



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

Consiglio di Stato

Sezione Prima

Adunanza di Sezione del 18 novembre 2020

NUMERO AFFARE 00392/2020

OGGETTO:

Ministero delle infrastrutture e dei trasporti.

Ricorso straordinario al Presidente della Repubblica proposto dalla società Gestioni Servizi Aeroporti Campani S.p.A. (G.E.S.A.C. S.p.A.), con sede in Uffici Direzionali GESAC - Aeroporto di Capodichino, Napoli, in persona del legale rappresentante p.t., Barbieri Roberto, contro il Comitato Interministeriale per la Programmazione Economica (CIPE), l'Ente Nazionale per l'Aviazione Civile (ENAC), Presidenza del consiglio dei ministri, il Ministero dell'economia e delle finanze, il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, in persona dei rispettivi legali rappresentanti p.t., per l'annullamento della delibera CIPE n. 67/2018 del 28 novembre 2018 avente ad oggetto "*Aeroporto di Napoli-Parere sul contratto di programma tra l'Ente nazionale aviazione civile (ENAC) e la società Gestione servizi aeroporti campani (G.E.S.A.C.) S.p.a.*" pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale del 15.04.2019 n. 89; della deliberazione n. 20/2018 del 2 ottobre 2018 del Consiglio di Amministrazione dell'ENAC, mai comunicata

all'odierna ricorrente, con cui si è provveduto all'abrogazione e alla sostituzione della precedente deliberazione del 25 gennaio 2018 n. 4 e con cui si è proceduto all'approvazione del nuovo schema-tipo di contratto di programma, nella parte in cui è stato previsto l'inserimento, in detto schema-tipo, dell'art. 19 relativo alla "rinuncia al contenzioso"; del nuovo schema-tipo approvato con deliberazione ENAC n. 20/2018, mai comunicato all'odierna ricorrente, con specifico riferimento alla previsione di cui all'art. 19 relativo alla "rinuncia al contenzioso"; di ogni atto precedente e/o successivo, preparatorio e/o consequenziale, comunque connesso con il provvedimento impugnato, nonché, per quanto occorre possa, della richiesta del Ministero dell'economia di cui alla mail del tesoro del 29 marzo 2018 con la quale è stato formalmente richiesto l'inserimento di alcune clausole all'interno del nuovo schema-tipo di contratto di programma per la successiva adozione; della nota del Dipartimento del tesoro del 18 aprile 2018 prot. TD 32499 e della nota del Dipartimento della ragioneria generale dello Stato n. 88325/2018 del 10 maggio 2018 - provvedimenti tutti richiamati nelle premesse motivazionali della delibera ENAC n. 20/2018 e non conosciuti dall'odierna ricorrente - aventi ad oggetto l'inserimento di specifiche clausole all'interno del nuovo schema di contratto di programma.

LA SEZIONE

Vista la relazione trasmessa con nota prot. n. 2932 del 30 aprile 2020, con la quale il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti ha chiesto il parere del Consiglio di Stato sul ricorso in oggetto;

Esaminati gli atti e udito il relatore, consigliere Paolo Carpentieri;

Premesso.

1. Con il ricorso in trattazione, notificato l'8 agosto 2019, la società Gestioni Servizi Aeroporti Campani s.p.a. (Gesac), affidataria, sino al 2043, della gestione dell'aeroporto internazionale di Napoli Capodichino, in forza della convenzione n. 50 sottoscritta con l'ENAC in data 9 dicembre 2012, ha impugnato la delibera del CIPE n. 67/2018 del 28 novembre 2018 avente ad oggetto "*Aeroporto di Napoli-Parere sul contratto di programma tra l'Ente nazionale aviazione civile (ENAC) e la società Gestione servizi aeroporti campano (G.E.S.A.C.) S.p.a.*", nonché la deliberazione n. 20/2018 del 2 ottobre 2018 del consiglio di amministrazione dell'ENAC di approvazione del nuovo schema-tipo di contratto di programma, nella parte in cui è stato previsto l'inserimento, in detto schema-tipo, dell'art. 19 relativo alla "*rinuncia al contenzioso*" (e il nuovo schema-tipo, con specifico riferimento alla previsione di cui all'art. 19 relativo alla "*rinuncia al contenzioso*").

2. A sostegno del ricorso la ricorrente ha dedotto i seguenti motivi di censura.

2.1. "*Incompetenza. Violazione e falsa applicazione dell'art. 1 del d.l. 12/9/2014 n. 133 convertito con modificazioni dalla l. 11 novembre 2014, n. 164. Violazione e falsa applicazione dell'articolo 10, co. 13, della legge 24 dicembre 1993, n. 537 e ss.mm.ii, del decreto ministeriale 12 novembre 1997, n. 521 e dell'art. 704 cod. nav. Violazione della convenzione in essere tra Gesac e Enac. Violazione e falsa applicazione del contratto di programma Gesac-Enac. Eccesso di potere per contraddittorietà, disparità di trattamento ed ingiustizia manifesta*". La delibera del CIPE sarebbe affetta da incompetenza, spettando all'Autorità di Regolazione dei Trasporti (ART) – istituita ai sensi dell'art. 37, comma 1, del decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201 convertito, con modificazioni, in legge 22 dicembre 2011, n. 214 – la competenza a svolgere le funzioni di Autorità di vigilanza (art. 71 e ss. decreto-legge n. 1 del 2012), approvando i sistemi di tariffazione e l'ammontare dei diritti aeroportuali. La clausola di rinuncia al contenzioso inciderebbe in materia tariffaria e in tal modo invaderebbe il campo della competenza riservata all'ART.

