifica per il finanziamento di alcuni tipi di infrastrutture, con l'obiettivo di agevolarne l'implementazione, non contempla il settore autostradale: in tema M. MACCHIA, *La disciplina delle concessioni market oriented dettata dall'Unione europea*, in L. SALTARI – A. TONETTI (a cura di), *Il regime giuridico delle autostrade. In Italia, in Europa e nelle principali esperienze straniere*, cit., part. pp. 273 s.

⁸⁰ Si confronti in proposito la Comunicazione interpretativa della Commissione europea sulle concessioni nel diritto comunitario, 2000/C121/02, su cui si v. C. GUCCIONE, *La comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario*, in *Giorn. dir. amm.*, 12/2000, pp. 1263 ss.; nello stesso senso si è espressa ripetutamente anche la Corte di Giustizia, sin dalla sentenza del 22 aprile 2010, C-423/07, *Commissione c. Spagna*. Per un approfondimento si veda anche la Comunicazione interpretativa della Commissione europea sul partenariato pubblico privato istituzionalizzato in data 5 febbraio 2008 (C 2007/6661), su cui M.A. SANDULLI, *Contratti pubblici e (in)certezza del diritto fra ordinamento interno e novità comunitarie*, in *Federalismi.it*, 7/2008, pp. 9 ss.

soluzioni tecnologiche innovative e/o inedite. Questa sembrerebbe essere la ragione che ha spinto la nuova disciplina del Codice dei contratti pubblici a introdurre meccanismi dinamici sotto il profilo procedurale, che consentono all'Amministrazione di modificare l'ordine dei criteri di valutazione o delle preferenze già definite qualora essa si trovasse di fronte, ad esempio, a soluzioni di straordinario livello di innovatività non comparabili con altre proposte⁸¹.

E contemporaneamente, come si dirà meglio nelle conclusioni, l'esigenza di incrementare meccanismi ed istituti non gravanti sulla finanza pubblica, acuitasi con le recenti difficoltà congiunturali ma in realtà sempre esistita, impone per certi versi l'urgenza di affidare a imprese private l'ammodernamento delle reti infrastrutturali, nel nostro caso specificamente di quelle autostradali; ma difficilmente si troveranno operatori disposti a tale investimento in assenza di meccanismi che garantiscano la stabilità delle concessioni e/o la remuneratività nel medio-lungo periodo dei costi sostenuti.

La vicenda in esame costituisce in tal senso la prova del fatto che, date le peculiarità del comparto autostradale tra i servizi di interesse generale, l'apertura alla concorrenza in esso deve essere adattata quanto più possibile al contesto economico di riferimento⁸²: più specificamente, divengono essenziali momenti di temperamento delle procedure competitive mediante garanzie di flessibilità, spazi di dialogo, di confronto e di (quanto più possibile libera) negoziazione tra amministrazione concedente e offerenti, qualificazione tecnica dell'amministrazione stessa per evitare rischi di «cattura», nell'ottica di garantire spunti di innovazione, alti *standard* qualitativi del servizio, nonché ovviamente l'economicità, la tempestività e l'efficacia dello stesso. Si tratta dunque di un modello connotato da significative peculiarità, ispirato senza dubbio alla concorrenzialità ma temperato in ragione della natura del rapporto nonché, si direbbe, per approssimazioni successive: alla base vi è naturalmente una valutazione di proporzionalità circa la compressione delle dinamiche competitive, ammessa non oltre quanto strettamente necessario per conciliarla con l'equilibrio economico⁸³, come dimostra la tendenziale avversione del diritto europeo

⁸¹ Ai sensi dell'art. 173, comma 3, del d.lgs. n. 50/2016 si prevede infatti che l'Amministrazione, in tali casi, abbia la facoltà di arrestare la procedura di affidamento e fissare un termine anche agli altri partecipanti affinché si allineino ad un diverso e più alto standard organizzativo o tecnologico; cfr. in questo senso anche E. BOSCOLO, *La stabilità del rapporto concessorio: poteri di verifica in autotutela e revoca sanzionatoria*, cit.; M. MACCHIA, *La disciplina delle concessioni market oriented dettata dall'Unione europea*, cit., p. 283.

