



**Giustizia amministrativa**  
A cura del Segretariato Generale della Giustizia amministrativa

**Consiglio di Stato**  
**Tribunali Amministrativi Regionali**

**News n. 92 del 14 dicembre 2021**  
**a cura dell'Ufficio del massimario**

Il bilanciamento tra esigenze proconcorrenziali e diritto d'iniziativa economica, tutelati dalla Costituzione, costituisce l'asse della decisione della Corte costituzionale che ha dichiarato illegittimo l'art. 177 d. lgs. n. 50 del 2016 (e la correlata disposizione di delega) per la parte in cui obbliga all'esternalizzazione a terzi delle prestazioni dei titolari di concessioni non affidate mediante *project financing* o tramite procedure di evidenza pubblica.

Alla decisione la Corte è giunta dopo aver escluso la praticabilità di una lettura conforme, in ragione del dato letterale e sistemico della disciplina.

La Corte, all'esito della declaratoria di inammissibilità dell'intervento, tra l'altro, di un soggetto parte di altro giudizio sospeso, ha stigmatizzato, quale non conforme alle regole vigenti, la prassi della c.d. "*sospensione impropria*".

**Corte costituzionale, sentenza 23 novembre 2021, n. 218 – Pres. Coraggio, Red. de Pretis**

**Contratti pubblici – Affidamenti di lavori, servizi o forniture – Titolari di concessioni non affidate mediante finanza di progetto, ovvero con procedure di gara ad evidenza pubblica – Obbligo di esternalizzazione prestazioni a terzi – Incostituzionalità**

*Sono incostituzionali – per violazione dei parametri ex artt. 3, primo comma, e 41, primo comma, Cost. – l'art. 1, comma 1, lettera iii), della legge 28 gennaio 2016, n. 11 (Deleghe al Governo per l'attuazione delle direttive n. 2014/23/UE, n. 2014/24/UE e n. 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture), l'art. 177, comma 1, e, in via consequenziale, l'art. 177, commi 2 e 3, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici) (1).*

(1) I. – Con la sentenza in rassegna la Corte costituzionale - a seguito di incidente di costituzionalità sollevato dalla quinta sezione del Consiglio di Stato con sentenza non definitiva 19 agosto 2020, n. 5097 (in *Foro amm.*, 2020, 1429; *Riv. giur. edilizia*, 2020, I, 1241; *Appalti & Contratti*, 2020, 9, 87; oggetto della News US in data 21 settembre 2020) - ha dichiarato illegittimo, in riferimento ai parametri di cui agli artt. 3, primo comma, e 41, primo comma, Cost., l'art. 177 d. lgs. n. 50 del 2016 (codice dei contratti pubblici) e la correlata disposizione di delega contenuta nell'art. 1, comma 1, lettera iii), l. n. 11 del 2016, in tema di obbligo di esternalizzazione a terzi di prestazioni affidate da titolari di concessioni non affidate mediante finanza di progetto o tramite gara ad evidenza pubblica.

II. – La vicenda nella quale si è innestata la pronuncia può essere brevemente ricostruita come segue:

- a) un'impresa privata, concessionaria degli impianti di illuminazione pubblica, artistica, semaforica e da lampade votive per il territorio di diversi Comuni della Lombardia (compresi Milano, Brescia e Bergamo), aveva impugnato dinnanzi al T.a.r. per il Lazio le linee guida ANAC n. 11 del 4 luglio 2018, recanti *“Indicazioni per la verifica del rispetto del limite di cui all'art. 11, comma 1, del codice, da parte dei soggetti pubblici o provati titolati di concessioni di lavori, servizi pubblici o forniture già in essere alla data di entrata in vigore del codice non affidate con la formula della finanza di progetto ovvero con procedure di gara ed evidenza pubblica secondo il diritto dell'Unione Europea”*;
- b) la ricorrente lamentava che, in base alle Linee guida, sarebbe insorto l'obbligo, per i concessionari, di affidare con procedure ad evidenza pubblica anche le prestazioni che essi attualmente eseguono direttamente, con impiego di mezzi propri e di maestranze alle loro dipendenze, con la conseguente necessità di dismettere parte del patrimonio e di licenziare un gran numero di dipendenti, senza peraltro garanzia alcuna che essi possano essere ripresi in carico dai futuri affidatari delle prestazioni. Sottolineava, inoltre, che a causa del già avvenuto decorso del termine di 24 mesi fissato ai concessionari per adeguarsi alle relative previsioni, già all'attualità, essa, come gli altri concessionari che si trovano in analoga situazione, rischiava di essere sanzionata dagli enti concedenti mediante l'applicazione di penali contrattuali;
- c) con sentenza 15 luglio 2019, n. 9309, il T.a.r. per il Lazio, sez. I, dichiarava il ricorso inammissibile, accogliendo l'eccezione di carenza attuale di interesse sollevata dalla difesa erariale. Secondo il T.a.r., le impuginate Linee guida – pur auto qualificandosi *“vincolanti”* – *non sono immediatamente impugnabili in quanto “non presentano una portata immediatamente lesiva, assolvendo allo scopo, al pari delle*

*circolari interpretative, di supportare l'amministrazione e favorire comportamenti omogenei";*

- d) avverso la predetta sentenza l'originaria ricorrente in primo grado ha interposto appello e, in seno al relativo giudizio, si è innestato l'incidente di costituzionalità.

III. – Pronunciando incidentalmente, tra l'altro, sulla posizione processuale di un soggetto interveniente, già parte di un giudizio sospeso in attesa della pronuncia in rassegna, la Corte ha stigmatizzato la prassi della c.d. sospensione impropria (*id est*: quella sospensione disposta, senza l'adozione di un'ordinanza di rimessione alla Corte, in attesa della decisione sulla questione di legittimità costituzionale, avente ad oggetto le stesse norme, sollevata da altro giudice) sul rilievo che:

- e) deve *“escludersi la sussistenza di una discrezionale facoltà del giudice di sospendere il processo fuori dei casi tassativi di sospensione necessaria, e «per mere ragioni di opportunità» [...] e, al contempo, ha stigmatizzato la prassi della cosiddetta “sospensione impropria”;*
- f) detta prassi: I) *“si esprime nell'adozione di un provvedimento di sospensione «difforme da univoche indicazioni normative» (Corte cost., ordinanza 17 settembre 2020, n. 202, in Foro it., 2020, I, 3273, con nota di ROMBOLI);* II) priva le parti interessate della possibilità di accedere al giudizio di legittimità costituzionale e riduce, nel giudizio stesso, il quadro, offerto alla Corte, delle varie posizioni soggettive in gioco.

