



L'INTERPRETAZIONE DEL PRINCIPIO TEMPUS REGIT ACTUM A FRONTE DI PROCEDURE COLLEGATE MA DISTINTE

Luigi GILI, Pietro FRASSETTO



Consiglio di Stato, Sez. Quarta, 30 luglio 2024, n. 6848, Italgeco scarl c. Comune di S. Marco evangelista et al., Pres. G. Mastrandrea, Est. M. Santise

Concessione di lavori e servizi - Finanza di progetto - Autorizzazione amministrativa - Sopravvenienze di fatto e di diritto - *Tempus regit actum* - Deroghe specifiche - Ammissibilità

Le sopravvenienze, sia di fatto che di diritto, rilevano e devono essere tenute in debito conto dall'amministrazione procedente durante la fase procedimentale che va dalla presentazione dell'istanza fino all'emanazione del provvedimento conclusivo; è lo stesso principio del tempus regit actum ad imporre tale soluzione, in quanto al provvedimento amministrativo si applica la normativa in vigore al momento della sua adozione. Pertanto, in materia di autorizzazione unica ambientale non possono residuare dubbi sull'applicabilità della normativa entrata in vigore addirittura prima della presentazione della istanza che ha comportato l'apertura del procedimento.

Al procedimento amministrativo volto al rilascio dell'autorizzazione unica ambientale chiesta dal concessionario per la realizzazione e gestione di un'opera pubblica (nella fattispecie, ampliamento di un cimitero) non si applica la cornice normativa vigente al momento della stipula del contratto di concessione, bensì quella vigente al momento dell'adozione del provvedimento finale. Difatti, il procedimento amministrativo mantiene una sua logica autonomia dal contratto stipulato, rappresentando una procedura volta al rilascio di un provvedimento autorizzativo necessario per la concreta realizzazione di un'opera.

Il principio di insensibilità delle gare pubbliche alle sopravvenienze normative successive all'approvazione del bando non è un principio di ordine assoluto e inderogabile, ma relativo, in quanto ammette specifiche e particolari deroghe, quando le stesse si riferiscano ad uno specifico procedimento di pubblica selezione ed il legislatore ragionevolmente ravvisi la necessità di un tale intervento.

Il contratto di concessione è un contratto di durata e, come tale, non consuma i suoi effetti uno actu, pertanto trovano applicazione le normative sopravvenute che incidono sul rapporto contrattuale in base al principio tempus regit actum. Ne consegue che è legittima la sospensione degli effetti del contratto di concessione per la progettazione esecutiva, realizzazione e gestione dell'opera pubblica (nella fattispecie, ampliamento di un cimitero) per effetto di una normativa sopravvenuta che non abbia inciso sulla validità del contratto ma sul rapporto.

1. La sentenza in esame è di interesse per la rilevanza che assegna allo *ius superveniens*, relativo alla procedura autorizzativa per la realizzazione di un impianto di cremazione di salme. Tale istanza di autorizzazione veniva presentata nell'ambito di un più ampio di intervento di "Progettazione esecutiva, direzione dei lavori e coordinamento sicurezza, realizzazione dei lavori e gestione dell'ampliamento del cimitero comunale", oggetto di contratto di concessione preventivamente aggiudicato.

La giurisprudenza, in ossequio del principio *tempus regit actum*, ritiene che al provvedimento amministrativo si applichi la legge vigente al momento della sua adozione. La domanda da porsi è se questo principio generale incontri una deroga nel caso in cui l'amministrazione precedente abbia già adottato il provvedimento finale, ingenerando un legittimo affidamento nel privato.