⁸² Così ancora M. MACCHIA, *Op. ult. cit.*, pp. 282 s.

⁸³ Cfr. in tal senso CGUE, 14 luglio 2016, *Promoimpresa e a.* (C-458/14 e C-67/15).

Per ragioni di analogia, ed in generale, può ricordarsi come nell'ultimo decennio sia in parte mutato l'approccio della Corte di Giustizia al dibattuto tema delle deroghe ai principi concorrenziali nella disciplina dei servizi di interesse economico generale: dopo un certo rigore mostrato negli anni Novanta del secolo scorso, essa sembra infatti ammettere limiti alla piena attrazione dei SIEG nell'alveo della libera concorrenza, pur nel rispetto del principio di proporzionalità, sia per consentire alle imprese di svolgere le funzioni attinenti alla propria missione a condizioni economiche eque ed accettabili e sia per garantire la soddisfazione anche dei diritti fondamentali e delle finalità di sviluppo e coesione sociale ormai entrati a piano titolo tra i valori-obiettivo del diritto europeo. In tema si v. F. CINTIOLI, *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, cit., part. pp. 162 ss.; per un approfondimento, tra i molti, G. CORSO, *I servizi pubblici nel diritto comunitario*, in *Riv. giur. quad. pubbl. serv.*, 1999, pp. 7 ss.; L.R. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, Padova, Cedam,

per le concessioni di durata assai lunga o per i rinnovi e le proroghe, oggi addirittura vietate dalla nuova Direttiva perché ritenute in grado di incidere proprio su quell'equilibrio, consentendo un ingiustificato aumento della remuneratività a favore del concessionario⁸⁴. È proprio la logica di questo costante reciproco temperamento che sembrerebbe da ultimo permeare anche le decisioni della giurisprudenza europea: in un caso di recente risoluzione proprio in materia di concessioni autostradali, infatti, si è ribadita la generale necessità di aggiudicare anche le concessioni secondo i principi della competizione concorrenziale, ma si è comunque fatta salva la necessità, se pur in presenza di circostanze particolari ed eccezionali, di giustificare una deroga a tali principi per garantire l'equilibrio contrattuale⁸⁵.

Venendo dunque al caso oggetto della presente analisi, anche la approvazione della Convenzione con legge che ha sostanzialmente «legittimato» una deroga alle ordinarie procedure di scelta del contraente – confermando dunque le ricadute sul piano soltanto procedurale, e non sostanziale, della *legificazione* – potrebbe forse essere letta quale riflesso di una scelta strategica di politica economica, la quale giustificerebbe l'eccezione sulla base di ragioni di interesse generale: una deroga di tale tipo potrebbe essere compatibile con il diritto europeo ed i principi di scelta del concessionario secondo procedure competitive che assicurino parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza?

In fin dei conti, come s'è detto poc'anzi, il settore delle concessioni autostradali sembrerebbe differenziarsi significativamente sia dalle altre tipologie di contratto pubblico e sia, più specificamente, dalle altre tipologie di concessione: esse contengono infatti sia profili propri delle concessioni di lavori,

2001; L. DE LUCIA, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, Torino, Giappichelli, 2002; A. MASSERA (a cura di), *Il diritto amministrativo dei servizi pubblici tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, Pisa, Plus, 2004; G. CAIA, *I servizi pubblici*, in L. MAZZAROLLI – G. PERICU – A. ROMANO – F.A. ROVERSI MONACO – F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, vol. II, Bologna, Monduzzi, 2005, pp. 131 ss. Sul principio di proporzionalità v. P.M. VIPIANA, *Introduzione allo studio del principio di ragionevolezza nel diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1993; A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, Cedam, 1998; G.F. FERRARI, *Il principio di proporzionalità*, in V. PARISIO (a cura di), *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, Milano, Giuffrè, 1998, pp. 125 ss. Cfr. in argomento, *ex multis*, anche le fondamentali sentenze CGUE 19 maggio 1993, *Corbeau* (C-320/91), 27 aprile 1994, *Almelo* (C-393/92) e quella del Tribunale di primo grado CE, n. 106-95, *La Poste*.

