

L'applicabilità del principio di certezza del diritto alla normativa nazionale: la CGUE “propone” un criterio generale?

di Francesco Campodonico

Title: The applicability of the principle of legal certainty to the national regulations: does the CJEU propose a general criterion?

Keywords: Principle of legal certainty; Early termination of concessions at the end of a transitional period; Unexpected changes in the calculation criterion for reimbursements.

1. – La pronuncia in commento è meritevole di considerazione in quanto, tornando ancora sul principio di certezza del diritto quale principio fondamentale dell'ordinamento europeo, ne rimarca il presupposto applicativo; ossia, il fatto che un'autorità nazionale sia chiamata, nei diversi ambiti oggetto, di volta in volta, di regolazione, a dare attuazione al diritto dell'Unione. La Corte, tuttavia, non si limita a ribadire un concetto già noto e ben definito dalla sua stessa giurisprudenza (v., tra le altre, le sentenze 27 settembre 1979, C-230/78, *Eridania*; 21 settembre 1993, cause riunite da C-205/82 a C-215/82, *Deutsche Milchkontor e a.*; 7 giugno 2005, C-17/03, *VEMW* e 12 dicembre 2013, C-362/12, *Test Claimants in the Franked Investment Income Group Litigation*), bensì sembrerebbe “proporre”, con riguardo alla materia delle concessioni di servizio pubblico (ma facilmente generalizzabile), un criterio restrittivo per determinarne, per così dire, la latitudine applicativa. Se, infatti, il rispetto di tale principio è imposto alle autorità nazionali solo nei casi in cui queste si trovino ad applicare il diritto comunitario, è dirimente capire in quali casi – specialmente di fronte a quadri normativi estremamente complessi, come quello in discorso – ci si trovi o meno di fronte a un caso di “applicazione” del diritto europeo da parte delle autorità nazionali. La rilevanza della sentenza in commento – di certo non innovativa in ordine al quadro dei principi generali che sono richiamati – credo si giochi su quest'ultimo aspetto, attinente alla definizione di un orientamento chiaro, a beneficio dei giudici nazionali e (forse) della Corte stessa, per la valutazione di casi futuri (e analoghi).

2. – La fattispecie che ha dato origine a questa pronuncia si può riassumere nei termini seguenti: *Unareti* SpA, società già concessionaria del servizio di distribuzione di gas naturale, impugnava, innanzi al giudice amministrativo italiano (prima al TAR e poi al Consiglio di Stato), due decreti ministeriali che, tra le altre cose, rideterminavano, in maniera per questa svantaggiosa, i criteri di calcolo del rimborso

per la cessazione anticipata della concessione stessa. Si trattava, infatti, di concessione rilasciata dall'autorità senza l'espletamento di procedure ad evidenza pubblica (su questo tema, v. la direttiva 2009/73/UE e le pronunce CGUE del 21 luglio 2005, C-231/03, *Coname* e del 7 dicembre 2000, C-324/98, *Teleaustria e Telefonadress*) e che, in base alla normativa nazionale, era cessata anticipatamente, al termine del periodo transitorio previsto. Ai sensi dell'art. 15, comma 5, del d.lgs. 23 maggio 2000, n.164, agli ex-concessionari, come *Unareti*, veniva riconosciuto “un rimborso a carico del nuovo gestore” da calcolarsi sulla base, alternativamente, di alcuni criteri indicati nel r.d.15 ottobre 1925, n. 2578, oppure nel “rispetto di quanto previsto nelle convenzioni o nei contratti”. Successivamente, la disposizione *de qua* veniva più volte modificata e, da ultimo, la determinazione dei criteri cui fare riferimento per la quantificazione del rimborso era demandata ad apposite “Linee guida” ministeriali, che venivano approvate con il d.m. 22 maggio 2014, n.74951. Per effetto di modifiche intervenute in corso d'opera (e certamente imprevedibili per gli operatori), i criteri di calcolo, recati dall'originaria versione del d.lgs. n. 164 del 2000, erano completamente stravolti: la *Unareti* lamentava, quindi, la violazione dei principi di certezza del diritto, di tutela dell'affidamento e dell'irretroattività degli atti amministrativi (sulla tutela del legittimo affidamento, tra le altre, v. CGUE sentenza 11 luglio 2002, C-62/00, *Mark & Spencer*).

