

Diritto e politica dei trasporti

Rivista semestrale *open access* di dottrina, giurisprudenza e documentazione

Fascicolo 1/2024

Con i contributi di
**Marco Di Giugno, Francesca Di Monaco, Alessandro Giorgetta,
Vincenzo Palo, Marzia Rossi e Valentina Siciliano**

ISSN 2612-5056

LUISS



La Rivista è pubblicata dall'Osservatorio sul Trasporto Aereo "Antonio Catricalà" della Luiss G. Carli, ed è registrata presso il Tribunale di Roma al n. 150/2018 del 19 settembre 2018.

The Journal is published by the Air Transport Observatory "Antonio Catricalà" at Luiss G. Carli, and it is registered at the Court of Rome under No. 150/2018 on 19 September 2018.

Direttore responsabile/Editor-in-Chief: Prof. Francesco Gaspari, Università degli Studi "G. Marconi" di Roma e Osservatorio sul Trasporto Aereo "Antonio Catricalà" Luiss G. Carli

<http://www.dirittoepoliticadeitrasporti.it/>

La rivista è promossa dall'Osservatorio sul Trasporto Aereo "Antonio Catricalà" Luiss G. Carli, anno 7, n. 12 (I-2024)

ISSN 2612-5056

Luiss University Press

Creative Commons (CC BY-NC-ND 3.0 IT) Consentite la consultazione e la condivisione. Vietate la vendita e la modifica.

Diritto e politica dei trasporti è una Rivista online e open-access, classificata dall'Anvur tra le riviste di classe A nell'area disciplinare 12 (Scienze giuridiche), indicizzata da DOAJ - Directory of Open Access Journals (<https://doaj.org/>) e da ERIH PLUS - European Reference Index for the Humanities and Social Sciences (<https://kanalregister.hkdir.no>).

Diritto e politica dei trasporti is an online, open-access, Anvur class A Journal, subject area 12 (Law). It is indexed in DOAJ - Directory of Open Access Journals (<https://doaj.org/>) and in ERIH PLUS - European Reference Index for the Humanities and Social Sciences (<https://kanalregister.hkdir.no>).

Grafica e impaginazione: Ente Nazionale Aviazione Civile e Luiss University Press

Pubblicato nel mese di ottobre 2024

Modalità di invio dei contributi

Chiunque può inviare il suo scritto in file ".doc" alla direzione della Rivista (direzione@dirittoepoliticadeitrasporti.it) o alla Segreteria editoriale (redazione@dirittoepoliticadeitrasporti.it) unitamente alle seguenti informazioni:

1) i dati personali dell'Autore, la qualifica accademica e/o professionale, nonché i recapiti;
2) un abstract in lingua inglese e uno in lingua italiana, che non deve superare le 1.000 battute ciascuno (spazi inclusi), 5 parole chiave;

3) l'autorizzazione al trattamento dei dati personali forniti dall'Autore alla Rivista, ai sensi del Regolamento UE 679/2016 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 (Regolamento Generale sulla Protezione dei Dati), nonché del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196 (Codice in materia di protezione dei dati personali);

4) una formale richiesta di pubblicazione, che si intende implicitamente inclusiva delle seguenti dichiarazioni da parte dell'Autore:

a) che il lavoro sia esclusivo frutto dell'Autore e sia stato redatto nel rispetto delle norme del diritto d'autore e della riservatezza delle informazioni anche con riferimento alle fonti utilizzate;

b) che l'Autore non ha già pubblicato ovvero non ha chiesto la pubblicazione dello scritto ad altra rivista, salvo espresso consenso del Direttore o del Comitato di direzione;

c) che le posizioni espresse impegnano l'Autore e non la Rivista;

d) che l'Autore esonera la Rivista da ogni responsabilità con riguardo alla scelta di pubblicare lo scritto, non pubblicarlo o di rimuoverlo dalla rivista in caso di violazione di norme di legge o nei casi previsti dal Codice etico adottato dalla Rivista;

e) che l'Autore rispetta tutte le altre indicazioni contenute nel Codice etico della Rivista.

Il Direttore o il Comitato di direzione si riserva di non pubblicare i contributi che non rispettino le caratteristiche editoriali richieste. Gli autori sono gli unici responsabili dei contenuti dei loro scritti. Non si accettano scritti anonimi.

Tutti i contributi sono pubblicati in formato PDF. Si possono stampare gli "estratti" con le indicazioni tipografiche della Rivista e con la data di pubblicazione.

I criteri redazionali sono indicati nell'apposita sezione della Rivista.

Submission of contributions

Manuscripts are sent in ".doc" format to the Journal's Executive Editors (direzione@dirittoepoliticadeitrasporti.it) or to the Editorial Staff (redazione@dirittoepoliticadeitrasporti.it). The e-mail includes the following information:

1) Author's personal data, academic and/or professional qualifications, contacts;

2) an abstract in Italian language and an abstract in English of not more than 1.000 characters each (including spaces), 5 key words;

3) authorization to process personal data provided by the Author to the Journal in accordance with Regulation EU 679/2016 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 (General Data Protection Regulation), and Legislative Decree 30 June 2003, No. 196 (Italian Personal Data Protection Code);

4) request to publish the manuscript, which implicitly includes the following declarations by the Author:

- a) that the manuscript is the result of research activity conducted by the Author and that it complies with the rules on intellectual property rights and on confidentiality of information, also with regards to the sources used;
- b) that the manuscript has not been already published nor has been submitted for publication to another Journal, except for express consent by the Editor-in-Chief or the Executive Editors;
- c) that the views expressed in the publication are the sole responsibility of the Author and do not reflect the views of the Journal;
- d) that the Author explicitly exonerates the Journal of all responsibility with regards to the choice to publish the manuscript, not to publish it, as well as to remove it from the Journal in the event of a breach of any legal provisions or in the cases laid down in the Code of Ethics adopted by the Journal.
- e) that the Author abides by all other provisions of the Journal's Code of Ethics.

The Editor-in-Chief and the Executive Editors reserve the right not to publish contributions that do not comply with the editorial criteria. Authors only are exclusively responsible for the contents of their writings. Anonymous writings are not accepted. All contributions are published in PDF format. Off-prints may be downloaded and printed. Editorial criteria are available online, in the relevant section of the Journal.

Comitato di direzione/Executive Editors

Pres. Pierluigi Di Palma (Ente Nazionale Aviazione Civile)
 Prof.ssa Maria Alessandra Sandulli (Università Roma Tre)
 Prof. Ruggiero Dipace (Università del Molise)
 Prof. Francesco Gaspari (Università "G. Marconi" - Roma)

Comitato scientifico e tecnico /Scientific and Technical Board

Presidente

Prof. Aristide Police (Luiss "G. Carli" - Roma)

Componenti

Dr. Ruwantissa Abeyratne (Aviation Strategies International - Montreal)
 Prof. Marco Calabrò (Università della Campania "Luigi Vanvitelli")
 †Prof. Antonio Catricalà (Università "Link Campus University" - Roma)
 Prof. Danilo Ceccarelli Morolli (Università "G. Marconi" - Roma)
 Prof. Michele M. Comenale Pinto (Università di Sassari)
 Prof. Pierre de Gioia Carabellese (Fellow of Advance HE - York, UK, e full Professor of Business Law and Regulation - ECU, Perth, Australia)
 Prof. Massimo Deiana (Università di Cagliari)
 Pres. Pierluigi Di Palma (Ente Nazionale Aviazione Civile)
 Prof. Ruggiero Dipace (Università del Molise)
 Prof. Alberto Emparanza Sobejano (Universidad del País Vasco - Spagna)
 Pres. Mario Folchi (Asociación Latino Americana de Derecho Aeronáutico y Espacial - Argentina)
 Prof. Fabio Francario (Università di Siena)
 Prof. Francesco Gaspari (Università "G. Marconi" - Roma)
 Prof.ssa Loredana Giani (Università Europea di Roma)
 Prof. Brian Havel (McGill University - Montreal)
 Avv. Valentina Lener (Aeroporti 2030)
 Prof. Mario Libertini (Università "Sapienza" - Roma)
 Avv. Gianluca Lo Bianco (Ente Nazionale Aviazione Civile)
 Prof. Sergio Marchisio (Università "Sapienza" - Roma)
 Prof. José Manuel Martín Osante (Universidad del País Vasco - Spagna)
 Pres. Gerardo Mastrandrea (Consiglio di Stato)
 Prof. Roberto Miccù (Università Sapienza - Roma)
 Prof. Marco Fabio Morsello (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo - Brasile)
 Prof. Angelo Piazza (Università di Roma "Foro Italico")

Prof. Elisabetta G. Rosafio (Università di Teramo)
 Prof. Francesco Rossi Dal Pozzo (Università degli studi di Milano)
 Prof.ssa Maria Alessandra Sandulli (Università Roma Tre)
 Prof. Mario Sebastiani (Università "Tor Vergata" - Roma)
 Prof. Christoph Schmid (Universität Bremen - Germania)
 Prof. Franco Gaetano Scoca (Università "Sapienza" - Roma)
 Prof. Stefano Salvatore Scoca (Università degli studi di Teramo)
 Prof. Leopoldo Tullio (Università "Sapienza" - Roma)

Comitato editoriale/Editorial Board

Prof.ssa Flaminia Aperio Bella
 Avv. Patrizia Beraldi
 Prof.ssa Yolanda Bustos Moreno
 Avv. Luigi De Propris
 Avv. Marco Di Giugno
 Dott. Federico Di Palma
 Avv. Fabrizio Doddi
 Avv. Francesco Ferrara
 Dott. Simone Francario
 Avv. Raissa Frascella
 Dott. Guglielmo Aldo Giuffrè
 Prof.ssa Annarita Iacopino
 Prof.ssa Maria Assunta Icolari
 Avv. Emanuela Lanzi
 Dott. Antonio Mitrotti
 Avv. Andrea Nardi
 Dott. Simone Paoli
 Avv. Anton Giulio Pietrosanti
 Prof. Marco Ragusa
 Dott.ssa Lavinia Samuelli Ferretti
 Dott.ssa Ersilia Sanginario
 Avv. Francesco Scalia
 Prof.ssa Martina Sinisi
 Dott.ssa Veronica Sordi
 Avv. Giovanni Terrano
 Avv. Francesco Tomasicchio
 Dott.ssa Sabrina Tranquilli

Indice

Presentazione del fascicolo/Presentation of the Issue

Francesco Gasparip. 7

ARTICOLI E SAGGI/ARTICLES AND ESSAYS

Il sistema per lo scambio di quote di emissioni dell'Unione Europea (EU ETS). Riflessioni sulle sue implicazioni nel contenzioso climatico verso le imprese

Alessandro Giorgettap. 11

L'uso degli algoritmi nella fissazione delle tariffe nel trasporto aereo di passeggeri e il loro impatto sugli equilibri di mercato. I nuovi poteri (e i relativi limiti) dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e prospettive de iure condendo

Vincenzo Palop. 29

I servizi di sharing mobility in Italia: prospettive negoziali

Marzia Rossip. 45

NOTE A SENTENZA/LAW NOTES

L'accertamento delle infrazioni al Codice della strada in ambito aeroportuale. Il caso di Milano-Linate

Valentina Siciliano, Marco Di Giugnop. 71

Il Consiglio di Stato sulla disciplina e sulle tipologie di soccorso istruttorio nel nuovo Codice dei contratti pubblici

Francesca Di Monacop. 79

La responsabilità da inosservanza del termine di conclusione del procedimento finalizzato al rilascio della convenzione di gestione totale aeroportuale ex art. 704 cod. nav.

Vincenzo Palop. 95

Presentazione del fascicolo

Prof. Francesco Gaspari

Direttore della Rivista - Associato di Diritto amministrativo nell'Università degli Studi di Roma "G. Marconi" e Osservatorio sul Trasporto Aereo "Antonio Catricalà" Luiss G. Carli

Il primo fascicolo del 2024 di *Diritto e politica dei trasporti* presenta una importante novità: è il primo numero che viene pubblicato dal nuovo Editore, la Luiss University Press. Con il lancio dell'Osservatorio sul Trasporto Aereo "Antonio Catricalà" della Luiss G. Carli, promosso dall'Ente Nazionale per l'Aviazione Civile e dalla Luiss School of Law, la Rivista ha così una nuova collocazione editoriale, rinnovando la sfida che la Rivista si è posta sin dal suo primo numero nel 2018. In particolare, l'obiettivo è quello di *"rappresentare una nuova arena pubblica in cui dibattito scientifico, politico-istituzionale e degli operatori di settore possano reciprocamente alimentarsi in un dialogo costante e ispirato al pluralismo e al confronto tra le diverse opinioni e opzioni metodologiche, culturali e politiche, nella convinzione che da tale libero e ampio confronto possano derivare migliori decisioni nell'interesse della collettività"* (Editoriale n. 1/2018).

L'intenzione è dunque quella di proseguire nella medesima direzione nell'ambito del neonato Osservatorio sul Trasporto Aereo della School of Law della Luiss, destinato a divenire il punto di riferimento nazionale (e non solo) nel settore del trasporto aereo. La Rivista continuerà pertanto a rivolgersi ad un pubblico non solo accademico, ma anche agli operatori del settore dei trasporti e ai decisori pubblici.

Il primo numero del 2024 raccoglie contributi di grande attualità e di indubbio interesse scientifico. Il fascicolo si apre con il saggio di Alessandro Giorgetta sul sistema per lo scambio di quote di emissioni dell'Unione Europea (EU ETS). Il contributo si focalizza specificamente sulle possibili implicazioni della normativa EU ETS nell'ambito del contenzioso climatico italiano verso le imprese. Molto interessante è il saggio di Vincenzo Palo, sull'uso degli algoritmi nella fissazione delle tariffe nel trasporto aereo di passeggeri e il loro impatto sugli equilibri di mercato. In particolare, lo scritto si sofferma (anche criticamente) sui nuovi poteri investigativi e decisori dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato a fronte di fenomeni collusivi di matrice algoritmica. Viene analizzato l'articolo 1, commi 5 e 6, del d.l. n. 104/2023 e il parere del Consiglio di Stato n. 61/2024, senza trascurare la pertinente giurisprudenza costituzionale.

Lo scritto di Marzia Rossi affronta il tema della *sharing economy* in una prospettiva privatistica. In particolare, una parte del lavoro è dedicata allo studio delle categorie dei servizi di *sharing mobility* attualmente in uso nel panorama socio-economico italiano, mentre un'altra è dedicata alla trattazione dei negozi giuridici che disciplinano i rapporti della mobilità condivisa.

Anche le note sono di estremo interesse e tutte affrontano temi di indubbia rilevanza per gli studiosi del settore.

La nota di Valentina Siciliano e Marco Di Giugno riguarda l'accertamento delle infrazioni al Codice della strada in ambito aeroportuale. Dopo aver ricostruito la disciplina della circolazione stradale in ambito aeroportuale e il rapporto tra normativa generale di cui al Codice della strada e quella specificamente prevista in ordine agli aeroporti (nel medesimo Codice e nella legge 22 marzo 2012 n. 33, che attribuisce competenze e poteri all'Enac), gli Autori si soffermano su un recente caso riguardante l'aeroporto di Milano-Linate sottoposto al vaglio della Suprema Corte di Cassazione.

PRESENTAZIONE DEL FASCICOLO

Francesca Di Monaco invece annota una pronuncia del Consiglio di Stato in materia di soccorso istruttorio nel nuovo Codice dei contratti pubblici. La nota di Vincenzo Palo riguarda la responsabilità dell'Amministrazione con riguardo ad una procedura di affidamento in concessione ex art. 704 cod. nav. Nella fattispecie si tratta dell'aeroporto di Lampedusa.

Nel primo fascicolo del 2024 vengono affrontati temi di indubbio interesse e rilevanza sia sul piano scientifico sia su quello operativo. Auguriamo a tutti buona lettura!

ARTICOLI E SAGGI

Il sistema per lo scambio di quote di emissioni dell'Unione Europea (EU ETS). Riflessioni sulle sue implicazioni nel contenzioso climatico verso le imprese*

Alessandro Giorgetta

Professore straordinario di Diritto commerciale nell'Università degli Studi di Roma "G. Marconi"

Abstract

The article examines the EU ETS legislation, with particular reference to Italian law, and illustrates its functioning, also with reference to its theoretical foundations aimed at neutralizing negative externalities (Coase theorem). Two focuses follow on the specific provisions dedicated to the civil aviation and maritime transport sectors. The article concludes with some positivist legal reflections on the potential implications of EU ETS legislation in Italian climate litigation.

L'articolo esamina la normativa EU ETS, con particolare riferimento all'ordinamento italiano, e ne illustra il funzionamento, anche con riferimento ai suoi fondamenti teorici volti a neutralizzare le esternalità negative (teorema di Coase). Seguono due focus sulle disposizioni specifiche dedicate ai settori dell'aviazione civile e dei trasporti marittimi. L'articolo si conclude con alcune riflessioni giuridiche positiviste sulle potenziali implicazioni della normativa EU ETS nel contenzioso climatico italiano.

Key words: CO2, quote di emissione, Direttiva 2003/87/CE, EU ETS, contenzioso climatico.

* Sottoposto a referaggio.

Sommario – 1. Le fonti normative del sistema EU ETS e i caratteri propri del “cap and trade” – 2. Il sostrato teorico del sistema: il teorema di Coase – 3. Il funzionamento pratico del sistema: il ruolo del Comitato ETS; l’assegnazione delle quote, il loro scambio e il relativo monitoraggio – 4. (segue) specificità del settore dell’aviazione civile – 5. (segue) specificità del trasporto marittimo – 6. Il contenzioso climatico italiano – 7. Le possibili implicazioni della normativa EU ETS nell’ambito del contenzioso climatico italiano verso le imprese ed alcune riflessioni intorno a quest’ultimo.

1. Le fonti normative del sistema EU ETS e i caratteri propri del “cap and trade”

Con riguardo al sistema di scambio delle quote di emissione, la disciplina generale fissata dall’art. 17 del Protocollo di Kyoto¹ – asse portante delle norme internazionali in materia di sviluppo ambientale

1. Come noto, il Protocollo di Kyoto è un trattato internazionale relativo al cambiamento climatico, adottato nel 1992 nell’ambito della Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici (UNFCCC). È stato ratificato da numerosi Paesi e – tramite la Decisione 2002/358/CE del Consiglio – dall’Unione Europea. Mira a ridurre le emissioni di gas a effetto serra, stabilendo obiettivi per i paesi industrializzati al fine di limitare o ridurre le loro emissioni complessive di gas serra. Il Protocollo è entrato in vigore il 16 febbraio 2005 dopo essere stato ratificato dalla Russia, ma non dagli USA. Tra le sue disposizioni, il Protocollo include anche meccanismi flessibili, come il *Clean Development Mechanism* (CDM), il *Joint Implementation* (JI) e il sistema di *trading* delle emissioni. Pur necessariamente esulando – *ratione materiae* – da questo contributo di studio la possibilità di fornire un quadro completo dello sviluppo della sensibilità ambientale a livello globale, si reputa utile un focus sulle principali conferenze internazionali che hanno segnato, prima del Protocollo di Kyoto, fondamentali progressi nella promozione dello sviluppo sostenibile e nella lotta ai cambiamenti climatici, promuovendo azioni coordinate a livello internazionale per affrontare sfide ambientali cruciali per il nostro pianeta e per le generazioni future: (i) Conferenza di Stoccolma sull’ambiente umano (1972): ha segnato una svolta nella sensibilizzazione globale verso la tutela dell’ambiente, sancendo il diritto fondamentale dell’uomo a un ambiente sano e ponendo l’attenzione sulla necessità di proteggere e migliorare l’ambiente per le generazioni future; (ii) Commissione mondiale sull’ambiente e lo sviluppo (1983): ha lavorato all’elaborazione di un’agenda globale per lo sviluppo sostenibile, culminando con il rapporto Brundtland del 1987 che ha introdotto per la prima volta il concetto di sviluppo sostenibile; (iii) Conferenza della Nazioni Unite sull’ambiente e lo sviluppo di Rio (1992): ha evidenziato l’interconnessione tra crescita economica e rispetto ambientale, portando alla creazione della “Agenda 21”, un programma internazionale per uno sviluppo sostenibile. In argomento si vedano: D. BODANSKY, *The Kyoto Protocol: International Climate Policy for the 21st Century*, in *Journal of Environment & Development*, n. 1, 2002, p. 6 ss.; S. BORGHESI, *Economia e politica climatica: il Protocollo di Kyoto e l’Unione europea*, Il Mulino, 2003; C. FERRARI, C. FERRARESE, *L’impatto del Protocollo di Kyoto sulla competitività dell’industria italiana*, in *Rivista di Politica Economica*, n. 4, 2005, p. 215 ss.; P. FODERI, *L’impatto del Protocollo di Kyoto sui trasporti*, in *Economia e politica industriale*, n. 4, 2008, p. 89 ss.; M. GRUBB, C. VROLIJK, D. BRACK, *The Kyoto Protocol: A guide and assessment*, Earthscan, 1999; J. HOVI, D. SPRINZ, A. UNDERDAL, *Implementing the Kyoto Protocol without the United States: The strategic role of energy tax adjustments at the border*, in *Global Environmental Politics*, n. 4, 2003, p. 74 ss.; S. OBERTHÜR, H. E. OTT, *The Kyoto Protocol: International climate policy for the 21st century*, Springer, 1999; R. SESTINI, *Kyoto: un mercato per il clima*, in *Economia e politica industriale*, n. 1, 2002, p. 11 ss.

sostenibile² – è stata recepita, nel diritto eurounitario, dalla Direttiva 2003/87/CE³ e, nel diritto interno, dal D.Lgs. n. 216/2006, al quale hanno fatto seguito il D.Lgs. n. 30/2013 e il D.Lgs. n. 47/2020.

Come noto, tale Direttiva – che ha istituito e regolamentato detto sistema all'interno dell'Unione Europea (EU ETS)⁴ – ha disposto che dal 1° gennaio 2005 le imprese operanti nei settori

2. Per un quadro complessivo del concetto di sostenibilità in ambito giuridico, si vedano, con particolare riferimento alle tematiche correlate degli adeguati assetti societari, ai mercati finanziari e della crisi d'impresa: V. CALANDRA BUONAURA, *Corretta amministrazione e adeguatezza degli assetti organizzativi nella Società per azioni*, in *Giurisprudenza Commerciale*, n. 2, 2020, p. 439 ss.; M. COSSU, *Sostenibilità e mercati: la sostenibilità ambientale dell'impresa dai mercati reali ai mercati finanziari*, in *Banca, Borsa, Titoli di Credito*, n. 4, 2023, p. 558 ss.; V. DE SENSI, *Adeguati assetti organizzativi e continuità aziendale: profili di responsabilità gestoria*, in *Rivista delle Società*, voll. 2-3, 2017, p. 311 ss.; AA. VV., *La Finanza per lo sviluppo Sostenibile. Tendenze, questioni in corso e prospettive alla luce dell'evoluzione del quadro regolamentare dell'UE*, in *Quaderni di Finanza Consob*, giugno 2021.
3. Sulla Direttiva 2003/87/CE, si segnalano i contributi di: F. GASPARI, *Tutela dell'ambiente, regolazione e controlli pubblici: recenti sviluppi in materia di EU Emission Trading Scheme (ETS)*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, n. 5, 2011, p. 1149 ss.; A. LEONE, *La Direttiva 2003/87/CE e il regime delle quote di emissione: Diritto dell'Unione europea e diritto italiano a confronto*, Milano, 2012; A. SILEONI, *La Direttiva 2003/87/CE e l'emissione di CO₂: L'interpretazione della Corte di giustizia europea*, in *Rivista di Diritto Ambientale*, n. 1, 2013, p. 155 ss.; M. TAVONI, *Il diritto delle emissioni: alla ricerca di un nuovo assetto*, in *Rivista di Politica Economica*, n. 3, 2009, p. 3 ss.
4. Il sistema EU ETS rispecchia a grandi linee quello introdotto negli Stati Uniti d'America nel 1990 (attualmente, il sistema statunitense è denominato *Regional Greenhouse Gas Initiative* e riguarda dieci stati): l'Agenzia per la Protezione dell'Ambiente – Agenzia del Governo Federale USA – assegnava a ciascuna impresa un certo numero di “permessi di inquinamento” che potevano essere utilizzati o venduti sul mercato. Altri sistemi di scambio di quote di emissioni adottati nel mondo sono: il *China National ETS*, l'*UK Emission Trading System* (post-Brexit), il *Korea Emission Trading System* (Corea del Sud), il *New Zealand Emissions Trading Scheme* e il *Mexico ETS*. In linea generale, sul sistema per lo scambio di quote di emissioni dell'Unione Europea, oltre ai contributi citati nella nota precedente, si vedano anche (soprattutto per ciò che attiene ai profili economici e internazionalistici): R. BIANCHI, R. PELLEGRINO, P. POLINORI, *Emission Trading System: strumento di incentivazione e tutela dell'ambiente*, in *Diritto e Pratica delle Società*, n. 1, 2015, p. 63 ss.; S. BORGHESI, M. MONTINI, *Le politiche ambientali nel contesto europeo: il caso dell'emission trading system*, in *Rivista Italiana degli Economisti*, n. 3, 2010, p. 435 ss.; J.H. DALES, *Pollution, property, and prices: An essay in policy-making and economics*, University of Toronto Press, 1968; D. DEMAILLY, P. QUIRION, R. TROTIGNON, *Interaction between European Union Emissions Trading Scheme and renewable energy support schemes: assessment and interactions at firm level in France*, in *Climate Policy*, n. 1, 2016, p. 64 ss.; C. DI NOVI, P. VALBONESI, *Emission trading, allocation rules and cost effectiveness: empirical evidence from the European electricity sector*, in *L'industria*, n. 2, 2012, p. 311 ss.; A. D. ELLERMAN, F. J. CONVERY, C. DE PERTHUIS, *Pricing carbon: The European Union Emissions Trading Scheme*, Cambridge University Press, 2010; P. FODERI, G. NATALI, *L'analisi economica delle politiche ambientali*, Il Mulino, 2005; B. HINTERMANN, S. PETERSON, W. RICKELS, *Price and market behavior in Phase II of the EU ETS*, in *Environmental and Resource Economics*, n. 1, 2017, p. 65 ss.; K. MILLOCK, C. NAUGES, *The EU Emissions Trading Scheme: Disentangling the effects of industrial production and CO₂ emissions on carbon prices*, in *Environmental and Resource Economics*, n. 3, 2008, p. 427 ss.; A. NICITA, P. PASIMENI, *L'impatto del sistema europeo di scambio delle quote di emissione (ETS) sulle imprese manifatturiere italiane*, in *Economia e Politica Industriale*, n. 1, 2012, p. 125 e ss.; R. SCHMALENSEE, R. N. STAVINS, *Lessons learned from three decades of experience with cap-and-trade*, in *Review of Environmental Economics and Policy*, n. 1, 2017, p. 59 ss.; J. SIJM, K. NEUHOFF, Y. CHEN, *CO₂ cost pass-through and windfall profits in the power sector*, in *Climate Policy*, n. 1, 2006, p. 49 ss.; R. N. STAVINS, *Addressing climate change with a comprehensive US cap-and-trade system*, in *Review*

inclusi⁵ debbano ottenere una autorizzazione alle emissioni di gas serra e compensare le proprie emissioni annuali con quote di emissione, ciascuna equivalente a 1 tonnellata di CO₂ (*European Union Allowances* – EUA). Sono incluse nel sistema EU ETS le imprese operanti in settori ad alta intensità energetica quali le acciaierie, le raffinerie di petrolio, generazione di elettricità e di calore, le imprese di produzione di cemento, calce, ferro, alluminio, metalli, cartone, carta, vetro, cellulosa, ceramica, prodotti chimici organici e acidi. Come *infra* si vedrà, nell'EU ETS sono stati successivamente inclusi anche i settori dello *shipping* e dell'aviazione commerciale all'interno dello Spazio Economico Europeo.

Il funzionamento del sistema europeo si basa sul principio del “cap and trade”, che fissa un limite massimo alle emissioni di gas serra consentite sul territorio europeo e assegna un numero corrispondente di quote di emissione di CO₂, e sulla possibilità di negoziare sul mercato i certificati rappresentativi delle quote. Le imprese che fanno parte del sistema ricevono annualmente un certo numero di “permessi” di emissione, che possono vendere o acquistare a seconda delle loro necessità. Dati i limiti nel numero di permessi assegnati, si viene così a creare un prezzo variabile di mercato. Secondo gli studiosi, questo approccio ha favorito la flessibilità delle imprese nella gestione delle proprie emissioni, consentendo loro di scegliere tra diverse modalità per ridurle, al contempo rivelandosi più efficiente del tradizionale approccio “*command-and-control*”⁶. Infatti, nel sistema “*cap and trade*”, il prezzo del carbonio – ovvero il prezzo di mercato delle quote di emissione – è determinato dall'equilibrio tra l'offerta e la domanda nel mercato delle quote, mentre la riduzione progressiva delle quote di emissione nel tempo porterebbe all'aumento del prezzo del carbonio, incentivando ulteriormente le imprese a ridurre le proprie emissioni. “*L'ETS si basa quindi su una logica economica, consistente nell'incentivare ogni partecipante ad emettere una quantità di gas a effetto serra inferiore alle quote ad esso inizialmente assegnate, al fine di cederne l'eccedenza ad un altro partecipante che abbia prodotto una quantità di emissioni superiore alle quote assegnate o acquisite.*”⁷

of Environmental Economics and Policy, n. 2, 2008, p. 219 ss.; M. TAVONI, *Il mercato europeo delle emissioni: il successo del Protocollo di Kyoto e le nuove sfide*, in *L'industria*, n. 3, 2007, p. 457 ss.; T. TIETENBERG, L. LEWIS, *Environmental and natural resource economics*, Routledge, 2018. L. WEISCHER, J. MORGAN, M. PATEL, *Bridging the gap: Why, how and when to transition away from Kyoto's carbon markets?* World Resources Institute Working Paper, 2012.

5. In questi settori, “*negli ultimi 16 anni, l'EU ETS ha ridotto del 42,8% le emissioni di anidride carbonica*” (A. MAJOCCHI, *Carbon pricing e la politica climatica dell'Unione Europea*, in *Rivista di Diritto Finanziario e Scienza delle Finanze*, n. 1, marzo 2022).
6. Per una rassegna delle diverse posizioni su questo tema, v. Commissione Europea, *EU ETS Handbook*, 2015, p. 5; v. anche M. CLARICH, *La tutela dell'ambiente attraverso il mercato*, in *Diritto pubblico*, n. 1, 2007, p. 219 ss.; v. pure G. GOLINI, *Il sistema comunitario di scambio per le quote di emissioni*, in *Ambiente e sviluppo*, n. 2, 2004.
7. Così si legge nel punto 35 della sentenza del Tribunale I grado UE, sez. II del 26 luglio 2023 n. 269, Arctic Paper Grycksbo AB, T-269/21, che rinvia al riguardo alle seguenti, ulteriori pronunce: sentenza della Corte di Giustizia UE dell'8 marzo 2017, ArcelorMittal Rodange e Schifflange, C-321/15, punto 22 e sentenza della Corte di Giustizia UE del 20 giugno 2019, ExxonMobil Production Deutschland, C-682/17, punto 63.

2. Il sostrato teorico del sistema: il teorema di Coase

I sistemi di “*cap and trade*” traggono la loro base dal teorema di Coase⁸, il quale muove dall’assunto secondo cui, quando si verificano esternalità negative⁹, i prezzi di mercato non riflettono il costo sociale totale dei beni o servizi scambiati, poiché chi genera tali esternalità non sopporta direttamente i costi sociali che la sua attività comporta: il che, conducendo a uno scambio eccessivo di tali beni o servizi rispetto a quanto sarebbe socialmente ottimale, costituisce un “fallimento” del mercato, perché le imprese che producono beni o erogano servizi con esternalità negative sono incentivate a vendere quantità superiori rispetto a quelle che massimizzerebbero il benessere sociale complessivo.

Per risolvere questo problema, è possibile – secondo Coase – raggiungere un’allocazione efficiente delle risorse senza ricorrere all’introduzione di tasse o imposte su tali esternalità, oppure a normative che “internalizzino” i costi delle esternalità nel prezzo di mercato dei beni o servizi scambiati. Debbono però sussistere alcune condizioni: occorre in particolare che i diritti di “proprietà” sui beni (nel nostro caso, il “diritto” a emettere CO₂) siano ben definiti ed allocati, che si verta in una situazione di perfetta concorrenzialità del mercato e di assenza di asimmetrie informative e, altresì, che non vi siano costi di transazione.

Un esempio pratico (e classico) è quello dell’interazione tra due imprese (α e β) emettitrici di CO₂. Nei sistemi “*cap and trade*” α può utilizzare direttamente le quote di emissione, oppure venderne una certa quantità a β , la quale sarà disposta a pagare per tali quote una cifra che non oltrepassi il suo costo marginale di riduzione delle emissioni, così come – specularmente – α sarà disposta a vendere le quote a β ad una cifra non inferiore al suo costo marginale di riduzione. Il beneficio per la collettività dovrebbe apprezzarsi su di un duplice piano: aver consentito alle imprese di ridurre le proprie emissioni di gas serra al costo più basso possibile (indipendentemente dal fatto che lo facciano attraverso la riduzione diretta delle emissioni o attraverso l’acquisto di quote di emissione da altre imprese) porta a una riduzione complessiva delle emissioni al minimo costo possibile, massimizzando il benessere sociale complessivo; inoltre, il costo delle emissioni di gas serra, che in precedenza era sostenuto dalla collettività sotto forma di danni ambientali e per la salute, viene incorporato nel prezzo delle quote di emissione, e ciò determina una migliore allocazione delle risorse, riducendo le emissioni a un livello socialmente ottimale.

8. R. COASE, *The Problem of Social Cost*, in *The Journal of Law & Economics*, n. 3, 1960, pp. 1 e ss.

9. Si ha una esternalità negativa allorché le condotte poste in essere da un soggetto (nel nostro caso, un’impresa che emette CO₂) impongono ad altri (la collettività) dei costi (in particolare, sociali: in termini di danni all’ambiente e conseguente peggioramento della qualità della vita, pregiudizi alla salute, etc.).