2. La controversia riguarda la realizzazione, mediante finanza di progetto, della progettazione nonché della realizzazione dei lavori e della gestione dell'ampliamento del cimitero comunale. La società promotrice, risultata affidataria, indicava tra i vari interventi anche la realizzazione di un impianto di cremazione, per il quale veniva richiesta, successivamente alla stipula del contratto di concessione, apposita autorizzazione ambientale. Nelle more del rilascio di questa ultima, la Regione disponeva la sospensione del procedimento di autorizzazione ambientale sul presupposto dell'applicabilità di una legge regionale che sospendeva la realizzazione di nuovi impianti crematori in attesa della definizione di un nuovo Piano regionale di coordinamento per il rilascio delle autorizzazioni in materia. L'amministrazione

comunale, conseguentemente, disponeva la sospensione della concessione.

La società impugnava entrambi i provvedimenti di sospensione senza ottenere l'esito sperato (il riferimento è a TAR Campania, Napoli, Sez. V, del 3 ottobre 2022, n. 6100).

In sede di appello, la società lamentava (tra i motivi di gravame) la violazione del principio *tempus regit actum*; in particolare, la normativa regionale che prevedeva la sospensione della realizzazione di nuovi impianti crematori non avrebbe dovuto trovare applicazione in quanto *ius superveniens* rispetto al precedente procedimento di aggiudicazione della concessione. Il Consiglio di Stato ha respinto le censure ritenendo applicabile la normativa regionale, con conseguente legittimità della sospensione del rilascio dell'autorizzazione unica ambientale, nonché del procedimento di concessione.

A *latere* i Giudici di Palazzo Spada, con la sentenza in esame, hanno approfondito il rapporto tra *ius superveniens* e contratti di durata.

In primo luogo, va segnalato che l'arresto giurisprudenziale risolve in modo stringato la questione inerente l'applicabilità della legge regionale che porta alla sospensione del procedimento di autorizzazione. A fronte di una scansione temporale del procedimento amministrativo che vede quale *dies a quo* l'istanza del privato - o l'avvio del procedimento d'ufficio - e quale *dies ad quem* l'adozione del provvedimento definitivo, l'amministrazione deve tenere in debito conto le sopravvenienze normative intervenute durante il procedimento, in ossequio del

principio del *tempus regit actum*. Sulla base di tale indicazione per il Giudice amministrativo non vi sono dubbi in merito all'applicabilità della normativa sopravvenuta, tanto più per il fatto che è entrata in vigore prima della presentazione dell'istanza di rilascio dell'autorizzazione ambientale.

Sul punto nodale della vicenda, ovverosia il rapporto con l'atto di concessione, il Consiglio di Stato non accoglie la tesi della società appellante, per la quale la richiesta di autorizzazione ambientale discende dagli obblighi oggetto della concessione, conseguentemente, il relativo procedimento non dovrebbe considerarsi autonomo. Diversamente, il Giudice stabilisce che i due procedimenti (di concessione e autorizzazione) mantengono una loro "*logica autonomia*" essendo finalizzati all'adozione di due atti che, seppur connessi, hanno natura e caratteri differenti.

Dunque, non viene condivisa la prospettazione dell'appellante che riteneva di applicare al provvedimento di autorizzazione la normativa in vigore al momento della stipula del contratto di concessione.

Nel prosieguo della sentenza, il Consiglio di Stato giunge a medesime conclusioni con riguardo alla sospensione del procedimento di concessione. Innanzitutto, il principio richiamato da parte appellante, che sancirebbe "*l'insensibilità delle gare pubbliche alle sopravvenienze normative*" non può considerarsi, a parere dell'organo giudicante, di carattere assoluto e inderogabile, anzi è soggetto ad eccezioni qualora la sopravvenienza sia rivolta ad ambiti specifici, quali, ad esempio, quelli della fattispecie in esame riferiti alla realizzazione di impianti crematori. Al riguardo viene richiamato il precedente fissato dall'Adunanza Plenaria n. 9 del 2011 a mente del quale

pur essendo affermato il principio generale della inefficacia delle norme sopravvenute a modificare le procedure concorsuali, “è altresì prevista la possibilità che, in via speciale e particolare, tali modifiche possano prodursi ad effetto di normative sopravvenute il cui oggetto specifico sia quel medesimo concorso, quando, evidentemente, il legislatore ragionevolmente ravvisi la necessità di un tale intervento”. In tal senso, il Giudice ravvisa che il “principio di insensibilità delle gare pubbliche alle sopravvenienze normative, non è un principio di ordine assoluto e inderogabile, ma relativo, in quanto ammette specifiche e particolari deroghe, quando le citate deroghe si riferiscano ad uno specifico procedimento di pubblica selezione”. E nel caso di specie, la normativa sopravvenuta riguarda interventi specifici (realizzazione di impianti crematori) e ben definiti.