3. – Il giudice di primo grado (TAR Lazio, sez III-ter, sentenza 14 ottobre 2016, n. 10286) respingeva il ricorso della *Unareti* ritenendo che le previsioni ministeriali – di cui alle Linee guida impugnate – fossero sostanzialmente coerenti con l'impostazione originaria del decreto legislativo n. 164 del 2000 (e, dunque, in qualche modo, prevedibili per l'operatore). Il Consiglio di Stato, cui la società aveva presentato ricorso in appello avverso la sentenza sfavorevole del TAR Lazio, decideva, invece, di sospendere il processo e di proporre questione pregiudiziale alla CGUE. Con pronuncia del 5 dicembre 2017, n. 5736, i consiglieri di Stato evidenziavano come, nel caso di specie, si scontrassero “due esigenze contrapposte da tutelare: da una parte, aprire il mercato alla concorrenza nella fase di scelta del gestore di distribuzione (*rectius*: distribuzione) del gas; dall'altra parte, tenere in considerazione i rapporti già sorti e l'affidamento che ne è conseguito in capo agli operatori economici del settore”. Il massimo collegio amministrativo si trovava, dunque, a dubitare della compatibilità di una normativa, come quella sopra richiamata, con le regole europee proprio nella parte in cui questa “prevede una applicazione retroattiva dei criteri di determinazione dell'entità dei rimborsi spettanti agli ex concessionari con incidenza su pregressi rapporti negoziali”. Dall'altro lato, sulla scorta di una valutazione più complessiva, attinente anche ai (pesanti) effetti di un'eventuale disapplicazione della normativa in questione sia sull'“assetto concorrenziale del mercato” sia sulla “protezione degli utenti del servizio” (sui quali sarebbero stati addossati i maggiori costi per il subentrante), il Consiglio di Stato chiedeva alla Corte se, in questi casi, non potesse ritenersi sussistente una causa di giustificazione per il *vulnus* (evidente) arrecato al principio di certezza del diritto.

4. – I dubbi del Consiglio di Stato – pur dimostratisi infondati nel loro presupposto – traevano alimento da un'ampia e consolidata giurisprudenza della Corte di Giustizia sul principio di certezza del diritto. Tale principio, delineatosi a partire dalle sentenze *Deutsche Milchkontor e a.* (C-205/82-215/82) ed *Eridania* (C-230/78), annovera, tra i suoi corollari, il principio della tutela del legittimo affidamento, il quale impone tanto al diritto europeo quanto alla normativa nazionale, che di questo faccia applicazione, oltre a chiarezza e precisione anche la prevedibilità delle modifiche – specialmente di quelle sfavorevoli – per gli amministrati (v. anche *Test Claimants in the Franked Investment Income Group Litigation c. Commissioners of Inland Revenue*, C-362/12). Del

resto, in un altro precedente in materia di concessioni di gas naturale, la sentenza *ASM Brescia* (C-347/06), la Corte aveva affermato come, alla luce del principio di certezza del diritto, fosse necessario garantire, anche normativamente, un periodo transitorio affinché le parti potessero arrivare a “sciogliere i rispettivi rapporti contrattuali a condizioni accettabili” (e, *ça va sans dire*, prevedibili).