IV. – La Corte costituzionale giunge alla declaratoria di illegittimità costituzionale sulla base del seguente percorso argomentativo:

- g) sul previgente quadro normativo UE e nazionale:
- g1) sin dal suo primo intervento nella materia in esame, il legislatore comunitario ha ritenuto necessario predisporre un quadro normativo comune attraverso uno strumento, la direttiva, che consente di perseguire i suoi obiettivi valorizzando le specificità dei singoli Stati membri, che possono diversamente modulare le forme di realizzazione dello scopo indicato;
- g2) il punto di partenza di questo percorso può essere individuato nella direttiva n. 89/440/CEE, di modifica della direttiva n. 71/305/CEE. In particolare, l'art. 1, n. 2), della direttiva n. 89/440/CEE aveva aggiunto una serie di articoli nel corpo della direttiva n. 71/305/CEE e, tra questi, l'art. 1-ter, par. 2, secondo cui l'amministrazione aggiudicatrice può: I) *“imporre al concessionario di affidare a terzi appalti corrispondenti a una percentuale minima del 30% del valore globale dei lavori oggetto della concessione, pur prevedendo la*

- facoltà per i candidati di aumentare detta percentuale; questa percentuale minima deve figurare nel contratto di concessione di lavori”; II) “oppure invitare i candidati concessionari a dichiarare nelle loro offerte la percentuale, ove sussista, del valore globale dei lavori oggetto della concessione che essi intendono affidare a terzi”;*
- g3) questa previsione si inseriva in un contesto di significative innovazioni della disciplina, nella quale si prevedeva, tra l’altro, che “[l]e amministrazioni aggiudicatrici che intendono ricorrere alla concessione di lavori pubblici rendono nota tale intenzione con un bando di gara”, e che “[i] concessionari di lavori che non sono le amministrazioni aggiudicatrici e che intendono stipulare un appalto di lavori con un terzo, ai sensi dell’articolo 1-ter, paragrafo 4, fanno conoscere tale intenzione con un bando di gara” (così, rispettivamente, paragrafi 3 e 4 dell’art. 12 della direttiva n. 71/305/CEE, come novellato dall’art. 1, n. 12, della direttiva n. 89/440/CEE);
- g4) le due direttive citate (n. 71/305/CEE e n. 89/440/CEE) sono state abrogate dall’art. 36 della direttiva n. 93/37/CEE (il cui art. 11 prevedeva altresì che la concessione di lavori pubblici dovesse avvenire previa pubblicazione di bando di gara), a sua volta abrogata dall’art. 82 della direttiva n. 2004/18/CE;
- g5) nella direzione tracciata dal legislatore comunitario si collocava anche l’art. 2 della l. n. 109 del 1994;
- g6) l’art. 60 della direttiva n. 2004/18/CE, rubricato “*Subappalto*”, ribadiva quanto già previsto nella disciplina comunitaria previgente, stabilendo che “[l]’amministrazione aggiudicatrice può: a) imporre al concessionario di lavori pubblici di affidare a terzi appalti corrispondenti a una percentuale non inferiore al 30% del valore globale dei lavori oggetto della concessione, pur prevedendo la facoltà per i candidati di aumentare tale percentuale; detta aliquota minima deve figurare nel contratto di concessione di lavori; oppure b) invitare i candidati concessionari a dichiarare essi stessi nelle loro offerte la percentuale, ove sussista, del valore globale dei lavori oggetto della concessione che intendono affidare a terzi”;
- g7) detta direttiva veniva recepita con il d.lgs. n. 163 del 2006, del quale rilevano, in questa sede, gli artt. 146 e 253, comma 25: I) l’art. 146, rubricato “*Obblighi e facoltà del concessionario in relazione all’affidamento a terzi di una parte dei lavori*”, riprendeva il contenuto dell’art. 60 della direttiva n. 2004/18/CE e dell’ultima versione dell’art. 2, comma 3, della l. n. 109 del 1994, stabilendo che “[...] la stazione appaltante può: a) imporre al concessionario di lavori pubblici di affidare a terzi appalti corrispondenti ad una percentuale non inferiore al 30% del valore globale dei lavori oggetto della concessione. Tale aliquota minima deve figurare nel bando di gara e nel contratto di concessione. Il bando fa salva la facoltà per i candidati di aumentare tale

percentuale; b) invitare i candidati a dichiarare nelle loro offerte la percentuale, ove sussista, del valore globale dei lavori oggetto della concessione, che intendono appaltare a terzi"; II) il comma 25 dell'art. 253, nell'ultimo testo in vigore, prevedeva, invece, un regime transitorio per "i titolari di concessioni già assentite alla data del 30 giugno 2002, ivi comprese quelle rinnovate o prorogate ai sensi della legislazione successiva», i quali erano «tenuti ad affidare a terzi una percentuale minima del 60 per cento dei lavori, agendo, esclusivamente per detta quota, a tutti gli effetti come amministrazioni aggiudicatrici»;

g8) dunque, la previsione dell'art. 146 operava per le concessioni affidate mediante gara (come si deduce dal secondo periodo della lettera a), mentre quella dell'art. 253, comma 25, concerneva le concessioni già assentite e quelle rinnovate o prorogate;

g9) la direttiva n. 2014/23/UE ha innovato la disciplina della materia di cui si discute nel senso dell'esclusione di un radicale obbligo di affidamento a terzi, finanche per le concessioni già assentite, rinnovate o prorogate. Più precisamente: I) è stata estesa la nuova normativa UE alle concessioni di servizi; II) non è stato previsto un obbligo di esternalizzazione;

h) sull'attuale assetto normativo interno:

h1) l'art. 1, comma 1, lett. iii), della legge delega n. 11 del 2016 prevede: I) l'*"obbligo per i soggetti pubblici e privati, titolari di concessioni di lavori o di servizi pubblici già esistenti o di nuova aggiudicazione, di affidare una quota pari all'80 per cento dei contratti di lavori, servizi e forniture relativi alle concessioni di importo superiore a 150.000 euro mediante procedura ad evidenza pubblica"*; II) *"che la restante parte possa essere realizzata da società in house per i soggetti pubblici ovvero da società direttamente o indirettamente controllate o collegate per i soggetti privati, ovvero tramite operatori individuati mediante procedure ad evidenza pubblica, anche di tipo semplificato"*; III) che siano affidate all'ANAC le *"modalità di verifica del rispetto di tali previsioni [...], introducendo clausole sociali per la stabilità del personale impiegato e per la salvaguardia delle professionalità e prevedendo, per le concessioni già in essere, un periodo transitorio di adeguamento non superiore a ventiquattro mesi ed escludendo dal predetto obbligo unicamente le concessioni in essere o di nuova aggiudicazione affidate con la formula della finanza di progetto e le concessioni in essere o di nuova aggiudicazione affidate con procedure di gara ad evidenza pubblica secondo il diritto dell'Unione europea per le quali continuano comunque ad applicarsi le disposizioni in materia di affidamento di contratti di appalto vigenti alla data di entrata in vigore della presente legge"*;

- h2) la sostanza normativa del suddetto principio e criterio direttivo è stata pressoché integralmente riprodotta nell'art. 177, comma 1, del d.lgs. n. 50 del 2016; il comma 2 ha individuato in ventiquattro mesi il termine del periodo di adeguamento, conformemente a quanto previsto nella legge di delega; il comma 3 ha rimesso ad apposite linee guida dell'ANAC il compito di definire le modalità di verifica del rispetto del limite di cui al comma 1, prevedendo una penale "[n]el caso di reiterate situazioni di squilibrio per due anni consecutivi";
- h3) in attuazione di quanto disposto da tale ultimo comma, l'ANAC ha approvato la delibera n. 614 del 2018, recante le linee guida n. 11 (oggetto di impugnazione nel giudizio *a quo*), poi oggetto di aggiornamento ad opera della delibera 26 giugno 2019, n. 570;
- h4) il termine del periodo di adeguamento, previsto dal comma 2, primo periodo, dell'art. 177, è stato a più riprese prorogato, essendo stato differito al 31 dicembre 2019, al 31 dicembre 2020, al 31 dicembre 2021 e, da ultimo – con l'art. 47-ter del d.l. n. 77 del 2021 (*"Governance del Piano nazionale di ripresa e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure"*), convertito, con modificazioni, nella l. n. 108 del 2021 – al 31 dicembre 2022;
- h5) intervenendo in sede consultiva, il Consiglio di Stato ha ritenuto il relativo schema di decreto legislativo un *"coerente, ma parziale, recepimento del punto iii) della legge delega"* e ne ha sottolineato *"la efficacia retroattiva connessa direttamente alla previsione"* della stessa delega, in ragione della sua applicabilità alle sole concessioni già in essere e non anche alle nuove concessioni (così, Cons. Stato, comm. spec., parere, 1 aprile 2016, n. 855, in *Merito extra*, 2016, 715, 1, oggetto della News US, in data 4 aprile 2016, alla quale si rinvia per ulteriori approfondimenti): con specifico riguardo a tale profilo, il Consiglio di Stato ha aggiunto che per le nuove concessioni *"il problema, a regime, potrebbe non porsi"*, in ragione del fatto *"che, almeno in linea teorica, tutte le nuove concessioni, affidate dopo l'entrata in vigore del codice, dovrebbero essere affidate con la formula della finanza di progetto ovvero con procedura di gara ad evidenza pubblica"*;
- h6) proprio quest'ultima considerazione avvalorata la dichiarata (in sede di lavori parlamentari) *ratio* dell'intervento legislativo realizzato attraverso le disposizioni censurate: non sembra esservi dubbio, infatti, sulle finalità perseguite dal legislatore delegante e realizzate da quello delegato, poiché l'art. 177 costituisce *"la conferma della necessità di imporre regole concorrenziali, seppure a valle, in una certa misura, quando sono mancate le gare a monte"* (in