⁸⁴ Cfr. art. 18 della Direttiva 2014/23/UE, ma si veda già l'art. 58 della Direttiva 2004/18/CEE in materia di concessioni di lavori pubblici, in combinato disposto con gli artt. 2 e 56 della stessa; in proposito si vedano, tra molte, le sentenze della CGUE del 5 aprile 2017, *Borta* (C-298/15); 7 aprile 2016, *Finn Frogne* (C-549/14); 13 aprile 2010, *Wall* (C-91/08), riferite alla equivalenza tra proroga e rilascio di nuova concessione sul presupposto che si tratti di una modifica sostanziale del rapporto esistente, la quale imporrebbe in ogni caso il ricorso a procedure concorrenziali specialmente ove esse siano mancate in origine.

⁸⁵ Il riferimento è alla recente decisione della CGUE in data 18 settembre 2019 (C-526/17), relativa alla proroga della concessione dell'Autostrada A12 Livorno-Civitavecchia: la Corte, nel caso di specie, ha ritenuto in contrasto con la normativa europea la proroga di 18 anni riferita al tratto autostradale Livorno-Cecina (Rosignano), operativa sin dal 1993, mentre non ha ritenuto illegittima la proroga con riferimento alle due restanti tratte dell'A12 (Cecina Rosignano-Grosseto e Grosseto-Civitavecchia), sul presupposto che per molti anni dopo la sottoscrizione della prima Convenzione (risalente al 1969) la Società concessionaria non avesse potuto, per cause ad essa non imputabili, dare inizio ai lavori per esse previsti, e che pertanto la scadenza originaria per la parte già aperta al traffico non potesse essere ragionevolmente applicabile anche alle predette tratte.

per quanto concerne l'assunzione di impegni alla costruzione delle infrastrutture, sia aspetti tipici della gestione di servizi di mobilità, entrambi remunerati attraverso gli oneri sostenuti dagli utenti, secondo tariffe stabilite in via amministrativa⁸⁶. Ora, questi aspetti di commistione giustificano un peculiare modo, anche del diritto europeo, di intendere l'apertura del settore alle regole della concorrenza, sul presupposto per cui normalmente ciò che per tale diritto rileva è l'esistenza di un mercato nel quale la concessione viene a rappresentare un bene/utilità per chi la consegue, al pari di quanto avviene nel caso di aggiudicazione di appalti pubblici⁸⁷; la libertà di optare per una gestione pubblica o privata rimessa dalla nuova Direttiva agli Stati membri nel settore dei servizi⁸⁸ è già il segno di questo differente approccio, e sta ad indicare che il diritto europeo non si preoccupa di ciò che essi stabiliscono a monte in ordine alla missione di interesse economico generale che intendono affidare ad un concessionario privato⁸⁹, ponendosi tale diritto, all'opposto, a valle di tali decisioni.

Conseguentemente, nel settore delle concessioni, e a maggior ragione delle concessioni autostradali, sembra forse di poter evidenziare alcuni tratti rivelatori di un tentativo di non arretramento del ruolo pubblico nel campo delle infrastrutture, specie se strategiche: la nuova disciplina europea dei rapporti concessori sembrerebbe in tal senso andare in controtendenza rispetto alla naturale filosofia di ricorso al mercato che connota quell'ordinamento⁹⁰; ed anche qualora la scelta sia quella dell'esternalizzazione, come s'è visto, pare maggiormente valorizzata l'importanza di meccanismi flessibili e/o informali che consentano al concedente di colmare il suo deficit conoscitivo attraverso l'apporto dei *competitors* privati, così da garantire peraltro anche la predisposizione di contratti stabili, ben bilanciati e comunque sempre rispondenti all'interesse pubblico.