3. Inoltre, il Consiglio di Stato rileva che il contratto di concessione è “*un contratto di durata e non consuma i suoi effetti uno actu*”. Proprio alla luce di tale sua particolarità, le normative sopravvenute in corso di esecuzione del contratto possono trovare applicazione senza che da ciò derivi alcun *vulnus* del principio di irretroattività della legge (di cui all’art. 11 delle preleggi).

Precisa il Giudice che il contratto di concessione è un contratto di durata e non consuma i suoi effetti *uno actu*. In tal senso non possono che applicarsi le normative sopravvenute che incidono sul rapporto contrattuale, proprio in base al principio *tempus regit actum*.

Sempre sul punto, il Consiglio di Stato precisa che, nel caso di specie, lo *ius superveniens* non intacca la validità del contratto *ab origine* stipulato, ma si limita a sospenderne l’efficacia in

attesa di una revisione organica della disciplina di riferimento (rectius: autorizzazione degli impianti crematori). In altre parole, la normativa sopravvenuta non incide l'atto già adottato, bensì il rapporto instauratosi sulla base del suddetto contratto.

A sostegno della legittimità delle sospensioni il Consiglio di Stato adduce la temporaneità della ragione interruttiva. Qualora si fosse trattato di una sospensione *sine die*, i relativi provvedimenti sarebbero stati illegittimi per irragionevolezza, poiché avrebbero sterilizzato il rapporto tra la pubblica amministrazione e il privato. Al contrario, aver posto come termine - *meglio* come condizione - l'adozione di un nuovo Piano di coordinamento regionale in materia fa salva la situazione di certezza del diritto per il privato.

Il Consiglio di Stato non ritiene meritevole di accoglimento quanto richiesto in via subordinata dalla società appellante, ovverosia la sospensione della parte del contratto relativa alla realizzazione dell'impianto crematorio e, quindi, soggetta alla normativa sopravvenuta. Una decisione in tal senso da parte del Comune avrebbe comportato una modifica sostanziale dell'oggetto della concessione rispetto a quanto previsto e approvato.

4. La controversia ricade nella cornice applicativa del d.lgs. n. 50/2016 e, come si è accennato, ha ad oggetto una concessione di lavori e servizi affidata mediante finanza di progetto. È noto che la concessione si distingue dall'appalto pubblico per il trasferimento in capo al privato concessionario del rischio operativo. Quest'ultimo può avere diverse declinazioni, siccome individuate, tra le altre, dall'art. 3, comma 1, lett. *aaa*), *bbb*) e *ccc*) del d.lgs. n. 50/2016.

Nel caso di specie, rilevanti sono il cd. rischio normativo-politico-regolamentare, indicato dall'ANAC come il rischio “*derivante da modifiche dell’assetto regolatorio e da decisioni politiche programmatiche non prevedibili contrattualmente con conseguente aumento dei costi per l’adeguamento [...]*”¹ e il rischio amministrativo, ovverosia il rischio “*connesso al notevole ritardo o al diniego nel rilascio di autorizzazioni (pareri, permessi, licenze, nulla osta, etc.) da parte di soggetti pubblici e privati competenti, o anche al rilascio dell’autorizzazione con prescrizioni, con conseguenti ritardi nella realizzazione*”².