questi termini, Cons. Stato, sez. I, parere 28 aprile 2020, n. 823, reso su richiesta del Ministero dell'economia e delle finanze sullo "[s]chema di contratto standard per l'affidamento della progettazione, costruzione e gestione di opere pubbliche a diretto utilizzo della pubblica amministrazione da realizzare in partenariato pubblico-privato", oggetto della News US in data 16 maggio 2020, in *Urbanistica e appalti*, 2021, 237, con nota di DONADI, ROSSETTI);

- i) sulla non praticabilità dell'interpretazione conforme delle disposizioni censurate alla luce del dato letterale e sistematico delle stesse:
- i1) il dato letterale risulta inequivoco nel riferire la quota percentuale da affidare mediante procedura a evidenza pubblica a tutti i contratti di lavori, servizi e forniture relativi alla concessione di cui si discute;
  - i2) ad esiti differenti non potrebbe pervenirsi seguendo altri approcci ermeneutici: la disciplina censurata è diretta, in tutta evidenza, a recuperare a valle il deficit di concorrenza registrato al momento dell'affidamento della concessione, in linea con il crescente *favor* espresso dal legislatore europeo e interno nei confronti delle procedure pro-concorrenziali;
  - i3) anche l'interpretazione sistematica non sembra poter condurre a conclusioni diverse: al riguardo, come già precisato dalla Corte in relazione al divieto del cosiddetto *gold plating*, si registra *"una linea restrittiva del ricorso all'affidamento diretto che è costante nel nostro ordinamento da oltre dieci anni, e che costituisce la risposta all'abuso di tale istituto da parte delle amministrazioni nazionali e locali, come emerge dalla relazione AIR dell'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC), relativa alle Linee guida per l'istituzione dell'elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società in house, ai sensi dell'art. 192 del codice dei contratti pubblici"* (Corte cost., 27 maggio 2020, n. 100, in *Foro it.*, 2020, I, 3002, con nota di D'AURIA; *Guida al dir.*, 2020, 34-35, 90, con nota di GIZZI; *Riv. corte conti*, 2020, 3, 178, con nota di PAOLELLI; oggetto della News US in data 17 giugno 2020);
  - i4) di particolare significato risultano, infine, le affermazioni contenute nei pareri del Consiglio di Stato e, segnatamente: I) Cons. Stato, comm. spec. 30 marzo 2017, n. 782 (in *Foro amm.*, 2017, 614), il quale ha posto come condizione della legittimità del decreto correttivo l'espunzione dal testo, poi avvenuta, della previsione secondo cui l'art. 177 non avrebbe dovuto riguardare la manutenzione ordinaria o i contratti eseguiti direttamente dai concessionari, giacché un tale *"importante temperamento dell'obbligo di esternalizzazione dell'80%"* sarebbe risultato *"in evidente distonia con il criterio di delega di cui alla lett. iii) del comma 1 dell'art. 1 della legge n. 11 del 2016"*); II)

Cons. Stato, comm. spec., 20 giugno 2018, n. 1582 (in *Foro amm.*, 2018, 989), con cui era stata segnalata una potenziale “*contraddizione con i principi scaturenti dall’art. 41 Cost.*”;

- i5) alla base della q.l.c. vi è una lettura del giudice *a quo* nel senso che:
- I) l’obbligo di dismissione totalitaria previsto dalle disposizioni di legge censurate, ancorché finalizzato a sanare l’originario contrasto con i principi comunitari di libera concorrenza determinatosi in occasione dell’affidamento senza gara della concessione, si traduce in un impedimento assoluto e definitivo a proseguire l’attività economica privata, comunque intrapresa ed esercitata in base ad un titolo amministrativo legittimo sul piano interno, secondo le disposizioni di legge all’epoca vigenti, con conseguente violazione dell’art. 41 Cost.;
  - II) le norme censurate determinerebbero, altresì, uno snaturamento del ruolo del privato concessionario, ridotto, secondo il rimettente, a mera stazione appaltante in contrasto sempre con l’art. 41 Cost.;
  - III) la scelta legislativa operata con le norme censurate non sarebbe inoltre equilibrata, risultando in essa del tutto trascurate le legittime aspettative dei concessionari – contrapposte a quelle di tutela della concorrenza e del mercato – di proseguire l’attività economica in corso di svolgimento, con conseguente violazione dell’art. 3 Cost.;
  - IV) sarebbe infine illegittima, sempre in riferimento al parametro costituzionale da ultimo indicato, la previsione di un indistinto e generalizzato obbligo di dismissione “*indipendentemente dalla effettiva dimensione della struttura imprenditoriale che gestisce la concessione, dall’oggetto e dall’importanza del settore strategico cui si riferisce la concessione, oltre che dal suo valore economico e dal fatto che il contratto di concessione fosse ancora in vigore al momento dell’entrata in vigore dell’art. 177 d.lgs. n. 50 del 2016, ovvero se la concessione fosse scaduta e che versasse in una situazione di proroga, di fatto o meno*”;
- j) sulla effettiva (non) sincronizzabilità della disciplina censurata con gli artt. 3, primo comma, e 41, primo comma, Cost.:
- j1) la disciplina di cui trattasi trasmoda in un irragionevole compressione della libertà di iniziativa economica privata: I) i vincoli frapposti dalle norme denunciate alla piena esplicazione della libertà di iniziativa economica non consistono, qui, come più frequentemente accade, in misure che, al fine di assicurarne l’utilità o i fini sociali, limitano il normale dispiegarsi di tale libertà in un ambiente di libera concorrenza tra imprese, ma sono costituiti da misure espressamente dirette a favorire l’apertura alla concorrenza, attraverso la restituzione al mercato di segmenti di attività ad esso sottratti,

in quanto oggetto di concessioni a suo tempo affidate senza gara alle imprese concessionarie; II) a questo fine è precisamente orientato l'obbligo imposto ai concessionari di esternalizzare, mediante affidamenti a terzi con procedura di evidenza pubblica, l'80 per cento dei contratti relative alle concessioni, nonché di realizzare la restante parte tramite società *in house*, quanto ai soggetti pubblici, o società controllate o collegate, quanto ai soggetti privati, ovvero tramite operatori individuati mediante procedura ad evidenza pubblica, anche di tipo semplificato;

k) sul rapporto tra tutela della concorrenza e libertà di iniziativa economica:

- k1) va premesso che occorre verificare in che misura la libertà di iniziativa economica garantita dall'art. 41 Cost., da leggere oggi anche alla luce dei Trattati e, in generale, del diritto UE, costituito, per quanto qui interessa, dalla normativa di cui si è descritta sopra l'evoluzione, possa essere limitata in nome della tutela della concorrenza, la quale, in quanto funzionale al libero esplicarsi dell'attività di impresa, trova nella medesima previsione il suo fondamento costituzionale (tra le diverse, Corte cost., 24 giugno 2021, n. 129 e tra le più recenti, sentenze n. 129 e n. 7 del 2021, e 27 luglio 2020, n. 168, in *Ambiente*, 2021, 67, con nota di SPANICCIATI; *Giur. cost.*, 2020, 1863, con nota di ASTONE, ANZON DEMMIG);
- k2) in questa prospettiva, libera iniziativa economica e limiti al suo esercizio devono costituire oggetto, nel quadro della garanzia offerta dall'art. 41 Cost. – considerato sia nel suo primo comma, sia nei due commi successivi che, della invocata libertà, definiscono portata e limiti – di una complessa operazione di bilanciamento;
- k3) in essa vengono in evidenza: I) per un verso, il contesto sociale ed economico di riferimento e le esigenze generali del mercato in cui si realizza la libertà di impresa; II) per altro verso, le legittime aspettative degli operatori, in particolare quando essi abbiano dato avvio, sulla base di investimenti e di programmi, a un'attività imprenditoriale in corso di svolgimento;
- k4) al riguardo si deve sottolineare che uno degli aspetti caratterizzanti della libertà di iniziativa economica è costituito dalla possibilità di scelta spettante all'imprenditore: scelta dell'attività da svolgere, delle modalità di reperimento dei capitali, delle forme di organizzazione della stessa attività, dei sistemi di gestione di quest'ultima e delle tipologie di corrispettivo;
- k5) se, dunque, legittimamente in base a quanto previsto all'art. 41 Cost., il legislatore può intervenire a limitare e conformare la libertà d'impresa in funzione di tutela della concorrenza, nello specifico ponendo rimedio *ex*

*post al vulnus* conseguente a passati affidamenti diretti avvenuti al di fuori delle regole del mercato, il perseguimento di tale finalità incontra pur sempre il limite della ragionevolezza e della necessaria considerazione di tutti gli interessi coinvolti: la libertà d'impresa non può subire infatti, nemmeno in ragione del doveroso obiettivo di piena realizzazione dei principi della concorrenza, interventi che ne determinino un radicale svuotamento, come avverrebbe nel caso di un completo sacrificio della facoltà dell'imprenditore di compiere le scelte organizzative che costituiscono tipico oggetto della stessa attività d'impresa;

l) deve, dunque, ritenersi che:

- 11) la previsione dell'obbligo a carico dei titolari di concessioni già in essere, non assegnate con la formula della finanza di progetto o con procedure a evidenza pubblica, di affidare completamente all'esterno l'attività oggetto di concessione – mediante appalto a terzi dell'80 per cento dei contratti inerenti alla concessione stessa e mediante assegnazione a società *in house* o comunque controllate o collegate del restante 20 per cento – costituisca una misura irragionevole e sproporzionata rispetto al pur legittimo fine perseguito, in quanto tale lesiva della libertà di iniziativa economica, con la conseguenza dell'illegittimità costituzionale dell'art. 177, comma 1, del d.lgs. n. 50 del 2016 e dell'art. 1, comma 1, lettera iii), della legge n. 11 del 2016, per violazione degli artt. 3, primo comma, e 41, primo comma, Cost.;
- 12) l'irragionevolezza dell'obbligo censurato si collega innanzitutto alle dimensioni del suo oggetto: come detto, la parte più grande delle attività concesse deve essere appaltata a terzi e la modesta percentuale restante non può comunque essere compiuta direttamente: l'impossibilità per l'imprenditore concessionario di conservare finanche un minimo di residua attività operativa trasforma la natura stessa della sua attività imprenditoriale, e lo tramuta da soggetto (più o meno direttamente) operativo in soggetto preposto ad attività esclusivamente burocratica di affidamento di commesse, cioè, nella sostanza, in una stazione appaltante.
- 13) non vale in proposito osservare che resterebbero comunque garantiti i profitti della concessione, giacché, anche a prescindere da ogni considerazione di merito al riguardo, è evidente che la garanzia della libertà di impresa non investe soltanto la prospettiva del profitto ma attiene anche, e ancor prima, alla libertà di scegliere le attività da intraprendere e le modalità del loro svolgimento: al riguardo giova ricordare che «[n]on è [...] contestabile che la garanzia posta nel primo comma [dell'art. 41 Cost.] nell'ambito circoscritto dai successivi due capoversi riguarda non soltanto la fase

*iniziale di scelta dell'attività, ma anche i successivi momenti del suo svolgimento; ed è ugualmente certo che, poiché l'autonomia contrattuale in materia commerciale è strumentale rispetto all'iniziativa economica, ogni limite posto alla prima si risolve in un limite della seconda, ed è legittimo, perciò, solo se preordinato al raggiungimento degli scopi previsti o consentiti dalla Costituzione" (Corte cost., 23 aprile 1965, n. 30);*

- 14) un ulteriore indice della irragionevolezza del vincolo, così come definito dalla previsione censurata, è costituito dalla sua mancata differenziazione o graduazione in ragione di elementi rilevanti, nel ricordato bilanciamento, per l'apprezzamento dello stesso interesse della concorrenza, quali fra gli altri le dimensioni della concessione, apparendo a tale fine di scarso rilievo:
  - I) la prevista soglia di applicazione alle concessioni di importo superiore a 150.000 euro, normalmente superata dalla quasi totalità delle concessioni;
  - II) le dimensioni e i caratteri del soggetto concessionario, l'epoca di assegnazione della concessione, la sua durata, il suo oggetto e il suo valore economico;
- 15) nello stabilire un obbligo di tale incisività e ampiezza applicativa il legislatore ha poi omesso del tutto di considerare l'interesse dei concessionari che, per quanto possano godere tuttora di una posizione di favore derivante dalla concessione ottenuta in passato, esercitano nondimeno un'attività di impresa per la quale hanno sostenuto investimenti e fatto programmi, riponendo un relativo affidamento nella stabilità del rapporto instaurato con il concedente: affidamento che riguarda, inoltre, anche al di là dell'impresa e delle sue sorti, la prestazione oggetto della concessione, e quindi l'interesse del concedente, degli eventuali utenti del servizio, nonché del personale occupato nell'impresa. Interessi tutti che, per quanto comprimibili nel bilanciamento con altri ritenuti meritevoli di protezione da parte del legislatore, non possono essere tuttavia completamente pretermessi, come risulta essere accaduto invece nella scelta legislativa in esame;
- 16) per queste stesse ragioni, l'introduzione di un obbligo radicale e generalizzato di esternalizzazione non supera nemmeno la doverosa verifica di proporzionalità sul rilievo che per quanto la misura prevista possa in astratto apparire idonea rispetto al fine di ripristinare condizioni di piena concorrenza, non si può certo dire che con essa il legislatore abbia dato la preferenza al "*mezzo più mite*" fra quelli idonei a raggiungere lo scopo, scegliendo, fra i vari strumenti a disposizione, quello che determina il sacrificio minore (Corte cost., 28 ottobre 2021, n. 202, oggetto della News

US in data 18 novembre 2021; 23 giugno 2020, n. 119, in *Giur. cost.*, 2020, 1323, con nota di TRAINA, oggetto della News US in data 24 luglio 2020; 16 luglio 2019, n. 179, in *Giur. cost.*, 2019, 2074, con nota di FALLETTA, *Riv. giur. edilizia*, 2019, I, 843, con nota di PAGLIAROLI, oggetto della News US in data 27 agosto 2019);