Innovazione tecnologica, affidabilità dell'operatore privato, finanziabilità del progetto divengono, tra le altre, caratteristiche soggettive in grado di condizionare la scelta pubblica del concessionario, che resta sempre ed ugualmente permeata, ancorché oggi meno che in passato, da un'aura legata a scelte strategiche di politica economica, specialmente in mercati caratterizzati per natura da un numero limitato di possibili

⁸⁶ La natura ibrida di questo particolare tipo di concessioni ne comporta la sussunzione, oggi, nell'alveo dell'art. 20 della Direttiva UE 23/2014 riferito ai cd. *contratti misti*, con la conseguente applicazione della disciplina riferita al tipo di concessione che caratterizza l'oggetto/prestazione principale in termini di rilievo economico.

⁸⁷ Così L. SALTARI – A. TONETTI, *Origini e trasformazioni della disciplina delle autostrade in Italia*, cit., p. 81.

⁸⁸ Cfr. i *Considerando 5 e 6* della Direttiva UE 2014/23; né la Direttiva imporrebbe una privatizzazione ove i regimi di proprietà delle reti fossero di stampo pubblicistico.

⁸⁹ Si veda sul punto il parere del Consiglio di Stato sul d.lgs. n. 50/2016 (nuovo Codice dei Contratti pubblici), n. 855 in data 1 aprile 2016, Adunanza della Commissione speciale del 21 marzo 2016, in www.giustizia-amministrativa.it, p. 87. Nello stesso senso anche B. TONOLETTI, *Profili generali delle concessioni di beni, opere e servizi*, cit., il quale nota altresì come tale diritto si preoccupi al contrario di garantire il rischio di investimento, con ciò mostrando di regolare *ex ante* la liberalizzazione del settore, creando in tal modo la concorrenza in settori tradizionalmente caratterizzati da un regime di monopolio.

⁹⁰ Cfr. ancora M. MACCHIA, *La disciplina delle concessioni market oriented dettata dall'Unione europea*, cit., p. 282; v. anche G. GRECO, *La direttiva in materia di concessioni*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 5/2015, 1095 ss., part. p. 1096.

competitors: in questo senso potrebbe probabilmente trovare una giustificazione, almeno sul piano sostanziale, l'approvazione dello schema convenzionale con legge, in deroga ai generali criteri di scelta del contraente mediante confronto competitivo; ciò che forse potrebbe rivelarsi carente sarebbe invece il rispetto delle garanzie procedurali di trasparenza, non discriminazione e parità nel trattamento con altri operatori economici, in assenza di ragioni giustificatrici chiaramente esplicitate nel testo di legge e riferibili alla struttura del mercato, alle esigenze tecnico-organizzative del caso concreto e/o all'eventuale assenza di alternative se non a condizioni sproporzionate⁹¹, le quali sarebbero tuttavia controbilanciate, nella prospettiva pubblicistica, da finalità di efficientamento di reti infrastrutturali strategiche e di rilancio della crescita e della competitività⁹².

5. Riflessioni conclusive

Le molte considerazioni sin qui compiute e la molteplicità dei profili di interesse emersi nell'analisi della vicenda in esame impongono un tentativo di sintesi su alcuni punti tutt'ora irrisolti e/o aperti.

