

L'APPROFONDIMENTO

1.

AMBITO OPERATIVO DEI CRITERI DI CERTEZZA DEL DIRITTO E AFFIDAMENTO NEL DIRITTO EUROPEO (CGUE 21/03/2019 C-702/17)

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. Il contesto economico e normativo della questione prospettata dal Consiglio di Stato alla CGUE. – 3. I parametri di valutazione delle disposizioni oggetto di interpretazione e la decisione della Corte di Giustizia. – 4. Una sentenza di metodo... – 5...E l'esercizio del potere di vigilanza della CGUE sulla corretta attuazione degli obblighi assunti dagli Stati membri per effetto dell'adesione ai Trattati. – 6 La sentenza in esame pone una riflessione sul rapporto, nel diritto amministrativo, fra il principio del legittimo affidamento ed il principio della successione di leggi nel tempo.

1. CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE.

Con la sentenza Unareti s.p.a. la Corte di Giustizia si è pronunciata in ordine alla questione pregiudiziale interpretativa sollevata dal Consiglio di Stato, ex art. 267 TFUE, con l'ordinanza 5 dicembre 2017, n. 5736/2017. Nel dettaglio, il giudice nazionale ha invitato la Corte a dirimere l'eventuale contrasto con il principio di certezza del diritto delle disposizioni puramente interne che dispongono le modalità di rimborso ai concessionari del servizio di distribuzione di gas naturale per la conclusione anticipata della concessione in funzione dell'estensione delle regole di evidenza pubblica nel settore. Il contrasto individuato dal Consiglio di Stato, in sede di attuazione, con il principio di certezza del diritto, del legittimo affidamento nonché con il principio di irretroattività degli atti normativi, invece, era stato ricondotto a sistema dal TAR Lazio, sentenza 14 ottobre 2016, oggetto di impugnazione.

2. IL CONTESTO ECONOMICO E NORMATIVO DELLA QUESTIONE PROSPETTATA DAL CONSIGLIO DI STATO ALLA CGUE

Nel contesto economico in cui si pone la

questione applicativa del criterio di quantificazione dei rimborsi da conferire ai precedenti gestori, il legislatore ha inteso coniugare l'esigenza di aprire il settore della distribuzione del gas naturale alle regole concorrenziali nella fase di scelta del gestore con la tutela dei rapporti già sorti, considerato l'ininterrotto operare del principio del legittimo affidamento.

Quanto al contesto normativo, con la direttiva 98/30/CE l'Unione, in applicazione del principio dell'effetto utile, ha invitato gli Stati membri ad estendere le regole di evidenza pubblica nel settore della fornitura di gas naturale, imponendo non un obbligo di mezzi bensì un obbligo di risultato. Il legislatore nazionale, libero di scegliere le concrete modalità di attuazione dell'obiettivo concorrenziale, con il d. lgs. n. 164/2000 ed i discendenti provvedimenti attuativi ha inteso adeguare non solo la normativa nazionale ma anche la situazione sostanziale esistente imponendo la graduale conclusione delle concessioni in essere. In attuazione del principio del legittimo affidamento riconosciuto ai titolari dei rapporti in itinere, il legislatore ha stabilito il regime di determinazione dei rimborsi a carico del nuovo gestore, parallelo al programma di estensione delle regole

concorrenziali by step. Il tessuto normativo, invero, è articolato e complesso in quanto il d. lgs. n. 164 del 2000 ha subito, nel tempo, diverse modifiche. La successione di leggi nel tempo, illustrata dal Consiglio di Stato in sede di remissione, ha reso complessa l'attività interpretativa di individuazione del criterio di calcolo del rimborso e sembra porsi in contrasto allo standard di sicurezza giuridica imposto a livello sovranazionale. In sintesi, gli interventi normativi di cui al d.l. n. 69 e n. 145 del 2013 ed al d.l. n. 91 del 2014, nonché le linee guida di cui al d.m. attuativo del 22 maggio 2014 ed il successivo d.m. n.106 del 2015 avrebbero modificato, in peius, il criterio di calcolo del rimborso in esame originariamente stabilito al d. lgs. n. 164 del 2000. Nel dettaglio, i recenti interventi normativi¹, con riferimento al criterio di calcolo del rimborso, avrebbero condotto ad una sostanziale determinazione, in concreto, di un trattamento deteriore per via dell'abrogazione del rinvio ai criteri di calcolo di cui all'art. 24 R.D. 15 ottobre 1925, n. 2578.