- l7) in questa logica, lo stesso legislatore sarebbe stato tenuto a perseguire l'obiettivo di tutela della concorrenza, non attraverso una misura radicale e ad applicazione indistinta, ma calibrando l'obbligo di affidamento all'esterno sulle varie e alquanto differenziate situazioni concrete, attenuandone la radicalità, se del caso attraverso una modulazione dei tempi, ovvero limitandolo ed escludendolo, ad esempio, laddove la posizione del destinatario apparisse particolarmente meritevole di protezione, e comunque in definitiva dando evidenza alle circostanze rilevanti in funzione di un adeguato bilanciamento dei due diversi aspetti della libertà di impresa, costituiti, come visto, dalla aspirazione a perseguire un'attività in atto, da un lato, e dall'esigenza di assicurare la piena concorrenza, dall'altro;
- m) in conclusione, se la previsione legislativa di obblighi a carico dei titolari delle concessioni in essere, a suo tempo affidate in maniera non concorrenziale, può risultare necessaria nella corretta prospettiva di ricondurre al mercato settori di attività ad esso sottratti, le misure da assumere a tale fine non possono non tenere conto di tutto il quadro degli interessi rilevanti e operarne una ragionevole composizione, nella consapevolezza della complessità, come visto, delle scelte inerenti alla tutela da accordare alla libertà di iniziativa economica: complessità – e quindi difficoltà nella concreta composizione a sistema degli interessi in gioco – che, d'altra parte, non sembra essere sfuggita allo stesso legislatore, che ha prorogato più volte il termine per l'adeguamento, fissandolo, da ultimo, al 31 dicembre 2022.

V. – Si segnala per completezza quanto segue:

- n) sulle scelte pubbliche che hanno effetti sul mercato delle commesse e principi di concorrenza, pubblicità, trasparenza e discrezionalità legislativa:
- n1) Cons. Stato, sez. III, ordinanza 23 febbraio 2021, n. 1574 (in *Appalti & Contratti*, 2021, 3, 74, oggetto della News US in data 22 marzo 2021);
- n2) Corte cost., 27 maggio 2020, n. 100 (in *Foro it.*, 2020, I, 3002, con nota di D'AURIA; *Guida al dir.*, 2020, 34-35, 90, con nota di GIZZI; *Riv. corte conti*, 2020, 3, 178, con nota di PAOLELLI; oggetto della News US in data 17 giugno 2020), citata nella sentenza in rassegna;

- o) sul bilanciamento dei diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione e sulla importanza che assume il diritto al lavoro:
- o1) nella peculiare ipotesi (in tema di divieto di surrogazione di maternità) del rapporto tra tutela del minore e finalità di disincentivare il ricorso a una pratica che l'ordinamento italiano considera illegittima e anzi meritevole di sanzione penale: cfr., da ultimo, Corte cost. 9 marzo 2021, n. 33;
  - o2) Corte cost., 8 novembre 2018, n. 194 relativa alla incostituzionalità di alcuni aspetti del c.d. *Job act* (in *Foro it.*, 2019, I, 70, con nota di GIUBBONI; *Lavoro giur.*, 2019, 153, con nota di CESTER; *Guida al lav.*, 2018, fasc. 46, 38 (m), con nota di TOFFOLETTO; *Nuova giur. civ.*, 2019, 462, con nota di DE LUCA; *Riv. it. dir. lav.*, 2018, II, 1031, con nota di ICHINO, CARINCI; *Giur. cost.*, 2018, 2329, con nota di PINELLI; *Riv. giur. lav.*, 2019, II, 23 (m), con nota di SPEZIALE; *Dir. relazioni ind.*, 2019, 213 (m), con nota di BOLLANI, MARESCA, TOSI, TURSI, ZOPPOLI; *Dir. relazioni ind.*, 2019, 611 (m), con nota di MAGNANI, TOPO, TOSI; *Guida al dir.*, 2019, 2, 32, con nota di CIAMPI; *Riv. giur. lav.*, 2020, II, 16 (m), con nota di ROSELLI). Quanto alla citata nota di GIUBBONI, l'Autore evidenzia che *“La sentenza n. 194 del 2018 [...] ha cominciato a porre parziale rimedio alla singolarissima situazione che – specie nell'impianto originario del d.lgs. n. 23 del 2015, solo in parte corretto dal c.d. «decreto dignità» – faceva del lavoratore assunto con contratto «a tutele crescenti», ad onta del fondamento lavoristico e personalistico della nostra Costituzione, il «debitore più penalizzato del nostro ordinamento giuridico»”*;
  - o3) Corte cost., 23 marzo 2018, n. 58 (in *Dir. pen. e proc.*, 2018, 1295, con nota di LARINNI; *Giur. cost.*, 2018, 592, con nota di PULITANÒ; *Riv. giur. lav.*, 2019, II, 133 (m), con nota di LAFORGIA) che ha dichiarato incostituzionali altri aspetti del c.d. *Job act*;
  - o4) Corte cost., 9 maggio 2013, n. 85 (in *Giur. cost.*, 2013, 1424, con nota di ONIDA, PULITANÒ, BIN, SERENO), che nel bilanciare la tutela della salute e dell'ambiente con le esigenze di mantenimento dei livelli di occupazione in caso di crisi degli stabilimenti industriali di interesse strategico nazionale (ILVA), ha dato la prevalenza al secondo valore (il lavoro) affermando che: *“Tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. La tutela deve essere sempre «sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro» [...]. Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe «tiranno» nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono,*

*nel loro insieme, espressione della dignità della persona* (la sentenza da ultimo è stata richiamata da Cons. Stato, sez. V, 11 marzo 2021, n. 2089 in tema di diritto d'accesso dei consiglieri comunali, la quale ha ricordato come la Corte abbia *“affermato che in un ordinamento costituzionale in cui i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano «in rapporto di integrazione reciproca», non ordinato su base gerarchica, non è possibile «individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri», e dunque una «illimitata espansione» dei primi a danno di questi ultimi. Per la Corte costituzionale gli stessi diritti vanno invece coordinati secondo «un ragionevole bilanciamento», a tutela della dignità della persona, e dunque nel rispetto del principio personalistico che trova nei principi di uguaglianza formale e sostanziale dell'individuo e nei doveri di solidarietà sociale la sua formale enunciazione (artt. 3, commi 1 e 2, e 2 Cost.)”*;

- o5) Corte cost., ordinanza 13 febbraio 2013, n. 17 (in *Foro it.*, 2013, I, 725, con nota di ROMBOLI; *Giur. it.*, 2013, 2465 (m), con nota di TURTURRO);
- o6) Corte cost., ordinanza 13 febbraio 2013, n. 16 (in *Foro it.*, 2013, I, 725, con nota di ROMBOLI; *Ambiente*, 2013, 326, con nota di CAVANNA; *Giur. it.*, 2013, 2465 (m), con nota di TURTURRO);
- p) sulla adeguatezza e ragionevolezza dei rimedi nel contesto di un equilibrato componimento dei diversi interessi in gioco e della specialità dell'apparato di tutele previsto dal diritto del lavoro: Corte cost., 8 novembre 2018, n. 194, cit.;
- q) sull'interpretazione estensiva dell'art. 41 Cost. nel senso di non ricondurre l'esercizio dell'attività economica alla sola attività di impresa: Corte cost. 25 marzo 1976, n. 59; 15 gennaio 1976, n. 17; 19 marzo 1961, n. 13;
- r) sui rapporti fra utilità sociale e principio di concorrenza: Corte cost., 5 novembre 1996, n. 386 (in *Foro it.*, 1997, I, 994, con nota di COSENTINO; *Dir. trasporti*, 1997, 463, con nota di TINCANI; *Riv. giur. circolaz. e trasp.*, 1997, 65, con nota di SARZINA), secondo cui il principio di libertà di iniziativa economica privata va bilanciato con l'utilità sociale;
- s) sulla libertà dell'iniziativa economica privata e relativi limiti: Cons. Stato, sez. IV, 26 febbraio 2015, n. 964; Corte di giustizia CE, 24 ottobre 1973, C-5/73, *Balkan-Import-Export*; 17 dicembre 1970, C-11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*;
- t) sulla declinazione del principio di proporzionalità nell'ordinamento interno ed europeo:
  - t1) secondo il principio di proporzionalità elaborato dalla Corte di giustizia, su un piano generale, le norme stabilite dagli Stati membri o dalle pubbliche amministrazioni in applicazione delle direttive europee devono essere idonee a garantire la realizzazione dello scopo perseguito e non devono

andare oltre quanto è necessario per raggiungere gli obiettivi previsti da tali direttive;