3. Il funzionamento pratico del sistema: il ruolo del Comitato ETS; l'assegnazione delle quote, il loro scambio e il relativo monitoraggio

In base alla disciplina fissata dalla Direttiva 2003/87/CE (in Italia, ora, dal D.Lgs. n. 47/2020), l'Autorità competente individuata dai singoli Stati membri (in Italia, il "Comitato nazionale per la gestione della direttiva 2003/87/CE e per il supporto nella gestione delle attività di progetto del protocollo di Kyoto", c.d. "Comitato ETS", organo interministeriale presieduto dal Ministero dell'ambiente e partecipato dai Ministeri dello sviluppo economico e delle infrastrutture) ha assegnato¹⁰ gratuitamente¹¹ entro il 28 febbraio di ogni anno, a ciascuna impresa autorizzata

10. Con riguardo al procedimento di assegnazione delle quote di emissione, sia consentito fare rinvio a F. GASPARI, op. cit., p. 1153 ss.: *“L'assegnazione delle quote di emissione si attua attraverso un procedimento pubblicistico (recte: amministrativo) di carattere complesso, che si apre su istanza dell'impresa (art. 5 d.lgs. n. 216/2006) e si conclude con un atto di approvazione del Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del Ministero delle attività produttive della decisione predisposta dal Comitato nazionale per la gestione della Direttiva 2003/87/CE (art. 11, comma 1, d.lgs. n. 216/2006). Le assegnazioni vengono effettuate sulla base del Piano Nazionale di Assegnazione”*. Poco più innanzi, il medesimo Autore nota che: *“Per quanto concerne la natura del provvedimento di assegnazione delle quote, il legislatore lo qualifica espressamente come «autorizzazione» (artt. 3, comma 1, lett. d), 5, 6, 7, d.lgs. n. 216/2006). Tale qualificazione (legislativa) è tuttavia criticata da una parte della dottrina, la quale osserva come il provvedimento di assegnazione delle quote di emissione non rimuova alcun limite legale all'esercizio di un preesistente «diritto» ad emettere gas serra da parte dei gestori, in quanto prima del provvedimento autorizzatorio il gestore de quo non è titolare di alcuna situazione giuridica soggettiva qualificabile come «diritto». Quindi, e nonostante il legislatore comunitario configuri espressamente le quote di emissione come diritti, parte della dottrina (v. JACOMETTI, *Lo scambio di quote di emissione. Analisi di un nuovo strumento di tutela ambientale in prospettiva comparatistica*, Milano, 2010, pp. 423 ss.) ritiene che si sia al cospetto di un provvedimento concessorio. Il provvedimento amministrativo di assegnazione sembra poter essere qualificato come concessione, in quanto riguarda l'«aria», che è una risorsa naturale e non appartiene che al pubblico, cioè alla collettività”;* indi, l'Autore osserva acutamente che le *“quote di emissione non sono risorse naturali di per sé, giacché esse sono create dai pubblici poteri e, quindi, si configurano come risorse artificiali. Ciò che assurge a risorsa naturale è invece l'«aria», che esiste in natura e rappresenta l'oggetto delle quote di emissione. Fino a quando l'autorità pubblica non interviene a creare le quote di emissione, la risorsa naturale «aria» rientra nella categoria delle res communes omnium”*.

11. È utile qui precisare che nelle prime due fasi di implementazione del sistema EU ETS l'allocatione dei diritti di emissione avveniva principalmente attraverso il metodo del “grandfathering”, che assegnava gratuitamente i diritti in base alle emissioni storiche delle imprese (nel periodo tra il 2005 e il 2007, l'UE ha allocato gratuitamente il 95% delle quote di emissione, mentre nel periodo tra il 2008 e il 2012 circa il 90%; cfr. E. WOERDMAN, A. ARURI, S. CLO, *Emissions Trading and the Polluter-Pays Principle: Do Polluters Pay under Grandfathering?*, in *Review of Law and Economics*, n. 2, 2008, p. 566). Successivamente, durante la fase 3, è stato introdotto un approccio misto, che ha previsto sia l'assegnazione gratuita che la vendita all'asta delle quote di emissione. Tale terzo periodo di scambio delle quote, iniziato il 1° gennaio 2013, ha avuto termine il 31 dicembre 2020. La giurisprudenza comunitaria ha sempre considerato la distribuzione di quote a titolo gratuito (articoli 9, 9 bis, 10, 10 bis e 10 quater della Direttiva 2003/87) come *“un'eccezione transitoria alla regola secondo cui le quote di emissioni sono messe all'asta”* (sentenza del Tribunale I grado UE, sez. II del 26 luglio 2023 n. 269, Arctic Paper Grycksbo AB, T-269/21, punto 36) segnalando altresì che la *“assegnazione di quote di emissioni è quindi chiamata progressivamente a fondarsi esclusivamente sul principio della messa all'asta, il quale, secondo il legislatore dell'Unione, è generalmente con-*

all'emissione di CO₂, un numero di quote proporzionale alle tonnellate di CO₂ emesse nell'anno precedente (il “cap” di emissioni di CO₂, ovvero un limite massimo alle emissioni consentite). Ciascuna impresa è poi tenuta a dichiarare, entro il 31 marzo dell'anno successivo, la quantità di emissioni di CO₂ prodotte nel corso dell'anno precedente (dichiarazione sottoposta a un apposito piano di monitoraggio) e deve – a pena di gravi sanzioni – restituire al Comitato ETS un numero di quote proporzionali alle emissioni dichiarate per l'anno precedente entro il 30 aprile dell'anno successivo (art. 36, comma 3 D.Lgs. n. 47/2020); così via, per ciascun anno; se le emissioni sono inferiori al “cap” assegnato, l'impresa avrà quote da vendere sul mercato delle quote attraverso piattaforme informatiche (tra le quali l'European Energy Exchange AG¹²); se, di contro, le emissioni superano il “cap”, l'impresa dovrà acquistare quote aggiuntive su tale mercato.

Sino all'entrata in vigore del D.Lgs. n. 47/2020 – che ha segnato il passaggio alla c.d. “fase 4” di attuazione dell'EU ETS¹³ – il sistema, in effetti, consentiva alle imprese beneficiarie dell'assegnazione delle quote di adempiere alla obbligazione di restituzione delle quote CO₂ ricevute nell'anno precedente, consegnando le quote assegnate per l'anno in corso (c.d. “*borrowing*”). Inoltre, laddove vi fosse stata maggiore emissione di CO₂, l'impresa avrebbe potuto reperire sul mercato le quote da utilizzare per colmare eventuali differenze. Nell'ambito del meccanismo sopra descritto, dunque, il legislatore non prevedeva alcun limite alla validità temporale delle quote che, di conseguenza, potevano essere utilizzate in maniera fungibile di anno in anno al fine di estinguere, con quelle ricevute nell'anno in corso, l'obbligazione relativa alla restituzione delle quote ricevute nell'anno precedente. Inoltre, sul piano strettamente finanziario, l'assegnazione in febbraio delle quote relativo all'anno in corso e, correlativamente, l'obbligazione di restituire quelle relative all'anno precedente in aprile consentivano alle imprese di usufruire di un'elasticità di cassa. Con l'entrata in vigore del decreto legislativo n. 47/2020 (art. 40) è stato invece disposto – a differenza di quanto previsto per le quote relative alle fasi 1, 2, 3 di attuazione del Protocollo di Kyoto – che le quote emesse successivamente al 1° gennaio 2021 (ossia le quote di fase 4) non potessero essere utilizzate per adempiere al “debito” di restituzione delle quote relativo alle emissioni prodotte nel corso delle precedenti fasi.

siderato il sistema più efficace dal punto di vista economico” (v., in tal senso, sentenza della Corte di Giustizia UE, sez. V del 20 giugno 2019, ExxonMobil Production Deutschland, C-682/17, punto 66). Nello stesso senso, la dottrina: F. GASPARI, op. cit., p. 1154 e 1155, che osserva “In base alla normativa comunitaria, il principio generale è quello dell'assegnazione onerosa delle quote di emissione attraverso il meccanismo delle aste, mentre l'assegnazione a titolo gratuito costituisce un'eccezione (...) La (iniziale) allocazione gratuita delle quote di emissione si fonda su una duplice ragione: da un lato, evitare la creazione di disparità all'interno del mercato unico; dall'altro, salvaguardare la posizione degli operatori esistenti”.

12. L'European Energy Exchange AG (EEX) opera da piattaforma comune per 25 Stati (cfr. Commissione Europea, *EU ETS Handbook*, 2015, p. 113).

13. La fase 4 del sistema ha preso avvio il 1° gennaio 2021 e avrà termine il 31 dicembre 2030. Essa è regolamentata dal già menzionato d.lgs. 9 giugno 2020, n. 47, che recepisce le modifiche apportate dalla Direttiva (UE) 2018/410 alla Direttiva 2003/87/CE.

Prima di esaurire la trattazione generale del tema, vale qui ricordare come il sistema EU ETS sia stato di recente innovato attraverso l'adozione di ulteriori misure, con particolare riferimento ai settori del trasporto aereo e marittimo: tali azioni, facenti parte del pacchetto di proposte “Fit For 55%” presentato dalla Commissione europea il 14 luglio 2021, hanno l'obiettivo di contribuire alla riduzione (entro il 2030) delle emissioni nette di gas a effetto serra di almeno del 55% (rispetto al 1990) e al conseguimento della neutralità climatica entro il 2050.

4. (segue) specificità del settore dell'aviazione civile

Per il settore dell'aviazione civile, incluso nell'EU ETS per effetto dell'entrata in vigore della Direttiva 2008/101/CE, la Direttiva (UE) 2023/958, oltre a differire il termine per la restituzione delle quote dal 30 aprile al 30 settembre di ciascun anno, ha disposto che una percentuale di quote gratuite assegnate venga ridotta progressivamente per poi essere eliminata (nel 2024 la riduzione sarà del 40%, nel 2025 del 60%, e nel 2026 l'assegnazione gratuita verrà a cessare, con tutte le quote che saranno soggette a vendita all'asta¹⁴).

La medesima Direttiva ha anche previsto che, sino al 31 dicembre 2026 (“*stop the clock*”), il sistema ETS continuerà a coprire solo le emissioni dei voli interni allo Spazio Economico Europeo (SEE), vale a dire i voli in partenza da aerodromi situati in Stati all'interno di detto spazio verso aerodromi situati sempre all'interno del SEE, nonché dei voli diretti verso la Svizzera e il Regno Unito, mentre, entro il 1° luglio 2026, la Commissione europea valuterà l'efficacia del sistema internazionale per la compensazione e riduzione delle emissioni di carbonio del trasporto aereo internazionale (CORSIA), nel quale ricadono le emissioni dei voli non rientranti nell'ambito di applicazione dell'EU ETS. Ove tale sistema non avrà dimostrato risultati significativi nella riduzione delle emissioni, la Commissione presenterà una proposta per estendere l'EU ETS anche ai voli in partenza da aerodromi situati in Stati all'interno del SEE verso aerodromi situati al di fuori di tale spazio. La Direttiva ha, infine, istituito una deroga temporanea al sistema EU ETS al fine di favorire l'accessibilità delle Regioni Ultraperiferiche (RUP) dell'Unione Europea (territori speciali dell'Unione situati al di fuori del continente Europeo).

Fino al 31 dicembre 2030, questa deroga (legittimata dall'art. 349 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione, che riconosce la particolare situazione delle RUP, consentendo l'adozione di misure specifiche volte ad adattare le politiche dell'Unione alle loro specifiche esigenze) stabilisce che gli obblighi di monitoraggio, comunicazione e restituzione delle emissioni non si applicano ai voli che coinvolgono gli aerodromi situati nelle RUP di uno Stato (l'Unione annovera attualmente

14. Tuttavia, nel caso di voli soggetti ad obbligo di restituzione che utilizzano carburanti “sostenibili” (carburanti non derivati da combustibili fossili, idrogeno da rinnovabili, biocarburanti avanzati con fattore di emissione zero, carburanti rinnovabili di origine non biologica con riduzione delle emissioni di GHG di almeno il 70%) gli operatori aerei, nel periodo compreso tra il 1° gennaio 2024 e il 31 dicembre 2030, possono richiedere l'assegnazione di quote gratuite per attutire almeno parzialmente le perdite derivanti dalla differenza di prezzo tra il cherosene fossile e i carburanti “sostenibili”.

nove RUP: le Isole Canarie, la Guyana Francese, Martinica, Guadalupa, Mayotte, Riunione e Saint Martin, le Azzorre e Madeira).

5. (segue) specificità del trasporto marittimo

La Direttiva (UE) 2023/959 ha ampliato l'ambito di applicazione del sistema EU ETS includendovi le emissioni prodotte dalle imprese di trasporto marittimo e modificato il regolamento (UE) 2015/757 riguardante il monitoraggio, la comunicazione e la verifica delle emissioni di CO₂ generate da tali imprese.

Le tempistiche per l'inclusione graduale del trasporto marittimo nell'EU ETS sono le seguenti: dal 2024, le emissioni di gas a effetto serra rilasciate dalle navi di stazza lorda pari o superiore a 5.000 tonnellate durante le tratte commerciali sono incluse nell'ambito di applicazione dell'EU ETS e sottoposte agli obblighi di restituzione a partire dal 2025; dal 1° gennaio 2025, le emissioni di gas a effetto serra rilasciate dalle navi offshore di stazza lorda pari o superiore a 5.000 tonnellate sono debbono rispettare gli obblighi di monitoraggio e comunicazione; dal 1° gennaio 2025, le emissioni di gas a effetto serra rilasciate dalle navi da carico e dalle navi offshore di stazza lorda inferiore a 5.000 tonnellate ma non inferiore a 400 tonnellate durante le tratte commerciali sono soggette agli obblighi di monitoraggio e comunicazione. I soggetti obbligati agli obblighi di monitoraggio, comunicazione e restituzione di quote sono le società di navigazione, definite come organizzazioni o persone che hanno assunto la responsabilità dell'esercizio della nave e che accettano i compiti e le responsabilità imposti dal Codice internazionale di gestione della sicurezza delle navi e della prevenzione dell'inquinamento di cui all'Allegato I del Regolamento (CE) n. 336/2006 del Parlamento Europeo e del Consiglio. Il ciclo di conformità prevede al momento che le società di navigazione trasmettano il Piano di monitoraggio all'autorità nazionale di riferimento verificato da un verificatore. Ogni anno, entro il 31 marzo, le società presentano la relazione verificata delle emissioni dell'anno precedente e i dati aggregati verificati sulle emissioni a livello di società all'autorità di riferimento.

In caso di cambiamento di società di navigazione, la società precedente presenta una relazione delle emissioni limitata al periodo corrispondente alle attività svolte sotto la sua responsabilità. La restituzione delle quote deve avvenire entro il 30 settembre di ogni anno a partire dal 2025.

Da segnalare infine che, nel settore marittimo, le quote di emissione non verranno assegnate gratuitamente, ma saranno allocate integralmente tramite asta.

Con la Decisione di esecuzione (UE) 2024/411 della Commissione, del 30 gennaio 2024, l'Unione europea ha pubblicato un primo elenco delle compagnie di navigazione tenute ad aprire, in un registro associato alla bandiera, un conto deposito tramite il quale gestire il sistema di scambio delle quote di carbonio.

6. Il contenzioso climatico italiano

Il tema dell'EU ETS è stato lambito in due recenti controversie “climatiche” azionate innanzi al Tribunale di Roma da una serie di associazioni impegnate nel settore dell'ambientalismo e da soggetti privati, secondo i quali la normativa italiana (in particolare, il Piano Nazionale Integrato per l'Energia e il Clima o “PNIEC”¹⁵) non sarebbe stata idonea a raggiungere gli obiettivi posti dall'Accordo di Parigi sul Clima¹⁶, ossia mantenere l'aumento della temperatura media mondiale al di sotto di 2 °C rispetto ai livelli preindustriali e proseguire l'azione volta a limitare tale aumento a 1,5 °C rispetto a detti livelli. La normativa in parola si sarebbe, anzi, posta in violazione degli obiettivi di Parigi e, per derivazione, dei diritti umani “generati” dagli obiettivi medesimi.

La prima causa – in cui gli attori hanno chiesto la condanna dello Stato Italiano in persona della Presidenza del Consiglio dei Ministri, ex artt. 2043 o 2051 c.c. “*all'adozione di ogni necessaria iniziativa per l'abbattimento, entro il 2030, delle emissioni nazionali artificiali di CO₂eq nella misura del 92% rispetto ai livelli del 1990*” – si è conclusa in primo grado con il rigetto di tali domande per difetto assoluto di giurisdizione¹⁷ (Tribunale Ordinario di Roma, Seconda Sezione Civile, sentenza del 26 febbraio 2024, n. 3552).

Le *rationes decidendi* presenti in motivazione paiono integrare sia la fattispecie della carenza di giurisdizione per “sconfinamento” (o “invasione”) in sfere riservate al legislatore (o alla pubblica amministrazione), sia quella del diniego di giurisdizione perché nessun giudice ne è fornito (cosiddetto “arretamento”). Questi i brani centrali della sentenza n. 3552/2024: “*Gli attori nel contestare l'inadeguatezza e l'insufficienza della condotta dello Stato nel contrastare i cambiamenti, lamentano una responsabilità del c.d. Stato-legislatore, non predicabile fuori dai casi di violazione del diritto dell'Unione europea. Come si evince dalla stessa prospettazione attorea, la responsabilità dello Stato sarebbe originata dalle condotte omissive, commissive e provvedimenti del Governo e del Parlamento che non consentirebbero il raggiungimento di obiettivi più ambiziosi rispetto a quelli cui lo Stato si è vincolato (...) il difetto assoluto di giurisdizione è configurabile quando manca nell'ordinamento una norma di diritto astrattamente idonea a tutelare l'interesse dedotto in giudizio e se la domanda non risulta conoscibile, né in astratto, né in concreto, da alcun giudice*” (cfr.

15. Piano predisposto dai Ministeri dello Sviluppo Economico, dell'Ambiente e delle Infrastrutture e Trasporti. Il Piano recepisce le norme contenute nel Decreto Legge sul Clima (D.L. 14 ottobre 2019, n. 111).

16. L'Accordo di Parigi del 12 dicembre 2015 è un trattato internazionale stipulato tra gli Stati membri della Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici, riguardo alla riduzione di emissione di gas serra e alla finanza.

17. Si osserva incidentalmente che la giurisprudenza è univoca nel ritenere che tanto la qualificazione della domanda quanto l'individuazione del giudice avente giurisdizione debbono essere effettuata non sulla base di quanto formalmente prospettato dalle parti, bensì sulla base del “*petitum*” sostanziale, da ricostruirsi e individuarsi in funzione dei fatti e degli elementi di diritto sui quali si fonda la domanda, ossia della “*causa petendi*” fatta valere. Dunque, una attività di caratterizzazione che rientra nelle prerogative esclusive del Giudice e, pertanto, prescinde dalla forma delle espressioni utilizzate. A tal proposito, si veda – *ex multis* – Cass. Civ., 2 agosto 2016 n. 16064.

Cass. Sez. U., Ordinanza n. 15601 del 01/06/2023; in questo senso anche Cass. Sez. U Ordinanza n.15058 del 29.05.2023...). È peraltro utile evidenziare che la giurisprudenza di legittimità, chiamata a pronunciarsi su altra questione avente ad oggetto le conseguenze dell'inadempimento dello Stato agli obblighi derivanti dal diritto euro unitario, ha precisato come debba escludersi qualsiasi diritto soggettivo dei cittadini al corretto esercizio del potere legislativo (cfr. Cass. n.9147/2009; Cass. n.23730/2016), in ragione della insindacabilità dell'attività esplicativa di funzioni legislative (...). Il Tribunale, nello statuire altresì che quelli "posti in essere dal Governo e dal Parlamento, e qui oggetto di censura, sono tuttavia atti, provvedimenti e comportamenti manifestamente espressivi della funzione di indirizzo politico" ha applicato alle censure mosse dagli attori i su richiamati principii affermati dalla giurisprudenza di legittimità, osservando come tali doglianze "si appuntano sull'azione di indirizzo politico posta in essere dai titolari della sovranità statale in ordine alle concrete modalità con cui stanno contrastando il cambiamento climatico per il raggiungimento degli obiettivi individuati nell'ambito dell'ordinamento eurolunitario e internazionale". Dunque, la conclusione attinta dal giudicante è, in sintesi, la seguente: chiedendo all'Autorità Giudiziaria di sancire la inidoneità delle norme a contrastare il cambiamento climatico, gli attori postulano che il Tribunale si sostituisca al Parlamento affinché impartisca una politica in materia, con conseguente violazione di uno dei principii cardine dello Stato di diritto, vale a dire la separazione dei poteri statuali, ex artt. 70 e ss., 92 e ss., 101 e ss. Cost.¹⁸

18. Come ribadito anche dall'Unione Europea nelle sue massime sedi istituzionale (Commissione) e giurisdizionale (Corte di Giustizia). Si richiama al riguardo la Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo e al Consiglio dell'1 marzo 2014 ("Un nuovo quadro dell'UE per rafforzare lo Stato di diritto"), ai punti 2 e ss., nonché la giurisprudenza comunitaria ivi citata: "Il principio dello Stato di diritto è diventato progressivamente il modello organizzativo predominante del diritto costituzionale moderno e delle organizzazioni internazionali (compresi ONU e Consiglio d'Europa) per disciplinare l'esercizio dei pubblici poteri. Esso garantisce che tutti i pubblici poteri agiscano entro i limiti fissati dalla legge, rispettando i valori della democrazia e i diritti fondamentali, e sotto il controllo di un giudice indipendente e imparziale. Il contenuto preciso dei principi e delle norme che scaturiscono dallo Stato di diritto può variare a livello nazionale in funzione dell'ordinamento costituzionale di ciascuno Stato membro, ma dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea ("Corte di giustizia") e della Corte europea dei diritti dell'uomo, nonché dai documenti elaborati dal Consiglio d'Europa, in particolare sulla scorta dell'esperienza della commissione di Venezia, si può comunque desumere un elenco non esaustivo di tali principi e quindi definire il nucleo sostanziale dello Stato di diritto come valore comune dell'UE ai sensi dell'articolo 2 del TUE. Si tratta dei principi di legalità (secondo cui il processo legislativo deve essere trasparente, responsabile, democratico e pluralistico); certezza del diritto; divieto di arbitrarietà del potere esecutivo; indipendenza e imparzialità del giudice; controllo giurisdizionale effettivo, anche per quanto riguarda il rispetto dei diritti fondamentali; uguaglianza davanti alla legge... All'interno dell'UE lo Stato di diritto ha particolare rilevanza. Non soltanto il suo rispetto è condizione sine qua non per la tutela di tutti i valori fondamentali enunciati all'articolo 2 del TUE, ma esso costituisce anche il presupposto per la difesa di tutti i diritti e gli obblighi che derivano dai trattati e dal diritto internazionale. ... inoltre, riguardo al nesso tra il diritto a un processo equo e la separazione dei poteri... la Corte ha precisato che "[...] il principio generale di diritto [unionale] secondo cui ogni persona ha diritto a un processo equo, che si ispira all'art. 6 della CEDU".

Né – aggiunge lo scrivente – una tale responsabilità potrebbe riguardare il potere legislativo, posto che l'attività esplicativa di funzioni normative è insindacabile¹⁹.

La motivazione resa dal Tribunale di Roma ricalca nella sostanza quella emessa dalla Corte d'Appello Federale degli Stati Uniti nel caso “*Kivalina v Exxon Mobil et al.*”²⁰, ove i residenti del villaggio di Kivalina (Alaska) sostenevano che le emissioni di gas serra da parte delle società petrolifere convenute avessero contribuito ad accelerare lo scioglimento del ghiaccio, comportando così la necessità di trasferire la città. Chiedevano quindi l'emissione di una ingiunzione avente ad oggetto la riduzione dei gas serra o, in alternativa, di condannare le convenute a risarcire il danno in misura corrispondente al costo dello spostamento del villaggio. In merito, la Corte ha statuito che “*la soluzione dei problemi di Kivalina è nelle mani del potere legislativo e del governo e non della corte federale*” (a tale sentenza hanno fatto seguito ulteriori decisioni da parte delle Corti USA²¹, che hanno variamente sancito l'inammissibilità delle domande attoree per difetto di legittimazione attiva²² o la loro infondatezza per mancata prova del nesso causale o del danno²³).

19. Cfr. Sezioni Unite Civili, sentenza n. 9147 del 2009 e Cass. n. 23730 del 2016. Conclusione, questa, che viene fatta discendere dalla libertà della funzione politica legislativa desumibile dall'art. 68, comma 1, Cost. in forza del quale i parlamentari non possono essere chiamati a rispondere delle opinioni espresse e dei voti dati nell'esercizio delle loro funzioni; conclusione, si deve aggiungere, coerente non solo con i precedenti civili di legittimità registrati sul punto, ma anche con l'orientamento della giurisprudenza amministrativa (sentenza del Consiglio di Stato del 14 aprile 2015, n. 1862) il quale è tradizionalmente informato al radicale rigetto di ogni impostazione che ritenga configurabile una responsabilità civile dello Stato-legislatore per l'emanazione di atti legislativi.

20. Tale decisione è citata da M. MARINAI, *Il contenzioso climatico e la legislazione climatica: un interminabile valzer sulle note della due diligence*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, n. 4, 2023, p. 1327 ss.

21. Ad esempio: “*Massachusetts v Environmental Protection Agency*” del 2007 (<http://climatecasechart.com/case/massachusetts-v-epa/>), “*California v General Motors Corp*” sempre del 2007 (<http://climatecasechart.com/case/california-v-gm-corp/>), *American Electric Power Co Inc v Connecticut* del 2011 (<http://climatecasechart.com/case/american-electric-power-co-v-connecticut/>), *Comer v Murphy Oil* (<http://climatecasechart.com/case/comer-v-murphy-oil-usa-inc/>) e *Juliana v Usa* del 2023 (<http://climatecasechart.com/case/juliana-v-united-states/>). Consimili domande di soggetti privati sono state invece accolte dalla Corte distrettuale dell'Aia con la sentenza “*Urgenda*” del 24 giugno 2015 (*Dutch Urgenda Foundation v. The State of Netherlands*), che ha condannato il governo Olandese ad adottare politiche più rigorose in materia di cambiamento climatico (sentenza confermata nell'ottobre 2018 dalla Corte d'appello dell'Aia 6 e nel dicembre 2019 dalla Corte Suprema). Non è questa la sede per dare atto di tutte le peculiarità delle varie tipologie di contenzioso climatico esistenti: si rimanda alla esaustiva e pregevole rassegna contenuta in F. SCALIA, *Energia Sostenibile e Cambiamento Climatico: Profili Giuridici della Transizione Energetica*, Torino, 2020 (si veda in particolare il capitolo V: “La giustizia climatica”).

22. In tale categoria deve ricomprendersi sia il difetto di “*legitimitas ad causam*” (questione preliminare o pregiudiziale) che la mancanza di titolarità sostanziale del rapporto dal lato passivo dell'obbligazione (questione attinente al merito). La distinzione, netta a livello ontologico, è oggi tuttavia destinata a dissolversi anche nella giurisprudenza italiana a seguito della nota sentenza delle Sezioni Unite Civili n. 2951/2016, la quale ha statuito che trattasi, in entrambi i casi, di questioni rilevabili d'ufficio dal Giudice in ogni stato e grado del processo (seguita da Cassazione civile, sez. lav. 03/09/2021 n. 23899, Cassazione civile, sez. un. 04/06/2021 n. 15575, Cassazione civile, sez. VI 15/10/2020 n. 22257, Cassazione civile, sez. lav. 21/10/2019 n. 26768, Cassazione civile, sez. II 13/08/2018 n. 20721, Cassazione civile, sez. VI 20/12/2017 n. 30545).

23. Eccezioni, tutte, sollevate anche dallo Stato italiano nel giudizio di Roma (v. pagg. 6 e 7 della sentenza del 26 febbraio 2024, n. 3552).

Deve qui osservarsi come la tesi sottoposta dagli attori al Tribunale capitolino non sarebbe sostenibile nemmeno se volta ad “istituire”, con provvedimento dell’autorità giudiziaria (come si vorrebbe), non un “legislatore parallelo”, bensì – e forse in modo ancor più audace – un “esecutivo alternativo”; al riguardo è sufficiente osservare come l’art. 57-*bis* del Codice dell’Ambiente (D.Lgs. 3 aprile 2006 n. 152) attribuisca al potere esecutivo il compito di elaborare la strategia per la diminuzione delle emissioni di gas a effetto serra, in particolare prevedendo che il Comitato interministeriale per la transizione ecologica istituito presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri approvi il Piano per la transizione ecologica, al fine di coordinare le politiche in materia di riduzione delle emissioni di gas serra e di mitigazione dei cambiamenti climatici: quindi, è affidata al Ministero dell’Ambiente e della Sicurezza Energetica la riduzione delle fonti di inquinamento e delle emissioni dei gas climalteranti, nel più ampio contesto della sfida del riscaldamento globale. Sul punto, vista la natura pubblica del soggetto evocato in giudizio (lo Stato italiano), è d’obbligo osservare come domande risarcitorie fondate su presupposti quali quelli fatti valere nel giudizio civile di Roma sarebbero carenti di giurisdizione anche nell’ambito di quella c.d. “contabile” (Corte dei Conti), stante l’impossibilità di sindacare nel merito le scelte compiute dalla P.A. e dai suoi dipendenti *ex art. 1 L. n. 20/1994*²⁴. Nell’ambito di tale giurisdizione, poi, tenuto conto che oggi non sussiste alcuna obbligazione civile dello Stato nei confronti dei singoli circa gli interventi da adottare ai fini della riduzione delle emissioni di gas serra, l’azione risarcitoria instaurata dalla Procura Contabile sarebbe (doppiamente) carente di giurisdizione perché non ricadente (in modo manifesto) “*nell’ipotesi di assoluta e incontrovertibile estraneità dei mezzi stessi rispetto ai fini dell’ente*”²⁵ (solo in tal caso potendo, la Corte dei Conti, dare rilievo alla non adeguatezza dei mezzi prescelti dal pubblico amministratore mediante valutazione di congruità da compiersi, peraltro, *ex ante* non *ex post*).

La seconda controversia “climatica” italiana è invece tutt’ora pendente²⁶. Essa è stata instaurata da altre associazioni ambientaliste e persone fisiche verso una società multinazionale del settore energetico e verso due soci che la controllano (il Ministero dell’Economia e delle Finanze e una società controllata da quest’ultimo).

24. “*La responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti in materia di contabilità pubblica è personale e limitata ai fatti ed alle omissioni commessi con dolo o con colpa grave, ferma restando l’insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali*”. Norma, anche questa, posta a presidio del principio di separazione dei poteri dello Stato (Cfr., tra le tante sul punto, Cass., sez. un., ordinanza n. 11549 del 2022; sez. un., ordinanza n. 14301 del 2022; Cass., sez. un., 4 giugno 2021 n. 15573; Cass., sez. un., 4 dicembre 2020 n. 27770; Cass., sez. un., 21 settembre 2020 n. 19675; Cass., sez. un., 25 marzo 2019 n. 8311; più di recente, v. anche sez. un., ordinanza n. 37605 del 2022; sez. un., ordinanza n. 37608 del 2022).

25. Cass., sez. un., 2 aprile 2007 n. 8096; Cass., sez. un., 8 marzo 2005 n. 4956; Cass., sez. un., 6 maggio 2003 n. 6851; Cass., sez. un., 29 gennaio 2001 n. 33.

26. Gli atti e i principali documenti depositati dalle parti in tale giudizio sono leggibili ai link <https://www.greenpeace.org/italy/rapporto/17711/lagiustacausa-leggi-tutti-i-documenti/> e <https://www.eni.com/it-IT/media/causa-eni-greenpeace-recommon.html>.

In estrema sintesi, tali attori affermano (per certi versi similmente, per altri diversamente, rispetto a quanto sostenuto nella prima causa) che la convenuta avrebbe adottato una politica energetica non adeguata al raggiungimento degli obiettivi fissati dal già richiamato Accordo di Parigi (segnatamente, l'azzeramento delle proprie emissioni climalteranti nette entro il 2050); deducono, per tal via, una sua responsabilità ex art. 2043 c.c. anche in combinato disposto con gli artt. 2 e 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), oppure ex art. 2050 c.c., o, ancora, ex art. 2051 c.c.

La convenuta principale, dal canto suo, a confutazione delle tesi attoree, ha – *inter alia* – prodotto relazioni tecniche con le quali dimostra che gli scenari proposti dall'IPCC (Intergovernmental Panel on Climate Change) e dall'IEA (International Energy Agency), considerati dagli attori come “*traiettorie vincolanti*” per il raggiungimento degli auspicati obiettivi, non possono essere ritenuti tali e, inoltre, che la transizione energetica costituisce un obiettivo dipendente da scelte politiche coordinate a livello internazionale²⁷. La convenuta ha inoltre dedotto che il proprio piano di decarbonizzazione è in linea con gli obiettivi definiti dagli scenari internazionali, in particolare il raggiungimento dello “*Zero Net*” entro il 2050 (tale piano si incentra su cinque “*leve*” che includono un rilevante impegno finanziario e organizzativo nel settore dei biocarburanti, delle energie rinnovabili e delle tecnologie funzionali al processo di decarbonizzazione).

Come accennato, dal punto di vista del *thema decidendum* questa seconda azione – instaurata, come detto, verso una società privata – presenta elementi di peculiarità rispetto alla prima (ove convenuto era il solo Stato italiano); gli attori chiedono infatti al Giudice di condannare la società, oltretutto a risarcire “*tutti i danni patrimoniali e non patrimoniali subiti e subendi dagli attori per effetto delle conseguenze del cambiamento climatico*” (per violazione del combinato disposto degli artt. 2 e 8 della CEDU e degli artt. 2043, 2050 e 2051 c.c.), anche – ex artt. 2058 c.c. e 614 bis c.p.c. – “*a limitare il volume annuo aggregato di tutte le emissioni di CO₂ in atmosfera (...) a causa delle attività industriali, commerciali e dei prodotti per il trasporto di energia venduti da essa in misura tale che tale volume di emissioni venga ridotto di almeno il 45% a fine 2030 rispetto ai livelli del 2020, ovvero in altra misura, accertanda in corso di causa, che garantisca il rispetto degli scenari elaborati dalla comunità scientifica internazionale per mantenere l'aumento della temperatura entro 1,5 gradi, stabilendo fin d'ora, in caso di inottemperanza, la condanna al pagamento della somma che il Giudice riterrà equa per violazione o inosservanza o ritardo nell'esecuzione del provvedimento*”.