In *primis*, una considerazione preliminare in ordine alla natura dell'istituto concessorio: interrogarsi sulla escludente prevalenza in esso degli aspetti negoziali o di quelli autoritativi, e in base ad essa giustificare effimeri approdi definitivi, non costituisce oggi il fulcro nevralgico del tema, dovendosi piuttosto sondare se e come tale istituto possa essere funzionale allo sviluppo economico ordinamentale⁹³. In questa prospettiva, se è indubbio che le concessioni pubbliche, e con esse quelle autostradali, sono oggi dal

⁹¹ In una recente sentenza in materia di rapporti fra affidamenti diretti/procedure negoziate senza bando, la giurisprudenza amministrativa ha avuto modo di sottolineare come nemmeno l'esistenza di diritti di esclusiva o privativa implichi di per sé necessariamente l'infungibilità del prodotto o del servizio offerto, occorrendo invece una rigorosa motivazione sul punto da parte dell'amministrazione: cfr. in tal senso T.A.R. Lombardia, sez. IV, 21 febbraio 2018, n. 500; v. anche le Linee guida ANAC n. 8 nonché, sul particolare rigore richiesto nell'individuazione e accertamento dei presupposti giustificativi delle procedure in deroga al principio della gara, CGUE, sentenza 8 aprile 2008, C-337/05.

⁹² Anche negli anni della recente crisi economico finanziaria, infatti, si sono succedute iniziative volte al potenziamento delle capacità di investimento dei concessionari, ad esempio mediante l'accelerazione dei procedimenti di definizione delle convenzioni attraverso l'approvazione con legge delle stesse: si vedano, ad esempio, l'art. 2, comma 202, lett. a), l. n. 191/2009, nonché l'art. 47, comma 1, lett. a), del d.l. n. 78/2010. Va d'altronde sottolineato che l'impostazione pan-privatistica del rapporto concessorio accolta anche dall'ordinamento nazionale non sembra armonizzarsi con l'utilizzo dello strumento per natura più *unilaterale* tra quelli a disposizione del soggetto pubblico, ovvero la legge, per incidere sulla sua struttura o sulla sua efficacia: cfr. L. SALTARI, *Un quadro d'insieme e spunti per il rilancio del settore in Italia*, in L. SALTARI – A. TONETTI, *Il regime giuridico delle autostrade. In Italia, in Europa e nelle principali esperienze straniere*, pp. 297 ss., 319.

⁹³ Su un piano generale e di sistema, è noto come alcuni filoni dottrinali evidenzino sempre di più, a livello globale, una crescente convergenza fra sistemi «a diritto comune» e sistemi «a diritto amministrativo», il divario tra i quali tende rapidamente ad assottigliarsi: per un approfondimento sul tema si veda M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato. Mutamenti dei sistemi nazionali e contesto globale*, Bologna, il Mulino, 2019, part. pp. 195 ss.; v. anche L. TORCHIA, *Diritto amministrativo, potere pubblico e società nel terzo millennio o della legittimazione inversa*, in AA.VV., *Il diritto amministrativo oltre i confini*, Milano, Giuffrè, 2008, pp. 45 ss., e part. 48, ove si sottolinea come il diritto pubblico, tradizionalmente ancorato alle funzioni e prerogative tipiche della sovranità, sia nel secondo Novecento progressivamente divenuto anche il diritto che regola molte funzioni sociali ed economiche, esercitate come servizio, in una costante osmosi fra diritto pubblico e diritto privato.

diritto europeo ricondotte quasi interamente alla matrice contrattuale, è pur vero che tale conclusione deve tenere anche conto del fatto che alcuni aspetti del rapporto, riconducibili agli aspetti regolatori di competenza del pubblico potere, non sono nella libera disponibilità del concessionario: diversamente opinando, si dovrebbe accettare l'abnorme conclusione per cui quest'ultimo potrebbe in astratto negoziare con il Regolatore anche il contenuto di tali vincoli⁹⁴. La funzione regolatoria pubblica, invece, rappresenta un indefettibile baluardo per evitare che la transizione in atto nel settore delle autostrade rispetto alla originaria gestione in monopolio pubblico possa condurre alla mera sostituzione di quest'ultimo con un monopolio privato⁹⁵; eppure, nel nostro ordinamento, la debolezza della regolazione che ha sempre caratterizzato il settore, le incertezze e i ritardi nella stessa⁹⁶ nonché, d'altra parte, l'avvertita urgenza di creare imprese nazionali forti che potessero competere anche su mercati esteri, hanno favorito dinamiche fortemente vantaggiose per i concessionari privati, come ben esemplificato dalle clausole della convenzione riferita all'Autostrada A10 di cui al parere in commento.