- t2) anche la giurisprudenza nazionale ha ritenuto che il rispetto del principio di proporzionalità richieda che la scelta assunta dall'amministrazione sia idonea a conseguire l'obiettivo perseguito, non determini un eccessivo sacrificio per gli interessi privati attinti e, comunque, sia tale da poter essere sostenuta dal destinatario;
- t3) quanto alla materia dei contratti pubblici, *ex aliis*, Corte di giustizia UE, sez. IX, 2 maggio 2019, C-309/18 – Lavorgna s.r.l. (in *Contratti Stato e enti pubbl.*, 2019, 3, 111, con nota di DAMIN; *Riv. corte conti*, 2019, 3, 213, con nota di MARZANO; oggetto della News US n. 56 del 13 maggio 2019, alla quale si rinvia per ulteriori approfondimenti, spec. § k);
- u) sul requisito della proporzionalità in generale e relativo onere della prova:
  - u1) Corte cost., 26 luglio 2019, n. 208 (oggetto della News US n. 94 del 27 agosto 2019 ed alla quale si rinvia per ogni approfondimento in dottrina e in giurisprudenza);
  - u2) T.a.r. per la Toscana, sezione II, ordinanza 23 aprile 2019, n. 600 (oggetto della News US in data 8 maggio 2019 ed alla quale si rinvia per ogni approfondimento in dottrina e in giurisprudenza: la questione è stata dichiarata inammissibile con sentenza Corte cost., 25 settembre 2020, n. 206, oggetto della News US in data 9 novembre 2020);
  - u3) Corte cost., 21 febbraio 2019, n. 20, in *Foro it.*, 2020, I, 142, con nota di ROMBOLI; *Giur. cost.*, 2019, 226, con nota di REPETTO; *Giornale dir. amm.*, 2019, 601 (m), con nota di AVEARDI; *Guida al dir.*, 2019, 12, 90, con nota di PONTE; *Dir. informazione e informatica*, 2019, 79, con nota di POLLICINO, RESTA; *Riv. corte conti*, 2019, 1, 227, con nota di CHIATANTE; *Dir. Internet*, 2019, 57, con nota di MARONGIU; *Foro it.*, 2020, I, 125, con nota di TRAPANI; *Dir. comunitario scambi internaz.*, 2019, 393 (m), n. TROIANIELLO, nonché oggetto della News US in data 4 marzo 2019 alla quale si rinvia per ogni ulteriore approfondimento). Quanto alla richiamata nota di ROMBOLI, l'autore evidenzia come la Corte: I) abbia proceduto ad una ricostruzione della normativa impugnata ed osservato *"in particolare come risulti chiara la necessità di operare un bilanciamento tra due diritti certamente tutelati sia a livello costituzionale che di diritto europeo, primario e derivato. Da un lato il diritto alla riservatezza dei dati personali e dall'altro quello di pubblicità e trasparenza, tra i quali necessita individuare un contemperamento ed una soluzione che riesca a tutelare uno dei due interessi, ma producendo la minore limitazione possibile dell'altro"*; II) rifacendosi anche alla

giurisprudenza europea, abbia adottato *“allo scopo il c.d. test di proporzionalità, sulla base del quale giunge a distinguere le situazioni sulle quali è chiamata a giudicare in senso prima oggettivo e poi soggettivo”*;

- u4) Corte di giustizia Ue, sez. I, 30 gennaio 2019, C-220/17, *Planta Tabak-Manufaktur Dr. Manfred Obermann GmbH & Co. KG* (in *Foro amm.*, 2019, 17), secondo cui *“il principio di proporzionalità richiede che gli atti delle istituzioni dell’Unione siano idonei a realizzare i legittimi obiettivi perseguiti dalla normativa di cui trattasi e non eccedano i limiti di quanto è necessario alla realizzazione di tali obiettivi, fermo restando che, qualora sia possibile una scelta tra più misure appropriate, si deve ricorrere a quella meno restrittiva e che gli inconvenienti causati non devono essere sproporzionati rispetto agli scopi perseguiti”*;
- u5) Corte cost., 15 dicembre 2016, n. 268;
- u6) Corte giustizia UE, 9 giugno 2016, C-78/16 e C-79/16 (in *Foro it.*, 2016, IV, 352, con nota di LAGHEZZA e PALMIERI; *Guida al dir.*, 2016, 29, 78, con nota di CASOLARI; *Riv. giur. urbanistica*, 2018, 78, con nota di NATALELLO). Quanto alla citata nota di LAGHEZZA e PALMIERI, gli autori evidenziano in particolare che *“il principio di proporzionalità dispone che, qualora sia possibile una scelta tra più misure appropriate, si deve ricorrere a quella meno gravosa e che gli inconvenienti causati non devono essere eccessivi rispetto agli scopi perseguiti”*;
- u7) Corte di giustizia UE, sez. II, 23 dicembre 2015, C-333/14, *Scotch Whisky Association e a.*, secondo cui *“Poiché un divieto come quello risultante dalla normativa nazionale di cui al procedimento principale costituisce una deroga al principio della libera circolazione delle merci, incombe alle autorità nazionali l’onere di dimostrare che detta normativa è conforme al principio di proporzionalità, ossia è necessaria per il raggiungimento dell’obiettivo perseguito, e che quest’ultimo non potrebbe essere raggiunto attraverso divieti o limitazioni di minore portata o che colpiscano in minor misura il commercio nell’ambito dell’Unione”* (§ 53);
- u8) Cons. Stato, sez. VI, 17 aprile 2007, n. 1736 (in *Foro it.*, 2007, III, 550, con nota di A. TRAVI; *Guida al dir.*, 2007, 22, 69, con nota di GIUNTA), secondo cui *“In forza anche del richiamo ai principî dell’ordinamento comunitario contenuto nell’art. 1, 1° comma, l. 7 agosto 1990 n. 241, come modificato dalla l. 11 febbraio 2005 n. 15, anche nel nostro ordinamento, per i provvedimenti limitativi della sfera giuridica del cittadino, vige il principio di proporzionalità, nei suoi tre profili dell’idoneità, della necessità e dell’adeguatezza: ciò vale a maggior ragione nel sistema antitrust, articolato su due piani, nazionale e comunitario, il cui rapporto*