27. In argomento, è ampiamente riconosciuto che gli Stati svolgono un ruolo fondamentale nella definizione di politiche pubbliche finalizzate alla riduzione delle emissioni di gas serra e alla promozione di una transizione energetica verso fonti più pulite e sostenibili. Gli Stati possono adottare una serie di azioni sia sul lato dell'offerta che su quello della domanda per favorire la decarbonizzazione (esempi di ciò sono dati dalle politiche di riduzione delle emissioni, dagli incentivi finanziari per promuovere l'uso di energie rinnovabili come il solare, l'eolico e l'idroelettrico, dall'investimento in infrastrutture sostenibili come reti di trasporto pubblico efficienti, reti elettriche intelligenti e infrastrutture per la ricarica di veicoli elettrici).

7. Le possibili implicazioni della normativa EU ETS nell'ambito del contenzioso climatico verso le imprese

Le osservazioni di seguito formulate prescindono dalle posizioni assunte dalle parti in giudizio e sono volte a suscitare riflessioni di tenore più generale.

Sebbene, come anticipato, tanto nel primo quanto nel secondo giudizio “climatico” sia stato fatto accenno al sistema EU ETS, sembra di poter dire che il tema e le sue implicazioni possano essere ulteriormente sviluppati nell'ambito di tale contenzioso.

Ad esempio, nella sentenza n. 3552/2024 del Tribunale di Roma, si legge: *“Parte convenuta nella comparsa di costituzione ha illustrato le politiche e le misure adottate dallo Stato italiano (cfr. pp. 10 e ss.) che dovrebbero concorrere “al raggiungimento degli obiettivi al 2020 e al 2030”, allegando (...) la “Relazione sullo stato di attuazione degli impegni per la riduzione delle emissioni di gas ad effetto serra”. Nel documento è peraltro ben illustrato il criterio utilizzato dalla politica europea per la riduzione delle emissioni di gas a effetto serra che, per il settore industriale, è rappresentato dalla Direttiva 2003/87/CE che ha previsto un sistema di scambio di quote di emissione (Emissions Trading System EU ETS). Nel documento si legge che “Nel 2009, tale direttiva è stata profondamente rivista per tenere conto dei nuovi obiettivi di riduzione al 2020. Il sistema EU ETS opera secondo il principio del cosiddetto ‘cap and trade’, ovvero fissa un tetto massimo di emissioni consentite (‘quote di emissione’) e permette lo scambio di quote tra i partecipanti al sistema”. Nello stesso documento è stata descritta la Decisione 406/2009/CE che “ripartisce tra gli Stati Membri l’obiettivo comunitario di riduzione delle emissioni di gas serra per i settori non regolati dalla Direttiva EU ETS, ovvero trasporti, civile, piccola industria (...)”.*

Tale brano di motivazione non si correla, tuttavia, ad alcuna delle *rationes decidendi* rese dal Tribunale al fine di pervenire alla decisione.

Tralasciando le questioni pregiudiziali alle quali sopra s'è fatto cenno (difetto di giurisdizione) e alle altre preliminari passibili, pure, di venire in considerazione (prescrizione e carenza di legittimazione attiva²⁸), non sembra potersi dubitare circa la insussistenza, allo stato attuale, di una obbligazione civilistica, in capo alle imprese, che possa condurre all'accoglimento di domande quali quelle formulate: come detto, una tale obbligazione non è configurabile sulla base dell'Accordo di Parigi, giacché nessuna delle norme in esso contenute pone obblighi alle imprese di ridurre le proprie emissioni di CO₂²⁹, né sulla base degli artt. 2 e 8 CEDU, vertendo – semmai – in capo agli Stati aderenti una responsabilità di tal genere.

28. Ai sensi dell'art. 311 del Codice dell'Ambiente, è lo Stato ad essere legittimato ad agire per il risarcimento del “*danno ambientale*”. Inoltre, in forza dell'art. 312, è attribuita al Ministero dell'Ambiente la competenza ad attuare il procedimento avente ad oggetto l'accertamento del danno ambientale e ad irrogare le misure previste dall'art. 313, mentre ai privati spetta esclusivamente il potere (art. 309) di “*presentare al Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, depositandole presso le Prefetture – Uffici territoriali del Governo, denunce e osservazioni, corredate da documenti ed informazioni, concernenti qualsiasi caso di danno ambientale o di minaccia imminente di danno ambientale e chiedere l'intervento statale a tutela dell'ambiente a norma della parte sesta del presente decreto*”.

29. Di diverso avviso, ma sulla base di altri presupposti normativi, è stata la sentenza del 26 maggio 2021 del Tribu-

A queste considerazioni si aggiunge una notazione – che a me pare assorbente – circa la non “giustiziabilità” di domande di tal genere per difetto radicale di una posizione giuridica soggettiva passibile di tutela in sede giudiziaria: in particolare, poiché eccentriche rispetto alle disposizioni che disciplinano il sistema ETS nell’Unione Europea e in Italia, e che – diversamente dalle fonti sovranazionali sopra indicate – pongono direttamente sulle imprese obblighi giuridici funzionali alla riduzione delle emissioni di CO₂.

È nota la regola del nostro ordinamento secondo la quale per danno “ingiusto” – e, come tale, risarcibile – si intende non qualsiasi pregiudizio, esborso o costo, ma solo la perdita economica ingiusta, ossia verificatasi in assenza di cause giustificative del fatto dannoso e con modalità contrarie al diritto: “*non jure*” e “*contra jus*”³⁰.

È proprio il requisito della ingiustizia che svolge questa funzione *stricto sensu* selettiva all’interno della clausola generale di cui all’art. 2043 c.c., consentendo cioè di individuare quali pregiudizi siano meritevoli di ristoro risarcitorio in sede giudiziaria, transitando dall’area della rilevanza economica a quella della rilevanza giuridica.

Ora, come anticipato, l’impresa che entro le date previste dalla normativa EU ETS non restituisca un numero di quote di emissione sufficiente a “coprire” le emissioni rilasciate nell’anno precedente è soggetta a pesanti sanzioni amministrative: nello specifico, dovrà corrispondere un importo per le emissioni in eccesso pari a cento euro per ogni tonnellata di CO₂ e, in più, restituire un numero di emissioni corrispondente (art. 42, comma 14 D.Lgs. n. 47/2020). Altre specifiche sanzioni sono contemplate – ad esempio e senza pretesa d’esaustività – per l’impresa che emetta CO₂ in assenza dell’autorizzazione prevista dall’art. 15 (art. 42, commi 1-3³¹), oppure per l’operatore che non presenti il piano di monitoraggio entro i termini fissati ex lege (art. 42, commi 6-8³²).

nale distrettuale de L’Aia, la quale ha imposto alla Shell di ridurre le emissioni di CO₂, entro il 2030, del 45% rispetto ai livelli del 2019. Tale sentenza si basa infatti sulla Sezione 162 del VI libro del Codice Civile olandese (responsabilità extracontrattuale) e sullo “*standard of care*” dell’Accordo di Parigi, utilizzato come riferimento per valutare la politica aziendale di Shell.

30. G. ALPA, *Il codice e la responsabilità civile: origine di un testo*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1992, 1, p. 513 ss.; E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, Milano, I, 1953; G. CIAN, *Antigiuridicità e colpevolezza*, Padova, 1966; S. PUGLIATTI, voce *Alterum non laedere*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1958; R. SACCO, *L’ingiustizia di cui all’art. 2043 c.c.*, in *Foro padano*, 1960, p. 1422 ss.; P. SCHLESINGER, *La “ingiustizia” del danno nell’illecito civile*, in *Jus*, 1960, p. 336 ss.

31. Che prevedono sanzioni pecuniarie in misura variabile, da 10.000 euro a 100.000 euro, aumentata di 100 euro per ciascuna tonnellata di biossido di carbonio equivalente emessa in mancanza di autorizzazione e da 5.000 euro a 50.000 euro, aumentata di 100 euro per ciascuna tonnellata di biossido di carbonio equivalente emessa in mancanza di autorizzazione in caso di dichiarazione spontanea al Comitato ETS da parte del trasgressore; fermo restando l’obbligo, per il trasgressore, di “*restituire un numero di quote di emissioni pari a: a) la differenza tra le emissioni rilasciate in atmosfera in assenza di autorizzazione e la quantità di quote che sarebbe stata rilasciata a titolo gratuito, nei casi di impianti beneficiari di assegnazione di quote a titolo gratuito. Il numero di quote che sarebbero state rilasciate all’impianto beneficiario di assegnazione gratuita è quantificato dal Comitato che a tal fine acquisisce ogni necessario elemento informativo anche dal trasgressore; b) le emissioni rilasciate in atmosfera in assenza di autorizzazione, nei casi di impianti non beneficiari di assegnazione di quote a titolo gratuito*”.

32. Anche qui sono previste sanzioni pecuniarie in misura variabile, da 10.000 euro a 100.000 euro, aumentata di

Trattasi di norme cogenti che individuano doveri certi per le imprese e i loro amministratori, obbligandoli a farsi carico delle esternalità negative provocate dalle emissioni di CO₂ e, in caso di violazioni, assoggettandoli entrambi a sanzioni ai sensi dell'art. 42 cit. e degli artt. 6 e 14 della L. 689/1981.

Norme che attuano, in tal modo, la funzione selettiva alla quale s'è fatto cenno, esaurendo nel campo delle sanzioni amministrative l'area della rilevanza giuridica dei precetti esigibili nei confronti del privato ai fini della riduzione di tali emissioni e, per conseguenza, escludendo la tutela risarcitoria civile.

Tali conclusioni non sembrano poter essere inficiate da quanto statuito dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nella sentenza del 9 aprile 2024 (*"Verein KlimaSeniorinnen Schweiz e altri c. Svizzera"*), la quale ha affermato la responsabilità di tale Stato per la violazione, tra l'altro, dell'art. 8 CEDU (che tutela il diritto alla vita privata e familiare). In particolare, la Corte ha interpretato tale disposizione come comprensiva del diritto dei cittadini ad una protezione effettiva da parte degli Stati dalle conseguenze pregiudizievoli che il cambiamento climatico spiega sulle loro vite, salute e qualità di vita. Secondo la Corte, dunque, da tale disposizione discende l'obbligo degli Stati aderenti di adottare le misure normative e regolamentari necessarie per prevenire l'aumento di gas serra nell'atmosfera e, con essa, l'aumento della temperatura media globale oltre i livelli nocivi per la salute dell'uomo. Nell'interpretazione della Corte, tale obbligo origina dalla relazione causale esistente tra il fenomeno del cambiamento climatico e il godimento dei diritti CEDU, nonché dalla necessità di interpretare le disposizioni della Convenzione in modo da garantire una tutela effettiva a tali diritti. Muovendo da tale interpretazione, la Corte ha, in quel caso, reputato la Confederazione Svizzera responsabile della violazione dell'art. 8 della CEDU, non avendo quest'ultima, da un lato, provveduto a quantificare (ad esempio, attraverso un budget di carbonio) il limite massimo nazionale di emissioni di gas serra; dall'altro, raggiunto gli obiettivi prefissati in termini di riduzioni di emissioni. Pur riconoscendo la discrezionalità dei singoli Stati nell'adottare le politiche legislative avverso al cambiamento climatico, la Corte ha reputato che la condotta della Confederazione avesse ecceduto tale margine di autonomia, avendo adottato misure (addirittura) manifestamente insuscettibili di tutelare i diritti dei cittadini di cui all'art. 8 della Convenzione. Una pronuncia, dunque, resa nell'ambito di un caso che si pone a distanza siderale da quelli sopra esaminati e riguardanti il nostro Paese.

100 euro per ciascuna tonnellata di biossido di carbonio equivalente emessa e non monitorata e da 5.000 euro a 50.000 euro, aumentata di 100 euro per ciascuna tonnellata di biossido di carbonio equivalente emessa e non monitorata in caso di Piano di monitoraggio trasmesso tardivamente ma comunque non oltre il 31 dicembre dell'anno civile durante il quale è scaduto il termine. Resta fermo, anche qui, l'obbligo, per il trasgressore, di *"restituire un numero di quote di emissioni pari a: a) la differenza tra le emissioni rilasciate in atmosfera e non monitorate e la quantità di quote che sarebbe stata rilasciata a titolo gratuito, per gli operatori aerei che avrebbero beneficiato di assegnazione di quote a titolo gratuito. Il numero di quote che sarebbero state rilasciate all'operatore aereo è quantificato dal Comitato che a tal fine acquisisce ogni necessario elemento informativo anche dal trasgressore. b) le emissioni rilasciate in atmosfera e non monitorate, nel caso di operatori aerei che non avrebbero beneficiato di assegnazione di quote a titolo gratuito"*.

L'uso degli algoritmi nella fissazione delle tariffe nel trasporto aereo di passeggeri e il loro impatto gli equilibri di mercato. I nuovi poteri (e i relativi limiti) dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e prospettive *de iure condendo**

Vincenzo Palo

Dottorando di ricerca in scienze giuridiche e politiche – Università degli Studi di Roma “G. Marconi”

Abstract

The use of algorithms in setting passenger air transport fares and its impact on the market balances. The new powers (and its relative limits) of the Italian Antitrust Authority and de iure condendo perspectives.

The s.c. decree “Asset” No. 104, approved on the 10th of August 2023, introduces new investigative and sanctioning powers that the Italian Antitrust Authority (AGCM) can use to check and control the distortive phenomena concerning passenger air transport fares caused by the wide use of dynamic pricing algorithms in the relevant market. This decree has been analyzed by the Council of State (Consiglio di Stato) in an opinion issued in January 2024, through which the administrative judges have offered a wide interpretation of the recent rules, opening to new scenarios for the AGCM role in the Antitrust sector. This essay aims to explain the background of this legal intervention, the impact of the expansive interpretation provided by the Consiglio di Stato and the possible issues that could arise following to the entry into force of the new provisions in the Antitrust sector.

Il d.l. “Asset” n. 104, approvato il 10 agosto 2023, introduce nuovi poteri investigativi e sanzionatori che l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) può utilizzare per controllare e governare i fenomeni distortivi, relativi alla fissazione delle tariffe per il trasporto aereo, cagionati dall'uso ampio di algoritmi dinamici di prezzo nel mercato rilevante. Questo provvedimento è stato analizzato dal Consiglio di Stato in un parere emesso a gennaio 2024, attraverso il quale i Giudici amministrativi hanno offerto un'interpretazione ampia delle norme contenute nel decreto, aprendo

* Sottoposto a referaggio.

a scenari inediti per il ruolo dell'AGCM nel settore antitrust. Questo saggio si propone lo scopo di analizzare il retroterra storico di questo nuovo intervento normativo, l'impatto dell'ampia interpretazione dello stesso fornita dal Consiglio di Stato e le possibili criticità che possono emergere a seguito dell'entrata in vigore di queste nuove norme nel settore antitrust.

Parole chiave: trasporto aereo, fenomeni collusivi di matrice algoritmica, Consiglio di Stato, AGCM, principio di legalità

Sommario – 1. Introduzione – 2. L'uso degli algoritmi nella fissazione delle tariffe e il loro impatto sugli equilibri di mercato – 3. L'insufficienza degli strumenti forniti all'AGCM dalla legge n. 287 del 1990 – 4. I nuovi poteri investigativi e decisorivi dell'AGCM a fronte di fenomeni collusivi di matrice algoritmica. L'art. 1, commi 5 e 6, del d.l. n. 104 del 2023 e l'interpretazione resa dal Consiglio di Stato con il parere n. 61 del 29 gennaio 2024 – 5. Frizioni con il principio di legalità in materia di sanzioni amministrative dei nuovi poteri decisorivi riconosciuti all'AGCM.

1. Introduzione

Il D.L. c.d. "Asset" n. 104 del 2023, convertito con legge n. 136 del 9 ottobre 2023 reca, al suo interno, "Disposizioni urgenti a tutela degli utenti, in materia di attività economiche e finanziarie e investimenti strategici". Il provvedimento, così come evidenziato anche dalla Prima Sezione del Consiglio di Stato nell'esaminando parere n. 61 del 29 gennaio 2024¹, costituisce un decreto "Omnibus". Con tale locuzione si sogliono indicare quei provvedimenti normativi che contengono una congerie di disposizioni profondamente eterogenee tra di loro, la cui scaturigine va rinvenuta nelle più cogenti e urgenti necessità normative del momento². Tra le tante novità, il decreto prevede, all'art. 1, "Disposizioni per la trasparenza dei prezzi praticati sui voli nazionali". Più nello specifico, attribuisce all'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM) nuovi poteri di intervento rispetto ai fenomeni di fissazione dinamica delle tariffe da parte delle compagnie aeree, quando questi influenzino negativamente il comportamento economico dell'utente, con particolare riferimento alle rotte nazionali di collegamento con le isole, in determinati periodi di picco di domanda o in concomitanza di uno stato di emergenza nazionale. Questo intervento normativo, agli occhi dei *conditores*, appariva come una risposta necessaria e solerte rispetto all'ennesimo episodio critico di aumento dei prezzi dei voli aerei, da e verso la Sardegna e la Sicilia,

1. Consiglio di Stato, sez. I, parere del 29 gennaio 2024 n. 61.

2. La Corte costituzionale, con la sentenza n. 215 del 2023, ha evidenziato le criticità che una siffatta tipologia di decreti presenta. In particolare, la Corte afferma che le singole disposizioni dei decreti Omnibus, laddove non siano omogenee rispetto al contenuto complessivo e alle linee programmatiche dei provvedimenti in cui sono inserite, li pongono irrimediabilmente in contrasto con l'art. 77, secondo comma, Cost.

registratosi durante i mesi estivi del 2023³. Nello specifico, in quella occasione, i diversi vettori aerei che gestivano le rotte prima menzionate, applicavano in maniera omogenea notevoli rincari delle loro tariffe, sulla scorta dei suggerimenti forniti dagli algoritmi di *pricing* dinamico a loro disposizione. In origine, il decreto introduceva addirittura un severo tetto massimo ai prezzi definibili con le modalità suddette. Invero, l'art. 1, comma 1, del d.l. statuiva che: *“La fissazione dinamica delle tariffe da parte delle compagnie aeree, modulata in relazione al tempo della prenotazione, è vietata se ricorrono congiuntamente le seguenti condizioni: a) è applicata su rotte nazionali di collegamento con le isole; b) avviene durante un periodo di picco di domanda legata alla stagionalità o in concomitanza di uno stato di emergenza nazionale; c) conduce ad un prezzo di vendita del biglietto o dei servizi accessori del 200 per cento superiore alla tariffa media del volo.”* In seguito alle vibranti proteste delle compagnie e alle perplessità espresse anche in sede comunitaria, la norma appena citata è stata espunta in sede di conversione. Le condizioni che essa enumerava sono state derubricate a circostanze, di cui l'AGCM può tener conto, ai fini dell'avvio di un procedimento teleologicamente orientato a riscontrare fenomeni distorsivi della concorrenza o costituenti abuso di posizione dominante alla stregua degli articoli 2 e 3 della legge n. 287 del 1990. In compenso, però, il Governo ha deciso di rafforzare gli strumenti dell'AGCM in materia, attraverso l'introduzione di nuovi poteri ispettivi e sanzionatori. In particolare l'articolo 1 del provvedimento, nella sua nuova versione, ai commi 5 e 6, recita così: *“Se in esito a un'indagine conoscitiva condotta ai sensi dell'articolo 12, comma 2, della legge 10 ottobre 1990, n. 287, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato riscontra problemi concorrenziali che ostacolano o distorcono il corretto funzionamento del mercato con conseguente pregiudizio per i consumatori, essa può imporre alle imprese interessate, nel rispetto dei principi dell'ordinamento dell'Unione europea e previa consultazione del mercato, ogni misura strutturale o comportamentale necessaria e proporzionata, al fine di eliminare le distorsioni della concorrenza. A tal fine, sui mercati del trasporto aereo di passeggeri, l'Autorità può considerare, tra l'altro, i seguenti elementi: a) la struttura del mercato; b) le modalità di definizione dei prezzi, anche attraverso l'utilizzo di sistemi di gestione dei ricavi e algoritmi; c) i rischi per il processo concorrenziale e per i consumatori derivanti dall'utilizzo di algoritmi fondati sull'intelligenza artificiale o sulla profilazione degli utenti; d) le dinamiche concorrenziali e di prezzo connesse alla stagionalità della domanda; e) le esigenze di territori difficilmente raggiungibili tramite mezzi di trasporto diversi dall'aereo; f) l'esigenza di tutela di classi particolarmente vulnerabili di consumatori. Nel corso dell'indagine conoscitiva, le imprese interessate possono presentare impegni tali da far venir meno i problemi concorrenziali e il conseguente pregiudizio per i consumatori. In tal caso, l'Autorità, valutata l'idoneità degli impegni e previa consultazione del mercato, può renderli obbligatori per le imprese con il provvedimento che chiude l'indagine conoscitiva. L'Autorità esercita i poteri di indagine di cui all'articolo 14, commi da 2 a 2-quater e 2-septies, della legge 10 ottobre 1990, n. 287. Si applicano le sanzioni e le penalità di mora di cui all'articolo 14, commi 5 e 6, della legge 10 ottobre 1990, n. 287.*

3. Articolo “Caro-voli, ecco cosa prevede il piano del Governo”, in *Il Sole 24 Ore*, 5 agosto 2023, <https://www.ilsole24ore.com/art/carovoli-ecco-cosa-prevede-piano-governo-AFfyxRT>.

6. *In caso di inottemperanza alle misure di cui al comma 5, si applicano le sanzioni e le penalità di mora di cui all'articolo 15, commi 1-bis e 2-bis, della legge 10 ottobre 1990, n. 287. In esito all'indagine conoscitiva, l'Autorità può altresì raccomandare le iniziative legislative o regolamentari opportune, al fine di migliorare il funzionamento dei mercati interessati.*"

Le norme appena citate, lette *ex abrupto*, hanno un impatto notevole sull'interprete consapevole, che ben può comprendere come siffatti strumenti possano consentire all'AGCM margini di intervento prima inesplorati in materia di lotta ai fenomeni distorsivi della concorrenza. Per giunta l'AGCM, con delibera del 14 novembre 2023, in immediata applicazione della novella legislativa in esame, ha avviato un'indagine conoscitiva sugli algoritmi adoperati nel settore aereo per la fissazione delle tariffe relative ai servizi di trasporto passeggeri in ambito nazionale, da e per la Sicilia e la Sardegna⁴. Si rende necessaria, pertanto, un'analisi organica sia dell'intervento normativo, sia del fenomeno che quest'ultimo intende arginare, partendo dal tema dell'uso degli algoritmi nella fissazione delle tariffe.

2. L'uso degli algoritmi nella fissazione delle tariffe e il loro impatto sugli equilibri di mercato

Al giorno d'oggi, nei vari settori merceologici, le aziende fanno largo uso di algoritmi al fine di stabilire le tariffe da praticare al pubblico⁵. Questi, anche in combinazione con l'impiego delle sviluppande intelligenze artificiali⁶, consentono alle aziende di sviluppare strategie di marketing e commerciali estremamente efficienti. In aggiunta, i meccanismi di machine learning di cui gli algoritmi sono muniti consentono alle aziende di aggiornare le suddette strategie continuamente, per adattarsi in tempo reale ai mutamenti delle condizioni endogene ed esogene del mercato. Come è noto, ciascun competitor all'interno di un mercato del prodotto rilevante⁷, per fissare le tariffe da praticare al pubblico rispetto a un dato bene o servizio omogeneo, ma anche per modulare altri aspetti della sua attività, come la quantità di output offerta, deve approntare delle mosse

4. AGCM, delibera del 14 novembre 2023: avvio, ai sensi dell'articolo 12, comma 2, della legge 10 ottobre 1990 n. 287, di un'indagine conoscitiva sugli algoritmi in uso nel settore aereo per la determinazione dei prezzi dei servizi di trasporto passeggeri in ambito nazionale da e per la Sicilia e la Sardegna. Il testo del provvedimento è pubblicato sul Bollettino 44/2023 del 20/11/2023, url <https://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/IC56%20avvio%20proc.pdf>.

5. L. AMMANNATI, A. CANEPA, G. GRECO, U. MINNECI, *Algoritmi, Big Data, piattaforme digitali. La regolazione dei mercati in trasformazione*, Torino, 2021, p. 15 ss.; E. PROSPERETTI, *Algoritmi dei Big Data: temi regolamentari, responsabilità, concorrenza*, parte di V. FALCE, G. GHIDINI, G. OLIVIERI, *Informazione e Big Data tra innovazione e concorrenza*, Milano, 2017, p. 305.

6. Sul tema, G. PASCERI, *Intelligenza artificiale, algoritmo e machine learning*, Milano, 2021, p. 27 ss.

7. L'AGCM individua il mercato del prodotto rilevante in considerazione della domanda di un prodotto sostitutivo. Però può anche analizzare l'offerta di tale prodotto al fine di stabilire le condizioni della concorrenza, in modo che le imprese riescano a riconvertire la produzione attraverso l'offerta di beni e servizi sostitutivi rispetto a quelli posti sul mercato dagli operatori collusi. Sul punto, E. FAZIO, *Il problema delle competenze settoriali e l'adozione di un approccio olistico alla data-driven economy in Dir. econ.*, 2020, n. 103, p. 653-678.

e delle contromosse. Il singolo attore economico, in un contesto nel quale gli strumenti di analisi e organizzazione aziendale sono prettamente analogici, così come accadeva qualche decennio fa, ha esigenza di impiegare tempo e notevoli risorse per fare ricerche di mercato, osservare e prevedere le strategie dei concorrenti. All'esito di questo processo, l'impresa perviene all'elaborazione della strategia di mercato sulla scorta della quale stabilire il livello dei prezzi e la quantità di output, che consentano all'azienda di massimizzare i profitti. La massimizzazione dei profitti si raggiunge allorché si riesca a fissare un prezzo che superi il costo marginale e che, al contempo, tenuto conto delle altre condizioni, non renda l'impresa meno competitiva rispetto agli altri competitors. Tale equilibrio è l'esito di quella che viene definita interazione strategica⁸. Codesta locuzione viene adoperata dagli studiosi di economia per definire quella strategia di un'azienda che, nel suo dipanarsi, è condizionata dal comportamento delle sue antagoniste. Il mercato in cui ciò accade è quello di natura oligopolistica. Le poche imprese che vi operano si osservano a vicenda e, nei loro comportamenti, si influenzano reciprocamente, cercando di ipotizzare le reazioni dei concorrenti alle proprie decisioni. Per esemplificare, è d'uopo assumere come esempio proprio il mercato delle compagnie aeree. Si ponga il caso in cui una di queste ultime decida di innalzare i prezzi. Affinché tale strategia possa essere efficace ai fini dell'incremento del profitto, l'azienda avrà la necessità di prevedere la reazione dei rivali. Analogamente, i concorrenti dovranno valutare come reagire, mantenendo fermi i propri prezzi o aumentandoli. In passato, quando erano disponibili solo strumenti analogici o comunque tecnologici non particolarmente avanzati, le aziende si trovavano dinanzi a un bivio. Da un lato, esse potevano decidere di adottare strategie commerciali indipendenti da elaborare, come si è accennato pocanzi, attraverso un lungo e dispendioso lavoro di indagini di mercato, studio dei comportamenti altrui e previsione delle possibili contromosse alle proprie iniziative. Tutto ciò poteva condurre all'elaborazione di strategie commerciali che, sicuramente, non rappresentavano l'*optimum* in un'ottica di massimizzazione dei profitti, poiché scontavano i limiti degli strumenti disponibili. In aggiunta, anche laddove, attraverso un meticoloso e vigile monitoraggio dei competitors, si addiveniva faticosamente a un equilibrio collusivo attraverso una spontanea uniformazione dei prezzi, quest'ultimo poteva agevolmente venire meno al mutare degli elementi endogeni o esogeni impattanti sulle condizioni di mercato, che spingevano uno o più attori a modificare i prezzi praticati. Sul versante opposto, le aziende di un dato settore, per pervenire al raggiungimento di equilibri più soddisfacenti e duraturi, avevano come unica alternativa quella di addivenire alla negoziazione di un'intesa restrittiva della concorrenza. Come è noto, però, la disciplina antitrust comunitaria e nazionale vietava (e vieta) tali intese⁹. La normativa comunitaria sugli accordi restrittivi della concorrenza

8. In relazione alle interazioni strategiche gli economisti si sono avvalsi di un settore della teoria economica, la c.d. teoria dei giochi, dove le imprese assumono la figura dei giocatori, i quali devono prendere delle decisioni e ciascuno mira a realizzare un fine diverso. Per un'ampia analisi V. P. A. SAMUELSON, W. D. NORDHAUS, C. A. BOLLINO, *Economia*, Milano, 2023, p. 181-192.

9. Sul tema, P. MANZINI, *Diritto antitrust dell'Unione europea*, Torino, 2023, p. 39 ss.; C. TONOLA, *Le intese restrittive della concorrenza: definizione normativa, elementi costitutivi e regime probatori*, in *NJus*, 30 marzo 2023.

si rinviene nell'art. 101 del TFUE, mentre quella nazionale nell'art. 2 della legge n. 287/1990. Il comma 1 dell'art. 2 recita: “*sono considerati intese gli accordi e/o le pratiche concordate tra imprese nonché le deliberazioni, anche se adottate ai sensi di disposizioni statutarie o regolamentari, di consorzi, associazioni di imprese ed altri organismi similari*”. Il comma 2 dell'art. 2, invece, vieta “*le intese che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante*”. La disposizione enumera alcune fattispecie tipiche di intesa, ossia gli accordi,¹⁰ le pratiche concordate¹¹ e le deliberazioni di associazioni, consorzi o organismi similari,¹² i quali, tuttavia, non ne esauriscono la casistica. Invero, la nozione di intesa si applica ad ogni forma di cooperazione o coordinamento tra imprese, ergo, a qualsiasi forma di concorso di volontà tra le parti che colludono, sia essa esplicitamente o implicitamente desumibile dal loro comportamento. Questo assunto è condiviso anche dalla giurisprudenza, la quale sostiene che “*il termine intesa, nella sua ampiezza e onnicomprensività... attesta la volontà di riferirsi a qualsiasi tipo di collaborazione o di coordinamento posto in essere dalle imprese, quali che siano il mezzo impiegato e la veste formale assunta*”. In aggiunta, occorre “*distinguere tra le forme di collusione che ricadono nei divieti antitrust e i semplici comportamenti paralleli privi di elementi di concertazione*”.¹³ Pertanto, è necessario ravvisare l'esistenza di un concorso di volontà tra le parti per qualificare l'accordo come intesa. La giurisprudenza ha puntualizzato che si è in presenza di “intesa” anche ove via sia il solo concorso di volontà, senza che sia necessario che allo stesso venga dato poi concretamente seguito.¹⁴ Siffatti

10. Per accordo si intende un incontro di più volontà, con cui si possono esprimere anche soltanto delle linee guida in relazione ai comportamenti sul mercato. Per alcune definizioni di accordo si veda: G. GUIZZI, *Il mercato concorrenziale: problemi e conflitti*, Milano, 2010. Per la differenza tra intesa e contratto vedi anche E. GABRIELLI, A. CATRICALÀ, *I contratti nella concorrenza*, Milano, 2011.

11. Su un diverso versante, per pratica concordata si intende uno scambio di informazioni determinanti e utili ad individuare la condotta opportuna da seguire sul mercato, per il tramite di contatti diretti o indiretti tra imprese. Sul tema si veda P. TRIMARCHI, *Il problema giuridico delle pratiche concordate fra oligopolisti*, in *Riv. soc.*, n. 1, 1969; M. LIBERTINI, *Le intese restrittive della concorrenza (194)*, in C. CASTRONOVO, S. MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, Milano, 2007; F. GHEZZI, M. MAGGIOLINO, *Le pratiche concordate nel diritto antitrust europeo, ossia: quando giochi a carte, tienile coperte*, in *Riv. soc.*, n. 6, 2013, p. 1238 ss.

12. La decisione di associazione di imprese si estrinseca in un atto all'apparenza unilaterale, con lo scopo di guidare le azioni sul mercato delle imprese che ne fanno parte. cfr. P. FATTORI, M. TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Bologna, 2010.

13. Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 12 gennaio 2001 n. 1189, nel caso Assicurazione del Comune di Milano; Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 23 giugno 2006 n. 4017, Imballaggi metallici; TAR Lazio, sez. I, sentenza 18 giugno 2012 n. 5559, Gara d'appalto finalizzata all'acquisto delle apparecchiature per la risonanza magnetica; TAR Lazio, sez. I, sentenza 3 ottobre 2006 n. 9878; TAR Lazio, sez. I, sentenza 27 febbraio 2007 n. 1730.

14. Il Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 7 marzo 2008 n. 1009, nel caso *Fornitura di prodotti antisettici e disinfettanti*, afferma la responsabilità delle imprese nel caso in cui si ravvisi “un incontro di volontà in senso anticoncorrenziale, ossia una comune intenzione delle parti in merito ad un dato comportamento da assumere nel mercato, poco importa [...] che quel comportamento sia stato, o no, effettivamente posto in essere sul mercato”. La realizzazione delle condotte illecitamente concertate con l'intesa potrà impattare sulla gravità della sanzione, anche

accordi, data l'ampiezza del dato normativo dell'art. 2 della legge n. 287 del 1990, nonché l'ancora più elastica interpretazione conferitagli dalla giurisprudenza, erano e sono facilmente intercettabili e sanzionabili anche qualora vengano confezionati col riserbo più assoluto o con modalità insidiose ed elusive. Per esemplificare, si pensi ad aumenti di prezzi annunciati al pubblico mediante canali di comunicazione ordinari quali i media, le piattaforme di acquisto o altri mezzi comunicativi, i quali sono stati pacificamente classificati come inviti impliciti a colludere¹⁵: *ex multis*, si tenga a mente il caso Alitalia, che ebbe all'epoca grande risonanza. Nel caso di specie, la compagnia aerea di bandiera italiana annunciò che, di lì a qualche mese, avrebbe praticato un aumento di prezzi sui voli nazionali, giustificandolo con il rincaro del carburante. Altre compagnie aeree si allinearono sullo stesso prezzo. Nonostante non siano emerse prove che le compagnie coinvolte avessero avuto dei contatti, l'AGCM ha ritenuto che l'annuncio di un futuro aumento dei prezzi equivallesse ad uno scambio indiretto di informazioni con le altre imprese, permettendo a queste ultime di controllarsi reciprocamente e di coordinarsi sulle strategie tariffarie da implementare, cagionando una limitazione della concorrenza sanzionabile ex art. 2 della legge n. 287/1990¹⁶. Il TAR del Lazio confermò la decisione dell'Autorità antitrust¹⁷.