La concessione dunque, pur configurando indubbiamente un rapporto di tipo negoziale, non va riduttivamente considerata soltanto come un'intrapresa privata, essendo essa all'opposto, prioritariamente, per la collettività: ciò non toglie, d'altra parte, che tanto il concessionario quanto l'ente concedente abbiano in essa un interesse, anche economico. L'equilibrio fra le posizioni delle parti, in tal senso, diviene in questa prospettiva un elemento essenziale del paradigma giuridico di riferimento, capace appunto di assicurare una tendenziale stabilità del rapporto complesso di durata che la Convenzione viene a creare; fondamentale diviene in questo senso assicurare un bilanciamento ottimale fra la contingente esigenza pubblica di sussidiare le proprie tradizionali carenze, tanto finanziarie quanto tecniche, attraendo capitali e competenze privati mediante incentivi alla remuneratività dell'investimento, e la tutela delle finalità pubbliche di regolazione e di pubblico interesse che restano pur sempre sottese al rapporto.

Secondariamente, il caso del crollo del Ponte Morandi, e le considerazioni compiute dal Gruppo di lavoro proprio con riferimento al tema dell'equilibrio sinallagmatico della Convenzione, concludendo per la

⁹⁴ Si veda ancora, in tal senso, L. SALTARI – A. TONETTI, *Origini e trasformazioni della disciplina delle autostrade in Italia*, cit., p. 81.

⁹⁵ In tema S. CASSESE, *Regolazione e concorrenza*, in G. TESAURO – M. D'ALBERTI (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, Bologna, il Mulino, 2001, pp. 11 ss.; ID., *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2/2002, pp. 265 ss. Va d'altronde notato che il diritto europeo non si occupa, all'opposto di quanto fa per le modalità di accesso al mercato, di armonizzare gli strumenti di regolazione del rapporto in funzione di tutela dell'interesse pubblico.

⁹⁶ Si rammenta, in proposito, che le competenze da ultimo attribuite all'ART – Autorità di Regolazione dei Trasporti in materia di autostrade (per effetto delle modifiche apportate all'art. 37 del d.l. n. 201/2011, conv. nella legge n. 214/2011, dal d.l. n. 1/2012, conv. dalla legge n. 27/2012), le quali potrebbero senz'altro rivelarsi funzionali ad un rafforzamento della regolazione indipendente, riguardano però soltanto le nuove concessioni e non quelle ancora in essere o prorogate. In generale sul tema della regolazione indipendente, e sulla possibilità per essa di conciliarsi con il ruolo della politica per rafforzare il funzionamento del sistema democratico, si veda di recente E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione indipendente dei mercati. Tecnica, politica e democrazia*, Torino, Giappichelli, 2019; nello stesso senso v. anche M. SALVATI, *Capitalismo, mercato e democrazia*, Bologna, il Mulino, 2009.