è retto dal principio di sussidiarietà". Quanto alla citata nota di A. TRAVI l'autore evidenzia che: I) "La giurisprudenza amministrativa [...] riconosce ormai che il principio di proporzionalità vale anche nel nostro ordinamento come parametro di legittimità per gli atti discrezionali e lo richiama sempre più spesso"; II) "In realtà, in numerose di queste pronunce, anche quando è espressamente richiamato l'ordinamento comunitario, il principio di proporzionalità è trattato in pratica come un corollario del canone generale di ragionevolezza, la cui violazione determina illegittimità per eccesso di potere"; III) "Con ciò il richiamo al principio di proporzionalità aggiunge ben poco a quanto già assicurato dal principio di ragionevolezza. Da questo punto di vista appare determinante l'applicazione da parte del giudice amministrativo del terzo dei tre «profili» (idoneità, necessità, adeguatezza) in cui si articola il principio di proporzionalità, ossia quello dell'adeguatezza (o della «proporzionalità in senso stretto»): esso comporta per il giudice la necessità di verificare che la limitazione imposta al privato sia tollerabile e giustificata in termini sostanziali, alla luce anche della posizione d'interesse del privato";

v) sul test di ragionevolezza e proporzionalità, e sul rapporto fra principio di uguaglianza e controllo di ragionevolezza, si rinvia alle ampie indicazioni di cui alla News US n. 94, del 27 agosto 2019 (in relazione a Corte cost. 26 luglio 2019, n. 208) cui *adde*, nella giurisprudenza costituzionale:

v1) Corte cost., 27 maggio 2020, n. 99 (in *Riv. polizia*, 2020, 503, con nota di ALIQUÒ), secondo cui "L'automatismo della revoca della patente, da parte del prefetto, è contrario a principi di eguaglianza, proporzionalità e ragionevolezza, atteso che possono essere sottoposti a misure di prevenzione soggetti condannati o indiziati per ipotesi delittuose di differenti gravità ovvero anche coloro che per la condotta ed il tenore di vita debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che vivono abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose";

v2) Corte cost., 6 marzo 2020, n. 56 (in *Guida al dir.*, 2020, 19, 96, con nota di URBANO; *Lavoro e prev. oggi*, 2020, 469, con nota di DE NARDO; *Giur. cost.*, 2020, 643, con nota di MIDIRI), secondo cui "l'estrema facilità con cui possono essere commessi abusi nel settore del trasporto pubblico locale non di linea e, per converso, l'estrema difficoltà dei controlli e di conseguenza della repressione delle condotte – ciò che rende l'apparato sanzionatorio (pur previsto) poco dissuasivo – giustificano l'adozione di misure rigorose dirette a prevenire la possibilità di abusi. La verifica della ragionevolezza delle misure assunte e della proporzionalità degli obblighi imposti a tali fini va condotta alla stregua dei criteri indicati nella giurisprudenza di questa Corte, secondo cui in particolare il principio di proporzionalità tanto più deve trovare rigorosa applicazione nel contesto delle

*relazioni fra Stato e regioni, quanto più, come nel caso in esame, la previsione statale comporti una significativa compressione dell'autonomia regionale, precisando che il test di proporzionalità richiede di valutare se la norma oggetto di scrutinio, con la misura e le modalità di applicazione stabilite, sia necessaria e idonea al conseguimento di obiettivi legittimamente perseguiti, in quanto, tra più misure appropriate, prescriva quella meno restrittiva dei diritti a confronto e stabilisca oneri non sproporzionati rispetto al perseguimento di detti obiettivi”;*

- v3) Corte cost., 24 luglio 2019, n. 195 (in *Guida al dir.*, 2019, 40, 16, con nota di CISTERNA; *Giur. cost.*, 2019, 2246, con nota di DE MARIA, ZAMPETTI), secondo cui *“Non sono fondate, nei sensi di cui in motivazione, le questioni di legittimità costituzionale dell’art. 21, comma 1, lett. a), d.l. 4 ottobre 2018, n. 113, conv., con modif., in l. 10 dicembre 2018, n. 132, censurato per violazione degli artt. 3, 32 e 117, comma 3, Cost., nonché del principio di leale collaborazione, nella parte in cui aggiunge al comma 3 dell’art. 9 d.l. 20 febbraio 2017, n. 14, la previsione dei presidi sanitari, che i regolamenti di polizia urbana possono includere tra le aree protette dalla misura del cosiddetto DASPO urbano. Invero, secondo un’interpretazione adeguatrice, costituzionalmente orientata, della disposizione impugnata, le modalità applicative del divieto di accesso alle aree protette devono essere compatibili con le esigenze di salute del destinatario dell’atto. Pertanto, quest’ultimo può comunque fruire dei servizi sanitari per ragioni di cura, senza che gli sia precluso l’accesso, anche ove egli sia stato destinatario del provvedimento del questore, che gli abbia fatto divieto di accedere a tale area per ogni altra ragione. La stessa interpretazione può adottarsi, pur in mancanza di un riferimento testuale, stante la medesima ratio sottesa all’una e all’altra misura, per delimitare l’ambito applicativo dell’ordine di allontanamento dal presidio sanitario negli stessi termini previsti per il divieto di accesso. In ogni caso, quindi, la persona che ricorre al presidio sanitario, perché le siano erogate cure mediche (o prestazioni terapeutiche o di analisi e diagnostica), non può essere allontanata, né le può essere precluso l’accesso alla struttura, essendo il diritto alla salute prevalente sull’esigenza di decoro dell’area e di contrasto, per ragioni di sicurezza pubblica, delle condotte — tutte sanzionate solo in via amministrativa — elencate nel comma 2 dell’art. 9 del d.l. 20 febbraio 2017, n. 14”;*
- w) sulla proporzionalità quale principio generale dell’azione amministrativa, Cons. Stato, sez. IV, 27 luglio 2020, n. 4761, secondo cui *“il principio di proporzionalità consiste in un canone legale di raffronto che consente di rilevare macroscopici profili di abnorme distonia fra condotta e sanzione, escluso ogni controllo del merito dell’azione amministrativa: il principio, in sostanza, veicola un mero riscontro ab externo della scelta*

*amministrativa, strutturalmente incapace di penetrarne il nucleo vivo, afferente alla sfera discrezionale riservata” (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 15 gennaio 2020, n. 381);*

- x) sulla razionalità economica che può trovare ingresso nell’ordinamento grazie alla ragionevolezza: Corte cost., 25 maggio 1990, n. 260 (in *Cons. Stato*, 1990, II, 922);
- y) sul sindacato di razionalità e ragionevolezza si veda la News US, n. 134 del 23 dicembre 2019, inerente a T.a.r. per la Liguria, ordinanza, 6 dicembre 2019, n. 932, specie con riferimento: alla giurisprudenza costituzionale in tema di ragionevolezza delle leggi, § p); sul parametro della razionalità intrinseca e sulla differenza con la ragionevolezza, anche in relazione alla tecnica di redazione della norma sospetta di incostituzionalità, § q); sulla differenza tra razionalità, ragionevolezza e bilanciamento di interessi, § r); con riferimento alla giurisprudenza in tema di scrutinio sulle leggi provvedimento, § s);
- z) sulla lettura del principio di legalità nel senso che il giudizio di bilanciamento tra interesse del privato ed interesse di cui è portatrice la pubblica amministrazione viene risolto nel senso della prevalenza del secondo solo nella misura in cui l’azione amministrativa sia conforme ai canoni di legittimità, si veda la News US in data 29 dicembre 2020 avente ad oggetto Cons. giust. amm. sic. sez. giur. sentenza non definitiva 15 dicembre 2020, n. 1136 (in *Foro it.*, 2021, III, 71, n. PALMIERI A.), in particolare §i1;
- aa) sulle concessioni demaniali, impatto economico e obblighi di gara: Cons. Stato, Ad. plen., 9 novembre 2021, n. 18 (oggetto della News US in data 29 novembre 2021, alla quale si rinvia per ogni ulteriore approfondimento);
- bb) sulla c.d. sospensione impropria:
  - bb1) nel senso della sua ammissibilità solo in presenza di correlato accordo delle parti (con un sostanziale implicito richiamo dell’art. 296 c.p.c.): Cons. Stato, Ad. plen., ordinanza 15 ottobre 2014, n. 28, in *Foro it.*, 2014, III, 629, con nota di TRAVI; *Urbanistica e appalti*, 2015, 47, con nota di ANDREIS, secondo cui:
    - I) *“nel processo amministrativo, secondo un consolidato indirizzo [...], trova ingresso la c.d. sospensione impropria del giudizio principale per la pendenza della questione di legittimità costituzionale di una norma, applicabile in tale procedimento, ma sollevata in una diversa causa”*; II) *“non si rinviene, infatti, nel sistema della giustizia amministrativa (arg. ex art. 79 e 80 c.p.a.) una norma che vieti una tale ipotesi di sospensione [...], né si profila una lesione del contraddittorio allorquando [...], le parti, rese edotte della pendenza della questione di legittimità costituzionale, non facciano richiesta di poter interloquire davanti al giudice delle leggi sollecitando una formale rimessione della questione”*; III) *“tale esegesi, inoltre, è conforme sia al principio di economia dei mezzi processuali che a*