Alla luce di quanto evidenziato, si può ben comprendere quanto lo sviluppo e l'ampio utilizzo degli algoritmi rappresenti, ad oggi, uno strumento estremamente efficiente per le aziende: esse se ne servono, in generale, nell'elaborazione delle strategie commerciali e, in particolare, nella fissazione dei prezzi da praticare al pubblico. L'utilizzo degli algoritmi, soprattutto di quelli *self learning* e di tipo *parallel*, consente agli attori economici di superare i due principali ostacoli che abbiamo poc'anzi evidenziato nella implementazione di strategie collusive: la caducità dell'equilibrio collusivo eventualmente raggiunto, nonché i vincoli normativi presenti nell'ordinamento. Quanto al primo ostacolo, si pensi all'utilizzo di algoritmi di *pricing* automatici, c.d. *self learning*. I *self-learning algorithms* sono algoritmi, fondati sul meccanismo del *machine learning*, che in ambito economico vengono programmati allo scopo di restituire, all'esito del loro processo di calcolo, il prezzo che massimizza i profitti per l'azienda¹⁸. Questi strumenti dispongono della capacità di raccogliere ed elaborare enormi quantità di dati che provengono dal mercato, primi fra tutti le preferenze dei consumatori¹⁹. Inoltre, disponendo di potenti capacità di previsione e di apprendimento automatico

in ragione del grado di responsabilità, come sostenuto dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea sentenza 15 ottobre 2002 n. C-237/99 P, C-244/99 P, C-245/99, P. ed al., *Limburgse Vinyl Maatschappij*.

15. L. AMMANNATI, A. CANEPA, G. GRECO, U. MINNECI, *Algoritmi, Big Data, piattaforme digitali. La regolazione dei mercati in trasformazione*, Torino, 2021, p. 15 ss.; Commissione Europea, decisione 7 luglio 2016 caso n. AT.39850, *Container Shipping*.

16. AGCM, provvedimento 1° agosto 2002 n. 11038, *Compagnie aeree - Fuel Surcharge*.

17. TAR Lazio, sez. I, sentenza 14 settembre 2007 n. 8951.

18. G. PASCERI, *Intelligenza artificiale, algoritmo e machine learning*, Milano, 2021, p. 27 ss.

19. Per un approfondimento sul tema: V. FALCE, *Così l'intelligenza artificiale rende più complessa la tutela della concorrenza*, 18 novembre 2023, consultabile alla pagina web www.iaic.it; A. VALERIANI, *Algoritmi di prezzo: strategia collusiva nell'era digitale*, 16 giugno 2018, consultabile alla pagina web www.iusinitinere.it; Parlamento Europeo, *Intelligenza artificiale: contrastare i rischi per i consumatori*, url <https://www.europarl.europa.eu/topics/it/ar->

tanto delle proprie azioni reiterate nel tempo, quanto di quelle dei concorrenti, tali algoritmi sono in grado di assumere autonomamente decisioni protese al raggiungimento del prezzo di cartello e della collusione, sostituendosi all'uomo. Queste complesse sequenze contengono una sorta di "scatola nera" ove confluiscono i dati, *inputs*, che l'algoritmo elabora, fornendo l'*output* collusivo²⁰. Nella gran parte dei casi, questi algoritmi sono anche di tipo *parallel*: sono *parallel* quegli algoritmi in grado di monitorare i comportamenti degli altri competitors e di elaborare, senza la necessità di coordinamenti o collegamenti di sorta, adeguate strategie di reazione. Invero, attraverso questi algoritmi, è possibile adottare una strategia c.d. di "tit-for-tat", ossia una "strategia di ritorsione equivalente", consistente nel fronteggiare i comportamenti dei rivali "restituendo" loro la medesima condotta. Sovente, nell'elaborare il settaggio della macchina, alla strategia "tit-for-tat" viene associata una strategia "follow the leader": si programma l'algoritmo in modo tale che esso vada ad imitare il prezzo fissato dall'impresa c.d. *leader del mercato*, tenendo sempre in debito conto i comportamenti dei concorrenti. L'impresa leader, a sua volta, di solito, programma il proprio algoritmo di guisa che lo stesso, al rialzo dei prezzi dei concorrenti, aumenti il proprio prezzo al di sopra di quello concorrenziale. Pertanto, se il maggior numero di imprese adotterà i *parallel algorithms* per raggiungere velocemente il prezzo fissato dall'impresa leader, il mercato si attesterà su un livello tariffario tale da determinare un equilibrio collusivo. Il vantaggio che questi algoritmi procurano, pertanto, è duplice. Innanzitutto, se in un mercato, come si è accennato, vengono adoperati su larga scala, è possibile mantenere in quello stesso mercato, più a lungo, efficienti equilibri collusivi. Ciò perché, data la capacità di tali algoritmi di elaborare strategie e indicazioni continuamente aggiornate, al mutare delle condizioni che influenzano il mercato e dei comportamenti altrui, viene radicalmente ridotto il rischio di improvvidi comportamenti divergenti che possano scatenare una guerra dei prezzi, alterando così gli equilibri raggiunti. In secondo luogo, alla stregua di quanto è già stato evidenziato in precedenza, per identificare un'intesa restrittiva della concorrenza sanzionabile alla stregua degli artt. 101 TFUE e 2 legge n. 287/1990, è necessario ravvisare il concorso di volontà. Ma se le diverse aziende concorrenti, all'interno del mercato, adoperano algoritmi che funzionano in parallelo, senza che vi sia alcuna condivisione o scambio di informazioni, non può ravvisarsi alcun concorso di volontà. Infatti, tali algoritmi, come spiegato *supra*, una volta settati e avviati al funzionamento, sono in grado di autoalimentarsi di dati, di elaborarli e di fornire, sempre in totale autonomia, indicazioni collusive utili per le strategie di *price fixing*. Se tali condotte vengono adottate dalle aziende senza alcun tipo di concertazione ulteriore, non è possibile ravvisare alcun comportamento indiziante collusivo, neppure nella forma di scambi indiretti od occulti di informazioni strategiche. La disciplina antitrust sulle intese anticoncorrenziali,

ticle /20200206STO72030/intelligenza-artificiale-contrastare-i-rischi-per-i-consumatori; A. PERRINI, *Se l'algoritmo "spia" le nostre emozioni e ci spinge a comprare*, su www.agendadigitale.eu/mercati-digitali/pubblicita-online-se-lalgoritmo-spia-le-emozioni-e-ci-spinge-a-comprare-limpatto-privacy/.

20. Per un approfondimento vedi P. MANZINI, *Algoritmi collusivi e diritto antitrust europeo*, in *Mercato Concorrenza Regole*, n. 1, 2019, p. 163-184; C. VELJANOVSKI, *Pricing Algorithms as Collusive Devices*, in *SSRN Papers*, 2020, url https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3644360.

ribadiamo, può sanzionare solamente il raggiungimento di equilibri collusivi derivanti da un concorso di volontà, e non anche quelli raggiunti mediante strategie perfettamente indipendenti l'una dall'altra²¹.

3. L'insufficienza degli strumenti forniti all'AGCM dalla legge n. 287 del 1990

Alla luce delle riflessioni appena svolte, risulta perspicuo che l'attuale assetto della normativa interna e anche comunitaria in materia anticoncorrenziale, nonché i poteri di cui è munita l'AGCM sul tema, non rappresentano più un argine sufficiente agli stratagemmi collusivi, che le aziende possono reificare attraverso l'uso degli algoritmi e dell'IA. Tale sopravvenuta inadeguatezza si estrinseca sotto un duplice profilo.

In primo luogo, la nozione di intesa restrittiva della concorrenza, per come è stata confezionata dai *conditores* e per come è stata sottoposta ad ermeneusi dalla giurisprudenza²², non è in grado di comprendere, nemmeno attraverso una lettura estensiva, le ipotesi di cartelli realizzati mediante l'utilizzo in parallelo, ad opera dei diversi *competitors*, di algoritmi autoapprendenti e non coordinati. Si ribadisce in merito che i meri comportamenti paralleli, quantunque comprendano l'utilizzo di strumenti così insidiosi quali gli algoritmi di *pricing* dinamico, non possono rientrare nel perimetro applicativo del divieto imposto dagli artt. 2 della legge n. 287 del 1990 e 101 del TFUE. Pertanto, l'AGCM, di fronte a questo tipo di fenomeni distorsivi, non può esercitare i poteri che la legge n. 287 del 1990 le attribuisce con le norme contenute nel capo II del titolo II.

In secondo luogo, per l'Autorità risulta particolarmente difficoltoso intercettare e investigare a fondo i fenomeni di alterazione del corretto assetto del mercato che le aziende, attraverso l'uso degli algoritmi di *pricing* dinamico, sono in grado di cagionare. Data la complessità del funzionamento di tali strumenti, nonché l'estrema imperscrutabilità del loro funzionamento e dei fattori che influenzano i loro meccanismi di calcolo, l'Autorità Antitrust risulta sprovvista delle risorse, umane e tecnologiche, per svolgere un controllo sufficientemente capillare ed efficace.

Se sotto quest'ultimo profilo, come è stato suggerito da più parti, potrebbe essere utile un'implementazione mirata dell'organico²³ e delle dotazioni tecnologiche dell'Antitrust²⁴, per porre rimedio

21. Sul tema della prova della presenza di un concorso di volontà, esplicitamente o implicitamente raggiunto vedi, C. TONOLA, *Il regime della prova in materia di intese anticoncorrenziali*, in *NJus*, 25 luglio 2023; in giurisprudenza, si veda Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 16 luglio 2021 n. 5374; Cons. Stato, sez. VI, 29 maggio 2018 n. 3197; Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 29 maggio 2018 n. 3197; Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 4 settembre 2015 n. 4123; Corte di giustizia dell'Unione Europea, sentenza 16 dicembre 1975, C-114/73, *SuikerUnie*.

22. Per l'esatta perimetrazione della nozione di intesa restrittiva della concorrenza, si rinvia alla diffusa trattazione contenuta *supra* nel paragrafo n. 2.

23. Cfr. l'Indagine conoscitiva sui Big Data promossa, congiuntamente, dall'AGCM, dall'AGCOM e dal Garante della Privacy, 2020, nella quale si è sottolineata "la necessità che le autorità di controllo siano messe in condizione di dotarsi di adeguati profili professionali (i cc.dd. data scientist) per garantire l'adempimento dei propri compiti istituzionali".

24. Il Commissario alla concorrenza della Commissione Europea, Margrethe Vestager, ha espresso il proposito di

al primo aspetto critico evidenziato è necessario elaborare nuove soluzioni normative che vadano a disciplinare ed arginare i fenomeni di cui stiamo discorrendo.

4. I nuovi poteri investigativi e decisorivi dell'AGCM a fronte di fenomeni collusivi di matrice algoritmica. L'art. 1, commi 5 e 6, del d.l. n. 104 del 2023 e l'interpretazione resa dal Consiglio di Stato con il parere n. 61 del 29 gennaio 2024

Tornando all'argomento da cui il presente contributo ha preso le mosse, il legislatore italiano, consapevole dei limiti che la legislazione vigente presentava, e della scarsità di armi che l'Autorità Antitrust poteva adoperare contro i perniciosi fenomeni distorsivi, causati dai meccanismi di *dynamic pricing*, ha deciso coraggiosamente di introdurre inediti poteri investigativi e decisorivi, di cui l'AGCM può servirsi. Sulla scorta di questa necessità non più eludibile, che si è manifestata in maniera particolarmente pressante, nell'estate del 2023, in occasione dell'anomalo rincaro dei prezzi delle rotte aeree da e per le Isole, il Governo ha approvato il D.L. c.d. "Asset" n. 104 del 2023, convertito con legge n. 136 del 9 ottobre 2023. Questo decreto, all'art. 1, rubricato "*Disposizioni per la trasparenza dei prezzi praticati sui voli nazionali*", ha introdotto degli strumenti di controllo e limitazione dei nuovi fenomeni distorsivi della concorrenza di matrice algoritmica assolutamente inediti, nonché particolarmente penetranti. Andando ad analizzare il testo della disposizione, i commi 5 e 6 dell'art. 1 recitano così: "*Se in esito a un'indagine conoscitiva condotta ai sensi dell'articolo 12, comma 2, della legge 10 ottobre 1990, n. 287, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato riscontra problemi concorrenziali che ostacolano o distorcono il corretto funzionamento del mercato con conseguente pregiudizio per i consumatori, essa può imporre alle imprese interessate, nel rispetto dei principi dell'ordinamento dell'Unione europea e previa consultazione del mercato, ogni misura strutturale o comportamentale necessaria e proporzionata, al fine di eliminare le distorsioni della concorrenza. A tal fine, sui mercati del trasporto aereo di passeggeri, l'Autorità può considerare, tra l'altro, i seguenti elementi: a) la struttura del mercato; b) le modalità di definizione dei prezzi, anche attraverso l'utilizzo di sistemi di gestione dei ricavi e algoritmi; c) i rischi per il processo concorrenziale e per i consumatori derivanti dall'utilizzo di algoritmi fondati sull'intelligenza artificiale o sulla profilazione degli utenti; d) le dinamiche concorrenziali e di prezzo connesse alla stagionalità della domanda; e) le esigenze di territori difficilmente raggiungibili tramite mezzi di trasporto diversi dall'aereo; f) l'esigenza di tutela di classi particolarmente vulnerabili di consumatori. Nel corso dell'indagine conoscitiva, le imprese interessate possono presentare impegni tali da far venir meno i problemi concorrenziali e il conseguente pregiudizio per i consumatori.*"

utilizzare degli algoritmi per controllare i mercati allo scopo di scoprire collusioni realizzate attraverso tale tecnologia. Rif. dichiarazioni riportate nell'articolo: <https://www.reuters.com/article/us-eu-antitrust-algorithm/eu-considers-using-algorithms-to-detect-anti-competitive-acts-idUSKBN115198>.

In tal caso, l'Autorità, valutata l'idoneità degli impegni e previa consultazione del mercato, può renderli obbligatori per le imprese con il provvedimento che chiude l'indagine conoscitiva. L'Autorità esercita i poteri di indagine di cui all'articolo 14, commi da 2 a 2-quater e 2-septies, della legge 10 ottobre 1990, n. 287. Si applicano le sanzioni e le penalità di mora di cui all'articolo 14, commi 5 e 6, della legge 10 ottobre 1990, n. 287.

6. In caso di inottemperanza alle misure di cui al comma 5, si applicano le sanzioni e le penalità di mora di cui all'articolo 15, commi 1-bis e 2-bis, della legge 10 ottobre 1990, n. 287. In esito all'indagine conoscitiva, l'Autorità può altresì raccomandare le iniziative legislative o regolamentari opportune, al fine di migliorare il funzionamento dei mercati interessati."

La norma, in poche righe, cerca di eliminare i principali limiti che imbrigliavano la legislazione anticoncorrenziale vigente. *In primis*, la norma riconosce la possibilità per l'Autorità di intervenire qualora, nell'ambito di una indagine conoscitiva condotta ai sensi dell'articolo 12, commi 2 e ss., della legge 10 ottobre 1990 n. 287, ravvisi la presenza di *"problemi concorrenziali che ostacolano o distorcono il corretto funzionamento del mercato con conseguente pregiudizio per i consumatori"*. L'espressione usata, appositamente molto ampia, è volta a intercettare tutti i fenomeni di alterazione del normale equilibrio dei prezzi che dovrebbe raggiungersi sul mercato, ingenerati dall'impiego su larga scala di algoritmi. Invero, tra i fattori che, testualmente, l'Autorità può valutare, rientrano proprio *"le modalità di definizione dei prezzi, anche attraverso l'utilizzo di sistemi di gestione dei ricavi e algoritmi"* e *"i rischi per il processo concorrenziale e per i consumatori derivanti dall'utilizzo di algoritmi fondati sull'intelligenza artificiale o sulla profilazione degli utenti"*. A fronte di questi scenari, la disposizione consente all'AGCM di *"imporre alle imprese interessate, nel rispetto dei principi dell'ordinamento dell'Unione europea e previa consultazione del mercato, ogni misura strutturale o comportamentale necessaria e proporzionata, al fine di eliminare le distorsioni della concorrenza"*. Già su questo punto, è interessante interrogarsi su che cosa il legislatore intenda per *"misura strutturale e comportamentale necessaria"*. Si può ipotizzare che i conditores intendano riferirsi a veri e propri divieti di utilizzo degli algoritmi, oppure a limiti nell'utilizzo degli stessi, ovvero ancora a provvedimenti autoritativi di limitazione delle tariffe praticabili in determinate contingenze. Tra gli strumenti che, senza equivoci, la norma rende disponibili, vi è la possibilità per l'AGCM di valutare e accogliere l'adozione di impegni, elaborati dalle stesse aziende sottoposte ad indagine, che siano idonei a far venire meno i fenomeni distortivi oggetto dell'istruttoria. In aggiunta, il comma 5 consente l'applicazione delle sanzioni di cui all'articolo 14, commi 5 e 6, della legge 10 ottobre 1990 n. 287, per l'ipotesi in cui i soggetti attenzionati dovessero ostacolare o impedire il corretto svolgimento delle indagini, anche attraverso atteggiamenti renitenti e non collaborativi. Il vero spartiacque col passato, però, è segnato dal comma 6 dell'art. 1. Infatti, il *dictum* normativo prevede che, qualora i soggetti sottoposti a indagine si rendessero inottemperanti alle misure adottate a norma dell'art. 5 possono vedersi irrogare, da parte dell'AGCM, le sanzioni e le penalità di mora di cui all'articolo 15, commi 1-bis e 2-bis, della legge 10 ottobre 1990 n. 287. Pertanto, la norma consente, sostanzialmente, anche in assenza di condotte classificabili come intese anticoncorrenziali, ma munite di rilevanza eziologica rispetto

a “*problemi concorrenziali che ostacolano o distorcono il corretto funzionamento del mercato*”, l’applicazione delle severe sanzioni di cui ai commi 1-bis e 2-bis dell’art. 15.

Ora, se questi nuovi e significativi poteri, sia ispettivi che sanzionatori, fossero limitati alla specifica contingenza del caro voli, la loro portata rimarrebbe significativa e inedita, ma tutto sommato avrebbero un impatto contenuto. D’altronde, rimanendo fedeli a un’interpretazione che aderisce pedissequamente al dato letterale e alle intenzioni del legislatore, si può sostenere che i *conditores* abbiano voluto limitarsi a dettare nuove regole nello specifico ambito dei prezzi praticati dai vettori aerei. Ciò si desume sia dalla rubrica dell’art. 1, che parla di “*Disposizioni per la trasparenza dei prezzi praticati sui voli nazionali*”, sia dalle restanti norme contenute nella disposizione, tutte puntualmente destinate a operare in questo specifico settore di mercato. Una siffatta interpretazione, inoltre, risulta corroborata dal Focus elaborato dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri, il quale sottolinea come i nuovi strumenti introdotti dall’art.1 intendono conferire “*all’Autorità garante della concorrenza e del mercato poteri di intervento in relazione alla fissazione dinamica delle tariffe da parte delle compagnie aeree*”²⁵.

L’AGCM, in maniera lungimirante, avvedendosi delle enormi potenzialità che queste norme servavano, ha deciso di richiedere al Consiglio di Stato un parere²⁶ volto a chiarire quale fosse l’esatto perimetro applicativo delle stesse. L’istanza è stata presentata in uno con una dettagliata indicazione degli argomenti (di matrice letterale, teleologica, sistematica e comparativa) che indirizzerebbero, nella prospettazione dell’Autorità, verso un’ermeneusi delle norme volta ad un’applicazione estensiva e trasversale delle medesime, non limitata al settore del trasporto aereo. Il Supremo Consesso della Giustizia Amministrativa, pur riconoscendo che “*il testo della disposizione – acquisito alla luce dello specifico contesto di riferimento – sembrerebbe, prima facie, militare per la limitazione dei poteri di cui ai commi 5 e 6 all’ambito oggettivo del trasporto aereo*”²⁷ e che un simile orientamento interpretativo appare “*legittimato dalla interrogazione della “intenzione del legislatore”, quale emergente dai lavori preparatori*”²⁸, abbraccia la lettura estensiva propugnata dall’Autorità Antitrust. Innanzitutto, la Corte afferma che alla luce del “*significato proprio delle parole*” adoperate dal legislatore (criterio di interpretazione da impiegare prioritariamente ex art. 12 delle Preleggi)²⁹, il dato testuale appare affetto da ambiguità. Da un lato,

25. Focus della Presidenza del Consiglio dei Ministri sul D.L. n. 104 del 2023, consultabile online, url <https://www.programmagoverno.gov.it/media/ctzp0jia/focus-dl-104.pdf>.

26. Sul ruolo del Consiglio di Stato come organo consultivo delle varie Istituzioni, si legga P.A. PALUMBO, *Consiglio di Stato advisory board delle Istituzioni del Paese su questioni di massima*, in *Norme e Tributi Sole 24 Ore*, 2022; S. CASSESE, *L’attività consultiva del consiglio di stato in materia di norme*, in *La Revue administrative*, 52e Année, No. 8, 1999, p. 50-55; F. PATRONI GRIFFI, *L’art. 100 della Costituzione, commi 1 e 3*, in *La magistratura*, 10 gennaio 2022, consultabile alla pagina web <https://lamagistratura.it/commentario/lart-100-della-costituzione-commi-1-e-3-2/>; in giurisprudenza, vedasi Consiglio di Stato, sez. II, sentenza 25 luglio 2008 n. 5172; Consiglio di Stato, Comm. spec., parere 2 agosto 2016 n. 1767; Consiglio di Stato, Comm. spec., parere 18 ottobre 2017 n. 2162.

27. Consiglio di Stato, sez. I, parere 29 gennaio 2024 n. 61.

28. Consiglio di Stato, sez. I, parere 29 gennaio 2024 n. 61.

29. Per un approfondimento sul tema dell’interpretazione delle norme giuridiche, si rinvia a A. TORRENTE, P. SCHLE-

sottolineano i giudici, la rubrica della norma (che di per sé, come è noto, *non facit legem*) parla, di misure dirette a disciplinare i prezzi dei voli nazionali; inoltre, i primi quattro commi dell'art.1 sono specificamente volti a disciplinare il settore del trasporto aereo. Dall'altro lato, però, il comma 5 contiene, più in generale, disposizioni tese a porre rimedio a “*problemi concorrenziali che ostacolano o distorcono il corretto funzionamento del mercato*”. La cangianza dell'oggetto della normativa in esame non consente, pertanto, secondo il Consiglio di Stato, di far assurgere, in questo caso, come stella polare dell'esegesi, il dato letterale. A questo punto, secondo una consolidata lettura dell'art. 12 delle Preleggi³⁰ l'interprete dovrebbe essere guidato, nella sua opera, dal criterio dell'intenzione del legislatore, la quale, tuttavia, nel caso che ci occupa, risulta parimenti equivoca. Sul punto, evidenziano i giudici, nonostante le disposizioni siano contenute in un provvedimento di urgenza che, come emerge anche dagli atti ufficiali, mirava a offrire un pronto rimedio alle criticità scaturite dai repentini aumenti dei prezzi per le rotte aeree insulari,³¹ esse presentano un'intrinseca potenzialità disciplinare non circoscrivibile entro un ambito così ristretto. Infatti, le norme esaminande sono volte a porre un argine ai fenomeni di fissazione dinamica delle tariffe, quando questi influenzino negativamente il comportamento economico dell'utente. Tali fenomeni, si osserva, occorrono in molti settori merceologici, anche diversi da quello dei trasporti aerei, producendo distorsioni significative che risultano pregiudizievoli per ampie fasce di consumatori. Tanto considerato, una lettura restrittiva della disciplina di cui si discorre avrebbe, *in primis*, dato luogo a un'ingiustificata disparità di trattamento rispetto agli operatori commerciali degli altri settori che adoperano le medesime pratiche; in aggiunta, essa avrebbe ingiustificatamente privato i consumatori, con riguardo alle scelte di acquisto da loro operate in altri ambiti merceologici, caratterizzati dalle medesime dinamiche, di un innovativo ed efficace presidio di tutela, tradendo così la *ratio* sottesa a tali strumenti. Si evidenzia, inoltre, che, attraverso un'analisi comparativistica, è possibile riscontrare che, tutte le volte in cui i legislatori di altri Paesi europei hanno ampliato i poteri delle loro Autorità antitrust, lo hanno fatto senza limitarne il perimetro applicativo a determinati settori del mercato (ad esempio, il *Bundeskartellamt* tedesco, con l'emendamento apportato il 6 luglio 2023 alla Sezione 32e del *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, ha visto rafforzati, senza limitazioni, i propri poteri di indagine settoriale; la *Competition Market Authority* britannica, sin dal 2002, è dotata di poteri di avvio di indagini nei mercati a rischio di *adverse effect on competition*).

Tanto premesso, i giudici di Palazzo Spada, superando ogni restrizione di matrice settoriale o merceologica, accolgono la lettura estensiva delle norme di cui ai commi 5 e 6 dell'art. 1 del D.L.

SINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2023, p. 43 ss.; D. MINUSSI, M. PALADINI, A. RENDA, *Manuale di diritto civile*, Milano, 2023, p. 1551; F. CARINGELLA, L. BUFFONI, *Manuale Maior di diritto civile*, Napoli, 2023, p. 53 ss.

30. Cfr. Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 13 dicembre 2012 n. 6392; Id., sez. V, sentenza 7 ottobre 2013 n. 4920; Id., sez. IV, sentenza 11 febbraio 2016 n. 606; Corte di Cassazione civile, sez. lav., sentenza 11 febbraio 2014 n. 3036; Id., sez. III, 20 marzo 2014 n. 6514.

31. Focus della Presidenza del Consiglio dei Ministri sul D.L. n. 104 del 2023, consultabile online, url <https://www.programmagoverno.gov.it/media/ctzp0jia/focus-dl-104.pdf>.

n. 104 del 2023, suggellando una significativa svolta per il ruolo che l'AGCM può giocare, attraverso inediti poteri ispettivi e coercitivi, nell'ambito del controllo dei fenomeni collusivi di matrice algoritmica.

5. Frizioni con il principio di legalità in materia di sanzioni amministrative dei nuovi poteri decisori riconosciuti all'AGCM

Sebbene, in un'ottica di tutela dei consumatori, i nuovi poteri investigativi e decisori conferiti all'AGCM rappresentano un importante avanzamento nel campo della tutela degli equilibri concorrenziali a fronte dei sempre più frequenti scenari di collusione algoritmica, non può ignorarsi la frizione che gli stessi creano con il principio di legalità. Come è noto, le sanzioni amministrative che vengono irrogate dalle Authorities, compresa quella di cui all'art. 15 della l. n. 287 del 1990, di competenza dell'AGCM, hanno natura sostanzialmente penale³². Invero, le stesse presentano i caratteri che la Corte EDU ha enucleato ai fini della individuazione della natura sostanzialmente penalistica di una sanzione, vale a dire la finalità essenzialmente punitiva-afflittiva e la severità del *malum* infliggibile³³. Ciò comporta, innanzitutto, la necessità di garantire la c.d. *procedural fairness*, ovvero una disciplina del procedimento sanzionatorio che garantisca il pieno esercizio dei diritti di difesa e del contraddittorio³⁴. In aggiunta, trattandosi di sanzioni amministrative sostanzialmente penali, ad esse si applica il principio di legalità e i suoi corollari ex art. 25 Cost.³⁵ Tale principio è stato recepito, anche a livello di legislazione primaria, nell'art. 1 della l. n. 689 del 1981 che disciplina le sanzioni amministrative. Il corollario che, ai fini del tema della presente trattazione, viene primariamente in rilievo, è quello di tassatività-determinatezza. Tale principio impone al legislatore, nell'atto di enucleare la sanzione, di descrivere la fattispecie punita adoperando termini chiari e precisi. Nel caso dei commi 5 e 6 dell'art. 1 del Decreto "Asset", le sanzioni di cui all'art. 15, commi 1-bis e 2-bis, l. n. 287 del 1990 vengono comminate a fronte di una fattispecie complessa. Essa comprende, *ab origine*, la creazione da parte del soggetto investigato di un fenomeno distorsivo della concorrenza di matrice algoritmica e, in aggiunta, l'inosservanza delle misure, meno severe, adottate dall'AGCM per porvi rimedio, a norma del comma 5 dell'art.1. In sostanza, le medesime sanzioni irrogabili per le intese anticoncorrenziali vengono rese adottabili a fronte di una fattispecie che, allo stato attuale, per la sua complessità, risulta difficilmente condensabile

32. Sul punto, da ultimo, Consiglio di Stato, sez. VI, sent. 2 febbraio 2023 n. 1159.

33. Vedi Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Plenaria, sentenza 8 giugno 1976 m. 5100/71, *Engel and others v. the Netherlands*; Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, id., sentenza 21 febbraio 1984 n. 8544/79, *Ozturk v. Germany*.

34. A tal riguardo, vedi F. CARINGELLA, *Il sindacato del giudice amministrativo e le garanzie difensive nel procedimento antitrust*, relazione al XIII convegno Antitrust, Treviso, 24 maggio 2018.

35. Cfr. Corte costituzionale, sentenza 4 giugno 2010 n. 196; Corte costituzionale, sentenza 18 aprile 2014 n. 104. La Corte precisa, nell'ultima sentenza citata, che "dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo formatasi sull'interpretazione degli artt. 6 e 7 della CEDU, si ricava il principio secondo il quale tutte le misure di carattere punitivo-afflittivo devono essere soggette alla medesima disciplina della sanzione penale in senso stretto".

in un precetto sufficientemente chiaro e preciso. Tale difficoltà si può riscontrare, chiaramente, nel dettato normativo dell'articolo 1 del decreto "Asset", che parla di non meglio precisati "*problemi concorrenziali che ostacolano o distorcono il corretto funzionamento del mercato con conseguente pregiudizio per i consumatori*". Di fronte a una locuzione così ampia e non meglio circostanziata, si può quantomeno dubitare della compatibilità della stessa rispetto al principio della tassatività-determinatezza. È vero che nel prosieguo della norma la stessa indica una serie di criteri, abbastanza precisi, che l'Autorità "*può considerare*" nella selezione delle fattispecie da sanzionare, tra cui il riscontro dell'utilizzo di algoritmi di *pricing* dinamico; una siffatta appendice, tuttavia, non sembra compensare il deficit di tassatività che affligge la disposizione. Si auspica, pertanto, che il legislatore, con maggiore coraggio, circostanzi in maniera più precisa le condotte che intende censurare, sia in un'ottica di garanzia dei destinatari³⁶ che devono poter calcolare, *ex ante*, i "costi" giuridici delle proprie azioni, sia allo scopo di rafforzare la funzione general-preventiva dei precetti sanzionatori in esame³⁷.

36. Giova a tal uopo ricordare che la Corte costituzionale, nella storica sentenza del 24 marzo 1988, n. 364, afferma che i "principi di tassatività e d'irretroattività [...] evidenziano che il legislatore costituzionale intende garantire i cittadini, attraverso la "possibilità" di conoscenza delle stesse norme, la sicurezza giuridica delle consentite, libere scelte d'azione".

37. La funzione, svolta dalla norma sanzionatoria (formalmente o sostanzialmente) penale, di orientamento delle condotte dei consociati presuppone, da un punto di vista logico, la preventiva conoscenza della stessa da parte dei consociati. Una tale conoscenza postula, a sua volta, precetti formulati in maniera chiara e intellegibile. Sul punto, C. ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Monaco di Baviera, 2003, p. 103; B. SCHÜNEMANN, *Nulla Poena Sine Lege? Rechtstheoretische Und Verfassungsrechtliche Implikationen Der Rechtsgewinnung Im Strafrecht*, Berlino, 1978, p. 11 ss.

I servizi di *sharing mobility* in Italia: prospettive negoziali*

Marzia Rossi

Professore associato di Diritto privato nell'Università degli Studi di Roma "G. Marconi"

Abstract

Sharing Mobility Services in Italy: contractual perspectives.

Within the sharing economy, economic models are found that are based on the overcoming of the traditional founding paradigm of the Italian civil law system, for which the satisfaction of a need implies the establishment of a relationship between the subject and the good based on the principle of ius alios excludendi, and on the enucleation of formulas of temporary access to goods not uti dominus.

In this context, peculiar types of supply and demand matching with respect to land mobility services, defined by the locution sharing mobility, are established, which are based on temporary access to resources and are alternatives to both the use of one's own vehicle and the use of collective means. In the essay, one part relates to the study of the categories of sharing mobility services currently in use in the Italian socio-economic landscape, and another pertains to the discussion of the legal contracts governing shared mobility relationships.

In seno alla sharing economy si rinvencono formule economiche che si basano sul superamento del tradizionale paradigma fondativo dell'ordinamento civilistico italiano, per il quale la soddisfazione di un bisogno implica la costituzione di un rapporto tra il soggetto e la cosa fondato sul principio dello ius alios excludendi, e sull'enucleazione di modelli di accesso temporaneo a beni non uti dominus.

In tale contesto si affermano peculiari tipologie di incontro di domanda e offerta relativamente ai servizi di mobilità terrestre, definite con la locuzione sharing mobility, che si incentrano sull'accesso

* Sottoposto a referaggio.

temporaneo alle risorse e che sono alternativi sia all'utilizzo del mezzo proprio sia all'utilizzo dei mezzi collettivi.

Nel saggio, una parte è dedicata allo studio delle categorie dei servizi di sharing mobility attualmente in uso nel panorama socio-economico italiano, un'altra è dedicata alla trattazione dei negozi giuridici che disciplinano i rapporti della mobilità condivisa.