2.2. “*Illegittimità della delibera CIPE per violazione di legge ed eccesso di potere - Violazione del diritto di difesa ex artt. 24 e 113 Cost. - Violazione dell'art. 97 Cost. e dell'art. 1229 c.c. - Eccesso di potere per contraddittorietà manifesta. Violazione del principio di proporzionalità e ragionevolezza. Eccesso di potere per illogicità ed ingiustizia manifesta. Illegittimità, in parte qua, per i medesimi vizi, della deliberazione n. 20/2018 del 2 ottobre 2018 del consiglio di amministrazione dell'ENAC e dell'art. 19 dello schema-tipo del nuovo contratto di programma approvato con detta delibera dell'ENAC*”. I provvedimenti impugnati sarebbero illegittimi in quanto adottati in contrasto con il diritto alla tutela giurisdizionale, che trova copertura negli artt. 24 e 113 della Costituzione, nella parte in cui impongono ai gestori aeroportuali – a ciò obbligati *ex lege* – la sottoscrizione della clausola vessatoria di rinuncia al contenzioso prescritta dalla delibera CIPE; tale clausola si porrebbe altresì in contrasto con gli artt. 97 Cost. e 1229 cod. civ., sostanziandosi in un'autorizzazione preventiva alla P.A. ad agire *contra legem*; l'inserimento della clausola, non prevista nel contratto di programma attualmente in essere, non avrebbe nessuna giustificazione giuridica; la contestata prescrizione n. 11 contenuta nella delibera impugnata imporrebbe anche per il futuro la rinuncia a tutti i giudizi, seppur incardinati in costanza del rapporto contrattuale in essere.

2.3. “*Violazione art. 3 della l. 241/1990. Difetto di motivazione. Eccesso di potere per difetto di istruttoria. Violazione principio del legittimo affidamento*”. Negli atti impugnati non vi è traccia della motivazione che ha spinto le Amministrazioni a prevedere una previsione così gravosa come quella di rinuncia al contenzioso e neppure sono state fornite giustificazioni sul perché detta previsione sia stata inserita a distanza di pochi mesi dalla precedente versione dello schema-tipo e abbia inteso disciplinare la rinuncia ai contenziosi non solo per il futuro, ma anche per differenti periodi regolatori già trascorsi.

2.4. “*Violazione del principio del legittimo affidamento*”. La delibera del CIPE, andando ad incidere su situazioni giuridiche consolidate nel tempo, violerebbe il legittimo

affidamento ingenerato nella ricorrente che ha sempre, con buona fede e nel rispetto del principio di leale collaborazione, provveduto ad adempiere alle obbligazioni assunte.

3. Il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, nella sua relazione istruttoria, ha riferito delle allegate difese dell'ENAC, del Ministero dell'economia e delle finanze e della Presidenza del consiglio, ha altresì trasmesso la memoria di replica della società ricorrente, ha eccepito la tardività del gravame e la sua inammissibilità ed ha concluso comunque, in subordine, per il suo rigetto nel merito.

Considerato:

1. Il ricorso è ammissibile e fondato nel merito, nei termini qui di seguito precisati.
2. Assume il Ministero referente che il ricorso sarebbe tardivo. L'eccezione è infondata poiché il termine iniziale non può decorrere, come ritiene l'Amministrazione, dalla pubblicazione delle delibera del consiglio di amministrazione dell'ENAC sul sito istituzionale dell'ente; trattandosi di una modifica di un atto bilaterale accessivo alla concessione, il termine utile per l'impugnativa decorre solo dal momento della formale comunicazione individuale al concessionario o dalla data di piena conoscenza effettiva dell'atto modificativo.
3. Parimenti infondata è l'eccezione di difetto di giurisdizione del Giudice amministrativo. In materia di concessioni di pubblici servizi sussiste la giurisdizione esclusiva del G.A. [art. 133, comma 1, lettera c), c.p.a.], con la sola esclusione delle controversie concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi. Nel caso in esame si controverte sui contenuti dell'accordo di programma, destinati a incidere sul rapporto concessorio.

La giurisdizione amministrativa è nella fattispecie ricostruibile anche sulla base di un ulteriore, convergente titolo, costituito dall'art. 11 della legge n. 241 del 1990 (il cui comma 5, ora rifluito nell'art. 133, comma 1, lettera a), n. 2), del c.p.a., riserva alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie in materia di

formazione, conclusione ed esecuzione degli accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento).

Sussiste, pertanto, la cognizione del G.A. ed è, quindi ammissibile, ex art. 7, comma 8, del c.p.a., il ricorso straordinario.

4. Deve ritenersi nel complesso infondata anche l'eccezione di inammissibilità del capo di impugnazione della delibera del CIPE.

Si tratta, sì, di un parere formalmente non vincolante e, dunque, di un atto consultivo endoprocedimentale non autonomamente lesivo, se in sé considerato. Ma non vi è tuttavia dubbio sul fatto che la delibera del CIPE ha rivestito un ruolo determinante nell'introduzione della clausola contestata, sicché la sua cognizione non appare scindibile dai restanti capi di impugnazione, relativi agli atti conseguenti, direttamente incidenti nella sfera giuridica della parte ricorrente in quanto introduttivi della ripetuta clausola oggetto di contestazione.