Più in generale, quanto appena detto è da considerarsi applicabile anche alle altre forme di partenariato pubblico-privato³, tra cui la finanza di progetto o *project financing*. L’art. 180 del d.lgs. n. 50/2016, sebbene non faccia riferimento al concetto di rischio operativo, al comma 3 richiama espressamente il rischio di costruzione, il rischio di disponibilità e il rischio di domanda, dimostrando che, a differenza della concessione quale *species* del PPP, le diverse modalità di distribuzione del rischio tra pubblico e privato sono rilevanti⁴. Tuttavia, né il Giudice di primo grado, né il Consiglio di Stato paiono aver affrontato la vicenda da questa prospettiva. Anzi, la lettura giuridica della fattispecie sembra essere mutuata in buona parte dal diritto civile piuttosto che dal diritto amministrativo, come desumibile dai richiami a categorie generali dei contratti *iure privatorum* e a

¹ ANAC, Linee guida n. 9/2018 (ad oggetto “*Monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull’attività dell’operatore economico nei contratti di partenariato pubblico privato*”), pag. 9.

² *Idem*, pag. 7.

³ M. R. Nuccio, “*Project financing*” e ripartizione del rischio imprenditoriale: profili di qualificazione di una vicenda negoziale complessa, in *Rivista di diritto dell’impresa*, 2017, 1, pag. 172.

⁴ Marco Tiberii, *Il partenariato pubblico-privato, la finanza di progetto e le concessioni amministrative: profili di rischio*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2019, 3-4, pag. 660.

sentenze della Cassazione in materia di fideiussione, *leasing* e usura.

In altri termini, la sentenza in oggetto non si occupa di uno degli elementi fondanti del provvedimento concessorio, vale a dire il trasferimento del rischio all'operatore economico, ma, con un approccio giusprivatistico, si pone in relazione al suddetto atto come di fronte ad un comune contratto.

Nulla quaestio si pone con riferimento all'applicazione del principio *tempus regit actum* al procedimento di rilascio dell'autorizzazione, ma sorgono perplessità in merito all'asserita legittimità della sospensione del procedimento concessorio. La soluzione a cui giungono i Giudici di Palazzo Spada non può ritenersi in contrasto con il dato normativo, ma ad essere meno convincente è l'impianto motivazionale della sentenza. La natura di rapporto di durata fa sì che spesso sopravvengano circostanze di fatto o di diritto tali da modificare le "condizioni operative normali"⁵. Queste sopravvenienze fanno parte del rischio trasferito dall'amministrazione al privato concessionario e, qualora alterino l'equilibrio economico-finanziario contenuto nel relativo piano, possono tutt'al più portare ad un'istanza di revisione⁶, la quale, nella vicenda che si analizza, invero, non è stata proposta.

Considerata la perdurante incertezza circa l'allocatione del rischio amministrativo-legale nei procedimenti di *project financing*⁷, viene talvolta specificato all'interno del PEF il

⁵ E. Campagnano, *Gli strumenti per la gestione della fase esecutiva delle concessioni*, in *Contratto e Impresa*, 2023, 2, pag. 574.

⁶ *Idem*, pag. 584.

⁷ D. Siclari, *Opere pubbliche e project financing: tra standardizzazione e tipizzazione contrattuale*, in *Contratto e Impresa*, 2020, 2, pag. 595.

riparto dei rischi con espresso riferimento al rischio normativo⁸, come d'altronde può essere pattuito nei contratti di diritto privato.

Proprio da quest'ultimo punto occorre prendere le mosse per sostenere quanto accennato in apertura del presente paragrafo, ovvero che la motivazione della sentenza sembra non centrare il punto della controversia. Pur nella consapevolezza che il contratto di concessione è un contratto di durata, non può ritenersi sufficiente - a sostegno della tesi dell'applicabilità dello *ius superveniens* - l'assimilabilità dello stesso ad affini contratti di diritto civile, con conseguente applicazione del principio *tempus regit actum*.