Parole chiave: sharing economy, sharing mobility, servizi di vehiclesharing, servizi di ridesharing, rapporti negoziali della sharing mobility

Sommario – 1. Introduzione – 2. Inquadramento sistematico dei servizi di *sharing mobility* – 2.1 I servizi di *vehiclesharing* in Italia – 2.2 I servizi di *ridesharing* in Italia – 3. I rapporti negoziali della *sharing mobility* – 4. Considerazioni conclusive

1. Introduzione

Nel corso degli ultimi anni, il processo di rivoluzione digitale determinato dallo sviluppo e dal potenziamento delle tecnologie informatiche e della rete ha favorito, anche in virtù del crescente livello di alfabetizzazione informatica e di significativi cambiamenti degli stili di vita delle persone, l'espansione delle piattaforme digitali e il sempre maggiore coinvolgimento, in molteplici settori, degli utenti del *web*, non più utilizzatori passivi, ma attivi partecipi di iniziative economiche e dinamici fruitori di contributi. Il descritto scenario ha favorito l'emersione di nuovi paradigmi di incontro tra domanda e offerta di beni e servizi, nei quali vengono in rilievo, accanto a modelli di produzione e consumo innovativi ma che si fondano sulle tradizionali logiche di mercato, nuove pratiche caratterizzate dalla commistione tra formale e informale e dirette ad una concezione nuova dello scambio economico¹.

Tali nuovi schemi di scambio, di produzione, distribuzione e consumo sono stati definiti con diverse espressioni verbali, quali *sharing economy*, *collaborative economy*, *collaborative consumption*, *common-based economy*. Si tratta di locuzioni polisemiche che si riferiscono a modelli economici che ruotano su meccanismi di condivisione, rispetto ai cui aspetti identificativi è assai vivace il dibattito in seno alla letteratura² anche per quanto concerne i profili etici³.

1. Nel proprio parere esplorativo 2018/C 081/08 del 7 febbraio 2017 sui “Nuovi modelli economici sostenibili” la Commissione europea al punto 1.2 osserva: “Assistiamo attualmente all'emergere di un'economia ibrida in cui l'architettura tradizionale del mercato è sfidata dalla comparsa di una moltitudine di nuovi modelli che stanno trasformando i rapporti tra produttori, distributori e consumatori”.

2. Riguardo al fenomeno della *sharing economy* si vedano, senza pretesa di esaustività, gli studi di: P. AIGRAIN, *Sharing Culture and Economy in the Internet Age*, Amsterdam, 2012; M. ANTIKAINEN, K. VALKOKARI, *A framework for sustainable circular business model innovation*, in *Technology Innovation Management Review*, n. 7, 2016, p. 5 ss.; D. ARCIDIACONO, *Consumatori attivi. Scelte di acquisto e partecipazione per una nuova etica economica*, Milano, 2013; D. ARCIDIACONO, A. GANDINI, I. PAIS, *Sharing our way into the future*, in D. ARCIDIACONO, A. GANDINI, I. PAIS, *Unboxing the Sharing Economy: opportunities and risks of the era of collaboration*, in *The Sociological Review Monographs*,

Sono tuttavia archetipi economici che, per quanto pertiene a questo studio, significativamente pongono in rilievo un superamento del tradizionale paradigma fondativo del nostro ordinamento

2018, p. 466 ss.; ID., *Sharing what? The 'sharing economy' in the sociological debate*, in ID., *Unboxing the Sharing Economy: opportunities and risks of the era of collaboration*, in *The Sociological Review Monographs*, 66, n. 2, 2018, p. 275 ss.; C. BADEN-FULLER, S. HAEFLINGER, *Business Models and Technological Innovation*, in *Long Range Planning*, n. 6, 2013, p. 419 ss.; F. BARDHI, G. ECKHARDT, *Access based consumption: The case of car sharing*, in *Journal of Consumer Research*, n. 4, 2012, p. 881 ss.; R. BELK, *Sharing*, in *Journal of Consumer Research*, n. 5, 2010, p. 715 ss.; ID., *You are what you can access: Sharing and collaborative consumption online*, in *Journal of Business Research*, n. 8, 2014, p. 1595 ss.; Y. BENKLER, *Sharing Nicely: On Shareable Goods and the Emergence of Sharing as a Modality of Economic Production*, in *Yale Law Journal*, 2004, p. 273 ss.; R. BOTSMAN, R. ROGERS, *What's Mine Is Yours: The Rise of collaborative Consumption*, Londra, 2010; C. BRATIANU, *The Crazy New World of the Sharing Economy*, in E.M. VĂTĂMĂNESCU, F.M. PÎNZARU, *Knowledge Management in the Sharing Economy. Cross-Sectoral Insights into the Future of Competitive Advantage*, Cham, 2018, p. 3 ss.; F. CAPPA, F. DEL SETTE, D. HAYES, F. ROSSO, *How to Deliver Open Sustainable Innovation: An Integrated Approach for a Sustainable Marketable Product*, in *Sustainability*, n. 12, 2016, p. 1341 ss.; H.W. CHESBROUGH, *Business model innovation: It's not just about technology anymore*, in *Strategy and Leadership*, n. 6, 2007, p. 12 ss.; ID., *Why companies should have open business models*, in *MIT Sloan Management Review*, n. 2, 2007, p. 22 ss.; V. COMITO *La sharing economy. Dai rischi incombenti alle opportunità possibili*, Roma, 2016; D. DI SABATO, *Progredire tornando all'antico: gli scambi nella sharing economy*, in D. DI SABATO, A. LEPORE (a cura di), *Sharing economy. Profili Giuridici*, Napoli, 2018, p. 1 ss.; ID., *Diritto e new economy*, Napoli, 2020; B. DREYER, L. LÜDEKE-FREUND, R. HAMANN, K. FACCER, *Upsides and downsides of the sharing economy: Collaborative consumption business models' stakeholder value impacts and their relationship to context*, in *Technological Forecasting and Social Change*, 2017, p. 87 ss.; K.M. EISENHARDT, M.E. GRAEBNER, *Theory building from cases: Opportunities and challenges*, in *Academy of Management Journal*, n. 1, 2007, p. 25 ss.; N. FOSS, L. FREDERIKSEN, F. RULLANI, *Problem-formulation and problem-solving in self organized communities: how modes of communication shape project behaviors in the free open source software community*, in *Strategic Management Journal*, n. 13, 2016, p. 2589 ss.; K. FRENKEN, J. SCHOR, *Putting the sharing economy into perspective*, in *Environmental Innovation and Societal Transitions*, 2017, p. 3 ss.; G. GEORGE, A.J. BOCK, *The Business Model in Practice and its Implications for Entrepreneurship Research*, in *Entrepreneurship Theory and Practice*, n. 1, 2011, p. 83 ss.; J. HAMARI, M. SJÖKLINT, A. UKKONEN, *The sharing economy: why people participate in collaborative consumption*, in *Journal of the association for information science and technology*, n. 79, 2013, p. 2047 ss.; M.W. JOHNSON, J. SUSKEWICZ, *How to jump-start the clean tech economy*, in *Harvard Business Review*, n. 11, 2009, p. 52 ss.; M.W. JOHNSON, C.C. CHRISTENSEN, H. KAGERMANN, *Reinventing your business model*, in *Harvard Business Review*, n. 12, 2008, p. 50 ss.; V. KOSTAKIS, M. BAUWENS, *Network Society and Future Scenarios for Collaborative Economy*, New York, 2014; B. LAMBORGHINI, S. DONADEL, *Innovazione e creatività nell'era digitale. Le nuove opportunità della «Digital Sharing Economy»*, Milano, 2006; K. LEISMANN, M. SCHMITT, H. ROHN, C. BAEDEKER, *Collaborative consumption: towards a resourcesaving consumption culture*, in *Resources*, n. 3, 2013, p. 18 ss.; C.A.S. MACHADO, N.P.M. DE SALLES HUE, F.T. BERSANETI, J.A. QUINTANILHA, *An overview of shared mobility*, in *Sustainability*, n. 12, 2018, p. 4342 ss.; M. MAINIERI, *Collaboriamo! Come i social media ci aiutano a lavorare a vivere bene in tempo di crisi*, Milano, 2013; G. MARCHETTI, *I problemi della sharing economy: dalla condivisione di risorse tra pari alla responsabilità delle piattaforme*, in *Nuovo dir. civ.*, n. 2, 2023, p. 52 ss.; Z. MI, D.M. COFFMAN, *The sharing economy promotes sustainable societies*, in *Nature communications*, n. 1, 2019, p. 1 ss.; A. MUÑIZ A., T. O'GUINN T., *Brand Community*, in *Journal of Consumer Research*, n. 4, 2001, p. 412 ss.; OWYANG J., *Sharing is the New Buying: How to Win in the Collaborative Economy*, New York, 2014; I. PAIS, *La platform economy: aspetti metodologici e prospettive di ricerca*, in *Polis*, n. 1, 2019, p. 143 ss.; I. PAIS, G. PROVASI, *Sharing economy: a step towards 're-embedding' the economy?*, in *Stato e Mercato*, n. 3, 2015, p. 347 ss.; D. PELLEGRINI, *Sharing Economy: perché l'economia collaborativa è il nostro futuro*, Milano, 2017; P. PISANO, M. PIRONTI, A. RIEPLE, *Identify innovative business mo-*

civilistico, per il quale la soddisfazione di un bisogno implica, a diverso titolo, la costituzione di un rapporto tra il soggetto e la cosa che si fonda sullo *ius alios excludendi*, e l'enucleazione di formule di accesso temporaneo da parte dei privati a beni che soddisfino i loro interessi senza che intervengano acquisti della proprietà degli stessi⁴. Denominatore comune delle operazioni di condivisione in rete è infatti il progressivo declino delle figure del produttore e del consumatore⁵ e la loro confluenza in un nuovo attore, il prosumatore, un soggetto capace di produrre da sé, creando autarchicamente ciò che è necessario per la soddisfazione dei propri bisogni⁶.

Il fulcro del fenomeno – che si accompagna ad una forte tendenza alla disintermediazione e che, al di là delle formulazioni nominalistiche, poggia sull'idea di un godimento dinamico e funzionale di un bene e su un suo utilizzo consapevole – è certamente rappresentato dalle piattaforme digitali⁷, strumenti capaci di regolare e gestire le operazioni in modo centralizzato e

dels: can innovative business models enable players to react to ongoing or unpredictable trends?, in *Entrepreneurship Research Journal*, n. 3, 2015, p. 181 ss.; RIFKIN J., *The age of access. The new culture of hyper capitalism, where all of life is a paid-for experience*, New York, 2000; ID., *La società a costo marginale zero. L'Internet delle cose, l'ascesa del "Commons" collaborativo e l'eclissi del capitalismo*, Milano, 2014; E.A. ROSSI, *La sharing economy nel diritto internazionale privato europeo*, Torino, 2019; F. RULLANI, E. RULLANI, *Dentro la rivoluzione digitale. Per una nuova cultura dell'impresa e del management*, Torino, 2018; J. SCHOR J., C. FITZMAURICE C., *Collaborating and connecting: The emergence of the sharing economy*, in L. REISCH, J. THØGERSEN (eds.), *Handbook of Research on Sustainable Consumption*, Cheltenham, 2015, p. 410 ss.; G. SMORTO, *Verso la disciplina giuridica della sharing economy*, in *Mercato concorrenza regole*, n. 2, 2015, p. 245 ss.; ID., *Sharing economy e modelli di organizzazione*, in *Atti del IX Colloquio scientifico sull'impresa sociale*, Trento, 2015, p. 1 ss.; ID., *Reputazione, fiducia e mercati*, in *Eur. dir. priv.*, 2016, p. 199 ss.; ID., *Regulating (and Self-regulating) the Sharing Economy in Europe: An Overview*, in M. BRUGLIERI (a cura di), *Multidisciplinary Design of Sharing Services*, Cham, 2018, pp. 111 ss.; G. SMORTO, T. BONINI, *Shareable! L'economia della condivisione*, Città di Castello, 2017; G. SMORTO, M. CIURCINA, *A Legal Analysis of the Platform Economy*, in M. FUSTER MORELL (a cura di), *Sharing Cities. A worldwide cities overview on platform economy policies with a focus on Barcelona*, Barcellona, p. 91 ss.; A. SUNDARARAJAN, *The Sharing Economy: The End of Employment and the Rise of Crowd-Based Capitalism*, Cambridge (MA), 2016; D.J. TEECE, *Business models, business strategy and innovation*, in *Long Range Planning*, n. 2-3, 2010, p. 172 ss.

3. P. PERLINGIERI, *Mercato, solidarietà e diritti umani*, in *Rass. dir. civ.*, 1995, p. 91 ss. evidenzia la necessità sociale non solo di perseguire profitti economici ma anche di realizzare valori guardando alla solidarietà umana e civile.
4. Cfr. D. DI SABATO, *Strumenti giuridici per l'attuazione della mobilità sostenibile*, in *Contr. impr. eur.*, n. 2, 2021, p. 414; A. GAMBARO, *I beni*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. CICU, F. MESSINEO, L. MENGONI e continuato da P. SCHLESINGER, Milano, 2012, p. 62 ss.; P. GROSSI, *Trasformazioni dominicali*, in U. MATTEI, E. REVIGLIO, S. RODOTÀ (a cura di), *Invertire la rotta. Idee per una riforma della proprietà pubblica*, Bologna, 2016, p. 49 ss.; ID., *Un altro modo di possedere: l'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Milano, 2017.
5. Cfr. sul tema l'analisi di G. ALPA, A. CATRICALÀ, *Diritto dei consumatori*, Bologna, 2016.
6. Cfr. A. COCCO, *I rapporti contrattuali nell'economia della condivisione*, Napoli, 2020, p. 24 ss.; D. DI SABATO, *Diritto e new economy*, cit., p. 20.
7. Cfr. A. BARICCO, *The game*, Torino, 2018, *passim*; C. CODAGNONE, A. KARATZOGIANNI, J. MATTHEWS, *Platform Economics. Rhetoric and Reality in the "Sharing Economy"*, Bingley, 2019, *passim*; M.A. CUSUMANO, A. GAWER, D.B. YOFFIE, *The Business of Platforms*, New York, 2019; D. DI SABATO, *Diritto e new economy*, cit., p. 28 ss.; C. PERLINGIERI, *Social Networks and Private Law*, Napoli, 2017; A. QUARTA, G. SMORTO, *Diritto privato dei mercati digitali*, Firenze, 2020, p. 116 ss.; N. SRNICEK, *Platform capitalism*, Cambridge, 2017, p. 33 ss.

di far convergere domanda e offerta di beni e servizi in modo efficace all'interno di ambienti virtuali fluidi⁸.

Le piattaforme informatiche si concretano in luoghi di incontro privilegiati nel quadro di un mercato *online*, concepito da operatori che permettono l'accesso diretto da parte degli utenti a servizi preconfezionati⁹. Nello spazio in cui trova svolgimento l'attività prefigurata si delineano relazioni a struttura tripolare, posto che tre sono i soggetti che agiscono: il titolare della piattaforma, l'utente erogatore/fornitore e l'utente fruitore/beneficiario del servizio. In tale contesto normalmente la piattaforma si relaziona con ciascuno degli utenti, ma non si manifesta come parte del rapporto, limitandosi piuttosto ad agevolare l'intesa e le comunicazioni tra gli utenti¹⁰.

In seno alla rete si realizzano dunque forme di scambio che rifuggono da rigidi modelli di intermediazione e da strutture imprenditoriali tradizionali e che conducono alla emersione di figure di interazione tra economia e società in grado di ampliare e di travalicare le tradizionali strutture improntate alla reciprocità delle relazioni nonché di porsi in una prospettiva di interconnessione tra logiche di mercato e logiche redistributive¹¹.

Invero, come osservato, ad essere scambiati e condivisi sono potenzialmente tanto beni materiali quanto beni immateriali e, nella sfera dei beni materiali, si rivelano fruibili in condivisione quei beni di uso comune la cui capacità di sfruttamento residua e non utilizzata ha un valore rilevante¹². Ebbene nel contesto della condivisione di beni materiali trovano affermazione, tra le altre, anche specifiche tipologie di incontro sul web di domanda e offerta relativamente ai servizi di mobilità terrestre.

8. S. RODOTÀ, *Il mondo della rete. Quali diritti quali vincoli*, Roma-Bari, 2014, p. 54 ss. discorre del duplice rilievo che possono assumere le piattaforme digitali, osservando che esse possono essere intese o come spazi planetari "dove la logica del mercato sovrasta tutte le altre" oppure quali spazi in cui si pongono "opportunità significative e concrete per la libera costruzione della personalità e per un'altra visione dei legami sociali".
9. A. COCCO, *op.cit.*, p. 28 ss., riguardo alla piattaforma, specifica: che un'"infrastruttura *hardware* o *software* che fornisce servizi e strumenti tecnologici, programmi e applicazioni, per la distribuzione, il *management* e la creazione di contenuti e servizi digitali gratuiti o a pagamento, anche attraverso l'integrazione di più media (*integrated digital platform*)"; che "può essere '*open source*' o 'commerciale'"; che "può essere strutturata 'per un pubblico accesso' o 'per un target circoscritto di utenti', previa registrazione"; che "può prevedere servizi informativi, interattivi, di *file sharing*, *downloading* e *uploading*, *streaming*, nonché di comunicazione e condivisione di materiale multimediale".
10. Cfr. C. BUSCH, H. SCHULTE-NÖLKE, A. WIEWIÓROWSKA-DOMAGALSKA, F. ZOLL, *The Rise of the Platform Economy: A New Challenge for EU Consumer Law?*, in *EuCML Journal of European Consumer and Market Law*, n. 1, 2016, p. 4; A. QUARTA, G. SMORTO, *op. cit.*, p. 178 ss.
11. Cfr. D. ARCIDIACONO, A. GANDINI, I. PAIS, *Sharing our way into the future*, cit., p. 466 ss.; ID., *Sharing what? The 'sharing economy' in the sociological debate*, cit., p. 275 ss.; I. PAIS, G. PROVASI, *op.cit.*, in *Stato e Mercato*, n. 3, 2015, p. 347 ss.
12. Osserva G. SMORTO, *Economia della condivisione e antropologia dello scambio*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2017, n. 1, p. 123: "Ad essere potenzialmente condivisibili sono tutti quei beni che, in un dato momento storico ed in un certo luogo, sono accessibili ad una parte significativa della popolazione – ossia beni di uso comune – e che, ad un determinato stadio dell'evoluzione tecnologica, sono offerti sul mercato in 'blocchi' di capacità e che, pertanto, il singolo non può acquistare nell'esatta quantità che gli occorre. Quando il consumo da parte dell'acquirente è inferiore al 'blocco' di funzionalità, il bene va incontro ad una sottoutilizzazione e la capacità non consumata può essere perduta o ceduta a terzi 'condividendo' la risorsa in questione".

Si tratta del fenomeno definito con la locuzione “*sharing mobility*”¹³, la quale “descrive una gamma eterogenea di servizi innovativi di mobilità, alternativi tanto all’uso del mezzo proprio che dei mezzi collettivi o di massa, i quali si fondano sull’accesso temporaneo alle risorse, ed in cui l’erogazione del servizio avviene per il tramite di piattaforme digitali che garantiscono l’accesso e la condivisione di mezzi, veicoli e tragitti, consentendo all’utenza di richiedere, prenotare e pagare il servizio attraverso dispositivi informatici”¹⁴.

La mobilità condivisa attiene a formule di trasporto relative a modalità di movimento sempre più integrate nel territorio e che si innestano nel solco della mobilità sostenibile¹⁵. Nel suo peculiare ambito rientrano infatti moduli di trasporto il cui uso è improntato ad efficienza e la cui diffusione rappresenta un fattore positivo sia per la qualità della vita delle persone – in ragione dell’attitudine di tali tipologie di trasporto a consentire di risparmiare tempo e di ridurre i costi degli spostamenti, tanto individuali che collettivi – sia per l’ambiente¹⁶.

Alla enucleazione categoriale dei servizi di *sharing mobility* e ad una loro descrizione sia generale che specifica, ossia relativa alle formule mediante le quali tali servizi trovano attualmente diffusione nel panorama socio-economico italiano, sarà riservata una parte del presente studio, mentre un’altra parte sarà dedicata alla trattazione dei negozi giuridici che disciplinano i rapporti della mobilità condivisa.

2. Inquadramento sistematico dei servizi di *sharing mobility*

Invero, sotto il profilo classificatorio e in termini generali¹⁷, gli spostamenti terrestri si differenziano, per un verso, a seconda delle diverse tipologie di veicoli attraverso cui si realizza il trasporto, per un altro verso, sulla base dell’utilizzazione economica del veicolo stesso.

Specificamente lo spostamento può avvenire tramite un mezzo di proprietà dell’utilizzatore ovvero mediante la fruizione di veicoli non di proprietà dell’utilizzatore.

13. Cfr. A. CLARONI, E.G. ROSAFIO, *New Mobility Scenarios: Sharing Mobility and Micro-mobility*, in *European Business Law Review*, n. 1, 2023, p. 23 ss.; G. SMORTO, *Quali regole per la sharing mobility in Europa. Un’introduzione*, in *Diritto e questioni pubbliche*, n. 1, 2020, p. 7 ss.; ID., *Verso una disciplina giuridica della sharing mobility nell’Unione europea*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 2020, *Special Issue* (giugno), p. 17 ss.; G. SMORTO, I. VINCI, *The Role of Sharing Mobility in Contemporary Cities. Legal, Social and Environmental Issues*, Cham, 2020.

14. G. SMORTO, *Quali regole per la sharing mobility in Europa. Un’introduzione*, cit., p. 7.

15. Cfr. A. CLARONI, E.G. ROSAFIO, *op. cit.*, p. 23 ss.; L. AMMANNATI, *Verso un trasporto sostenibile. Interoperabilità intermodalità e digitalizzazione*, in L. AMMANNATI, A. CANEPA (a cura di), *Politiche per un trasporto sostenibile. Governance multimodalità fiscalità*, Napoli, 2017, p. 14 ss.; E. MAZZOLA, U. LA COMMARE, G. INGARAO, *La sharing mobility è un approccio alla mobilità sostenibile dal punto di vista dell’impatto ambientale? Alcune considerazioni basate su un’analisi empirica*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 2020, *Special Issue* (giugno), p. 189 ss.

16. M. CIUFFINI, L. REFRIGERI, S. ASPERTI, *La sharing mobility in Italia*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 2020, *Special Issue* (giugno), p. 207, evidenziano che è alla rivoluzione tecnologica che deve ascrivere la “trasformazione di alcuni servizi di nicchia in forme di produzione/consumo di massa e l’acquisto di caratteri inediti da parte di pratiche o servizi di mobilità preesistenti, come l’autostop, l’autonoleggio o gli stessi servizi di Taxi o NCC”.

17. Al riguardo e per le classificazioni tratteggiate nella presente analisi nonché per le caratteristiche dei diversi

La distinzione tra la prima delle suddette modalità di spostamento – la mobilità individuale – e la seconda – la mobilità come servizio condiviso – è chiaramente enunciata ed individuata già nel Codice della Strada, il quale, in ordine all’uso dei veicoli, distingue appunto tra “veicoli adibiti a uso proprio” e “veicoli adibiti a uso di terzi”, contemplando, sotto quest’ultima formula e per lo specifico ambito del trasporto di persone, l’uso di veicoli “nell’interesse di persone diverse dal proprietario”, quali la locazione del veicolo senza conducente, il servizio di noleggio con conducente, il servizio di taxi, il servizio di linea (art. 82 C.d.S.)¹⁸.

Nel novero dei servizi di mobilità accessibili in condivisione, si distinguono ulteriormente i servizi fruibili “in sequenza”, che si qualificano per la condivisione di un mezzo di trasporto mediante un utilizzo successivo da parte degli utilizzatori¹⁹, e i servizi fruibili “simultaneamente”, che si esplicitano nella condivisione contestuale di un mezzo di trasporto per un comune tragitto da parte di più soggetti²⁰.

In funzione della loro accessibilità e disponibilità i servizi di mobilità condivisa si differenziano altresì in due distinte specie: i servizi di linea fruibili ad orario e i servizi *on demand*.

Nella prima categoria rientrano i servizi di mobilità relativi a un itinerario prestabilito e fruibili secondo un orario predeterminato, i quali sono destinati al trasporto di un elevato numero di passeggeri e generalmente sono disponibili nelle ore di punta lungo le principali direttrici di traffico. Si tratta di servizi che, al fine di garantire la massima efficienza, presuppongono una specifica delimitazione della disponibilità sia circa il percorso sia in riferimento agli intervalli di tempo in cui la prestazione di trasporto è prevista. Sono inoltre molto vantaggiosi relativamente alla spesa per il singolo utente e sono atti ad avere un impatto specifico medio inferiore rispetto al mezzo personale tanto per consumi energetici e emissioni quanto per capacità di utilizzazione dello spazio. Tali servizi, tuttavia, appunto in ragione della loro diponibilità ad un orario e per un tragitto rigidamente predeterminati, non offrono le stesse prestazioni del mezzo utilizzabile individualmente e costituiscono un’opzione di viaggio non versatile.

Appartengono a tale tipologia i servizi di mobilità a guida vincolata, come le metropolitane, le tramvie e le ferrovie, e i servizi stradali di linea, come gli autobus.

Della seconda categoria fanno parte i servizi offerti su richiesta senza indicazione di un orario predefinito e relativi a un itinerario non predeterminato, ma da stabilirsi di volta in volta. Tali tipi di servizi sono paragonabili, per efficienza di utilizzo e per versatilità, a quelli di uso individuale e sono volti a soddisfare, nella medesima unità di tempo, volumi di domanda di portata assolutamente minore rispetto a quella dei servizi di trasporto di linea ad orario predeterminato. A parità di tragitto di viaggio, essi sono normalmente offerti a un prezzo unitario superiore rispetto al

servizi enumerati si veda la puntuale analisi contenuta nel documento “Il monitoraggio dei servizi di sharing mobility” (maggio 2021), p. 6 ss., redatto a cura dello staff tecnico dell’Osservatorio Nazionale della Sharing Mobility (Gruppo di lavoro: M. CIUFFINI, S. ASPERTI, L. REFRIGERI).

18. M. CIUFFINI, L. REFRIGERI, S. ASPERTI, *La sharing mobility in Italia*, cit., p. 207.

19. Rientrano in tale categoria, tra gli altri, il servizio di *carsharing* o il servizio di taxi.

20. Rientrano in tale categoria, tra gli altri, i servizi di linea e il *carpooling*.

prezzo prefissato per i servizi di linea fruibili ad orario. Sono servizi di mobilità che attengono a prestazioni generalmente atte ad assolvere a una domanda caratterizzata da occasionalità, discontinuità e imprevedibilità.

Ebbene, nella sfera di questa tipologia di servizi, accanto ai tradizionali servizi *on demand*, quali i servizi di taxi, di noleggio senza conducente e di noleggio con conducente, sono compresi i servizi di *sharing mobility*. Sono servizi a richiesta, abilitati da piattaforme digitali, che si affiancano ai modelli di mobilità preesistenti e che negli ultimi anni hanno determinato un radicale mutamento dei servizi di mobilità, imponendosi sempre più come originali modelli alternativi a quelli consueti e nel contempo inducendo delle inevitabili trasformazioni in seno alle modalità di utilizzo dei servizi di mobilità tradizionale.

Nel quadro di tali formule tassonomiche si distinguono due ulteriori tipologie: i servizi di *vehiclesharing* e i servizi di *ridesharing*. Come di seguito si vedrà nel dettaglio, sono due formule di servizi molto differenti tra loro per natura, per struttura, per modalità operative e per implicazioni economiche e di sostenibilità ambientale.

I servizi di *vehiclesharing*, che, a seconda del tipo di veicolo che si condivide, assumono varie denominazioni – quali *bikesharing*, *scootersharing*, monopattino in *sharing*, *carsharing*, *vansharing* –, si connotano per la fruizione in sequenza di un unico veicolo da parte di una pluralità di utenti e per il fatto che l'utente del servizio è il soggetto che guida il veicolo messo temporaneamente in condivisione da altri (sia esso un singolo soggetto ovvero sia un operatore). In tale tipologia di servizi l'utente utilizza il mezzo di trasporto in modo autonomo, in assenza di personale preposto alla messa a disposizione dello stesso, per il lasso di tempo necessario a soddisfare le proprie esigenze di mobilità e dunque anche per un tempo molto breve. Da tali peculiarità deriva che il prezzo al quale i servizi di *vehiclesharing* sono offerti agli utenti è molto minore rispetto ai servizi di mobilità che prevedono la guida con conducente e/o che presuppongono una rete di addetti all'attività di prelievo e restituzione dei veicoli e che nel prezzo sono compresi anche i costi assicurativi. Il potenziale competitivo del servizio è collegato ai benefici riservati all'utente, che sono del tutto simili a quelli ricavabili dall'auto privata per quanto concerne la flessibilità e il comfort, ma che sono conseguiti a costi inferiori rispetto a quelli che gravano sulla proprietà individuale del mezzo, la quale contempla un elevato livello di costi fissi da sostenere indipendentemente dall'uso effettivo in termini chilometrici e dal tempo di utilizzo²¹.

I servizi di *ridesharing*, i quali a seconda del contesto normativo e organizzativo di riferimento si esplicitano come *carpooling*, *e-hailing*, *ridehailing*, *ridesplitting*, *microtransit* o *DRT (Demand Responsive Transit)*, sono servizi di trasporto effettuati su richiesta dell'utente e relativi ad itinerari e ad orari determinati di volta in volta. Si tratta di una tipologia di servizio sovrapponibile a quello di trasporto non di linea, ma da questo differenziatesi per la funzione abilitante che riveste la piattaforma digitale quanto alla interazione tra erogatore del servizio di trasporto e passeggero trasportato. Le formule di servizi di *ridesharing* si qualificano dunque per il rilievo svolto dall'innovazione tecnologica, che costituisce un fattore determinante sia per incrementare le possibilità

21. Cfr. M. CIUFFINI, L. REFRIGERI, S. ASPERTI, *La sharing mobility in Italia*, cit., p. 208.

d'incontro tra domanda e offerta sia per diminuire e contenere entro margini limitati i costi unitari del viaggio²².

Tutti gli esaminati servizi condivisi²³ contemplan l'esistenza di un'organizzazione erogatrice di un servizio di mobilità e l'esistenza di una pluralità di soggetti che ricorrono a quel servizio, condividendo veicoli e tragitti²⁴.

La peculiarità di tali servizi di *sharing mobility* discende da specifiche connotazioni²⁵ che ne conformano la natura e ne tratteggiano l'essenza e che valgono a differenziarli *in nuce* sia dai servizi di linea o a orario sia dai tradizionali servizi *on demand*.

Segnatamente essi si connotano innanzitutto per la loro reticolarità, posto che le piattaforme informatiche che ne presiedono la fruizione consentono la creazione di relazioni e scambi che superano i limiti fisici e operano in un modo molto veloce ed efficace.

Si caratterizzano altresì per interattività, in quanto le piattaforme digitali per il loro assetto sistematico, appunto mediante un'interazione continuativa e in tempo reale tra utenti e *provider*, da un lato, permettono ai primi sia di fruire di tali servizi sia di crearli e o modificarli a seconda delle loro necessità di trasporto e, dall'altro, consentono ai secondi di variarne il contenuto per adattarli alle esigenze dei fruitori.

I servizi di *sharing mobility* inoltre si qualificano per la loro attitudine ad innescare forme di collaborazione e di coordinamento tra individui dai profili singolari. La *community* emergente dalla formazione di una rete di contatti, infatti, non solo rileva quale fattore di riconoscibilità, credibilità e reputazione delle piattaforme, ma si pone come strumento capace di realizzare molteplici transazioni, di tipo commerciale o non, fondate sullo scambio e sul dono.

Mentre le suddette caratteristiche discendono dal rilievo che rivestono le piattaforme digitali ai fini dell'utilizzo, altre derivano dalla modulazione intrinseca di tali servizi.

Si tratta in primo luogo della idoneità dei servizi di *sharing mobility* a incrementare la produttività di un mezzo di trasporto mediante lo sfruttamento della capacità che residua a fronte di un uso meramente personale e esclusivo di un veicolo di proprietà. Specificamente l'ottenimento del massimo rendimento di utilizzo del mezzo può realizzarsi tanto sotto il profilo spaziale durante

22. Cfr. M. CIUFFINI, L. REFRIGERI, S. ASPERTI, *La sharing mobility in Italia*, cit., p. 208 ss.

23. In termini esemplificativi giova rilevare che nel cosiddetto "ventaglio della mobilità condivisa" elaborato dall'Osservatorio Nazionale Sharing Mobility, lanciato nel settembre 2015 e promosso dal Ministero dell'Ambiente e della Sicurezza Energetica, dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e dalla Fondazione per lo Sviluppo Sostenibile, rientrano sia i servizi di linea ad orario – tra i quali sono annoverati treno, treno urbano, metropolitana, tram, *bus rapid transit*, autobus, *people mover*, funivia, funicolare, scala mobile – sia i servizi *on demand* – tra i quali si distinguono i servizi tradizionali, quali ascensore, taxi, NCC, e i servizi di *sharing mobility*, quali *bikesharing*, *scootersharing*, *carsharing*, *e-hailing*, *ridehiling/TNC*, *carpooling*, *ridesplitting*, *microtransit/DRT*. Per la riportata enumerazione cfr. <https://osservatoriosharingmobility.it/>.

24. Cfr. M. CIUFFINI, L. REFRIGERI, S. ASPERTI, *La sharing mobility in Italia*, cit., p. 207.

25. Riguardo alle caratteristiche dei servizi di *sharing mobility* cfr. M. CIUFFINI, L. REFRIGERI, S. ASPERTI, *La sharing mobility in Italia*, cit., p. 207 ss.

lo spostamento, implementando il numero dei passeggeri – ciò può ad esempio avvenire attraverso l'uso di una piattaforma di *carpooling* –, quanto sotto il profilo temporale, mediante la riduzione dei momenti in cui il veicolo si trova non in movimento a bordo strada e non è utilizzato da alcuno – è il caso di un'automobile offerta in *carsharing*.