Il ruolo obiettivamente centrale svolto a tal proposito dalla delibera del CIPE emerge dalla ricostruzione dell'*iter* formativo del nuovo accordo di programma: l'ENAC, con deliberazione del 2016, ha revisionato il testo del previgente accordo di programma al fine di recepire le modifiche apportate in materia di appalti dal d.lgs. del 18 aprile 2016, n. 50, pervenendo alla qui impugnata delibera del 2018 di approvazione del nuovo schema tipo; in parallelo i dicasteri vigilanti (Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e Ministero dell'economia e delle finanze), chiamati ad approvare con decreto interministeriale i contratti di programma sottoscritti dall'ENAC con i gestori aeroportuali, hanno svolto la propria istruttoria sul nuovo schema ed hanno trasmesso (per l'esattezza con nota del Capo di Gabinetto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti) lo schema di contratto di programma e relativi allegati tra l'ENAC e la Società ricorrente al Dipartimento per la programmazione e il coordinamento della politica economica, rimettendo al CIPE ogni valutazione circa la necessità di acquisire, nell'ambito del processo approvativo,

un parere del Comitato in ordine al contratto di cui trattasi; l'argomento è stato quindi inserito all'ordine del giorno della riunione preparatoria del CIPE e nel corso dell'istruttoria è stato richiesto un parere al Nucleo di consulenza per l'attuazione delle linee guida per la regolazione dei servizi di pubblica utilità (NARS), quale organismo tecnico di consulenza e di supporto del CIPE; il Nucleo ha espresso il proprio parere tecnico nella seduta del 26 novembre 2018, ritenendo che il contratto all'esame *"possa essere sottoposto al CIPE, con le prescrizioni di cui al presente parere"*; è dunque seguita la qui impugnata delibera con la quale il CIPE ha espresso il proprio parere sullo schema di contratto di programma tra ENAC e la società ricorrente, per il periodo 2016-2019, accogliendo, così come integrate dalle prescrizioni dei Ministeri vigilanti, le raccomandazioni di cui al precitato parere del NARS n. 3/2018, con le prescrizioni riportate nel testo della delibera impugnata.

È dunque evidente che la delibera CIPE ha svolto, come detto, un ruolo determinante, di causa efficiente della prescrizione controversa, sicché è ineludibile la trattazione del motivo di censura riguardante l'asserita incompetenza del suddetto Comitato.

5. La contestazione di incompetenza del CIPE è tuttavia infondata. La questione sussiste e sicuramente rileva, tant'è vero che nella già ricordata nota di trasmissione al CIPE il Capo di Gabinetto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti ha correttamente evidenziato come *"occorre chiarire se sui medesimi contratti sia necessario altresì acquisire il preventivo parere anche di codesto CIPE, non risultando di univoca interpretazione le norme in materia secondo la loro successione temporale: art. 704, comma 4, del Codice della Navigazione; art. 37, comma 6-ter, del decreto legge 201/2011, introdotto dall'art. 36 del decreto legge 1/2012; art. 76, comma 1, del decreto legge 1/2012 (di recepimento della direttiva 2009/12/CE in materia di diritti aeroportuali), come modificato dall'art. 1, comma 220, della legge 190/2014; art. 1, comma 11, del decreto legge 133/2014, come modificato dall'art. 1, comma 12, lett. a), del decreto legislativo 10/2016"*.

E tuttavia, come si chiarirà qui di seguito, la pur confusa e non adeguatamente coordinata successione normativa incidente sul tema conduce a ritenere persistente la competenza del CIPE, pur dopo la costituzione della nuova Autorità di vigilanza sui trasporti (ART), ancorché limitata ai profili non tariffari concernenti gli impegni che le società concessionarie assumono allo scopo di assicurare lo sviluppo e il mantenimento delle infrastrutture e al fine di garantire adeguati livelli dei servizi aeroportuali, in coerenza con le direttive ENAC.

5.1.1. L'art. 1, comma 1, lett. e), del d.lgs. 5 dicembre 1997, n. 430 (*Unificazione dei Ministeri del tesoro e del bilancio e della programmazione economica e riordino delle competenze del CIPE*) prevede, tra le funzioni del CIPE di coordinamento in materia di programmazione e di politica economica nazionale, quella di provvedere a “*definire le linee guida ed i principi comuni per le amministrazioni che esercitano funzioni in materia di regolazione dei servizi di pubblica utilità, ferme restando le competenze delle autorità di settore*”.

Nell'esercizio di tali funzioni il CIPE ha adottato la direttiva n. 38/2007 che prevede, al punto 3, che “*I contratti di programma sono approvati con decreto del Ministro dei trasporti di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze e del Ministro delle infrastrutture, previo parere del CIPE*”. Già in precedenza, su di un piano più generale, il CIPE, con la delibera n. 65 del 1996, aveva dettato le “*Linee guida per la regolazione dei servizi di pubblica utilità*”, con la previsione che la regolazione di tali servizi dovesse essere effettuata attraverso la stipula di contratti di programma di durata almeno triennale, comprendenti in un unico atto sia la disciplina della regolazione tariffaria, sia le modalità di effettuazione dei servizi di pubblica utilità affidati in concessione, definendo gli impegni delle concessionarie con riferimento al piano degli interventi da realizzare a nel periodo di vigenza del contratto, gli obiettivi di produttività, efficientamento e qualità dei servizi erogati, in un quadro unitario di equilibrio economico-finanziario.