*quello di ragionevole durata del processo (che assumono un particolare rilievo nel processo amministrativo in cui vengono in gioco interessi pubblici), in quanto, da un lato, si evitano agli uffici, alle parti ed alla medesima Corte costituzionale dispendiosi adempimenti correlati alla rimessione della questione di costituzionalità, dall'altro, si previene il rischio di prolungare la durata del giudizio di costituzionalità (e di riflesso di quelli a quo)"; IV) "rimane inteso che il termine per la prosecuzione del giudizio sospeso è quello innovativamente sancito dall'art. 80, 1° comma, cod. proc. amm. per tutte le ipotesi di sospensione del processo amministrativo (novanta giorni dimidiati nel caso di specie a quarantacinque, in forza del combinato disposto degli art. 87, 2° comma, lett. d, e 3° comma, e 114, 8° e 9° comma, c.p.a.)"; nella stessa direzione, da ultimo, Cons. giust. amm. sic., sez. giur., 30 novembre 2021, n. 1027 e, con riferimento al mancato rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE, Cons. Stato, sez. IV, 19 aprile 2021, n. 3155, in *Foro it.*, 2021, III, 525, con nota critica di BUCCIANTE, secondo il quale "la disposta sospensione «impropria» del giudizio risulta elusiva dell'obbligo officioso di rinvio pregiudiziale, imposto (ravvisandosene i presupposti [...]) ai giudici nazionali di ultima istanza indipendentemente da richieste delle parti, il cui diritto a far valere le proprie ragioni in sede propria, davanti alla Corte di giustizia, viene in tal modo menomato"; 26 maggio 2020, n. 3330, in *Merito*, 2020, 10, 76;*

- bb2) nel senso della possibilità della sospensione anche in assenza di accordo tra le parti (nelle more dell'enunciazione del principio di diritto in sede nomofilattica): Cons. Stato, Ad. plen., 26 ottobre 2020, n. 23, in *Foro it.*, 2021, III, 161, con nota di D'ANGELO (oggetto della News US in data 9 novembre 2020) la quale inquadra la sospensione impropria nel paradigma di cui agli artt. 79 c.p.a. e 295 c.p.c. ammettendola dunque in assenza della adesione delle parti (la "sospensione disposta dal giudice, ai sensi degli art. 79, 1° comma, c.p.a. e 295 c.p.c., [...] per un verso, è sorretta da ponderate ragioni di opportunità e, per altro verso, non incide direttamente sul thema decidendum, ma consente al medesimo giudice di vagliare gli approdi cui perviene l'adunanza plenaria in funzione nomofilattica. Ciò, per di più, senza che la pronuncia attesa possa inevitabilmente condizionare l'esito del giudizio in cui è parte chi ha spiegato intervento, ben potendo il giudice di tale controversia non condividere il principio di diritto enunciato e disporre ai sensi dell'art. 97, 3° comma, c.p.a.");
- bb3) disposta per "mere ragioni di opportunità": Corte cost., 6 luglio 2004, n. 207, in *Foro it.*, 2004, I, 2642, citata nella sentenza in rassegna;
- bb4) sulla declaratoria di irricevibilità di un'ordinanza che, senza sollevare incidente di costituzionalità, sospende il giudizio in attesa siano decise questioni sulla norma applicabile: Corte cost., ordinanza 4 luglio 2001, n.

- 216, in *Giur. cost.*, 2001, 1926, secondo cui “Deve essere rinviata al giudice a quo, in quanto irricevibile l’ordinanza con cui il giudice si è limitato a sospendere il giudizio sul rilievo che la medesima questione è pendente davanti alla corte costituzionale a seguito di ordinanza di rinvio dallo stesso sollevata nell’ambito di diverso processo”;
- bb5) sulla q.l.c. sollevata in sede cautelare ed effetti della sospensione impropria nella fase successiva del giudizio: Corte cost., 16 dicembre 2016, n. 276 (in *Giur. it.*, 2017, 449, con nota di BAILO; *Giur. cost.*, 2016, 2353, con nota di RIVOSECCHI; *Regioni*, 2017, 771, con nota di PUPO);
- bb6) sulla non appellabilità di un’ordinanza che dispone la sospensione impropria: Cons. Stato, sez. III, 29 novembre 2019, n. 8204; diversamente, Cons. Stato, sez. III, ordinanza 3 ottobre 2013, n. 3898 e, nella giurisprudenza civile, Cass. civ., sez. un., 1° ottobre 2003, n. 14670 (in *Foro it.*, 2004, I, 1474, con nota di TRISORIO LIUZZI);
- bb7) sulla sospensione impropria quale espressione del principio di economia processuale: Cons. Stato, sez. V, 3 dicembre 2020, n. 7651;
- cc) sulla idoneità della forma della sentenza non definitiva, in luogo dell’ordinanza, quale atto di promovimento del giudizio di legittimità costituzionale: da ultimo, Corte cost., 27 aprile 2021, n. 112, secondo cui “Alla sentenza non definitiva può essere, infatti, riconosciuto, sul piano sostanziale, il carattere dell’ordinanza di rimessione, sempre che il giudice a quo – [...] abbia disposto, in conformità a quanto previsto dall’art. 23 della legge 11 marzo 1953, n. 87 (Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale), la sospensione del procedimento principale e la trasmissione del fascicolo alla cancelleria di questa Corte, dopo aver valutato la rilevanza e la non manifesta infondatezza della questione”;
- dd) per una ricostruzione compiuta e completa sull’obbligo di rinvio pregiudiziale del giudice di ultimo grado: tra le diverse, Corte di giustizia UE, sez. IX, ordinanza 30 giugno 2020, C-723/19, Airbnb Ireland UC, oggetto della News US in data 17 settembre 2020;
- ee) in dottrina:
- ee1) sul potere pubblico come limite esterno al mercato: M. LOTTINI, *Il mercato europeo - Profili pubblicistici*, Napoli, 2010, 1-26, secondo cui “se i rapporti regolati dal diritto del mercato europeo hanno un oggetto che in termini generalissimo coincide con l’attività economica, l’individuazione di quest’ultima ne traccia, conseguentemente, i confini esterni”;
- ee2) sulla distinzione tra sospensione propria e sospensione impropria v., per tutti, C. MANDRIOLI, A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, II, Torino 2016, 370 ss., ivi ulteriori riferimenti bibliografici;

ee3) sulla distinzione tra pregiudizialità in senso logico e pregiudizialità in senso tecnico v.: I) F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, I, Milano 2016, 159 ss.; II) C. Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, Torino 2016, 89 ss.