Un altro aspetto caratterizzante i servizi di *sharing mobility* è la loro connaturata ludicità, atteso che tali servizi di trasporto sono concepiti per assicurare un uso del bene contrassegnato non soltanto dalla semplicità della fruizione, ma anche dallo svago e dalla distrazione, ossia da una dimensione giocosa.

I predicati servizi di *sharing mobility*, sebbene siano ancora soltanto occasionalmente usati e conosciuti dalla gran parte della popolazione italiana, tuttavia, grazie alla possibilità che offrono di rispondere in modo peculiarmente originale a una richiesta di mobilità sempre meno prevedibile e essenzialmente ubiqua, oltre che parcellizzata, si prestano nel futuro ad essere erogati per rispondere alle esigenze di un parterre di utilizzatori più ampio rispetto a quello dei fruitori dei servizi *on demand* tradizionali.

Di sicuro interesse è l'opportunità di integrazione tra diversi servizi di mobilità condivisa²⁶. Si tratta di una possibile evoluzione nelle modalità di utilizzo dei servizi dettata dalla fruibilità crescente di tecnologie digitali viepiù maggiormente sofisticate e tali da consentire di operare combinazioni singolari volte a rendere sempre più efficace e vantaggiosa la fruizione di servizi di *sharing mobility* messi a disposizione di quanti, per spostarsi, non intendano accedere a mezzi di trasporto propri o a servizi tradizionali.

L'integrazione tra servizi di mobilità si esplicita come intermodalità o come multimodalità, a seconda che si realizzi lungo l'itinerario in cui il servizio è erogato, cioè tra l'origine dello spostamento e la sua destinazione finale, ovvero nell'arco del tempo nel quale si verifica la successione degli spostamenti che si compiono in modo ciclico²⁷.

Negli spostamenti intermodali o combinati, i servizi di *sharing mobility* accrescono la capacità attrattiva dei servizi di trasporto di linea/a orario nel compimento del cosiddetto primo e ultimo miglio. La combinazione tra servizi complementari permette soluzioni di viaggio maggiormente competitive rispetto a quelle realizzabili mediante l'utilizzo di veicoli privati. Sotto il profilo commerciale l'integrazione tra servizi di mobilità diversi, che si avvalgono di una compiuta interazione operativa dei rispettivi sistemi di pagamento, è resa oggi possibile in virtù dell'utilizzo delle piattaforme di *MaaS (Mobility-as-a-Service)*²⁸. Tali piattaforme digitali – nella maggior parte dei casi accessibili attraverso un'applicazione per *smartphone* – consentono agli utenti di pianificare, prenotare e acquistare più tipi di servizi di mobilità forniti da uno o più operatori utilizzando un'unica piattaforma e operando un unico pagamento. La piattaforma offre agli utenti un *journey planner* intermodale, che prevede sia un sistema di informazioni in tempo reale in ordine a percorsi e a soggetti erogatori delle diverse tipologie di servizio sia un sistema di prenotazione dei

26. Cfr. M. CIUFFINI, L. REFRIGERI, S. ASPERTI, *La sharing mobility in Italia*, cit., p. 209 ss.

27. Cfr. M. CIUFFINI, L. REFRIGERI, S. ASPERTI, *La sharing mobility in Italia*, cit., p. 209.

28. Cfr. M. CIUFFINI, L. REFRIGERI, S. ASPERTI, *La sharing mobility in Italia*, cit., p. 209 ss.

servizi e un unico metodo di pagamento per tutte le tipologie di trasporto integrate nella piattaforma. Più è ampia la gamma dei servizi di mobilità condivisa proposti e fruibili e maggiore è la tendenza degli utenti al loro utilizzo, scegliendo la soluzione di volta in volta ritenuta più conveniente, con conseguente incremento della propensione alla multimodalità. Specificamente la condizione di propensione alla multimodalità si realizza quando gli individui, che normalmente nell'arco della settimana compiono ciclicamente spostamenti di tipo diverso, usano servizi di mobilità sempre diversi per fare fronte alle esigenze quotidiane. Qualora la rosa delle opzioni di mobilità a disposizione dell'utente si ampli, per ciascuno spostamento l'utente tenderà ad utilizzare il servizio e la modalità di trasporto nelle sue condizioni maggiormente efficaci²⁹.

L'integrazione sia spaziale che temporale tra diverse alternative di viaggio, qualora raggiunga un livello ottimale di efficienza dell'offerta fornita, per i suoi caratteri di disponibilità, versatilità, accessibilità e flessibilità, si rivelerà idonea ad indurre modifiche nelle abitudini di mobilità dei consumatori e a determinare una drastica riduzione dell'uso del mezzo di trasporto privato, fino a giungere alla definitiva rinuncia a possederne uno.

Tale schema di integrazione tra spostamenti effettuati con mezzi di trasporto diversi in un determinato arco di tempo può essere ulteriormente agevolato in virtù della messa a disposizione da parte delle piattaforme di *MaaS* dei cosiddetti *bundle*, pacchetti che includono servizi eterogenei di mobilità integrata – dal trasporto pubblico ai servizi di *sharing mobility on demand* ai servizi tradizionali *on demand* – idonei a soddisfare le diverse esigenze dell'utenza.

Da quanto evidenziato discende che per le sue intrinseche caratteristiche la digitalizzazione tenderà nel futuro sempre più a determinare trasformazioni rivoluzionarie nell'ambito della mobilità e a mettere progressivamente in discussione il primato della mobilità individuale.

2.1. I servizi di *vehiclesharing* in Italia

I servizi di *vehiclesharing*, che si sostanziano in peculiari forme di condivisione sostenibile, in sequenza, di un veicolo e che in Italia si stanno sempre più diffondendo sia in ambito urbano che extraurbano anche in virtù del contributo delle amministrazioni locali e di normative europee e nazionali tese ad incentivare la sostenibilità e la sensibilità ambientale, secondo quanto sopra evidenziato, conseguono all'esercizio di un'attività concepita per soddisfare l'esigenza di un gruppo di individui di effettuare spostamenti secondo le proprie necessità mediante l'uso di un veicolo individuale non di proprietà, ma al quale si accede temporaneamente.

Tale attività, che può anche non essere un'attività economica, per il suo svolgimento richiede l'avvalimento di una piattaforma digitale e di un'organizzazione più o meno complessa appositamente creata per fornire questo specifico servizio.

Ciò posto, in termini costitutivi e per essere esercitata, l'attività postula l'indispensabile presenza, da un canto, di un soggetto – che può essere un individuo ovvero un'entità collettiva – che disponga

29. Cfr. M. CIUFFINI, L. REFRIGERI, S. ASPERTI, *La sharing mobility in Italia*, cit., p. 209 ss.

di uno o più veicoli e che li metta a disposizione degli utenti, da un altro canto, di un insieme di individui che possono accedere separatamente e in via temporanea all'utilizzo di un veicolo che non sia di loro proprietà.

Affinché il servizio possa essere erogato e fruito sono poi necessari specifici apparati dispositivi tecnologici.

In primo luogo il servizio necessita di una piattaforma digitale idonea a consentire l'interazione tra il soggetto erogatore del servizio medesimo e che ha la disponibilità del veicolo e il soggetto che ha l'esigenza di fruire del mezzo di trasporto.

Il servizio necessita altresì della disponibilità di uno strumento tecnologico e/o organizzativo in grado di consentire l'accesso fisico al veicolo di chi ne chiede la fruizione in assenza di un'interazione fisica con il soggetto che lo rende disponibile (il cosiddetto *unattended access*³⁰).

È inoltre necessaria una rete di veicoli presenti sul territorio atta a rendere disponibile temporaneamente all'utilizzatore il veicolo desiderato.

È infine richiesta la formazione di una comunità di utenti, ossia l'iscrizione preventiva al servizio da parte dei soggetti che intendono usufruirne (la cosiddetta *membership*).

In termini organizzativi i servizi di *vehiclesharing* si connotano per quattro essenziali aspetti: il modello operativo, il modello economico, il modello di *governance* e il tipo di veicolo.

Segnatamente il modello operativo rappresenta le diverse possibili combinazioni che possono realizzarsi in virtù della dislocazione dei veicoli in una determinata area territoriale, del tipo di viaggio disponibile e fruibile, della classe di durata del noleggio, della disponibilità dei mezzi.

In particolare, la dislocazione dei veicoli può essere indefinita e variabile all'interno di una precisa area operativa ovvero può essere predefinita e realizzata in corrispondenza di stalli di sosta, anche non contigui, idonei a formare una stazione.

La tipologia di viaggio può riferirsi a un viaggio con almeno un'andata e un ritorno (*round-trip*) ovvero a un viaggio di sola andata (*one-way*).

Per quanto attiene alla classe di durata, diverse sono le categorie di noleggio, distinguendosi: noleggi a brevissimo termine, contrassegnati da tempo del noleggio pari a uno o più minuti/ore; noleggi a breve termine, connotati da tempo del noleggio pari a uno o più giorni; noleggi a medio termine, contraddistinti da tempo del noleggio pari a uno o più mesi.

Riguardo alla disponibilità dei mezzi, il servizio può ancora qualificarsi come: prenotabile, qualora sia prevista per l'utente la possibilità di riservarsi il veicolo anche molto tempo prima dell'uso; non prenotabile, ove la prenotazione possa avvenire pochi minuti o secondi prima dell'utilizzo del veicolo.

Per quanto attiene al modello economico che caratterizza il servizio, si distinguono schemi differenti in funzione dei seguenti vari fattori: di chi sia il soggetto che rende disponibili i veicoli in *sharing*; di quale sia il gruppo di individui che possono accedere temporaneamente e singolarmente

30. L'*unattended access* è un accesso non presidiato che consente connessioni remote a un dispositivo senza che qualcuno sia fisicamente presente dall'altra parte e offre funzionalità come configurazione semplice, trasmissione dati ad alta velocità e registrazione della sessione.

all'utilizzo del veicolo; di quale tipo sia la relazione sussistente tra i soggetti coinvolti nell'attività di trasporto; quale sia la formula di transazione che si realizza³¹.

Nello specifico si registrano: il modello *business-to-consumer* (B2C); il modello *business-to-business* (B2B); il modello *peer-to-peer* (P2P); il modello *cooperativo*.

Nel modello *business-to-consumer* (B2C) – opzione oggi maggiormente diffusa in Italia – il fornitore del servizio è un soggetto economico che esercita attività d'impresa, mentre gli utenti/clienti sono individui che usufruiscono del servizio dietro il pagamento di un corrispettivo.

Nel modello *business-to-business* (B2B) – attualmente in forte crescita in Italia – il fornitore del servizio è un soggetto economico che esercita attività d'impresa e l'utente/cliente è un'azienda.

Nel modello *peer-to-peer* (P2P) – formula che va sempre più suscitando interesse – il veicolo appartiene a un privato cittadino il quale occasionalmente lo mette in condivisione per altri utenti mediante l'utilizzo delle piattaforme digitali che permettono l'incontro tra domanda e offerta e che presuppongono la collaborazione tra pari.

Il modello cooperativo si basa invece sull'autorganizzazione regolata da un contratto tra proprietari del veicolo e tende alla condivisione di costi. L'operatività di tale modello, per consentire la regolamentazione dell'uso dei mezzi, implica l'impiego delle piattaforme informatiche.

Il modello di *governance* attiene al sistema di gestione e controllo delle attività ed è essenziale ai fini di consentire una chiara distinzione tra ruoli e responsabilità relativamente all'esercizio dei servizi. Lo schema riguarda i rapporti tra soggetti pubblici (le amministrazioni) e soggetti privati per quanto concerne tanto la proprietà degli *asset* su cui si fonda il servizio, ossia la proprietà della piattaforma digitale e dei veicoli, quanto la gestione del servizio e la sua pianificazione. Diverse sono le possibili formule di *governance*. Si annoverano: un modello in cui sia la proprietà dell'*asset* sia la gestione sono pubbliche; uno schema in cui la proprietà dell'*asset* e la gestione sono private; un modulo misto in cui la proprietà dell'*asset* è pubblica e la gestione è privata.

Nella prima formula, ove il soggetto pubblico sia al contempo proprietario di tutte le risorse del sistema e gestore delle stesse, l'amministrazione progetta, pianifica, implementa e gestisce il servizio di *vehiclesharing* sia riguardo alla flotta sia in merito alla piattaforma digitale, assumendo su di sé il rischio finanziario relativo all'istituzione del servizio e sopportando eventuali conseguenze negative discendenti dall'esercizio del servizio medesimo.

Nell'opposto schema, in cui uno o più soggetti privati sono proprietari degli *asset* fondamentali e sono titolari della gestione del servizio, il soggetto pubblico si limita a definire il quadro regolamentare in cui l'operatore privato agirà esercitando il servizio.

Nel terzo modello possibile, quello in cui la proprietà delle risorse è pubblica laddove l'erogazione del servizio sia privata, il soggetto privato esercita l'attività assumendo su di sé gli oneri relativi alla gestione e al controllo della flotta, della piattaforma e di tutte le altre risorse, ivi compresi gli aspetti concernenti i profili tariffari.

31. Si tratta della classificazione proposta da K. STOKES, E. CLARENCE, L. ANDERSON, A. RINNE, *Making Sense of the UK Collaborative Economy*, in *Nesta – Collaborative Lab*, 2014, p. 9 ss. (https://media.nesta.org.uk/documents/making_sense_of_the_uk_collaborative_economy_14.pdf).

In Italia³², in riferimento alle diverse tipologie di messa in condivisione di veicoli, si annoverano, come già evidenziato, il *bikesharing*, lo *scootersharing*, il monopattino in *sharing*, il *carsharing*, il *vansharing*³³.

In particolare, il *bikesharing*³⁴ è un servizio di mobilità operativo soprattutto in ambito urbano, ma che trova applicazione anche all'interno di aree turistiche, parchi naturali, *campus* universitari. Il servizio è erogato o secondo il sistema operativo della stazione fissa (*station-based*), nel quale sono georeferenziate le stazioni e si prevede l'installazione di postazioni in diverse e specifiche aree dove le biciclette sono disponibili e devono essere collocate al termine dell'utilizzo, o secondo il sistema del flusso libero (*free floating*), in cui sono georeferenziate le biciclette e si prevede la libera messa a disposizione degli utenti dei veicoli senza la necessità di postazioni fisse, oppure secondo un ibrido tra i due sistemi operativi.

Sotto il profilo della fruizione del servizio, generalmente per l'utilizzo del mezzo è necessario procedere ad uno sblocco dello stesso o mediante una tessera senza contatto o mediante applicazioni per *smartphone* ed è richiesta una registrazione, finalizzata alla individuazione dell'utilizzatore. I servizi sono fruibili o a pagamento ovvero a titolo gratuito a seconda delle politiche di mobilità cui l'erogazione del servizio stesso risponde.

Se il modello economico maggiormente utilizzato sul territorio risulta essere il *business-to-consumer (B2C)*, il modello gestionale propende non tanto per l'autorizzazione alla gestione privata del servizio o alla concessione di servizio pubblico quanto piuttosto nella direzione della dimensione pubblica e si esplica o nella gestione pubblica diretta o mediante società dedicata oppure tramite appalto per la fornitura del servizio con o senza fornitura del sistema.

Il servizio di *scootersharing* vede in Italia la preponderanza della formula operativa del *free-floating* funzionante con veicoli prenotabili e noleggiabili mediante il sistema dello sblocco, per brevissimo tempo e in modalità *one way*. Come per il servizio di *bikesharing*, il modello economico adottato è il *business-to-consumer (B2C)*, mentre il sistema di *governance* è di stampo privatistico in cui privata è la proprietà degli *asset* e privata è la gestione del servizio.

32. Per i dati riportati cfr. il documento *Le città della sharing mobility: monitoraggio, misure di sostegno e integrazione tra servizi di mobilità condivisa*, recante *Risultati delle attività dell'accordo 2022-2023 tra Osservatorio Sharing Mobility e Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti* (p. 12 ss.) redatto dall'Osservatorio Nazionale Sharing Mobility (accessibile in <https://osservatoriosharingmobility.it/wp-content/uploads/2023/02/risultati-attivita-accordo-MIT-OSM.pdf>). In argomento cfr. altresì U. GUIDONI, R. SEBASTIANI, P. VERDERIO (a cura di), *Nuove forme di mobilità sostenibile e condivisa. Short overview sulla sharing mobility*, p. 1 ss., in <https://www.fondazioneania.it/upload/it/pubblicazioni/Studi/NUOVE-FORME-DI-MOBILITA.pdf>.

33. Cfr. A. CLARONI, E.G. ROSAFIO, *op. cit.*, p. 23 ss.; M.F. TOMMASINI, *Le tipologie del noleggio. Ipotesi di un quadro sistematico*, in *Nuova giur. civ. comm.*, n. 1, 2018, II, p. 92 ss. Per le diverse tipologie di noleggio in esame cfr. la disamina contenuta nel sopra citato documento "Il monitoraggio dei servizi di sharing mobility" (maggio 2021), p. 10, redatto a cura dello staff tecnico dell'Osservatorio Nazionale della Sharing Mobility (Gruppo di lavoro: M. CIUFFINI, S. ASPERTI, L. REFRIGERI).

34. Cfr. C. ALVISI, A. CLARONI, *Problemi di governo della sharing economy nel settore delle locazioni turistiche e del bike-sharing*, in *Ist. federalismo*, n. 4, 2019, p. 932 ss.

Anche il servizio di monopattini in condivisione vede in Italia, quale modello operativo di distribuzione dei veicoli maggiormente diffuso, quello del *free-floating one way* e, quali modelli economico e gestionale, quelli *business-to-consumer (B2C)* con proprietà privata e gestione privata delle risorse. Più complessa è l'operatività in Italia del *carsharing*, diffusosi nell'ultimo trentennio per effetto del Decreto del Ministero dell'Ambiente "Interventi per la mobilità sostenibile" emanato il 27 marzo del 1998 e disponibile prevalentemente in ambito urbano.

Sotto l'aspetto funzionale, risultano applicati tutti gli schemi operativi relativi alla dislocazione dei veicoli, alle tipologie di viaggio, alla classe di durata del noleggio, alla messa a disposizione dei mezzi, con soluzioni che vedono combinazioni e articolazioni tra differenti formule. I paradigmi economici più frequentemente adottati sono il *business-to-consumer (B2C)* e il *business-to-business (B2B)*, mentre il *peer-to-peer (P2P)* rileva come modello che stenta ad affermarsi. Nei moduli di *governance* si assiste alla prevalenza di schemi in cui è privata sia la proprietà degli asset che la gestione del servizio.

I medesimi parametri funzionali, operativi e di *governance* evidenziati per il *carsharing* valgono per il *vansharing*, servizio di condivisione di veicoli adibiti al trasporto di merci che va affermandosi soprattutto nelle grandi città.

2.2. I servizi di rideharing in Italia

I servizi di *ridesharing*³⁵ sono, come si è detto, servizi di trasporto aventi carattere non necessariamente commerciale, effettuati su richiesta di chi ne usufruisce e relativi a un tragitto non necessariamente predefinito e secondo orari non prestabiliti ma determinati di volta in volta³⁶.

Per l'operatività di tali servizi *on demand* la piattaforma digitale svolge un'essenziale funzione abilitante sia nell'interazione tra chi eroga il servizio di trasporto e il passeggero trasportato che chiede il servizio sia nella programmazione del servizio di trasporto ovvero nell'esplicazione di ambedue le funzioni.

Specificamente, nell'interazione tra il richiedente e l'erogatore del servizio di trasporto, le funzioni assolte dalla piattaforma digitale concernono la richiesta del viaggio da parte di chi intende fruirne, la prenotazione del viaggio, il pagamento o la compartecipazione alle spese sostenute dall'erogatore per fornire il servizio e la valutazione del servizio reso. L'interazione abilitata tra

35. Per i diversi tipi di servizi di *ridesharing* oggetto di studio e per le funzioni cui essi assolvono nonché per i rilievi sistematici ad essi relativi cfr. l'indagine contenuta nel già citato documento "Il monitoraggio dei servizi di *sharing mobility*" (maggio 2021), p. II ss., redatto a cura dello staff tecnico dell'Osservatorio Nazionale della *Sharing Mobility* (Gruppo di lavoro: M. CIUFFINI, S. ASPERTI, L. REFRIGERI).

36. La delineata definizione di servizi di *ridesharing* si conforma a quella di "autoservizi pubblici non di linea" contenuta nel comma 1 dell'art. 1 della legge 15 gennaio 1992, n. 21, a tenore del quale: "Sono definiti autoservizi pubblici non di linea quelli che provvedono al trasporto collettivo od individuale di persone, con funzione complementare e integrativa rispetto ai trasporti pubblici di linea ferroviari, automobilistici, marittimi, lacuali ed aerei, e che vengono effettuati, a richiesta dei trasportati o del trasportato, in modo non continuativo o periodico, su itinerari e secondo orari stabiliti di volta in volta". Si rileva che il comma 2 della medesima statuizione

utente del servizio e fornitore, ove l'assetto normativo che regola il servizio di trasporto lo preveda, può ampliarsi comprendendo altre finalità, quali la scelta dell'offerta del servizio in ragione di peculiari opzioni, tra cui ad esempio la tipologia di veicolo o di altri servizi aggiuntivi, o la selezione dell'offerta in base al livello di apprezzamento del conducente, in ipotesi di servizi in cui questo profilo abbia rilievo un peso.

In tutti i servizi di *ridesharing*, ad esclusione del *carpooling*, la piattaforma è preposta anche ad assolvere alla funzione di migliorare e razionalizzare il servizio e a definire le modalità di erogazione dello stesso, restituendo indicazioni volte a soddisfare la domanda potenziale concernenti la posizione dei veicoli e gli itinerari di raccolta dei passeggeri che hanno richiesto il servizio.

Per quanto riguarda le diverse tipologie di *ridesharing*, il servizio di mobilità che in Italia ha maggiore diffusione è il *carpooling*. Tale servizio attiene all'uso condiviso di un veicolo privato tra due o più persone che hanno l'esigenza di percorrere un medesimo itinerario o parte di esso. Si tratta di una forma di mobilità sostenibile, che non solo consente una ottimizzazione delle risorse, comportando una riduzione numerica delle automobili in circolazione, e un risparmio economico in termini di costo *pro-capite* delle spese per l'utilizzo di un veicolo, ma anche che incide virtuosamente sull'ambiente determinando effetti benefici su inquinamento, congestione stradale e necessità di infrastrutture.

Le formule operative di *carpooling* oggi diffuse si distinguono in ragione di peculiarità funzionali del servizio. La prima distinzione discende dall'ambito territoriale in cui il servizio è esplicato, potendo il servizio coprire tragitti urbani, extraurbani o di media-lunga distanza. Un'altra differenziazione concerne la componente qualitativa degli utilizzatori del servizio, potendo il *carpooling* essere indirizzato a soddisfare esigenze aziendali o comunitarie ovvero essere rivolto ad assolvere ad esigenze di spostamenti casa-lavoro o casa-scuola ovvero ogni tipo di spostamento. Sotto il profilo organizzativo i modelli di *carpooling* si distinguono in base alla previsione della prenotabilità o meno del servizio da condividere. Nei modelli organizzativi di *carpooling* con prenotazione sia l'erogatore del servizio di guida che mette a disposizione il mezzo, il cosiddetto *driver*, sia il passeggero o i passeggeri conoscono in anticipo l'identità delle persone con cui percorreranno l'itinerario del viaggio. Viceversa, negli schemi organizzativi di *carpooling* senza prenotazione il passeggero si posiziona in attesa a bordo strada, mentre il *driver* potrà decidere sino all'ultimo momento se condividere o meno il viaggio.

Ambedue i modelli organizzativi descritti – escluse pertanto le opzioni di viaggio informali – prevedono un'interazione tra erogatore e fruitore del servizio di natura formale improntata all'uso di strumentazioni tecnologiche. Segnatamente, la prima tipologia di servizio postula l'abilitazione da parte di una piattaforma digitale e di applicazioni installate su dispositivi mobili; il secondo tipo impone l'abilitazione da dispositivi tecnologici con diversi gradi di complessità dislocati sul territorio.

in modo tralaticio, tacendo d'altro, specifica: "Costituiscono autoservizi pubblici non di linea: a) il servizio di taxi con autovettura, motocarozzetta, natante e veicoli a trazione animale; b) il servizio di noleggio con conducente e autovettura, motocarozzetta, velocipede, natante e veicoli a trazione animale."

Il *carpooling* per sua connotazione essenziale rifugge dalla configurazione quale attività commerciale per i soggetti che condividono il viaggio, posto che si tratta di un servizio che si qualifica come una forma di condivisione di un veicolo per la cui fruizione il passeggero è tenuto soltanto a contribuire alle spese di trasporto sostenute dal proprietario/conducente del veicolo, in capo al quale permangono peraltro gli obblighi assicurativi.

Diversa è invece la funzione assolta dalla piattaforma digitale di *carpooling*, la quale per la prestazione effettuata per l'incontro tra richiesta di viaggio e passaggio offerto nonché per tutte le connesse attività di calcolo del rimborso delle spese di viaggio sostenute dal *driver* e, spesso, anche per la regolamentazione della transazione monetaria riceve una commissione sia dall'erogatore-*driver* sia dal fruitore-passeggero.

Il paradigma di *carpooling* attualmente più utilizzato e conosciuto in Italia è il servizio fruibile mediante prenotazione fatta anticipatamente, con interazione tramite piattaforma digitale tra *driver* e passeggero.

L'*e-hailing* è invece un servizio di natura digitale che mediante l'uso di un'applicazione permette di accedere al servizio di taxi nel quadro della cornice normativa delineata dalla legge 15 gennaio 1992, n. 21. Le tipologie di piattaforme digitali di *e-hailing* attualmente operanti sul mercato italiano sono tre e si differenziano tra loro in funzione dell'operatore/gestore del servizio e della tipologia di servizio offerto ai tassisti. Si rinvencono, nello specifico, piattaforme per consorzi di cooperative, piattaforme per cooperative di taxi e piattaforme per singoli tassisti. Il servizio, tramite applicazione su dispositivo mobile, consente la prenotazione diretta della corsa, con conseguente eliminazione dei tempi di attesa telefonici tipici delle richieste tramite centralino, e il pagamento della prestazione in modo trasparente e tracciabile.

Di natura digitale e operante nel quadro della cornice regolamentare stabilita dalla legge 15 gennaio 1992, n. 21 è anche il *ridehailing*. Si tratta di un servizio a chiamata che, tramite applicazioni su dispositivo mobile o portale, mette in comunicazione autisti tipicamente privati aventi la disponibilità materiale di un veicolo e iscritti al servizio in qualità di *driver* e utenti in cerca di un servizio di trasporto.

Le piattaforme di *e-hailing* e *ridehailing* possono prevedere anche la possibilità di formazione di un equipaggio di più utenti che tra loro si coordinano per condividere un itinerario di viaggio compreso tra un'origine e una destinazione simile o comune. In Italia questa possibilità di condivisione di un mezzo di trasporto detta *ridesplitting* è disciplinata a livello esclusivamente locale ed è limitata ad alcune specifiche aree urbane come porti ed aeroporti.

Il servizio *Demand Responsive Transit (DRT)* o *Microtransit* è un servizio di trasporto *on demand* effettuato con veicoli di piccole e medie dimensioni (M1 e M2) e relativo a un itinerario di viaggio da attuarsi da un punto di origine ad un punto di arrivo e da svolgersi con percorsi flessibili che si adattano al traffico e alla domanda degli utenti.

Si tratta di un servizio di trasporto che per modalità strutturali partecipa tanto delle codifiche connotative dei servizi di linea quanto di quelle dei servizi non di linea, distinguendosi tuttavia da ambedue.

Rispetto a un servizio di trasporto di linea, nel quale, sotto il profilo configurativo, si ha una predefinita di tragitto, fermate, orari di partenza, di transito e di arrivo e che opera sulla base di una domanda di utenti meramente potenziale effettuando la corsa anche in assenza di passeggeri, il servizio *Demand Responsive Transit* è concepito per modificare questi parametri avvicinandosi progressivamente e in modo flessibile ai servizi non di linea attraverso una quanto più possibile ottimale combinazione tra domanda di mobilità e offerta di trasporto.

In termini di concreta esecuzione il servizio opera attraverso una piattaforma digitale che consente un'interazione dinamica e in tempo reale tra utenti e veicoli. La piattaforma raccorda l'incontro tra domanda da parte degli utenti e offerta dei veicoli in circolazione, elaborando, senza soluzione di continuità, dati su utenti richiedenti e veicoli al fine di perfezionare e rendere quanto più efficace possibile la pianificazione del servizio. La piattaforma fornisce al *driver* indicazioni riguardo alle aree da servire, agli utenti da prelevare e al percorso più consono da effettuare, gestendo il servizio con diverse modalità operative funzionali alla considerazione delle caratteristiche del territorio, delle richieste dell'utenza e dell'ubicazione delle possibili fermate. Le richieste degli utenti possono riguardare viaggi di sola andata, di andata e ritorno, corse singole o effettuate periodicamente e possono essere recepite in tempo reale o a seguito di prenotazioni effettuate con un anticipo di alcune ore o anche di giorni e in ogni caso secondo un periodo predefinito dall'operatore.

Il quadro regolatorio italiano, secondo le cui statuizioni si ritiene che i servizi di *DRT* possano essere esercitati, è quello definito nel comma 4, dell'art. 14, del D.lgs. 19 novembre 1997, n. 422, che contempla i servizi pubblici di trasporto locale "in territori a domanda debole", e/o nel comma 5 della medesima statuizione, ove si annovera, "al fine del decongestionamento del traffico e del disinquinamento ambientale", la possibilità del ricorso alla "diversificazione" della rete dei trasporti di linea nelle aree urbane e suburbane con l'utilizzazione di veicoli della categoria MI da parte di "soggetti aventi i requisiti per esercitare autoservizi pubblici non di linea o servizi di trasporto di persone su strada"³⁷.

3. I rapporti negoziali della *sharing mobility*

Nella *sharing economy* l'accesso alle risorse in rete e l'interazione con gli altri soggetti della comunità digitale consegue normalmente al completamento della procedura di registrazione alla piattaforma elettronica prescelta. La modalità a-dialogica mediante la quale si perfeziona l'accordo tra i soggetti coinvolti nell'operazione non appare in termini generali pianamente definibile³⁸, tanto da indurre in sede ermeneutica a dubitare dell'assimilabilità *tout court* al contratto

37. Per tale considerazione confronta cfr. ancora quanto annotato nell'analisi contenuta nel documento "Il monitoraggio dei servizi di sharing mobility" (maggio 2021), p. 13, redatto a cura dello staff tecnico dell'Osservatorio Nazionale della Sharing Mobility (Gruppo di lavoro: M. CIUFFINI, S. ASPERTI, L. REFRIGERI).

38. Cfr. G. ALPA, *Contratti di massa. Profili generali*, in *Enc. dir.*, Agg., I, Milano, 1997, p. 403 ss.; ID., *Nuove frontiere del diritto contrattuale*, in *Contr. impr.*, 1997, p. 961 ss.; ID., *Le stagioni del contratto*, Bologna, 2012, *passim*; S. GIOVA,

dei rapporti che vi si annoverano³⁹ ovvero a metterne in luce, in ragione della preminente dimensione sociale⁴⁰, anche gli aspetti essenzialmente amichevoli⁴¹. Tuttavia, per quanto in questa sede interessa, non sembra possa revocarsi in dubbio la predicabilità *in subiecta materia* di un'ampia concezione di autonomia negoziale, idonea ad includere, oltre al contratto, anche altre fattispecie che, seppure non definite dalla legge, consistono in atti di autoregolamentazione di interessi personali che abbiano una struttura almeno bilaterale⁴², ivi compresi quegli accordi il cui momento genetico sia connotato dall'intenzione delle parti di relegare il rapporto al di fuori degli obblighi giuridici⁴³.

Ciò posto, poiché quanto emerge dal complesso quadro funzionale in precedenza tratteggiato è che nella *sharing economy* sono comprese modalità di scambio e produzione molto diverse tra loro⁴⁴, appare opportuno, da un lato, distinguere i rapporti che si instaurano tra i soggetti delle operazioni e, da un altro lato, considerare in modo separato i rapporti che legano i privati e quelli che interessano le parti private e il professionista, attingendo tali due tipologie di rapporti ad una disciplina almeno in parte diversa⁴⁵.

La conclusione del contratto via Internet, Napoli, 2000, *passim*; M. PENNASILICO, *La conclusione dei contratti online tra continuità e innovazione*, in *Dir. inf.*, 2004, p. 805 ss.; G. PERLINGIERI, *Il contratto telematico*, in D. VALENTINO (a cura di), *Manuale di diritto dell'informatica*, Napoli, 2016, p. 272 ss.

39. N. IRTI, *Scambi senza accordo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, p. 360 (ora in N. IRTI, *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Roma-Bari, 2001) indica lo scambio telematico come il momento che segna "il declino dell'accordo - derivante dalla crisi della parola e del dialogo", osservando che in suo luogo si configurino esclusivamente due "atti leciti, del disporre e del preferire, richiedenti soltanto la riferibilità ad un autore e la naturale capacità di intendere e volere". Al riguardo si veda tuttavia G. OPPO, *Disumanizzazione del contratto?*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, I, p. 525 ss., il quale nota che il dialogo non costituisce un requisito dell'accordo e specifica che l'accordo possa rivelarsi sussistente anche in assenza di uno scambio dialogico tra le parti. Circa tale rilievo si consideri N. IRTI, *È vero, ma...*, *Riv. dir. civ.*, 1999, I, p. 273 ss., ove specifica la tesi per cui l'accordo è necessariamente il risultato di un dialogo linguistico.

40. Cfr. M.A. CIOCIA, *L'economicità e la solidarietà nei contratti della sharing economy*, in D. DI SABATO, A. LEPORÉ (a cura di), *Sharing economy. Profili Giuridici*, Napoli, 2018, p. 29 ss.

41. Cfr. D. DI SABATO, *La prassi contrattuale nella Sharing economy*, in *Riv. dir. impr.*, n. 3, 2016, p. 474.

42. Cfr. G. GITTI, *La «tenuta» del tipo contrattuale e il giudizio di compatibilità*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, 491; E. NAVARRETTA, *Complessità dell'argomentazione per principi nel sistema attuale delle fonti di diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, 798.