5.1.2. L'art. 704 del codice della navigazione (r.d. 30 marzo 1942, n. 327), come sostituito dall'art. 4 del decreto legislativo 15 marzo 2006, n. 151, recante *Disposizioni correttive ed integrative al D.Lgs. 9 maggio 2005, n. 96, recante la revisione della parte aeronautica del codice della navigazione*, rubricato *Rilascio della concessione di gestione aeroportuale*, attribuisce a un decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, su proposta dell'ENAC, la concessione della gestione totale aeroportuale degli aeroporti e dei sistemi aeroportuali di rilevanza nazionale, e prevede, nel quarto comma, secondo periodo, che, oltre alla sottoscrizione di una convenzione fra il gestore aeroportuale e l'ENAC, nel rispetto delle direttive emanate dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, l'ENAC e il gestore aeroportuale debbano stipulare “*altresì, entro sei mesi dalla conclusione del primo esercizio finanziario successivo all'affidamento in concessione, un contratto di programma che recepisce la vigente disciplina di regolazione aeroportuale emanata dal CIPE in materia di investimenti, corrispettivi e qualità, e quella recata dall'articolo 11-nonies del decreto-legge 30 settembre 2005, n. 203, convertito, con modificazioni, dalla legge 2 dicembre 2005, n. 248*”.

5.1.3. L'art. 37 del decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214, (come modificato dall'art. 36 del decreto-legge 24 gennaio 2012, n. 1, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 marzo 2012, n. 27), nell'istituire l'Autorità di regolazione dei trasporti – ART (competente nel settore dei trasporti e dell'accesso alle relative infrastrutture), attribuisce a tale Autorità, con particolare riferimento al settore aeroportuale, le funzioni dell'Autorità di vigilanza istituita dall'articolo 71, comma 2, del decreto-legge 24 gennaio 2012, n. 1, in attuazione della direttiva 2009/12/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 marzo 2009, concernente i diritti aeroportuali (funzioni dettagliate negli articoli da 71 a 81 del predetto decreto-legge n. 1 del 2012). Il medesimo art. 71 del decreto-legge n. 1 del 2012, precisa, nel comma 2, che sono “*Fatte salve le funzioni di vigilanza che il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti continua ad*

esercitare ai sensi dell'articolo 11, comma 2, del decreto legislativo 25 luglio 1997, n. 250” (tale art. 11 del d.lgs. n. 250 del 1997 contempla, tra le funzioni di vigilanza sull'ENAC attribuite al Ministero, quella di emanare le direttive generali per la programmazione dell'attività dell'Ente, quella di stabilire gli indirizzi generali in materia di politica tariffaria, nonché quella di approvare le proposte di pianificazione e di sviluppo del sistema aeroportuale nazionale).

5.1.4. Il comma 6-ter dell'art. 37 del decreto-legge n. 201 del 2011, aggiunto dall'art. 36 del decreto-legge n. 1 del 2012, ha inoltre stabilito che *“6-ter. Restano ferme le competenze del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, del Ministero dell'economia e delle finanze nonché del CIPE in materia di approvazione di contratti di programma nonché di atti convenzionali, con particolare riferimento ai profili di finanza pubblica”*.

5.1.5. L'art. 1, comma 11, del decreto-legge 12 settembre 2014, n. 133, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 novembre 2014, n. 164 (come modificato dall'art. 1, comma 12, lett. a), del d.lgs. 22 gennaio 2016, n. 10) ha previsto che *“Per consentire l'avvio degli investimenti previsti nei contratti di programma degli aeroporti di interesse nazionale di cui all'articolo 698 del codice della navigazione sono approvati, con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti da adottarsi entro centottanta giorni, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, che deve esprimersi improrogabilmente entro trenta giorni, i contratti di programma sottoscritti dall'ENAC con i gestori degli scali aeroportuali di interesse nazionale”*.

5.1.6. L'art. 1, comma 220, della legge 23 dicembre 2014, n. 190, nel modificare l'art. 76 del decreto-legge n. 1 del 2012 sulla determinazione dei diritti aeroportuali, ha poi precisato, nel secondo periodo, che *“Resta ferma l'approvazione con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, dei contratti di programma stipulati tra l'Ente nazionale per l'aviazione civile (ENAC) e il gestore aeroportuale”*.

5.1.7. È dunque evidente che le funzioni del CIPE, *in subiecta materia*, sono state fatte salve dalla legislazione speciale di settore, che le pone in sinergia e in stretto raccordo

con lo svolgimento delle funzioni di vigilanza governativa demandate al Ministero delle infrastrutture e dei trasporti.

Né la mancata riproposizione, nelle due ultime modifiche normative del 2014 sopra ricordate, della salvezza del parere del CIPE (invece espressamente fatto salvo, come si è visto, dal comma 6-ter dell'art. 37 del decreto-legge n. 201 del 2011, aggiunto dall'art. 36 del decreto-legge n. 1 del 2012), può, di per sé considerata, fondare un'interpretazione soppressiva di tale passaggio procedurale, non sussistendo i presupposti né di un'abrogazione tacita, né di un'abrogazione implicita, a termini dell'art. 15 delle preleggi.

La richiesta di parere presentata dal suddetto Ministero e la conseguente delibera espressiva del richiesto parere trovano dunque adeguata base normativa nelle disposizioni sopra passate in rassegna.

5.2. Parte ricorrente sostiene che il parere in esame avrebbe invaso il campo competenziale riservato alla neonata Autorità di vigilanza sui trasporti.