5. – In tutti i precedenti sopra indicati è l'esistenza di un “interesse transfrontaliero certo” che impone alle Autorità nazionali competenti sia l'applicazione della normativa dell'Unione sia l'obbligo di astenersi da qualsiasi forma di disparità di trattamento in base alla nazionalità (v., seppur relativamente alla materia degli appalti pubblici, le sentenze 14 febbraio 2019, C-710/17, *Consorzio Cooperative Costruzioni soc. coop.*; 20 marzo 2018, C-187/16, *Commissione Europea c. Repubblica d'Austria*; e l'ordinanza 23 novembre 2017, C-486/17, *Olympus Italia s.r.l.*). Lo stesso, tuttavia, non può argomentarsi con riferimento al caso in esame, in cui – lo evidenziano bene i giudici europei – «la modifica delle norme di riferimento (...) non può, di per sé, configurare una disparità di trattamento a danno di imprese che potrebbero essere interessate a un servizio come quello gestito dalla Unareti e con sede nel territorio di uno Stato membro diverso dall'Italia. Infatti, una tale modifica delle norme di riferimento è indistintamente applicabile alle imprese con sede in Italia e a quelle con sede in un altro Stato membro» .

6. – La Corte, esclusa così la sussistenza di qualsiasi disparità di trattamento tra concessionari, ricorre ad un sillogismo che trova la sua premessa minore nel fatto che i decreti impugnati nel procedimento principale non possono considerarsi adottati in applicazione del diritto dell'Unione. Infatti, la direttiva in materia di mercato interno di gas naturale (la direttiva UE 2009/73 e, segnatamente, l'art. 14 della stessa) non prevede affatto la messa in discussione delle concessioni già in essere (alla data di entrata in vigore della direttiva) e, di conseguenza, la decisione di risolvere le concessioni già affidate senza gara deve ritenersi una libera scelta del legislatore nazionale. Viene quindi a mancare quel presupposto applicativo necessario (l'adempimento del diritto europeo) affinché la normativa nazionale possa essere questionata sulla base del principio di certezza del diritto (in materia di appalti, sull'applicabilità del diritto dell'Unione, si vedano Caranta, *Le regole applicabili ai contratti non o solo parzialmente disciplinati dalle direttive “appalti pubblici”*, in *Giurisprudenza italiana*, 2010, 12 ss. e Massera, *La disciplina dei contratti pubblici: la relativa continuità in una materia instabile*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2009, 1252 ss).

7. – Con questa pronuncia, la CGUE, uscendo dai limiti (angusti) della materia trattata, consegna al giudice nazionale (*rectius*, ai giudici nazionali) un criterio per la determinazione, in concreto, dei casi in cui il principio di certezza del diritto può essere chiamato “in gioco” e utilizzato quale parametro di valutazione della normativa nazionale. Il criterio indicato è, dunque, quello di un’“inerenza diretta” tra la normativa questionata e le norme europee che regolano la materia. Queste ultime non possono costituire la mera “occasione” per la quale è intervenuta una determinata regolamentazione nazionale (sulla stregua del seguente ragionamento: siccome esiste una normativa europea che disciplina una determinata materia allora tutte le norme nazionali adottate nell'ambito di quella materia ne risultano “attratte” e sono tenute a rispettarne i principi) bensì debbono costituirne l'antecedente causale diretto. In questo secondo senso, quindi, è possibile intendere quel “chiamate ad applicare il diritto dell'Unione”, riportato al par. 34 della sentenza in commento e implicante l'esistenza di “obblighi derivanti dal diritto dell'Unione”. In assenza di una (specifica)

“obbligazione a provvedere” in capo alle autorità nazionali ed esclusa in radice una violazione del principio di libera concorrenza, la normativa italiana – pur certamente criticabile, magari in sede costituzionale (in particolare, sul tema del legittimo affidamento, v. C. Cost. sentenze n.ri 822 del 1988; 349 del 1985, 56 del 2015 e, da ultimo, 89 del 2018; sugli interventi legislativi “a sorpresa”, invece, v. C. Cost. sentenza n. 203 del 2016) – non può essere ritenuta “normativa adottata in applicazione del diritto europeo” con conseguente inapplicabilità dei relativi principi (tra cui quello di certezza del diritto ed i suoi corollari).