nullità e/o inapplicabilità delle clausole che con esso si pongono in palese contrasto, forniscono esempio lampante di come la debolezza dell'assetto pubblicistico scaturito dalla stagione delle privatizzazioni, tanto sul piano competenziale quanto su quello regolatorio e di vigilanza, abbia frequentemente compromesso la necessità di assicurare che i privati non solo si impegnassero per il potenziamento della rete, ma beneficiassero altresì di giusti rendimenti e non di vantaggi sproporzionati; tale debolezza sembra così profondamente connaturata al sistema che non manca chi ha esplicitamente riconosciuto, anche sul piano dogmatico, la posizione di «parte forte» del rapporto al soggetto privato, nonostante la formale sovraordinazione dell'amministrazione concedente⁹⁷. L'episodio concreto dà anche l'occasione di riflettere sui significativi mutamenti subiti nel tempo dal paradigma concessorio, e sul completo rovesciamento che esso sembra oggi aver subito: se infatti in origine, come osservato puntualmente dal parere in commento, era opportuno contenere il rischio che la pubblica amministrazione potesse esercitare unilateralmente poteri destinati ad incidere in senso lesivo sull'incolpevole affidamento del concessionario privato, sotto l'imperativa egida delle esigenze di interesse pubblico⁹⁸, oggi sono le clausole che riconoscono benefici ai privati ad apparire frequentemente esorbitanti, potendo arrivare sino ad inibire qualunque iniziativa pubblica sul relativo contenuto – persino nel caso limite di inadempimento privato – sfruttando la posizione di vantaggio che deriva dall'ormai abusata leva della limitatezza delle risorse pubbliche, la quale renderebbe impossibile sia corrispondere al concessionario gli importi pattuiti in caso di revoca o decadenza sia rinunciare al ricorso a capitali privati per la realizzazione delle opere se non a scapito della competitività del sistema infrastrutturale del Paese⁹⁹. Ecco dunque perché appare così

⁹⁷ Cfr. M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, il Mulino, II ed., 2013, p. 188.

⁹⁸ In proposito pare significativo il richiamo ad una risalente sentenza della Corte di Cassazione che sintetizza con grande chiarezza l'impostazione dogmatica tradizionale: in essa si sottolinea che se la materia del rapporto negoziale fra concedente pubblico e concessionario privato può essere ricondotta all'alveo del pubblico servizio, è fuor di dubbio che «la nozione sostanziale del rapporto è quella di concessione amministrativa, con un annesso e dipendente rapporto contrattuale di diritto privato. Il potere dell'amministrazione rimane integralmente quello che la natura e la finalità del pubblico servizio presuppongono: è potere giuridico di comando e di sanzione [...]. Necessaria e logica illazione è la facoltà, insita nel potere di comando e di sanzione, di revocare la concessione amministrativa per atto di autorità dell'organo concedente» (Cass. civ., 9 febbraio 1918, in *Foro it.*, vol. 43, I, 1918, 487 ss.)

⁹⁹ Si noti come queste considerazioni siano particolarmente appropriate e pertinenti con riferimento agli investitori stranieri, normalmente assai sensibili ai cosiddetti «rischi politici» connessi all'investimento di capitali: in tal senso A. BELTRATTI – B. BORTOLOTTI – V. MILELLA, *State Ownership, Political Risk, and Asset Prices*, in *Il Sole 24 Ore*, 14 febbraio 2007, ora con agg. ad ottobre 2009 in www.bernardobortolotti.com; più in generale si v. anche A. TONETTI, *Il finanziamento delle infrastrutture (commento al decreto "crescita 2.0", d.l. 18 ottobre 2012, n. 179 convertito dalla l. 17 dicembre 2012, n. 221)*, in *Giorn. dir. amm.*, 3/2013, pp. 249 ss.; ID., *Investimenti infrastrutturali e (in)certezza delle regole: il caso del servizio idrico*, in *Giorn. dir. amm.*, 11/2013, pp. 1102 ss. Sul tema della regolazione pubblica, osservava già G.J. STIGLER, *The theory of economic regulation*, in *Bell Journal of Economic and Management Science*, 1971, p. 3, come «the state [...] is a potential resource or threat to every industry in the society [...] with its power to prohibit or compel, to take or give money, the state can and does selectively help or hurt a vast number of industries».