Il Collegio esclude che tale invasione di campo sussista.

5.2.1. L'art. 37 del già richiamato decreto-legge n. 201 del 2011, come modificato dall'art. 36 del decreto-legge n. 1 del 2012, prevede (comma 1, quarto periodo) che *“L'Autorità è competente nel settore dei trasporti e dell'accesso alle relative infrastrutture e ai servizi accessori, in conformità con la disciplina europea”* e procede, nel comma 2, a dettagliate le sue competenze, tra le quali vengono in rilievo, ai fini della decisione della presente vertenza, le seguenti: *“a) garantire, secondo metodologie che incentivino la concorrenza, l'efficienza produttiva delle gestioni e il contenimento dei costi per gli utenti, le imprese e i consumatori, condizioni di accesso eque e non discriminatorie alle infrastrutture ferroviarie, portuali, aeroportuali e alle reti autostradali . . . ; b) definire, se ritenuto necessario in relazione alle condizioni di concorrenza effettivamente esistenti nei singoli mercati dei servizi dei trasporti nazionali e locali, i criteri per la fissazione da parte dei soggetti competenti delle tariffe, dei canoni, dei pedaggi, tenendo conto dell'esigenza di assicurare l'equilibrio economico delle imprese regolate, l'efficienza produttiva*

delle gestioni e il contenimento dei costi per gli utenti, le imprese, i consumatori; c) verificare la corretta applicazione da parte dei soggetti interessati dei criteri fissati ai sensi della lettera b); d) stabilire le condizioni minime di qualità dei servizi di trasporto nazionali e locali connotati da oneri di servizio pubblico, individuate secondo caratteristiche territoriali di domanda e offerta”, etc. La lettera b) del comma 2 dell’art. 37, come già rilevato, attribuisce all’ART, “con particolare riferimento al settore aeroportuale”, le funzioni dell’Autorità di vigilanza istituita dall’articolo 71, comma 2, del predetto decreto-legge n. 1 del 2012, in attuazione della direttiva 2009/12/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell’11 marzo 2009, concernente i diritti aeroportuali, previste dagli articoli da 71 a 81 del medesimo decreto-legge n. 1 del 2012. L’art. 71 ora citato, commi 2 e 3, attribuisce all’Autorità di vigilanza, “Fatte salve le funzioni di vigilanza che il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti continua ad esercitare ai sensi dell’articolo 11, comma 2, del decreto legislativo 25 luglio 1997, n. 250”, “compiti di regolazione economica nonché di vigilanza, di cui all’articolo 80, con l’approvazione dei sistemi di tariffazione e dell’ammontare dei diritti, inclusi metodi di tariffazione pluriennale, anche accorpata per servizi personalizzati, che garantiscono annualmente gli adeguamenti inflattivi”. Il comma 3 aggiunge che “I modelli di tariffazione, approvati dall’Autorità previo parere del Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti e del Ministro dell’Economia e delle Finanze, sono orientati ai costi delle infrastrutture e dei servizi, a obiettivi di efficienza nonché, nell’ambito di una crescita bilanciata della capacità aeroportuale, all’incentivazione degli investimenti correlati anche all’innovazione tecnologica, alla sicurezza dello scalo ed alla qualità dei servizi”. L’art. 80 a sua volta prevede, nel comma 1, che “1. L’Autorità di vigilanza controlla che nella determinazione della misura dei diritti aeroportuali, richiesti agli utenti aeroportuali per l’utilizzo delle infrastrutture e dei servizi forniti dal gestore in regime di esclusiva negli aeroporti, siano applicati i seguenti principi di: a) correlazione ai costi, trasparenza, pertinenza, ragionevolezza; b) consultazione degli utenti aeroportuali; c) non discriminazione; d) orientamento, nel rispetto dei principi di cui alla lettera a), alla media europea

dei diritti aeroportuali praticati in scali con analoghe caratteristiche infrastrutturali, di traffico e standard di servizio reso”.

5.2.2. Dall’esame delle disposizioni normative rilevanti nella fattispecie, come sopra condotto, emerge, a giudizio del Collegio, che le funzioni dell’ART sono riferite essenzialmente alla definizione delle politiche tariffarie dei servizi aeroportuali, ma non esauriscono l’area degli indirizzi di politica economica che devono presiedere alla corretta gestione di tali servizi e al loro ordinato sviluppo efficiente ed efficace, trattandosi di servizi non liberalizzati e ancora soggetti al regime della concessione e dei connessi obblighi di servizio pubblico.

La definizione di tali linee di indirizzo di politica economica a tutela degli interessi pubblici generali sottesi al trasporto aereo spetta comunque al Ministero vigilante e al Governo, che ben può e deve interloquire su di esse tramite il competente Comitato interministeriale della programmazione economica (le cui funzioni, come si è visto, sono state fatte espressamente salve dalla stessa legislazione speciale istitutiva della nuova Autorità di vigilanza), soprattutto, ma non solo, per gli aspetti di rilevanza economico-finanziaria.

6. Occorre adesso concentrare l’attenzione sul punto sostanziale della controversia, che verte sulla legittimità della clausola di "rinuncia al contenzioso" inserita nell’art. 19 del nuovo schema-tipo di contratto di programma approvato con la delibera n. 20/2018 del 2 ottobre 2018 del consiglio di amministrazione dell’ENAC, in accoglimento della prescrizione n. 11 contenuta nel parere espresso dal CIPE con la delibera n. 67/2018 del 28 novembre 2018.