43. Al riguardo si veda M. GIORGIANNI, *L'obbligazione*, I, Milano, 1968, p. 107 ss., il quale, pur ritenendo che l'intenzione originaria delle parti sia da annoverare tra i criteri volti all'individuazione della natura di un obbligo, sostiene che essa non sia esaustiva, ma che vada contemplata insieme ad altre considerazioni, quali la natura obiettiva dell'obbligo e la configurazione sinallagmatica o meno del rapporto. Si veda altresì N. LIPARI, *Rapporti di cortesia, rapporti di fatto, rapporti di fiducia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1968, p. 426, in cui, argomentando dall'art. 414 cod. nav., si evidenzia che il trasporto amichevole di persone o bagagli possa essere fonte di responsabilità per il vettore quando il danneggiato provi che il danno sia originato da dolo o colpa grave del vettore o dei suoi dipendenti e preposti.

44. D. DI SABATO, *Gli scambi nella sharing economy*, in AA.VV., *Un giurista di successo. Studi in onore di Antonio Gambaro*, Milano, 2017, p. 1035 ss.

45. Cfr. l'analisi di G. SMORTO, *I contratti della sharing economy*, in *Foro italiano*, n. 4, 2015, V, c. 221 ss.

In questa prospettiva⁴⁶, in deroga alle norme ordinarie e nella logica della protezione del contraente ritenuto strutturalmente più debole per ragioni di forza economica e di asimmetrie informative, il contratto concluso tra il soggetto che eroga il servizio e il cliente, rilevando quale contratto *business-to-consumer (B2C)*, sarà, sotto il profilo disciplinare, contemplato nel regime maggiormente protettivo per la parte debole che informa la disciplina consumeristica.

Il contratto concluso *peer-to-peer (P2P)* tra le parti private sarà invece attratto nell'orbita del diritto comune, il quale postula un modello negoziale insensibile ad interferenze esterne ed in cui l'ordinamento interviene soltanto ove le determinazioni pattizie siano sindacabili sotto il profilo della formazione della volontà negoziale ovvero ove siano evidenziate conseguenze giuridiche nella sfera di terzi o sulla collettività.

Dovranno poi distinguersi negozi a titolo oneroso e negozi a titolo gratuito, secondo una partizione che in questo settore assume fisionomie del tutto originali⁴⁷.

Di indubbio interesse è in ogni caso il rilievo che nella *sharing economy* – la quale si connota, come notato in apertura, per forme di consumo fondate sull'accesso temporaneo alle risorse in luogo dell'acquisto e del consumo *uti dominus* da parte dei fruitori dei beni e per un uso condiviso di uno stesso bene funzionale allo sfruttamento delle capacità residue dello stesso nonché per una sottesa tendenza alla disintermediazione – le fattispecie negoziali che vengono in considerazione si atteggiavano in modo peculiare, di talché taluni moduli “rispondono a logiche di scambio di mercato e di reciprocità piena e sono orientati al profitto, magari secondo schemi innovativi”, altri modelli “contemperano scopi sociali e ritorno economico”, altri ancora “si inscrivono nella logica della condivisione secondo una reciprocità c.d. indiretta, in cui la contropartita è solo eventuale”⁴⁸. Tutto ciò considerato, volgendo lo sguardo ai rapporti negoziali enucleantesi nel campo della *sharing mobility*, si evidenzia che la distinzione tradizionale tra spostamento realizzato mediante mezzo proprio ovvero mediante mezzo di terzi presente nel Codice della strada non appare adeguata ad essere utilizzata nei servizi di mobilità in condivisione, che generalmente si realizzano attraverso l'accesso e la registrazione ad una piattaforma informatica e che spesso si accompagnano ad un'offerta di servizi integrati, soprattutto nei centri urbani, che presuppone una sinergia tra i diversi attori implicati nel soddisfacimento del bisogno di spostamento.

In termini tipologici i negozi che trovano spazio in questo ambito sono difficilmente inquadrabili, oscillando in modo problematico la qualificazione tra locazione, noleggio, appalto di servizi e trasporto⁴⁹.

46. Così G. SMORTO, *I contratti della sharing economy*, cit., c. 223.

47. G. SMORTO, *I contratti della sharing economy*, cit., c. 223, nell'osservare che nella *sharing economy* “le tradizionali forme di remunerazione e di profitto sono ridefinite in modi nuovi che la semplice dicotomia tra scambio di mercato e dono fa fatica a catturare”, sottolinea la diffusione di “sistemi che si basano sulla contribuzione volontaria (*pay as you wish*)”, sulla diversificazione dell'offerta gratuita e a pagamento (ad esempio, con le formule *freemium*), sulla creazione di servizi e sulla vendita di beni complementari”.

48. G. SMORTO, *I contratti della sharing economy*, cit., c. 223.

49. Al riguardo e per tutte le osservazioni che seguono si vedano le puntuali osservazioni di D. DI SABATO, *Strumenti giuridici per l'attuazione della mobilità sostenibile*, cit., p. 430 ss.

Relativamente alla configurazione come locazione temporanea⁵⁰ sulla base delle indicazioni che scaturiscono dall'art. 82, comma 5, C.d.S. si registrano condivisibili perplessità⁵¹.

Innanzitutto appare discutibile il prodursi dell'acquisto del diritto al godimento esclusivo del bene – come tale connaturato al contratto di locazione – da parte dell'utente del servizio: è sembrato infatti improbabile tale acquisto, a meno di voler sostenere che esso intervenga per la durata, in ogni caso molto limitata, del tempo del rapporto contrattuale⁵².

Un altro aspetto che getta incertezza su tale qualificazione è la mancata perdita di controllo del bene da parte dell'erogatore del servizio di mobilità condivisa, profilo questo intimamente connesso al contratto di locazione: nel negozio che nasce nell'ambito della *sharing mobility* il controllo del bene non passa appunto al fruitore al momento della consegna, in quanto il gestore del servizio normalmente conserva il controllo della flotta di veicoli, che attua anche mediante le piattaforme digitali, le quali permettono la localizzazione del mezzo e l'elaborazione di tutti i dati ad esso riferibili.

Tale criticità potrebbe essere superata ove si qualificasse il negozio di fruizione di un veicolo in condivisione come noleggio, atteso che il noleggio – disciplinato non dal codice civile bensì dal codice della navigazione – si differenzia dalla locazione proprio per la mancata perdita da parte del noleggiante del controllo del bene concesso ad altri in godimento⁵³.

Ciò nondimeno, sia alla configurazione quale locazione sia alla configurazione quale noleggio, osta l'assenza di un paradigmatico profilo essenziale per la conformazione dei suddetti negozi, ossia la consegna del bene e la sua restituzione, momenti che coincidono, in quei tipi contrattuali, con la verifica delle condizioni in cui si trova il bene all'inizio e al termine del rapporto. Segnatamente, nel normale atteggiarsi del servizio di *sharing mobility*, l'utente accede direttamente a tale servizio e utilizza il veicolo per il tempo necessario al suo spostamento, sicché il momento della consegna e quello della restituzione del bene avvengono senza che tra il gestore e l'utente intervenga alcuna interazione e alcuna verifica relativamente alle condizioni del bene all'inizio e al termine del tragitto.

In effetti da un'attenta analisi del rapporto negoziale intercorrente tra utente e gestore emerge che l'effettivo interesse dell'utente non è quello di acquisire il possesso del veicolo messo in condivisione, bensì quello di accedere al bene al fine di ottenere il soddisfacimento del proprio bisogno di spostamento. D'altro canto il gestore non solo fornisce il bene per l'uso che l'utente intende farne, ma mette a disposizione una serie di altri servizi, quali la prenotazione, il parcheggio, la localizzazione, la multimodalità dei trasferimenti ecc.

50. Cfr. M. TRIMARCHI, *La locazione*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, diretto da P. PERLINGIERI, IV, 21, Napoli, 2013.

51. D. DI SABATO, *Strumenti giuridici per l'attuazione della mobilità sostenibile*, cit., p. 430.

52. D. DI SABATO, *Strumenti giuridici per l'attuazione della mobilità sostenibile*, cit., p. 430.

53. In merito D. DI SABATO, *Strumenti giuridici per l'attuazione della mobilità sostenibile*, cit., p. 431. Cfr. M. LOBUONO, A. ADDANTE, *I "nuovi servizi" di mobilità*, in R. BOCCHINI, A. GAMBINO (a cura di), *Contratti di somministrazione e distribuzione*, Torino, 2011, p. 95 ss.

Dunque, se tale è l'assetto degli interessi sotteso al rapporto negoziale in analisi, come acutamente osservato, la prestazione dedotta in obbligazione sarebbe non una prestazione di dare, ma piuttosto una prestazione di fare, e la risorsa condivisa costituirebbe un mero strumento per l'esecuzione della prestazione medesima⁵⁴.

La multiformità delle prestazioni che il gestore deve porre in essere potrebbe conseguentemente indurre, per la complessa articolazione delle stesse, a qualificare la fattispecie come appalto di servizi. Tuttavia anche tale rappresentazione appare inadeguata ad individuare correttamente i caratteri del rapporto intercorrente tra gestore e utente, posto che è inadeguata a dare il giusto rilievo all'aspetto connotativo dell'attività del gestore, ossia l'organizzazione di mezzi diretta al soddisfacimento della richiesta di spostamento dell'utente da un luogo ad un altro⁵⁵.

Invero, ciò che connota il servizio di mobilità condivisa non è l'iscrizione dell'utente alla piattaforma digitale che gli consente l'accesso al servizio o i numerosi servizi accessori offerti, bensì la realizzazione dello spostamento che si raggiunge esclusivamente con l'effettiva utilizzazione del veicolo⁵⁶. Ebbene tale funzione è propria del contratto di trasporto⁵⁷, il quale dunque, per la sua essenza di contratto a prestazioni corrispettive aventi ad oggetto l'una il pagamento di una somma di denaro e l'altra la prestazione di trasferimento di persone o di cose da un luogo ad un altro (art. 1678 c.c.) – ove quest'ultima prestazione è costituita da un *facere* che assume nell'economia contrattuale significato non in ragione della quantità di energie prestate, ma “in funzione del suo concretarsi in un risultato utile”⁵⁸ –, in linea astratta, potrebbe concretarsi come lo schema negoziale all'interno dei cui confini radicare il rapporto tra il gestore e l'utente⁵⁹.

L'elemento caratterizzante del trasporto inoltre è la professionalità dell'organizzazione, dal momento che il vettore è colui che organizza il viaggio e non necessariamente colui che esegue la prestazione di trasporto. Dunque anche per tale aspetto il contratto di trasporto potrebbe costituire un modello adeguato entro cui sussumere i servizi di mobilità condivisa, sostanziandosi la professionalità dell'organizzazione come un dato ricorrente nella gestione del servizio di mobilità condivisa.

Un elemento ostativo potrebbe essere ravvisato nella circostanza che il trasportato partecipa attivamente all'attività diretta a permettere lo spostamento e non si affidi per questo al gestore. Si tratta tuttavia di un profilo che è stato considerato riguardo al contratto di sciovia per escludere

54. Così D. DI SABATO, *Strumenti giuridici per l'attuazione della mobilità sostenibile*, cit., p. 431.

55. Così D. DI SABATO, *Strumenti giuridici per l'attuazione della mobilità sostenibile*, cit., p. 432.

56. A. FLAMINI, *Il trasporto*, in A. FLAMINI, M.V. COZZI, R. LENZI, *Trasporto, Spedizione, Deposito, Noleggio*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, diretto da P. PERLINGIERI, IV, 25, Napoli, 2008, p. 17 ss.

57. Cfr. S. BUSTI, *Contratto di trasporto terrestre*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. CICU, F. MES-SINEO, L. MENGONI e continuato da P. SCHLESINGER, Milano, 2007, p. 62 ss.; W. D'ALESSIO, *Diritto dei trasporti*, Milano, 2003; S. ZUNARELLI, C. ALVISI, *Trasporto*, in *Commentario del Codice Civile e codici collegati Scialoja-Branca-Galgano*, a cura di G. DE NOVA, Bologna-Roma, 2014.

58. M. IANNUZZI, *Del trasporto, Art. 1678-1702*, in *Commentario del Codice Civile*, a cura di A. SCIALOJA, G. BRANCA, Bologna-Roma, 1962, p. 1 ss.

59. Così D. DI SABATO, *Strumenti giuridici per l'attuazione della mobilità sostenibile*, cit., p. 433 ss.

la responsabilità aggravata del vettore in caso di sinistri, ma non per escludere la responsabilità ordinaria⁶⁰.

Potrebbero peraltro trovare applicazione alla mobilità in condivisione le altre disposizioni in materia di trasporto, quali, in riferimento al trasporto di persone, l'obbligo gravante sui concessionari di garantire l'accesso al servizio e di astenersi da condotte discriminatorie ex art. 1679 c.c. e la responsabilità dei vettori nei trasporti cumulativi ex art. 1682 c.c.⁶¹

Le considerazioni riportate a favore o contro l'uno o l'altro schema tipico in cui far rientrare i servizi di mobilità condivisa, attesa la singolare conformazione della mobilità *smart*, inducono a ipotizzare che, ferma la ragione giustificatrice delle statuizioni che il legislatore detta in relazione a ciascuno dei tipi contrattuali analizzati, possono trovare applicazione, a seconda della declinazione del servizio di mobilità attuato e delle peculiarità dello stesso, disposizioni proprie ora del trasporto, ora della locazione, ora del noleggio, ora dell'appalto di servizi, senza dunque necessariamente concludere per l'applicazione dell'intera disciplina di uno dei sopra indagati contratto tipo.

4. Considerazioni conclusive

La rivoluzione digitale, protagonista incontrastata del nuovo millennio, lungi dal rimanere arginata al mondo delle macchine, si va sempre più imponendo come artefice di un cambiamento epocale di cui l'uomo è sempre più protagonista. Al centro del cosmo digitale si staglia la persona ed i suoi bisogni in una sorta di nuovo Umanesimo, certamente intriso di contraddizioni, ma anche capace di mutare tendenze e di innescare sfide fino a qualche tempo fa inimmaginabili.

In questo contesto rileva negli scambi l'eliminazione di ogni forma di intermediazione e l'emersione della figura intermedia del *prosumer* con conseguente risparmio di spesa e maggiore attenzione ai costi da sostenere per procurarsi la soddisfazione dei bisogni. Accanto alle transazioni *B2C* si vanno sempre più affermando gli scambi *P2P* e quelle forme di condivisione di beni e servizi, anche in tema di mobilità, che permettono l'appagamento dei bisogni personali mediante un accesso temporaneo a beni e a servizi senza dover ricorrere, in un'ottica proprietaria, al loro acquisto. La delineata opzione non solo si configura, si è detto, come un'opportunità di risparmio di spesa e dunque come una possibilità da parte di più soggetti di accedere a beni e a servizi, ma costituisce una manifestazione della diffusa tendenza ad un'utilizzazione efficiente delle risorse e ad un consumo maggiormente consapevole delle stesse tale da consentire di gravare in modo meno incidente tanto sul patrimonio individuale quanto su quello comune dell'umanità⁶².

Nella sua nuova dimensione identitaria l'individuo si trova a vivere immerso nella "rete", luogo in grado di annullare le distanze tra le persone, spazio aperto ad interazioni continue, a scambi

60. A. FLAMINI, *op. cit.*, p. 14 ss.

61. Così D. DI SABATO, *Strumenti giuridici per l'attuazione della mobilità sostenibile*, cit., p. 434 ss.

62. In tal senso Così D. DI SABATO, *Diritto e new economy*, cit., p. 20 ss.

di saperi e conoscenze, oltre che di beni, ma anche capace di minare le certezze del suo agire e del suo essere, imbrigliando nelle proprie maglie dati e tracce difficilmente eliminabili.

In questa prospettiva la presenza di regole di portata globale, di principi unanimemente condivisi, appare indispensabile, al fine di evitare che l'attività in rete abbia svolgimento in una sorta di anarchia suscettibile di travolgere e vanificare lo stesso progresso tecnologico⁶³.

63. P. PERLINGIERI, *Relazione conclusiva*, in C. PERLINGIERI, L. RUGGIERI (a cura di), *Internet e diritto civile*, Napoli, 2015, p. 417 ss.

NOTE A SENTENZA

L'accertamento delle infrazioni al Codice della strada in ambito aeroportuale. Il caso di Milano-Linate*

Valentina Siciliano¹, Marco Di Giugno²

¹Avvocato, Direzione Analisi Giuridiche e Contenzioso ENAC

²Direttore Analisi Giuridiche e Contenzioso presso ENAC, Professore a contratto di Diritto della navigazione nell'Università degli Studi di Enna "Kore"

Abstract

Violation of traffic rules inside airports. Linate Airport's case.

The Supreme Court, with its recent ruling, clarifies what kind of authority the local police can exercise inside the airport in case of violation of traffic rules.

La Corte Suprema di Cassazione, con una recente decisione, ha confermato la competenza della polizia municipale ad espletare l'attività accertativo-sanzionatoria delle violazioni del Codice della Strada in ambito aeroportuale.

Parole chiave: Circolazione stradale; potere sanzionatorio della Polizia municipale; principio di territorialità; Aeroporto di Milano-Linate; potere regolatorio di ENAC.

* Sottoposto a referaggio. Sebbene il lavoro sia il frutto di una riflessione e redazione congiunta degli autori, i paragrafi 1 e 2 sono da attribuirsi a Marco Di Giugno, mentre i paragrafi 3 e 4 sono da attribuirsi a Valentina Siciliano.

Sommario – 1. L'accertamento delle violazioni al Codice della strada ad opera della Polizia municipale. Il cd. principio di territorialità – 1.1. La disciplina della circolazione stradale in ambito aeroportuale. Il caso dell'Aeroporto di Milano-Linate – 2. La disciplina delle “corsie riservate” nell'ambito dell'Aeroporto di Milano-Linate: le ordinanze ENAC n. 7/2015 e n. 1/2017 – 3. La sentenza della Corte di Cassazione, 27 febbraio 2024 n. 5124 – 3.1. Sintesi della vicenda processuale – 3.2. La decisione della Suprema Corte – 4. Riflessioni conclusive.

1. L'accertamento delle violazioni al Codice della strada ad opera della Polizia municipale. Il cd. principio di territorialità

La prevenzione e l'accertamento delle violazioni in materia di circolazione stradale rientrano, ai sensi dell'art. 11, primo comma, decreto legislativo 30 aprile 1992 n. 285 (“Nuovo codice della strada”), nel novero dei cd. “*servizi di polizia stradale*”¹, il cui espletamento è normativamente riservato (tra gli altri) ai Corpi ed ai servizi di polizia municipale “*nell'ambito del territorio di competenza*” (art. 12, comma primo, lett. e, c.d.s.).

Detta disciplina trova un puntuale riscontro nella “Legge-quadro sull'ordinamento della polizia municipale” (legge 7 marzo 1986 n. 65) la quale, da un lato, stabilisce che gli organi di polizia municipale sono abilitati ad esercitare le proprie funzioni istituzionali nell'ambito del “*territorio di competenza*” (art. 3) e, dall'altro, chiarisce che il “*personale che svolge servizio di polizia municipale, nell'ambito territoriale dell'ente di appartenenza e nei limiti delle proprie attribuzioni, esercita anche: [...] b) servizio di polizia stradale*” (art. 5, comma primo, lett. b).

Il citato quadro legislativo, che identifica con il territorio comunale l'ambito di competenza della polizia municipale, costituisce il fondamento normativo del cd. principio di territorialità (*rectius*, di competenza territoriale)², in virtù del quale il potere, attribuito alla polizia municipale, di prevenire e di rilevare le infrazioni al Codice della strada risulta circoscritto al *solo* territorio del Comune di appartenenza dell'organo di polizia.

Peraltro, l'individuazione della esatta portata del principio di territorialità (e dei suoi limiti) è stata oggetto di attenta riflessione da parte della giurisprudenza di legittimità.

In particolare, è stato chiarito (e tale orientamento è ormai consolidato³) che gli organi di polizia municipale sono legittimati, nel territorio di propria competenza, a svolgere l'attività istituzionale

1. “*Costituiscono servizi di polizia stradale: a) la prevenzione e l'accertamento delle violazioni in materia di circolazione stradale; b) la rilevazione degli incidenti stradali; c) la predisposizione e l'esecuzione dei servizi diretti a regolare il traffico; d) la scorta per la sicurezza della circolazione; e) la tutela e il controllo sull'uso della strada*” (art. 11, comma primo, d.lgs. 30 aprile 1992 n. 285).

2. Cfr. sul tema G. TAMBURRINO, P. CIALDINI, *Commentario al nuovo codice della strada*, Torino, 2016; A. ABRUGIATI, V. DI CIÒ, R. FLACCO, *Codice della strada*, Milano, 2017.

3. Cfr., *ex multis*, Corte di Cassazione, sentenza 18 ottobre 2011 n. 21523; Corte di Cassazione, ordinanza 28 aprile 2011 n. 9497; Corte di Cassazione, sentenza 11 luglio 2006 n. 15688; Corte di Cassazione, sentenza 1° marzo 2002 n. 3019.

cui sono preposti nell'ambito dell'espletamento dei servizi di polizia stradale, senza che abbia alcun rilievo la "tipologia" della strada, con la conseguenza che gli agenti *"ben possono effettuare accertamenti e contestazioni di violazioni di norme del codice della strada anche quando il tracciato su cui si verifica l'infrazione sia una strada statale al di fuori del centro abitato"*⁴, in conformità alla regola generale di cui all'art. 13 della legge 24 novembre 1981 n. 689.

1.1. La disciplina della circolazione stradale in ambito aeroportuale. Il caso dell'Aeroporto di Milano-Linate

Il Codice della strada prescrive, in via generale, che i provvedimenti per la regolamentazione della circolazione stradale siano emessi *"dagli enti proprietari"*, con ordinanze motivate e rese note al pubblico (art. 5, terzo comma, c.d.s.).

Tuttavia, con riferimento all'ambito aeroportuale, il Codice delinea una disciplina *ad hoc*, in larga misura divergente da quella generale.

L'art. 6, comma settimo, c.d.s., infatti, conferisce al Direttore della circoscrizione aeroportuale competente per territorio la potestà di disciplinare, con proprie ordinanze, *"la circolazione delle strade interne aperte all'uso pubblico"*, pur sempre, però, nel rispetto delle disposizioni del Codice della strada.

Nell'ambito degli aeroporti ove sia presente un gestore aeroportuale, il potere di ordinanza viene esercitato *"dal direttore della circoscrizione aeroportuale competente per territorio, sentiti gli enti e le società interessati"*.

In linea con la citata previsione codicistica, la legge 22 marzo 2012, n. 33, recante *"Norme in materia di circolazione stradale nelle aree aeroportuali"*, attribuisce all'Ente Nazionale per l'Aviazione Civile (d'ora in avanti, ENAC) competente per territorio il potere di istituire corsie o aree nelle quali è limitato l'accesso o la permanenza dei veicoli (art. 1, comma primo), autorizzando altresì l'uso di apparecchiature o dispositivi elettronici – direttamente gestiti dagli organi di polizia stradale che svolgono servizio in ambito aeroportuale – per l'accertamento di eventuali violazioni (art. 1, commi 2 e 4).

La *ratio* sottesa alla previsione in esame è esplicitata dalla stessa disposizione: la norma, in particolare, mira alla *"salvaguardia della sicurezza della circolazione, dell'accessibilità, della fruibilità e della sicurezza dell'utenza"*, tenuto conto delle peculiarità che connotano l'infrastruttura aeroportuale.

Il delineato quadro normativo sembra tracciare, in definitiva, una sorta di *favor legislatoris* nei confronti della potestà regolatoria di ENAC.

Tanto premesso, l'esatta perimetrazione dei confini del potere regolatorio normativamente riservato all'ENAC in materia di circolazione stradale aeroportuale ha alimentato un vivace dibattito (oltre che un rilevante contenzioso), con particolare riguardo al caso dell'Aeroporto di Milano-Linate.

4. Corte di Cassazione, ordinanza 8 febbraio 2019 n. 3839.

La peculiarità di detta infrastruttura, infatti, risiede nella circostanza che il sedime aeroportuale di Milano-Linate insiste, in realtà, nell'ambito territoriale di tre diversi Comuni⁵.

Di conseguenza, individuare quale sia l'organo di polizia municipale effettivamente legittimato ad accertare le infrazioni stradali all'interno del suddetto aeroporto è problema di non agevole soluzione, dovendosi previamente accertare se il potere regolatorio riservato all'ENAC ex art. 6, comma settimo, c.d.s. e art. 1, comma primo, legge n. 33/2012 trovi un limite naturale (ed invalicabile) nel già richiamato principio di territorialità.

2. La disciplina delle “corsie riservate” nell'ambito dell'Aeroporto di Milano-Linate: le ordinanze ENAC n. 7/2015 e n. 1/2017

L'ENAC, nell'esercizio del potere regolatorio attribuitogli dal richiamato quadro normativo (§ 1.2), ha adottato dapprima l'ordinanza n. 7 del 16 luglio 2015 (“Disciplina della circolazione lato città Aeroporto Internazionale Enrico Forlanini – Milano Linate”) e, successivamente, l'ordinanza n. 1 del 14 marzo 2017 (“Aeroporto di Milano Linate – Disciplina della circolazione lato città”), al fine di delineare una disciplina organica della circolazione stradale all'interno dell'Aeroporto di Milano-Linate.

Con particolare riguardo alla regolamentazione del cd. corsie riservate – la cui eventuale istituzione è espressamente demandata all'ENAC, ai sensi dell'art. 1, comma primo, legge n. 33/2012 –, l'ordinanza n. 7/2015 disponeva che *“la circolazione, la fermata, la sosta ed il transito dei veicoli autorizzati all'accesso nelle corsie riservate, delimitate ed individuate da apposita segnaletica presso gli ARRIVI e le PARTENZE dell'aeroporto di Milano Linate, oltre ad essere regolati dalla segnaletica ivi presente, saranno controllati anche da apposita strumentazione elettronica collegata con la Centrale Controllo Traffico del Comune di Milano, che provvederà all'applicazione del regime sanzionatorio”* (art. 4 “Corsie riservate presso l'aerostazione lato Arrivi e Partenze Linate Nord”).

In relazione all'attività di vigilanza e di accertamento delle infrazioni, l'art. 11 della citata ordinanza ENAC n. 7/2015 attribuiva, in via generale, l'esercizio di tali servizi⁶ alle polizie locali dei territori

5. Il sedime dell'Aeroporto di Milano-Linate, infatti, occupa un'area complessiva di circa 350 ettari nel settore sud-est della provincia di Milano, sui territori dei Comuni di Peschiera Borromeo, Segrate e Milano (cfr. S.E.A. Sustainability Report 2023).

6. Art. 11 (“Attività di vigilanza e accertamento delle infrazioni”): “[...] le Polizie Locali dei territori su cui insiste l'Aeroporto di Milano Linate hanno titolo ad espletare le rispettive attività di vigilanza ed accertamento in materia di: a) prevenzione ed accertamento delle violazioni in materia di sosta e di circolazione di mezzi; b) servizi di viabilità nelle aree aperte al pubblico (aree di sosta dei veicoli; area di collegamento con la stazione dei mezzi pubblici); c) presidio e monitoraggio dell'area qualificata come «Corsie Riservate», in collegamento con la Centrale Controllo Traffico del Comune di Milano; d) sicurezza stradale; e) gestione dei flussi di traffico; f) polizia amministrativa: controllo e repressione di fenomeni quali esercizio abusivo di trasporto pubblico, parcheggi abusivi, ecc.; g) collaborazione per il miglioramento della segnaletica di accesso all'aeroporto tramite i rispettivi «uffici segnaletica» delle Polizie Locali”.

su cui insiste l'Aeroporto di Milano-Linate (ovverosia il “*personale della Polizia Locale dei Comuni di Milano, Segrate e Peschiera Borromeo*”), fatta eccezione per le attività di cui alla lett. c) – individuate nel “*presidio e monitoraggio dell’area qualificata come «Corsie Riservate», in collegamento con la Centrale Controllo Traffico del Comune di Milano*” –, le quali restavano invece affidate alla competenza esclusiva (anche sotto il profilo sanzionatorio⁷) degli organi di polizia municipale del Comune di Milano.

Detta riserva di competenza in favore della Centrale Controllo Traffico del Comune di Milano, tuttavia, è venuta meno con l’adozione della successiva ordinanza n. 1 del 14 marzo 2017 (che abroga espressamente la precedente regolamentazione in materia).

Ai sensi dell’art. 9, infatti, l’attività di vigilanza e di accertamento delle infrazioni viene demandata nel suo complesso (e senza eccezioni) alle “*Polizie Locali dei territori su cui insiste l’Aeroporto di Milano Linate*”, al pari del relativo procedimento sanzionatorio⁸.

Tanto premesso, il riparto di competenze tra le polizie locali dei territori su cui insiste l’Aeroporto di Milano Linate, per come delineato nell’ordinanza n. 7/2015, aveva alimentato un acceso dibattito in ordine alla esatta individuazione dei limiti di (legittimo) esercizio del potere regolatorio, da parte di ENAC, in materia di circolazione stradale negli aeroporti aperti al traffico civile.

In particolare, come efficacemente sintetizzato dalla stessa Suprema Corte, la *vexata quaestio* atteneva “*alla possibilità, e ai relativi eventuali limiti di derogabilità, del principio di territorialità riguardante la legittimazione degli organi di polizia ad elevare i verbali di accertamento, avuto riguardo alla disciplina specifica delle zone aeroportuali*”⁹.

Si trattava, in sostanza, di chiarire se i poteri accertativi (e sanzionatori) di ciascuna polizia locale dovessero essere inderogabilmente limitati alle singole porzioni di territorio comunale di competenza, in ossequio al principio di territorialità, ovvero se, stante la peculiarità dell’ambito aeroportuale, fosse consentito all’ENAC prevedere una legittimazione concorrente delle polizie locali dei tre Comuni o, ancora, se (come stabilito nell’ordinanza n. 7/2015), fosse legittimo contemplare l’accentramento del potere accertativo-sanzionatorio in capo al solo Comune di Milano.

7. Art. 12 (“Sanzioni”): “[...] Le sanzioni per inosservanza a tali norme saranno applicate a seguito di accertamento effettuato dagli agenti di Polizia Locale [...]; le sanzioni emesse tramite i sistemi di rilevazione elettronica saranno gestite dalla Centrale Controllo Traffico del Comune di Milano”.

8. Art. 10 (“Sanzioni”): “Nell’Area Aeroportuale Regolamentata dell’aeroporto di Linate si applicano le disposizioni del Codice della Strada per tutti gli aspetti attinenti alla circolazione stradale. Le sanzioni per l’inosservanza di tali norme saranno applicate a seguito di attività di accertamento effettuata dagli agenti di Polizia Locale, contestate al trasgressore e gestite dai rispettivi organi per i successivi adempimenti di legge (notifiche, ingiunzioni, ecc.) [...]”.

9. Corte di Cassazione, ordinanza interlocutoria 25 luglio 2023 n. 22376.

3. La sentenza della Corte di Cassazione, 27 febbraio 2024 n. 5124

La Corte di Cassazione, con la sentenza 27 febbraio 2024 n. 5124¹⁰, sembra aver (finalmente) messo un punto fermo sulla dibattuta questione del riparto di competenze degli organi di polizia locali operanti all'interno dello scalo aeroportuale di Milano-Linate.

3.1. Sintesi della vicenda processuale

La controversia posta all'esame dei giudici di legittimità trae origine da un verbale di accertamento con il quale la polizia locale del Comune di Milano aveva contestato all'odierna ricorrente la violazione dell'art. 6, comma 14, c.d.s., per avere circolato con la propria autovettura, senza autorizzazione, nella "corsia riservata partenze" dell'Aeroporto di Milano-Linate.

Il Giudice di Pace di Milano¹¹, con ampia ed articolata motivazione, aveva accolto il ricorso in opposizione avverso l'ordinanza ingiunzione (elevata dal Prefetto in esito a ricorso gerarchico), statuendo che *"i poteri conferiti al Direttore ENAC, seppur esistenti, vengono, in ogni caso, contenuti nell'ambito di quelli che sono i cardini sui quali si regge il sistema «Codice della Strada»"* e, in particolare, nel rispetto del principio di competenza territoriale.

Il Tribunale di Milano¹², in riforma della decisione di *prime cure*, aveva invece accolto l'appello della Prefettura e del Comune di Milano respingendo, per l'effetto, l'originario ricorso in opposizione.

3.2. La decisione della Suprema Corte

Con la pronuncia in commento, la Corte di Cassazione ha fugato ogni dubbio circa la sussistenza della competenza, in capo alla polizia municipale di Milano, ad espletare l'attività accertativo-sanzionatoria nell'intera area dell'Aeroporto di Linate.

Sul punto, la Suprema Corte ha disatteso, anzitutto, le doglianze con le quali la ricorrente aveva dedotto l'illegittimità dell'ordinanza ENAC n. 7/2015 per contrasto con il principio di territorialità. In particolare, i giudici di legittimità hanno osservato come l'attribuzione, in capo ad ENAC, del potere di regolamentare la circolazione stradale per tutta l'estensione dell'area aeroportuale – potestà espressamente conferitagli dal vigente quadro normativo – riveste carattere necessariamente unitario, e coinvolge tutti gli organi che svolgono servizi di polizia in detto (peculiare) ambito territoriale.

Nel contesto aeroportuale, si precisa, il principio di competenza territoriale non può rappresentare (diversamente da quanto dedotto dalla ricorrente) il solo criterio fondativo della competenza della

10. Corte di Cassazione, sentenza 27 febbraio 2024 n. 5124, con nota di P. ROSSI, *Circolazione in aeroporto, la multa è di competenza dei diversi Comuni dell'area*, in *NT+Diritto*, online 27 febbraio 2024.

11. Giudice di Pace, sentenza 7 settembre 2018 n. 5804.

12. Tribunale di Milano, sentenza 9 settembre 2020 n. 3235.

polizia municipale. Una tale interpretazione, infatti, contrasterebbe irrimediabilmente con il dettato normativo, che eleva l'intera estensione dell'area aeroportuale a circoscrizione unitaria, soggetta al medesimo potere di regolamentazione.