Il richiamo a tale principio nel caso della sospensione del provvedimento di concessione pare riduttivo oltre che contraddittorio rispetto al prosieguo della sentenza, in ispecie con il paragrafo 10, secondo il quale “*la sospensione normativa ha inciso, infatti, sul rapporto e non sull'atto e come tale deve ritenersi dunque ammissibile*”. La legge regionale di sospensione dispiega indiscutibilmente i suoi effetti sul procedimento e sul provvedimento di rilascio dell'autorizzazione unica ambientale, ma non sull'atto di concessione. Sarà invece l'assunzione del rischio normativo e del rischio amministrativo da parte dell'operatore economico a sterilizzare il rapporto con il Comune concedente.

⁸ Si v. Tar Lazio, Roma, Sez. IV, 26.10.2023, n. 15917; Cons. Stato, Sez. VI, ord., 7.03.2022, n. 1620, con cui è stata rimessa alla CGUE la questione “*se l'art. 5, paragrafo 1, lett. b) e comma 2, direttiva 2014/23/UE deve essere interpretato nel senso che deve essere escluso il trasferimento all'affidatario del rischio operativo legato alla gestione dei servizi qualora il contratto oggetto di affidamento: [...] c) lasci in capo all'ente affidante [...] il rischio normativo (per modifiche legislative o regolatorie, nonché per ritardato rilascio di autorizzazioni e/o certificazioni da parte di soggetti competenti) [...]*”.

Questa incoerenza risulta evidente anche nel paragrafo 6 della sentenza, laddove viene valorizzata l'autonomia dei due procedimenti. Il rapporto di connessione e dipendenza tra i due provvedimenti pare essere unidirezionale: le vicende del procedimento autorizzatorio si ripercuotono sul rapporto concessorio, ma non è vero il contrario. Quanto appena osservato ha poi chiari riflessi sul caso di specie.

Un'impropria applicazione del principio *tempus regit actum* può dare adito a contestazioni basate sulla (fondata) censura che l'atto concessorio non venga toccato dalla legge di sospensione. Infatti, l'art. 1, co. 61, della legge Reg. n. 27/2019 aggiunge all'art. 6 della legge Reg. n. 20/2006 il comma 1-*quater*, a mente del quale “*nelle more del Piano di cui al comma 1-bis [Piano regionale di coordinamento per il rilascio delle autorizzazioni regionali alla realizzazione dei crematori], è sospesa la realizzazione di nuovi impianti crematori*”, senza far riferimento alla realizzazione di cimiteri al cui interno siano previsti, tra le altre cose, questi impianti.

Di conseguenza, la prospettazione avanzata dalla società appellante, respinta dai giudici, di scorporare la realizzazione dell'impianto crematorio dal progetto definitivo sarebbe stata percorribile, anche e soprattutto alla luce del fatto che la realizzazione dell'impianto crematorio “*rappresenta una miglioria o comunque un elemento accessorio rispetto al progetto principale*”, come espressamente riconosciuto al paragrafo 15 della sentenza.

Al fine di replicare a quest'eccezione, sarebbe stato d'uopo menzionare la traslazione del rischio così come definito dagli artt. 165 e 180 del d.lgs. n. 50/2016, facendo riferimento a come questo istituto venga declinato nel diritto positivo.

Infatti, l'art. 175 del d.lgs. n. 50/2016, sulla modifica dei contratti di concessione durante il periodo di efficacia, non prevede che “*la sopravvenienza di nuove disposizioni legislative o regolamentari o provvedimenti di autorità od enti preposti alla tutela di interessi rilevanti*” possono comportare la modifica del contratto senza una nuova procedura di affidamento (soluzione espressamente prevista per gli appalti pubblici dall'art. 106 del previgente Codice e ora dall'art. 120 del nuovo Codice). In tal senso, una nuova disposizione legislativa nonché l'adozione o la mancata adozione del provvedimento da parte dell'ente preposto alla tutela di interessi rilevanti non può fondare una richiesta di modifica dell'oggetto di un contratto di concessione.

La società ricorrente avrebbe potuto unicamente proporre un'istanza di revisione del PEF e rimodulare le previsioni contrattuali a rilevanza economica⁹, senza vedersi annullati i due provvedimenti, né modificato l'oggetto del contratto.