Tale clausola prevede che «1. La società, con il presente Contratto di programma, rinuncia ad ogni diritto e/o pretesa, di tipo anche tariffario, connessi al quadro normativo e regolamentare di settore, alla concessione e/o al medesimo Contratto e a quelli precedentemente stipulati, nonché alle azioni proposte nei giudizi pendenti relativi a tutti gli ambiti citati. 2. Entro sessanta giorni dalla

data di efficacia del presente contratto, le Parti, nel caso di giudizi pendenti, formalizzano, presso gli organi giurisdizionali competenti, gli atti di rinuncia secondo le modalità di rito».

La clausola di rinuncia al contenzioso contenuta nel nuovo schema tipo di contratto di programma elaborato dall'ENAC presenta una formulazione leggermente diversa, nei seguenti termini: *“La società, con la sottoscrizione del presente contratto, vista la continuità del presente contratto con gli obblighi precedentemente vigenti in materia di concessione e/o di contratto di programma, rinuncia ad ogni diritto e/o pretesa, di tipo anche tariffario, connessi allo stesso ovvero alla concessione, nonché alle azioni proposte nei giudizi pendenti relative al quadro normativo e regolamentare in applicazione del quale le parti hanno proceduto all'elaborazione del presente contratto e dei relativi allegati”.*

7. Con il secondo motivo di ricorso la società ricorrente deduce l'illegittimità della clausola perché violativa del diritto costituzionalmente protetto alla difesa in giudizio dei propri diritti e interessi legittimi.

7.1. Per valutare la fondatezza di questa censura occorre preliminarmente definire il significato e la portata effettuale della clausola controversa.

La società ricorrente ne fornisce una lettura molto ampliata, secondo la quale la rinuncia alle azioni, ivi prevista, riguarderebbe tutti gli aspetti del rapporto concessorio, e dunque sia quelli contemplati dal contratto di programma, sia quelli contemplati dalla concessione, e opererebbe anche *de futuro*, come rinuncia ad agire in giudizio per eventuali controversie non ancora insorte ma che potrebbero insorgere in futuro. Sostiene la ricorrente che *“con la prescrizione n. 11 contenuta nella delibera impugnata, il CIPE intende imporre, anche per il futuro, la rinuncia a tutti i giudizi, seppur incardinati in costanza del rapporto contrattuale in essere”.*

Al riguardo il Collegio osserva che il tenore letterale del testo della clausola controversa è senz'altro tale da ricomprendere anche le controversie future, altrimenti, come giustamente replicato dalla parte ricorrente, non si spiegherebbe

l'uso della congiunzione “*nonché*”, che aggiunge il riferimento “*alle azioni proposte nei giudizi pendenti relativi a tutti gli ambiti citati*”.

È parimenti evidente che la clausola in esame investe non solo le pattuizioni e le connesse obbligazioni scaturenti dal contratto di programma, ma anche quelle derivanti dal rapporto concessorio nel suo complesso (*rinuncia ad ogni diritto e/o pretesa, di tipo anche tariffario, connessi al quadro normativo e regolamentare di settore, alla concessione e/o al medesimo Contratto e a quelli precedentemente stipulati*).

7.2. Ciò posto, è convinzione del Collegio che siffatta clausola di rinuncia ecceda i limiti fisiologici entro i quali la rinuncia può dirsi legittima.

7.2.1. La clausola di rinuncia alle azioni è stata esaminata dalla giurisprudenza amministrativa, di recente, soprattutto nella materia sanitaria, riguardo ai rapporti tra le strutture private convenzionate o accreditate e gli enti del servizio sanitario nazionale. In questo ambito, come ricordato dalle parti nei rispettivi scritti difensivi, la giurisprudenza ne ha ammesso la legittimità a condizione che la clausola fosse delimitata per quanto attiene all'ambito soggettivo e circoscritta, quanto all'ambito oggettivo, alle materie oggetto dell'accordo e alle controversie in essere alla data della sottoscrizione, assumendo, in tal caso, la suddetta clausola, una portata transattiva (Tar Marche, Sez. I, 16 novembre 2019, n. 702).

Sempre in ambito sanitario questo Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sez. III, sentenza 3 ottobre 2019, n. 6662; *Id.*, 11 gennaio 2018, n. 137) ha ammesso la clausola di rinuncia al contenzioso, anche con riferimento al contenzioso futuro, ma l'ha giustificata nel quadro dei piani di rientro dal dissesto economico-finanziario dei sistemi sanitari regionali a tal fine appositamente commissariati. In tale speciale contesto, che non è assimilabile a quello del rapporto con i concessionari della gestione aeroportuale qui in trattazione, è stata giudicata legittima una clausola del seguente tenore: “*«Con la sottoscrizione del presente accordo/contratto la struttura accetta espressamente, completamente e incondizionatamente il contenuto e gli effetti dei provvedimenti di*

determinazione delle tariffe, di determinazione dei tetti di spesa e ogni altro atto agli stessi collegato o presupposto, in quanto atti che determinano il contenuto del contratto. In considerazione dell'accettazione dei suddetti provvedimenti (ossia i provvedimenti di determinazione dei tetti di spesa, delle tariffe, di ogni altro atto agli stessi collegato o presupposto) con la sottoscrizione del presente accordo/contratto la struttura privata rinuncia alle azioni/impugnazioni già intraprese avverso i suddetti provvedimenti ovvero ai contenziosi instaurabili contro i provvedimenti già adottati, conosciuti o conoscibili»?