La tendenza recentemente riproposta all'utilizzo dello strumento concessorio nell'ambito di politiche contingenti ha peraltro implicato una non virtuosa logica di scambio, sul presupposto di dover necessariamente assicurare l'assenso del

importante il riferimento, contenuto nel parere, alla spettanza «politica» della scelta sul proseguimento o meno del rapporto concessorio con ASPI e sulla eventuale rinegoziazione delle condizioni contrattuali: in questo modo, implicitamente, si mira nel caso di specie a ricondurre lo strumento concessorio entro l'alveo di una equa e corretta valenza dialettica tra sistema delle imprese e vertici politico-amministrativi, restituendo ad esso il perduto significato di scelta strategica di indirizzo economico generale e sistemico. Ciò che certamente si auspica per il futuro, in generale e non solo nel settore autostradale, è il rafforzamento della *governance* regolatoria rispetto al rapporto di concessione facente capo al soggetto pubblico, non solo per prevenire, attraverso meccanismi (più) stringenti di vigilanza sull'operato del concessionario privato, il verificarsi di eventi catastrofici come quello che ha interessato il viadotto Polcevera¹⁰⁰, ma anche per salvaguardare l'esistenza stessa dell'istituto della concessione, le cui ricadute positive sulla collettività hanno effetti incalcolabili rispetto al valore delle singole transazioni, dei singoli contratti, delle singole vicende concrete¹⁰¹. Il ruolo indefettibile del soggetto pubblico nel campo delle infrastrutture, che ha da sempre caratterizzato la disciplina pubblica dell'economia¹⁰², non è oggi venuto meno ma ha subito una significativa evoluzione: esso implica delicati compiti di attrazione dei capitali privati e di regolazione chiara, univoca, indipendente, stabile ed efficiente delle condotte degli operatori, affinché siano garantiti i molteplici interessi pubblici sottesi al rapporto in uno con un adeguato rendimento degli investimenti; una simile *mission* non potrà tuttavia prescindere da un significativo innalzamento degli standard qualitativi complessivi dell'amministrazione pubblica, con finalità di professionalizzazione e responsabilizzazione della stessa, in armonia con l'impostazione europea¹⁰³.

privato all'investimento: così L. SALTARI – A. TONETTI, *Origini e trasformazioni della disciplina delle autostrade in Italia*, cit., p. 76.

¹⁰⁰ Va ricordato in proposito che il concessionario non è responsabile solo nei confronti del soggetto pubblico ma lo è *in primis*, insieme a quest'ultimo, verso la collettività (elemento che tempererebbe il carattere strettamente civilistico della responsabilità stessa); un uso migliore e maggiormente sistematico dei poteri del concedente in caso di inadempimento del concessionario costituirebbe allo stato attuale una via certamente migliore e più equilibrata per incentivare i concessionari a ridurre l'azzardo morale: così anche B. TONOLETTI, *Profili generali delle concessioni di beni, opere e servizi*, cit.

¹⁰¹ Sul tema F. DENOZZA, *Il modello dell'analisi economica del diritto: come si spiega il tanto successo di una tanto debole teoria?*, in *Ars Interpretandi*, 2/2013, part. pp. 52 ss., ed *amplius* ID., *Regole e mercato nel diritto neoliberale*, Torino, Giappichelli, 2017, part. pp. XXXVIII ss.

¹⁰² In tema, per tutti, M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia* (1977), Bologna, il Mulino, 1995, II ed., p. 59.

¹⁰³ Sulle tradizionali debolezze della P.A. sul piano della qualificazione v. S. CASSESE, *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, cit.; sul rischio di «cattura» del regolatore si vedano M. CLARICH, *I procedimenti di regolazione*, in AA.VV., *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti, Quaderni del Consiglio di Stato*, Torino, Giappichelli, 1999, pp. 9 ss.; ID., *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, il Mulino, 2005; G. NAPOLITANO, *La logica del diritto amministrativo*, Bologna, il Mulino, 2014, pp. 43 s.