3. I PARAMETRI DI VALUTAZIONE DELLE DISPOSIZIONI OGGETTO DI INTERPRETAZIONE E LA DECISIONE DELLA CORTE DI GIUSTIZIA.

Il parametro di valutazione della normativa nazionale è rappresentato dal principio di certezza del diritto e dal discendente corollario, il principio del legittimo affidamento, volto a garantire una maggiore tutela dell'operatore commerciale in funzione dell'attuazione degli interessi diretti dell'Unione, fra i quali figura la realizzazione del mercato concorrenziale e competitivo nei settori non ancora completamente liberalizzati.

La Corte di Giustizia, con la pronuncia in esame, ha osservato che la normativa nazionale oggetto di interpretazione, per mezzo del meccanismo del rinvio pregiudiziale, è mirata all'individuazione dei criteri di determinazione del quantum dovuto

¹ Con riferimento al profilo formale, le linee guida sono nuove figure giuridiche connotate da "un'effettiva complessità e dall'innegabile polimorfismo contenutistico", tanto che, nella dottrina italiana, è animato il dibattito in ordine alla natura giuridica ad esse attribuita (*ex multis*, vedasi C. CONTESSA, *La regolazione subprimaria del nuovo codice degli appalti*, Il libro dell'anno del diritto, 2017, 236). Nel contesto in esame, le regole attuative – pur essendo denominate "linee guida" – sono riconducibili alla fonte normativa, atteso che hanno trovato riconoscimento in un decreto ministeriali.

ai beneficiari dei rapporti in essere, anticipatamente conclusi in ragione dell'estensione delle regole concorrenziali di evidenza pubblica.

L'anticipato scioglimento delle concessioni in essere, atteso il preminente obiettivo del legislatore nazionale di garantire la più ampia attuazione della direttiva europea, non rappresenta, invero, la conseguenza di alcuna disposizione di derivazione sovranazionale. Inoltre, la normativa in esame non si pone in contrasto con il principio di non discriminazione in quanto gli operatori commerciali dell'Unione non sono i destinatari diretti dell'intervento normativo. In sintesi, non si pone nell'ambito dell'ordinamento sovranazionale la disposizione che stabilisce la conclusione anticipata delle concessioni in essere, sicché non contrasta "con una normativa nazionale che modifica le norme di riferimento per il calcolo del rimborso al quale i titolari di concessioni di distribuzione di gas naturale rilasciate in assenza di una procedura di gara hanno diritto a seguito della cessazione anticipata di tali concessioni ai fini di una loro nuova assegnazione mediante gara".

4. UNA SENTENZA DI METODO...

La pronuncia in esame può essere letta nella prospettiva metodologica: la Corte di Giustizia ha chiarito, infatti, che alla tutela sovranazionale discendente dal principio di certezza del diritto accedono i casi in cui sia accertata la condizione dell'interesse transfrontaliero certo². La Corte di Giustizia, che del resto procede sulla base del metodo casistico, accertato che nel caso di specie non sussiste un interesse transfrontaliero certo, ha escluso, a valle, il contrasto interpretativo tra la normativa nazionale ed il principio di certezza giuridica. In sintesi, il principio della certezza del diritto, orientato alla prospettiva soggettiva dell'operatore giuridico prudente e accorto, partecipa all'edificazione del diritto alla sicurezza

² "La condizione della sussistenza del c.d. interesse transfrontaliero certo è stata elaborata dalla giurisprudenza della Corte di Lussemburgo in epoca relativamente recente (non prima dell'anno 2007, in cui è datata la prima decisione che, a quanto consta, se ne è occupata: si tratta della sentenza 13 novembre 2007, C-507/03, Commissione c. Irlanda, in *Appalti & Contratti*, 2007, 12, 90" (Corte di giustizia dell'Unione europea, sez. I, sentenza 21 marzo 2019, C-702/17 – *Unareti s.p.a.*, www.giustizia-amministrativa.it.)

giuridica entro i confini dello spazio economico europeo, a cui accede il fatto riconducibile ad un interesse transfrontaliero certo. Il caso è occasione per chiarire, che l'eventuale violazione del principio di non discriminazione, con riferimento agli altri operatori economici operativi nel territorio dell'Unione avvera la condizione in esame.

5. ...E L'ESERCIZIO DEL POTERE DI VIGILANZA DELLA CGUE SULLA CORRETTA ATTUAZIONE DEGLI OBBLIGHI ASSUNTI DAGLI STATI MEMBRI PER EFFETTO DELL'ADESIONE AI TRATTATI.