In *extrema ratio*, nell'evenienza in cui non si fosse trovato un accordo sul riequilibrio del piano, si sarebbe potuto ricorrere ai rimedi ablativi, o recedendo dal contratto ai sensi dell'art. 165, comma 6, del d.lgs. n. 50/2016, ovvero facendo ricorso, difficile

⁹ P. Piselli e C.B. Repaci, *Profili sinallagmatici nelle operazioni di project financing: la gestione delle sopravvenienze in fase esecutiva, tra adeguamento e rinegoziazione*, in questa Rivista n. 3/2022, pag. 901.

per la verità, alla risoluzione per eccessiva onerosità prevista dall'art. 1467 c.c.¹⁰

Occorre svolgere un'ulteriore riflessione in merito alla rilevanza del trasferimento del rischio nella vicenda in esame.

Stante la mancata previsione da parte del legislatore regionale di una clausola di salvaguardia dei contratti già in essere, o quanto meno di una disciplina transitoria, l'approccio dei giudici - sia in primo grado che in appello - pare caratterizzato da rigore formalistico. Al contempo viene tralasciato qualsiasi riferimento al principio del legittimo affidamento della società appellante che, al momento della sospensione, aveva già stipulato il contratto di concessione senza che questo fosse subordinato ad alcun ulteriore provvedimento amministrativo.

Non si dubita che la società non potesse avere alcuna legittima aspettativa circa il rilascio del provvedimento autorizzativo, poiché la nuova disposizione è entrata in vigore ancor prima della proposizione dell'istanza di rilascio, tuttavia è ragionevole ritenere che la società confidasse che la valutazione sulla realizzabilità del progetto definitivo, comprendente altresì la costruzione dell'impianto crematorio, fosse già stata svolta dall'amministrazione (in quanto il contratto di concessione era già stipulato). Atteso che il potere amministrativo non si consuma con il suo esercizio, ma continua ad esistere anche successivamente con la conseguenza che, se gli interessi in gioco mutano, questo potrà essere riesercitato¹¹, il principio di

¹⁰ *Idem*, pag. 906-907.

¹¹ A. G. Modano, *Il principio del legittimo affidamento e lo 'ius superveniens': una storica idiosincrasia* Ad. Plen. - 5 agosto 2022, in *Il Foro Amministrativo*, Giuffrè, Milano, 5/2023, pag. 705.

legittimo affidamento deve, in via generale, essere controbilanciato dal principio di precauzione, il quale consente al privato di comprendere gli eventuali e sopravvenuti effetti pregiudizievoli originati da modifiche normative e/o amministrative incidenti su una situazione “*dal carattere claudicante*”¹², quale quella di un concessionario di pubblico servizio.

Anche in questo caso, non essendo stato fatto alcun accenno né alla traslazione del rischio, né al principio del legittimo affidamento, non è dato sapere se i Giudici abbiano svolto un bilanciamento tra questi due principi o, se questo è stato svolto, quali siano state le risultanze di questa ponderazione.

Una presa di posizione sul tema del legittimo affidamento avrebbe potuto porre le basi per un'eventuale azione di risarcimento del danno per lesione dell'incolpevole affidamento del privato, interesse solo timidamente accennato in apertura di parte motiva.

In conclusione, la sentenza qui analizzata è condivisibile nel suo esito, ma lacunosa nel suo sviluppo. L'omesso richiamo al principio di traslazione del rischio, in particolare quello normativo e amministrativo, rende più contorta, frammentata e contraddittoria la motivazione. Le ricadute della sospensione del procedimento di autorizzazione sul provvedimento concessorio, l'impossibilità di procedere ad una modifica dell'oggetto del contratto e la trascurabilità del legittimo affidamento del privato non sono dirette conseguenze di una meccanica applicazione del

¹² *Idem*, pag. 714.

principio del *tempus regit actum*, bensì del rischio che si è assunto il concessionario al momento della stipula del contratto.