La sentenza della Sez. III n. 137 del 2018 ha in particolare ricordato, sempre con riferimento al servizio sanitario nazionale e ai piani di rientro, che *“questa Sezione ha già riconosciuto anche la piena legittimità della c.d. clausola di salvaguardia (ovvero: accettazione incondizionata, da parte degli operatori privati, dei tetti di spesa e rinuncia a eventuali impugnazioni dei relativi provvedimenti di determinazione) presente in numerosi schemi-tipo di contratto ex art. 8 quinquies, predisposti da diverse Regioni soggette a Piano di rientro, e riprodotta anche all'art. 9 del contratto sottoscritto da Omissis: la ragione addotta dalla sentenza 1.2.2017 n. 430 è che gli operatori privati - in quanto impegnati, insieme alle strutture pubbliche, a garantire l'essenziale interesse pubblico alla corretta ed appropriata fornitura del primario servizio della salute - non possono considerarsi estranei ai vincoli oggettivi e agli stati di necessità conseguenti al Piano di rientro, al cui rispetto la Regione è obbligata. Con la conseguenza «che i vincoli finanziari imposti dal piano di rientro non sono assolutamente negoziabili, cosicché la sottoscrizione della clausola di salvaguardia equivale ad un impegno della parte privata contraente al rispetto ed accettazione dei vincoli di spesa essenziali».*

7.2.2. Ritiene la Sezione che la ora richiamata giurisprudenza non sia suscettibile di estensione incondizionata in altri ambiti di materia, in assenza di analoghe condizioni e di consimili presupposti di necessità eccezionale di arresto di processi e dinamiche di indebitamento insostenibile a carico dell'erario (in quel caso a carico del fondo sanitario nazionale).

Nell'ambito dei piani di rientro dal disavanzo delle gestioni sanitarie regionali, introdotti sulla base di norme speciali e gestiti da un apposito commissario straordinario, la clausola di rinuncia alle liti può assumere un contenuto particolarmente ampio in considerazione della natura quasi fallimentare e concorsuale, in funzione di risoluzione dello stato di crisi delle aziende sanitarie, che caratterizza quelle speciali procedure.

Ma una simile condizione speciale, idonea a giustificare la particolare ampiezza delle clausole di rinuncia alle liti, non sembra che possa ravvisarsi nel caso delle gestioni aeroportuali (o, almeno, essa non emerge in alcun modo dagli atti del procedimento). In base agli atti disponibili e alla luce delle argomentazioni svolte negli scritti di parte, nessuna condizione di grave crisi economico-finanziaria, con ricadute dirette sui fondi pubblici, risulta invero sussistente nel campo, proprio della presente controversia, della gestione e delle concessioni aeroportuali e della gestione e sviluppo dei servizi aeroportuali assicurati agli utenti.

Ne consegue la riesplorazione, nella fattispecie, del principio generale, a buon diritto invocato dalla ricorrente, della irrinunciabilità del diritto di agire in giudizio a tutela dei propri diritti e interessi legittimi, diversa essendo, in tutta evidenza, la normale facoltà di transigere le liti già insorte e proposte, come ammesso senz'altro già dal codice civile.

8. L'illegittimità della clausola qui contestata si profila ed emerge anche ove si voglia riguardare la fattispecie da un diverso angolo di visuale, muovendo dai principi del diritto civile.

Ove si ritenga possibile collocare il contratto di programma nel novero degli accordi tra privati e pubblica amministrazione, di cui all'art. 11 della legge n. 241 del 1990, si dovrebbe conseguentemente ritenere applicabile alla fattispecie la disposizione, ivi enunciata, dell'applicabilità dei principi del codice civile, ove compatibili. In quest'ottica occorrerebbe indagare sulla possibilità e sui limiti in diritto civile della

validità di clausole transattive concernenti liti future. Non senza considerare, naturalmente, nel caso in esame, la natura unilaterale e autoritativa dell'inserzione della clausola controversa, che non risulta esser stata il frutto di una libera negoziazione tra le parti, ma di una specifica prescrizione imposta dall'Amministrazione vigilante e dall'ente concedente.

8.1. Pur con la testé detta puntualizzazione circa la natura autoritativa e unilaterale della clausola *de qua*, è utile, a giudizio del Collegio, condurre alcune considerazioni avendo riguardo ai principi derivabili dal diritto civile in tema di transazione.

8.2. Orbene, se è vero che l'art. 1965 del codice civile sembra aprire alla possibilità che la transazione abbia ad oggetto anche liti non ancora insorte (nella parte in cui si riferisce anche a una funzione di prevenzione di una lite che può sorgere tra le parti), è altresì vero che la dottrina e la giurisprudenza prevalenti hanno fornito una lettura riduttiva di tale apertura, circoscrivendola a liti comunque già sussistenti al livello stragiudiziale o, quanto meno, già emerse, ancorché a livello di mera contestazione, con esclusione della possibilità di transigere liti puramente ipotetiche e del tutto indeterminate nei contenuti, pena la stessa determinabilità dell'oggetto della transazione.