La pronuncia è espressiva della funzione di vigilanza, attribuita alla Corte di Giustizia, sul corretto adempimento da parte degli Stati membri dell'obbligo di attuazione delle direttive discendenti dai Trattati. Nel caso di specie l'obbligo di attuazione della direttiva, in quanto non riconducibile al c.d. obbligo analogico funzionale, non ha compresso la discrezionalità dello Stato membro in ordine alle modalità di attuazione della direttiva. Il legislatore italiano, d'altra parte, non si è limitato ad estendere le regole dell'evidenza pubblica al settore, predisponendo, inoltre, una soluzione anticipata delle concessioni in essere³. Nel contesto del graduale passaggio alle regole concorrenziali, la posizione giuridica soggettiva degli operatori economici destinatari delle concessioni in essere è stata ricondotta al legittimo affidamento, imponendo l'elaborazione di un meccanismo di determinazione dei rimborsi a carico dei nuovi gestori. Il sistema, non essendo imposto dalla direttiva comunitaria, è parso estraneo all'obiettivo concorrenziale ad essa sotteso e, pertanto, non è stato valutato alla stregua dei parametri dell'effettività e della proporzionalità delle tutele. D'altra parte, la disposizione oggetto di interpretazione, per via del meccanismo della questione pregiudiziale, essendo suscettibile di applicazione in un contesto soggettivo limitato e circoscritto entro il confine nazionale, neppure è parsa in contrasto al principio di non

³ La Corte Costituzionale ha rilevato come sia «tutt'altro che manifestamente irragionevole che il regime transitorio sia determinato dal legislatore, nell'esercizio della sua discrezionalità, tenendo conto, nel regolare il passaggio delle situazioni preesistenti in base ad un regime all'epoca valido in Italia, delle esigenze dello stesso principio di libertà di iniziativa economica e della libertà di concorrenza» (Corte Cost. n. 413 del

discriminazione.

6. LA SENTENZA IN ESAME PONE UNA RIFLESSIONE SUL RAPPORTO, NEL DIRITTO AMMINISTRATIVO, FRA IL PRINCIPIO DEL LEGGITO AFFIDAMENTO ED IL PRINCIPIO DELLA SUCCESSIONE DI LEGGI NEL TEMPO.

Con la pronuncia in esame, la Corte di Giustizia sembra suggerire all'operatore giuridico nazionale che, in riferimento alla disposizione, non si pone un problema di interpretazione conforme al diritto dell'Unione – in quanto dal profilo soggettivo emerge che non si applica agli operatori comunitari – bensì di interpretazione conforme a Costituzione⁴. Si tratta, pertanto, di una vicenda applicativa squisitamente nazionale, che impone all'operatore giuridico di valutare la disposizione alla stregua dei parametri interni. In tale prospettiva, il testo normativo può essere sottoposto ad un test di sicurezza giuridica articolato su due diversi piani. Con riferimento al primo aspetto, non può definirsi in contrasto al principio del legittimo affidamento la scelta del legislatore italiano di individuare un criterio di calcolo del rimborso da assegnare all'operatore economico, nazionale, destinatario della concessione anticipatamente risolta. Tuttavia, i profili problematici in ordine alla tutela del legittimo affidamento sono emersi in ragione del fenomeno della successione delle leggi nel tempo che ha interessato, nel tempo, la disposizione introduttiva del criterio di calcolo del rimborso. Alla questione interpretativa in esame, pertanto, è sottesa l'operatività degli articoli 10, 11 e 15 delle preleggi nel diritto amministrativo.

Tradizionalmente i problemi applicativi del principio del legittimo affidamento sono sorti con riferimento ai provvedimenti legislativi che incidono, retroattivamente, in ordine alla situazione patrimoniale dei privati già regolata da norme favorevoli.

L'argomento può dirsi attualissimo, essendo sempre più frequenti, sullo sfondo del difficile rapporto tra diritto ed economia che caratterizza il diritto postmoderno⁵, gli interventi normativi

2012)”. Cons. St., 5 dicembre 2017, n. 5736.

⁴ Considerati anche gli “sviluppi giurisprudenziali con i limiti derivanti dal primato costituzionale della legge”. M.A. SANDULLI, *I giudici delle leggi valorizzano il diritto alla sicurezza giuridica*, 21 novembre 2018, www.federalismi.it

⁵ V. PAMPANIN, *Legittimo affidamento e irretroattività della legge nella giurisprudenza costituzionale e amministrativa*, Giustamm,