In tal senso la Cassazione (Cass. civile, Sez. I, 17 ottobre 2019, n. 26528) ha in più occasioni chiarito che *“in tema di transazione, le reciproche concessioni alle quali fa riferimento l'art. 1965 c.c., comma 1, possono riguardare anche liti future non ancora instaurate ed eventuali danni non ancora manifestatisi, purché questi ultimi siano ragionevolmente prevedibili; (Cass. s.u. 8053/2014, Cass. 12320/2005, 2633/1982)”*, e che *“è pacifico che il presupposto della res dubia, che caratterizza la transazione, “è integrato non dalla incertezza obiettiva circa lo stato di fatto o di diritto, ma dalla sussistenza di discordanti valutazioni in ordine alle correlative situazioni giudiziali ed ai rispettivi diritti ed obblighi delle parti” (Cass. 4448/1996, 6861/2003); e ciò proprio perché “la prevenzione della lite, o il suo superamento e non quindi un astratto accertamento*

del contenuto esatto ed effettivo della res dubia - costituiscono quel che è causa/ scopo funzionale che muove le parti a transigere" (Cass. 2784/2019)".

La transazione è infatti ricostruita in dottrina come negozio a efficacia tipicamente preclusiva, che incide direttamente sui rapporti giuridici sostanziali, precludendo l'azione mercé la *exceptio litis per transactionem finitae*, analoga alla eccezione di giudicato.

9. Muovendo dalla nozione, piuttosto elastica e per certi versi ambigua, di *res dubia*, elaborata dalla giurisprudenza quale presupposto della transazione su liti future, occorre sondare la possibilità – nel caso in esame – di compiere un'interpretazione “adeguatrice” della clausola impugnata, in chiave “riduttiva” della sua portata effettuale, tale da ricondurla entro limiti ammissibili di legittimità, orientandone la portata alla luce del complessivo rapporto in corso tra le parti e così circoscrivendola alle sole cause future relative alle questioni interpretative delle clausole contrattuali emerse nelle controversie già insorte, che investivano determinati profili e determinate condizioni dei contratti di programma e delle convenzioni antevigenti (se ne potrebbe a tal fine ricavare una traccia dalla nota dell'Avvocatura dello Stato prot. MIT 2645 del 6 maggio 2019 allegata alla produzione ministeriale, nella quale si fa riferimento alla sentenza del Tar del Lazio n. 12581/2018 su ricorsi proposti da altro gestore aeroportuale contro il Ministero).

Si potrebbe, in tal modo, ipotizzare che la clausola *de qua* non sia illegittima, anche se riferibile ad azioni future, ma ciò limitatamente alle questioni interpretative (dei contratti e degli atti convenzionali intercorsi tra le parti) già sollevate e portate *sub iudice* nel recente passato, segnatamente nell'ambito del contenzioso sopra segnalato.

Un riferimento testuale utile ai fini di una siffatta interpretazione adeguatrice potrebbe rinvenirsi nel testo della clausola apposto nei singoli contratti di programma, nel quale si fa riferimento espresso alla “*continuità del presente contratto con gli obblighi precedentemente vigenti in materia di concessione e/o di contratto di programma*”,

sicché la rinuncia “*ad ogni diritto e/o pretesa, di tipo anche tariffario*”, riguarda specificamente quelli “*connessi allo stesso ovvero alla concessione, nonché alle azioni proposte nei giudizi pendenti relative al quadro normativo e regolamentare in applicazione del quale le parti hanno proceduto all'elaborazione del presente contratto e dei relativi allegati*”.

10. Il principio di diritto enucleabile dalle considerazioni sopra svolte può essere sintetizzato nei seguenti termini: può reputarsi valida una clausola di rinuncia alle liti future se limitata alle controversie ragionevolmente prevedibili in quanto relative a questioni interpretative dei patti contrattuali la cui riformulazione è stata determinata proprio a seguito di precedenti contenziosi. In tal caso, in effetti, sussiste una piena coerenza tra la rinuncia alle liti pendenti e l'impegno a non riproporle in futuro su quelle clausole negoziali appositamente aggiunte o modificate anche allo scopo di fare chiarezza sui punti problematici emersi in precedenza.

11. È tuttavia convincimento del Collegio che un simile ragionamento – pur in astratto percorribile - non possa essere imposto dal giudice, ma postuli e necessiti dell'intervento della volontà espressa delle parti, anche attraverso un riesame delle proprie determinazioni da parte dell'Amministrazione, nella misura in cui tale clausola si pone, come detto, come espressione di un potere unilaterale di indirizzo e conformazione del rapporto concessorio.

12. Il Collegio è ben consapevole della complessità e della delicatezza dell'equilibrio (sia nel rapporto sinallagmatico bilaterale con il partner privato, sia in relazione al più ampio interesse generale sotteso alla qualità del servizio pubblico erogato) raggiunto nel testo conclusivo del contratto di programma elaborato dall'ENAC, equilibrio nel quale la clausola di rinuncia alle liti, qui oggetto di controversia, riveste un significato sicuramente rilevante.

E tuttavia siffatta previsione, pena la violazione del principio desumibile dall'art. 24 della Costituzione, richiede obiettivamente di essere meglio calibrata e più appropriatamente riformulata, nei termini qui esposti.

13. In conclusione, il ricorso deve giudicarsi fondato e va accolto, con annullamento dell'atto impugnato, limitatamente alla clausola contestata, salvo il potere dell'Amministrazione di rideterminarne i contenuti, sentita la parte ricorrente, in accordo con le motivazioni espresse nel presente parere.

P.Q.M.

Esprime il parere che il ricorso debba essere accolto, nei sensi di cui in motivazione.

L'ESTENSORE
Paolo Carpentieri

IL PRESIDENTE
Mario Luigi Torsello

IL SEGRETARIO
Carola Cafarelli