Per tale ragione, nel caso in cui l'area aeroportuale comprenda più comuni, la competenza ad accertare eventuali infrazioni *“è data pertanto dalla combinazione dei criteri fondati sul territorio del comune e su quello dell'area aeroportuale, senza che il primo possa prevalere sul secondo. La speciale competenza attribuita dall'art. 6, comma 7, c.d.s. all'autorità aeroportuale in materia di circolazione stradale all'interno dell'area di competenza comporta così che, nel caso in cui essa ricada su più comuni, la predetta autorità possa avvalersi ai fini dell'espletamento del servizio di polizia e dell'accertamento delle violazioni, in coordinamento con i comuni interessati, di tutti i corpi di polizia municipale dei diversi comuni”*.

Tale conclusione, ha osservato il Supremo Collegio, risulta maggiormente coerente con la *ratio legis*, finalizzata a garantire la sicurezza degli aeroporti e dell'utenza: tale obiettivo sarebbe evidentemente frustrato se si ritenesse prevalente, *tout court*, il criterio della competenza comunale, con conseguente suddivisione dell'area aeroportuale in porzioni soggette ciascuna al controllo di un determinato corpo di polizia municipale.

In via ulteriore, la decisione in commento ha disatteso la doglianza con cui parte ricorrente contestava l'applicabilità, al caso di specie, dell'ordinanza ENAC n. 1/2017, essendo quest'ultima cronologicamente successiva rispetto ai fatti in contestazione.

Sul punto, la Suprema Corte ha chiarito che l'attività accertativo-sanzionatoria espletata dalla polizia municipale di Milano doveva ritenersi pienamente legittima, in quanto fondata sull'ordinanza n. 7/2015¹³, già vigente all'epoca della commissione del fatto illecito.

Da ultimo, i giudici di legittimità, in linea con il consolidato orientamento della giurisprudenza¹⁴, hanno ribadito che il verbale di accertamento di violazione amministrativa è coperto da fede privilegiata propria dell'atto redatto dal pubblico ufficiale ai sensi dell'art. 2700 cod. civ., *“sicché eventuali*

13. In senso analogo si era già espressa Corte di Cassazione, ordinanza 21 febbraio 2020 n. 4700, evidenziando come *“deve considerarsi che le violazioni risultano accertate nel corso del 2016 e quindi nel vigore della delibera 7/2015. Non si evince affatto dagli atti [...] che detta ordinanza fosse stata revocata con effetti ex tunc (anziché essere meramente abrogata con effetti ex nunc) – a seguito dell'adozione della successiva ordinanza 1/2017, la quale, per quanto sostenuto in ricorso, si sarebbe limitata a diversamente ripartire le competenze degli organi accertatori, senza che risulti che l'Enac avesse inteso espressamente annullare o invalidare le contestazioni elevate in precedenza, in conformità alle disposizioni vigenti ratione temporis. [...] al momento degli accertamenti la polizia municipale locale era invece autorizzata a gestire i sistemi di rilevazione automatica e di accertare le violazioni e le attribuzioni degli organi accertatori trovavano piena legittimazione nel potere di ordinanza esplicitamente conferito in capo all'Enac, anche per gli aspetti rilevanti in giudizio, nel disposto della L. 33/2012”*.

14. Sul tema cfr., *ex multis*, Corte di Cassazione, ordinanza 21 ottobre 2022 n. 31107, con nota di L. PASTORE LEONARDO, *Efficacia fidefacente dei verbali di accertamento delle violazioni stradali: una questione sempreverde*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, n. 3, 2023, p. 844, e di G. SPIRITO, *L'efficacia probatoria del rapporto redatto dai pubblici ufficiali intervenuti a seguito di sinistro stradale*, in *NJus*, online 21 ottobre 2022; Corte di Cassazione, sentenza 7 novembre 2014 n. 23800; Corte di Cassazione, ordinanza 12 gennaio 2012 n. 339, con nota di C. COSTABILE, *Verbale*

contestazioni circa non già la sufficiente indicazione ma la veridicità dei fatti ivi riportati avrebbero potuto essere mosse solo attraverso la querela di falso, nella specie non proposta”.

Nel caso di specie, peraltro, doveva escludersi che il verbale di accertamento dell’infrazione avesse ingenerato incertezza sul fatto oggetto di addebito, dal momento che l’atto risultava “*sufficientemente preciso nell’indicare, oltre che la condotta ascritta, il giorno, l’ora e la località in cui era avvenuta*”.

4. Riflessioni conclusive

La sentenza n. 5124 del 2024 della Corte di Cassazione assume, alla luce di quanto esposto *supra*, un notevole valore sistematico.

La decisione in commento offre, da un lato, una puntuale ricostruzione del quadro normativo in materia di potestà accertativo-sanzionatoria degli organi di polizia municipale, mettendo al contempo in luce le peculiarità che connotano l’ambito aeroportuale.

Dall’altro, la pronuncia delinea i contorni della funzione regolatoria normativamente attribuita all’ENAC in tale settore, chiarendone i limiti e l’esatta portata.

di accertamento e limiti probatori, ne *Il Giudice di Pace*, n. 4, 2012, p. 335; Corte di Cassazione, sez. un., sentenza 24 luglio 2009 n. 17355, con nota di r. ambrosini, *Verbale di contestazione di violazione di norma del codice della strada ed ambito di efficacia della sua fede privilegiata*, ne *Il Giudice di Pace*, n. 1, 2010, p. 23.

Il Consiglio di Stato sulla disciplina e sulle tipologie di soccorso istruttorio nel nuovo Codice dei contratti pubblici*

Francesca Di Monaco

Cultore della materia di Diritto Amministrativo nell'Università degli Studi del Molise

Abstract

The Consiglio di Stato about the new discipline and types of the soccorso istruttorio procedure in the new Public Contracts Code.

The paper, starting from a recent judgement of the Consiglio di Stato, examines the soccorso istruttorio and the legal implications of the new discipline and forms of the institute, as a means aimed at achieving simplification, acceleration and digitalization of the public procedures and the concrete execution of all the new Public Contracts Code's guiding principles.

Il presente articolo, prendendo le mosse da una recente pronuncia del Consiglio di Stato, esamina il soccorso istruttorio e le implicazioni giuridiche della nuova disciplina e forme dell'istituto, quale strumento volto a conseguire la semplificazione, l'accelerazione e la digitalizzazione delle procedure pubbliche e la concreta attuazione di tutti i principi ispiratori del nuovo Codice dei Contratti Pubblici.

Parole chiave: Soccorso istruttorio, Consiglio di Stato, Codice dei Contratti Pubblici, Semplificazione, Principi generali.

Sommario 1. La vicenda processuale – 2. La decisione del Consiglio di Stato – 3. Osservazioni

* Sottoposto a referaggio.

1. La vicenda processuale

Il presente elaborato muove da una recente pronuncia del Consiglio di Stato, Sezione V, nello specifico la n. 7870 del 21 agosto 2023.

Tale sentenza riveste particolare interesse per il profilo che essa è chiamata ad esaminare, attinente ai casi di applicabilità del soccorso istruttorio.

Il soccorso istruttorio è un istituto di carattere generale, mediante il quale – in applicazione del principio di leale collaborazione tra soggetti privati e pubblica amministrazione¹ – viene consentito all'operatore economico di colmare lacune o correggere errori e inesattezze nella formulazione dell'offerta oppure nella documentazione allegata alla medesima, così da evitare l'adozione di un provvedimento negativo nei confronti del concorrente per il solo fatto che i documenti prodotti siano incompleti o irregolari².

Il caso di cui si è occupata la V Sezione del Consiglio di Stato ha avuto origine da una procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara – ai sensi dell'art. 63 del decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50 – indetta dal Ministero della Giustizia e finalizzata all'affidamento del servizio di digitalizzazione dei fascicoli giudiziari per gli anni 2016-2026 di Tribunali, Corti d'Appello e Corte di Cassazione.

Il capitolato della summenzionata gara richiedeva, con riferimento ai requisiti di partecipazione, che all'interno del gruppo operativo incaricato dello svolgimento del servizio alcune figure professionali – nello specifico, il responsabile unico e il coordinatore del servizio di acquisizione documentale per ciascun distretto giudiziario – fossero in possesso della laurea magistrale in discipline tecnico-scientifiche, economico-gestionali o “*equivalenti*”.

Sul punto, a seguito di apposito quesito, la stazione appaltante chiariva che sarebbero stati ritenuti idonei anche i titoli di studio “*equipollenti*”, in ordine ai quali avrebbe trovato applicazione la normativa specifica dettata in materia.

Dunque, ai fini della partecipazione alla procedura negoziata, era necessario che, in fase di offerta, ogni operatore economico presentasse obbligatoriamente i curricula anonimi dei soggetti individuati quali coordinatore e responsabile del servizio, allegando i titoli accademici richiesti nel capitolato di gara.

1. Corollari, a loro volta, del principio di buon andamento dell'azione amministrativa (art. 97 Costituzione) e di buona fede (introdotto dall'art. 1, comma 2-bis della legge 7 agosto 1990 n. 241). Siffatta impostazione risulta confermata e consacrata anche a livello normativo, con l'inserimento nell'art. 1, comma 2-bis, della l. 241/1990 della previsione secondo la quale “i rapporti tra cittadini e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede”. In proposito, si vedano A. BONAITI, S. VACCARI, *Sul soccorso istruttorio nel diritto amministrativo generale. Inquadramento teorico, principi e interessi protetti*, in *Dir. amm.*, 2023; M. R. SPASIANO, *Il principio di buon andamento*, in *Principi e regole dell'azione amministrativa* (a cura di) M.A. SANDULLI, Milano, 2017.
2. R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale diritto amministrativo*, Roma, 2021; E. FREDIANI, *Il dovere di soccorso procedimentale*, Napoli, 2016; M. IMMORDINO, M.C. CAVALLARO, N. GULLO, *Il responsabile del procedimento*, in *Codice dell'azione amministrativa* (a cura di) M.A. SANDULLI, Milano, 2011.

Tra le varie offerte pervenute figurava anche quella della ricorrente, nei cui confronti veniva attivato il procedimento di soccorso istruttorio, mediante il quale veniva richiesto all'impresa di produrre la certificazione di equipollenza della laurea straniera posseduta dal soggetto individuato quale responsabile del servizio, ai sensi della legge 11 luglio 2002 n. 148.

A riscontro di tale istanza la società replicava di non essere in possesso di tale attestazione – pur avendola già richiesta – e dichiarava di poter indicare, per la medesima posizione, un diverso soggetto munito di laurea italiana.

L'Amministrazione riteneva, però, che sia la produzione dell'attestato di equipollenza ottenuto solo in seguito alla partecipazione alla gara, sia la sostituzione dell'originario responsabile del servizio con un altro soggetto, avrebbero determinato un superamento dei limiti imposti dalla disciplina del soccorso istruttorio e, dunque, provvedeva ad escludere definitivamente l'impresa per carenza insanabile di un requisito tecnico (*“trattandosi di requisito di partecipazione relativo alla capacità tecnico professionale, come indicato al punto 8.3 del Disciplinare di gara, il mancato possesso [...] non [fosse] sanabile con soccorso istruttorio”*).

Il provvedimento di esclusione veniva impugnato dalla società con ricorso presentato dinanzi al TAR Lazio, il quale, con la sentenza n. 13055/2022, lo rigettava: in primo luogo, poiché, ai sensi della legge 148/2002, per il conferimento di valore legale ai titoli accademici conseguiti all'estero è sempre necessario proporre istanza e conseguire l'attestazione di equipollenza del titolo in questione; in secondo luogo, perché la mancanza della certificazione di equipollenza non poteva comunque essere sanata mediante l'istituto del soccorso istruttorio, in ragione del principio di immodificabilità dell'offerta, trattandosi di documentazione attinente allo specifico requisito tecnico-professionale richiesto per la partecipazione alla gara.

La decisione *de qua* veniva poi impugnata dalla predetta società dinanzi al Consiglio di Stato, che pronunciava definitivamente sulla questione con la sentenza in commento.

2. La decisione del Consiglio di Stato

La questione centrale è stata oggetto di approfondimento da parte del Consiglio di Stato, che, partendo dall'ipotesi per cui è causa, ha fornito la propria interpretazione dell'istituto del soccorso istruttorio, analizzandone e comparandone la formulazione nel precedente Codice dei contratti pubblici con l'attuale disciplina rintracciabile nel decreto legislativo 31 marzo 2023 n. 36.

Anzitutto, il Consiglio ha ritenuto non persuasiva la ricostruzione offerta dall'appellante, condividendo, invece, l'argomentazione fatta propria dal TAR Lazio.

In particolare, il giudice di secondo grado ha evidenziato che il capitolato speciale della gara oggetto di controversia ha previsto la creazione di un apposito gruppo di lavoro, comprendente un responsabile unico e un coordinatore del servizio, per i quali definiva altresì specifici requisiti di capacità tecnico-professionale, con riguardo alle esperienze pregresse, alle competenze acquisite e ai titoli di studio conseguiti. Relativamente a questi ultimi, era in particolare richiesta la laurea magistrale in discipline tecnico-scientifiche, economico-gestionali o equivalenti.

A tal proposito, il Consiglio di Stato ha precisato che la clausola di equivalenza fosse “*sintatticamente*” riferita non alla laurea, ma alle discipline e dunque che tale previsione era da intendersi nel senso che il titolo accademico dovesse afferire all’ambito tecnico-scientifico o economico-gestionale oppure ad ambiti equivalenti.

Parimenti, risultava evidente che l’indicazione del titolo di studio implicava il requisito della validità del medesimo; ciò – in relazione alle lauree conseguite all’estero – postulava uno “*specifico e qualificato accertamento [...] della sostanziale omogeneità, adeguatezza e comparabilità dei percorsi formativi e delle modalità della relativa verifica*” e una “*pedissequa e formale certificazione ufficiale, di equipollenza*”, così come previsto dalla legge 11 luglio 2002 n. 148, nonché dalla legge 25 gennaio 2006 n. 29.

Pertanto, doveva essere letto in questa prospettiva il chiarimento prestato dalla stazione appaltante su cosa potesse essere ricompreso nella dicitura “*equivalenti*” e se una laurea di diversa tipologia, sussistendo tutti gli altri requisiti, comportasse comunque l’esclusione dalla gara.

A riscontro dei suddetti quesiti, il committente aveva fornito un elenco dettagliato delle lauree che sarebbero state ritenute idonee, integrando la precedente indicazione con la previsione della valutazione anche dei titoli equipollenti.

In sintesi, con il suddetto chiarimento, l’Amministrazione era intervenuta per colmare l’indeterminatezza del bando relativamente alla valutazione dei titoli di studio e all’equivalenza degli ambiti disciplinari, chiarendo che avrebbe tenuto conto di ogni titolo equipollente (oltre alla laurea magistrale espressamente richiesta), verificandolo sulla scorta della normativa generale prevista in materia³.

In quest’ottica era allora corretta la valutazione del giudice di prime cure secondo la quale la stazione appaltante ha compiuto una legittima eterointegrazione del capitolato di gara, che risolvendosi, di fatto, nella “*prefigurazione più ampia e comprensiva (in senso qualitativo o quantitativo) dei requisiti di accesso alla procedura di gara [...] non collide con il principio di (rigorosa) tassatività delle cause di esclusione (che è, di per sé, corollario dell’onere di puntuale ed esaustiva prefigurazione delle condizioni concorrenziali), proprio perché si tratta di condizioni necessarie (in ragione*

3. L’equipollenza, ovvero il riconoscimento accademico dei titoli di studio esteri, è il provvedimento mediante il quale i singoli Atenei italiani attribuiscono a un titolo di studio conseguito all’estero lo stesso valore legale di un titolo accademico presente nell’ordinamento interno. Essa viene rilasciata a specifiche condizioni – valutate dalle autorità accademiche competenti – esclusivamente dagli Atenei italiani, presso i quali deve essere presentata domanda. Invece, per equivalenza si intende il riconoscimento finalizzato dei titoli di studio esteri, effettuato attraverso uno specifico provvedimento (rilasciato solo per il motivo indicato e valido solo se utilizzato a quel fine), in ordine a determinate casistiche previste dall’art. 38 del decreto legislativo 30 marzo 2001 n. 165, dal decreto del Presidente della Repubblica 30 luglio 2009 n. 189 e dall’art. 12 della legge 25 gennaio 2006 n. 29 (gli ultimi due riferimenti normativi riguardano: il primo, la procedura di riconoscimento di titoli acquisiti nei paesi aderenti alla convenzione di Lisbona dell’11 aprile 1997; il secondo, la procedura di valutazione della corrispondenza di titoli e certificazioni comunitarie acquisiti nell’Unione europea, negli Stati aderenti all’Accordo sullo spazio economico europeo o nella Confederazione elvetica).

della attitudine non derogabile della legge) ed implicite (e, come tali, suscettibili di essere colmate, nei sensi chiariti, in via di diretta applicazione della legge generale)”.

Inoltre, il richiamo alla legge 148/2002 non poteva essere inteso – come preteso dalla ricorrente al fine di aggirare l’esclusione dalla procedura negoziata – nel senso che, fermo restando l’obbligo di allegazione del titolo nei curricula dei dipendenti, sarebbe stato onere del committente attivarsi per acquisire la certificazione di equipollenza.

Invero, tale rimando doveva intendersi esclusivamente limitato all’integrazione della regola di equipollenza dei titoli di studio allegati all’offerta, titoli che devono necessariamente preesistere rispetto alla gara nella quale vengono spesi.

In secondo luogo, il Consiglio di Stato si è pronunciato sulla attivata procedura di soccorso istruttorio, affermando che *“deve [...] escludersi – sotto distinto profilo – la possibilità di supplire alla carenza della attestazione di equipollenza con il soccorso istruttorio (ai fini di surrogazione della risorsa)”*.

Per giungere a tale conclusione, detto giudice ha analizzato in termini generali l’istituto in questione. Innanzitutto, ha osservato che si tratta di uno strumento che realizza concretamente i principi di leale cooperazione e di reciproco affidamento tra le stazioni appaltanti e gli operatori economici e che risponde a una fondamentale *“direttiva antiformalistica”* dell’azione dei soggetti pubblici, dal momento che evita che le rigorose formalità previste per la partecipazione a una gara pubblica si risolvano in un *“pregiudizio per la sostanza e la qualità delle proposte negoziali in competizione e, in definitiva, del risultato dell’attività amministrativa”*.

In questa prospettiva, il D.lgs. 36/2023 ha ampliato la portata e la centralità del soccorso istruttorio, dedicandovi un’autonoma e più articolata disposizione (l’art. 101 del citato decreto legislativo), superando talune incertezze diffuse nella sua applicazione operativa.

Allo stesso tempo, però, tale modifica ha aperto la strada al rischio di un possibile conflitto con il canone di autoresponsabilità⁴, il quale impone agli operatori economici un preciso dovere di diligenza e un puntuale rispetto delle formalità procedimentali, utili a evitare tutti gli aggravii connessi con la rimessione in termini per l’integrazione della documentazione allegata all’offerta.

Difatti, pur essendo il soccorso istruttorio espressione del principio del *favor participationis*, non può risolversi in uno strumento di indebito vantaggio per un concorrente a discapito degli altri e in una forma di abuso e violazione dei principi di buona fede e di concorrenza⁵.

4. L’operatore economico che partecipa a una gara pubblica è tenuto al rispetto di particolari obblighi di diligenza nei confronti dell’Amministrazione. Dalla mancata osservanza di tali doveri di diligenza deriva la diretta responsabilità dei concorrenti per eventuali errori commessi dai medesimi. Sul punto, anche la giurisprudenza amministrativa fa ricorso al generale canone di autoresponsabilità per addebitare al concorrente le conseguenze degli errori commessi nella formulazione dell’offerta o nella presentazione della documentazione ad essa allegata, sostenendo che: *“Nell’ambito delle gare pubbliche è necessario adempiere, con scrupolo e diligenza, a quanto previsto dal bando di gara e alle norme tecniche. L’erroneo utilizzo rimane a rischio del partecipante”* (Consiglio di Stato, sez. III, sentenza n. 7507/2021; Consiglio di Stato, sez. V, sentenza n. 1540/2021; Consiglio di Stato, sez. III, sentenza n. 4795/2020).

5. La dottrina e la giurisprudenza sono concordi nel ritenere che ogni stazione appaltante mira ad una larga par-

Sul punto, gli orientamenti giurisprudenziali più restrittivi fanno leva sul suindicato canone in ragione del fatto che in presenza di una violazione da parte di un concorrente di una clausola di bando chiara e inequivoca, il soccorso istruttorio non è praticabile, poiché la sanatoria di documentazione incompleta o insufficiente costituirebbe una palese violazione del principio di *par condicio*⁶.

In forza del canone di autoresponsabilità, quindi, chiunque si rapporti con la pubblica amministrazione per il soddisfacimento di un suo interesse pretensivo, è tenuto all'osservanza di una specifica diligenza, cui consegue la sopportazione delle conseguenze di eventuali errori commessi nella presentazione della documentazione (in particolare, quando si è in presenza di una previsione chiara), nonché in caso di inadempimenti procedurali o di omessa allegazione di documenti richiesti a pena di esclusione dalla *lex specialis*⁷.

Dunque, l'errore soccorribile è quello che emerge in maniera evidente, senza alcun bisogno di ulteriore attività di ricostruzione della volontà del concorrente, la cui offerta, nonostante l'omissione o l'errore, deve rimanere facilmente individuabile.

Tornando ora alla normativa in materia, tanto il Consiglio di Stato, quanto il legislatore – all'art. 101 del nuovo Codice dei contratti pubblici – hanno operato una distinzione tra:

tecipazione alla gara che ha indetto “per conseguirne il più conveniente esito” (così N. SAITTA, *Sul c.d. soccorso istruttorio nel procedimento e nel processo*, in www.giustamm.it, n. 5, 2013; C. VOLPE, *Bandi di gara e inviti alla gara*, in *L'appalto di opere pubbliche*, (a cura di) R. VILLATA, Padova, 2004; Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 26 settembre 2013 n. 4760). Tale interesse, cui il soccorso istruttorio è ispirato, deve però essere bilanciato e confrontato con tutti i principi applicabili in materia, tra i quali – appunto – l'autoresponsabilità e la concorrenza (D. COSTAGEORGOS, *Il soccorso istruttorio: delicato equilibrio tra contrapposti principi*, in *Riv. Corte dei Conti*, n. 2, 2022, p. 110 ss.).

6. “In presenza di una previsione chiara e dell'inosservanza di questa da parte del concorrente, l'invito all'integrazione costituirebbe una palese violazione del principio di *par condicio*, che verrebbe vulnerato dalla rimessione in termini, per mezzo della sanatoria di una documentazione incompleta o insufficiente ad attestare il possesso dei requisiti di ammissione e/o dei titoli [...] da parte del concorrente, che non ha presentato, nei termini e con le modalità previste dalla *lex specialis*, le relative dichiarazioni e/o documentazioni conformi al bando” (T.A.R. Campania, sez. IV, sentenza 7 dicembre 2021 n. 7884; T.A.R. Calabria, sez. II, sentenza 30 settembre 2021 n. 1668; T.A.R. Puglia, sez. I, sentenza 4 marzo 2019 n. 324. In dottrina si veda S. PUGLIATTI, *Autoresponsabilità*, in *Enc. dir.*, Milano, 1959).
7. Consiglio di Stato, Ad. Plen., sentenza 25 febbraio 2014 n. 9: “Per meglio definire il perimetro del “soccorso istruttorio” è necessario distinguere tra i concetti di “regolarizzazione documentale” ed “integrazione documentale”: la linea di demarcazione discende naturaliter dalle qualificazioni stabilite ex ante nel bando, nel senso che il principio del “soccorso istruttorio” è inoperante ogni volta che vengano in rilievo omissioni di documenti o inadempimenti procedurali richiesti a pena di esclusione dalla legge di gara (specie se si è in presenza di una clausola univoca), dato che la sanzione scaturisce automaticamente dalla scelta operata a monte dalla legge, senza che si possa ammettere alcuna possibilità di esercizio del “potere di soccorso”; conseguentemente, l'integrazione non è consentita, risolvendosi in un effettivo vulnus del principio di parità di trattamento; è consentita, invece, la mera regolarizzazione, che attiene a circostanze o elementi estrinseci al contenuto della documentazione e che si traduce, di regola, nella rettifica di errori materiali e refusi”.

- a) soccorso integrativo o completivo (comma 1, lettera a), mediante il quale – in termini essenzialmente quantitativi – si procede al recupero di carenze della documentazione amministrativa necessaria alla partecipazione alla gara (con specifica esclusione della documentazione inerente l’offerta, sia sotto il profilo tecnico, sia sotto il profilo economico), purché si tratti di documenti acquisibili direttamente dalla stazione appaltante tramite accesso al fascicolo virtuale dell’operatore economico;
- b) soccorso sanante (comma 1, lettera b), attraverso cui – in termini in questo caso qualitativi – è consentito rimediare a omissioni, inesattezze o irregolarità della documentazione amministrativa, purché con esso non si vogliano recuperare documenti di imputazione soggettiva incerta, che hanno determinato l’inammissibilità della proposta alla quale sono riferiti;
- c) soccorso istruttorio in senso stretto (comma 3), che consente alla stazione appaltante di sollecitare chiarimenti sui contenuti dell’offerta tecnica e/o dell’offerta economica, in modo tale da consentirne l’esatta acquisizione e pervenire a esiti certi circa la portata dell’impegno negoziale assunto dal concorrente (fermo restando il divieto di apportare qualunque modifica all’offerta, nel rispetto del principio della *par condicio* tra i partecipanti alla gara);
- d) soccorso correttivo (comma 4), fattispecie introdotta dal D.lgs. 36/2023 (e, come tale, insuscettibile di applicazione retroattiva), attraverso la quale – prescindendosi dall’iniziativa e dall’impulso del committente – è direttamente l’operatore economico, fino al giorno di apertura delle offerte, a rettificare errori che inficiano materialmente il contenuto delle offerte stesse, con il preciso limite del rispetto dell’anonimato e dell’immodificabilità sostanziale del contenuto.

La norma in esame, inoltre, precisa che sono soccorribili (purché documentabili con atti di data certa e anteriore al termine di presentazione delle offerte e purché si tratti di un’omissione meramente formale e non di una originaria carenza sostanziale): la mancata presentazione della garanzia provvisoria, l’omessa allegazione del contratto di avvalimento, nonché la carenza dell’impegno al conferimento del mandato collettivo speciale, per i concorrenti partecipanti in forma di raggruppamento costituendo.

Sotto un profilo operativo, infine, l’art. 101 specifica che l’operatore economico ha un termine non inferiore a cinque e non superiore a dieci giorni entro il quale può integrare o sanare (a pena di esclusione dalla gara ex comma 4 della medesima disposizione) la documentazione amministrativa oppure chiarire, nei termini e nei limiti della specifica richiesta, la portata della propria offerta.

Dall’analisi della summenzionata disposizione è evidente, dunque, la volontà del legislatore di ampliare l’ambito applicativo del soccorso istruttorio, con tutte le possibili conseguenze – già ricordate – in tema di autoresponsabilità e *par condicio* tra operatori economici.

Tanto precisato, passando a raffrontare le sopra esposte caratteristiche alla vicenda oggetto del giudizio, il Consiglio di Stato ha concluso che non sono soccorribili gli elementi integranti, anche documentalmente, il contenuto dell’offerta tecnica o economica⁸.

8. “Deve tenersi per ferma la non soccorribilità (sia in funzione integrativa, sia in funzione sanante) degli elementi integranti, anche documentalmente, il contenuto dell’offerta (tecnica od economica): ciò che si porrebbe in contrasto con il superiore principio di parità dei concorrenti. Restano, per contro, ampiamente sanabili le carenze (per omissione e/o per irregolarità) della documentazione c.d. amministrativa” (sentenza in commento).

Diversamente, si finirebbe per violare il principio di parità dei concorrenti.

Sono, quindi, emendabili mediante il soccorso istruttorio le carenze o le irregolarità che *attengono all'allegazione dei "requisiti di ordine generale"* (quelli cioè riferiti soggettivamente all'operatore economico in quanto tale), ma non quelle inerenti ai *"requisiti di ordine speciale"*, in quanto questi ultimi vengono a strutturare i termini dell'offerta con riferimento alle capacità tecniche, economiche e professionali necessarie per l'esecuzione delle prestazioni.

In sintesi, il Consiglio di Stato afferma che sono soccorribili la documentazione amministrativa e le carenze nell'allegazione dei requisiti di ordine generale, mentre non sono emendabili quelle nell'allegazione dei requisiti di ordine speciale – *"in quanto atte a strutturare i termini dell'offerta"* – né è sanabile la documentazione che integra l'offerta tecnica ed economica.

Ne deriva che, nel caso di specie, posto che al momento della presentazione dell'offerta l'impresa non possedeva la certificazione di equipollenza della laurea estera della risorsa individuata quale responsabile del servizio, il soccorso istruttorio non era praticabile, proprio perché tale offerta era carente nei requisiti di ordine speciale.

Invero, ammettere l'allegazione postuma dell'attestazione di equipollenza o la sostituzione dell'originario responsabile con un altro soggetto in possesso di titolo di studio idoneo, avrebbe significato legittimare la vietata modifica dei termini dell'offerta.

Tuttavia, appare opportuno evidenziare che, nell'operare la distinzione appena ricordata, il Consiglio di Stato non ha effettuato una spiegazione sufficientemente esaustiva.

Non si comprende, infatti, in che modo i requisiti di ordine speciale possano essere ritenuti idonei a strutturare i termini dell'offerta tecnica ed economica – diventandone addirittura parte integrante – e, per tale ragione, non essere soccorribili.

Difatti, tutti i requisiti di partecipazione, tanto quelli di carattere generale, quanto quelli di carattere speciale, sono elementi ben distinti dall'offerta e per questo la loro eventuale modifica o integrazione non è in grado di determinare automaticamente qualsivoglia lesione del principio della *par condicio* tra i concorrenti.

Tale impostazione rischia dunque di confondere le pubbliche amministrazioni che fanno ricorso al soccorso istruttorio e che spesso si trovano di fronte a distinzioni non ben delineate tra integrazioni documentabili ammissibili e non ammissibili⁹.

Tuttavia, non può negarsi che una più prudente interpretazione giurisprudenziale dell'istituto in parola sia utile a compensare l'estesa portata che il legislatore ha conferito allo stesso in seguito alle modifiche del Codice dei contratti pubblici; portata che – come più volte evidenziato – presenta possibili profili di conflitto non solo con il canone di autoresponsabilità, ma anche con i principi di *par condicio* e parità di trattamento degli operatori economici.

9. È questo il caso, ad esempio, della non chiara differenza tra documentazione integrativa e specificativa e documentazione aggiuntiva e ulteriore, che risultano, rispettivamente, ammessa ed esclusa. Infatti, il Consiglio di Stato in molteplici pronunce ha soltanto ribadito che l'operatore economico nel corso della procedura di gara può dimostrare che la propria offerta era, fin dalla sua presentazione, conforme a quanto richiesto dalla *lex specialis* anche mediante la presentazione di documenti che, però, devono limitarsi a specificare la portata di elementi già contenuti nella stessa offerta, senza apportarvi condizioni e integrazioni.

3. Osservazioni

Alla luce di quanto fin qui esposto, appare opportuno analizzare la fattispecie oggetto della controversia e inquadrarne i presupposti e l'operatività, anche alla luce delle modifiche operate dal D.lgs. 36/2023.

Il soccorso istruttorio costituisce uno strumento che l'Amministrazione utilizza per consentire agli operatori economici di integrare o regolarizzare carenze nella documentazione o nell'offerta, al fine di garantire la tutela della buona fede e dell'affidamento dei soggetti coinvolti dall'esercizio del potere pubblico, nonché dei principi di buon andamento e imparzialità dell'azione amministrativa, di semplificazione e non aggravamento del procedimento.

La scelta del miglior contraente, infatti, non può essere pregiudicata da mere irregolarità¹⁰ risolvibili mediante l'instaurazione di un dialogo con i privati e, per tale ragione, l'istituto in questione permette di evitare l'adozione di un provvedimento negativo per il solo fatto che i documenti allegati all'offerta da parte del concorrente siano incompleti oppure presentino inesattezze o irregolarità. Il soccorso istruttorio è un istituto di carattere generale che ha trovato la propria disposizione di riferimento nel quadro normativo nazionale nella norma sulla partecipazione nel procedimento amministrativo; partecipazione intesa – a sua volta – quale principio generale dell'ordinamento giuridico¹¹.

Nello specifico, l'art. 6, comma 1, lettera b), della legge 7 agosto 1990 n. 241¹² stabilisce che il responsabile del procedimento “può” chiedere il rilascio o la rettifica di dichiarazioni, istanze erranee o incomplete, nonché esperire accertamenti tecnici, ispezioni e ordinare l'esibizione di documenti.

Nonostante il tenore testuale della su citata disposizione, è ormai pacifico in giurisprudenza che il soccorso istruttorio non rappresenti una mera facoltà in capo all'Amministrazione, bensì un vero e proprio dovere¹³, sul presupposto che si tratti di un istituto funzionale a superare i formalismi insiti nelle procedure ad evidenza pubblica (e che potrebbero pregiudicare il pieno raggiungimento

10. Il soccorso istruttorio è attivabile solo nei casi di mere carenze formali, non sostanziali, in quanto la scelta del migliore contraente “non può venire pregiudicata nei suoi esiti da meri errori formali, come accadrebbe se un candidato non risultasse vincitore per un refuso facilmente emendabile con la collaborazione dell'amministrazione” (in proposito, di recente, T.A.R. Campania, sez. II, sentenza 12 gennaio 2022 n. 36).

11. M. RICCIARDO CALDERARO, *La partecipazione nel procedimento amministrativo tra potere e rispetto dei diritti di difesa*, in *Il Foro Amm.*, 2015, p. 1312; M. MATTALIA, *Il soccorso istruttorio nel procedimento amministrativo*, in *Dir. Amm.*, n. 3, 2017, p. 573 ss.; A. BONAITI, S. VACCARI, *Sul soccorso istruttorio nel diritto amministrativo generale. Inquadramento teorico, principi e interessi protetti*, in *Dir. Amm.*, 2023, p. 193 ss.

12. “Il responsabile del procedimento: [...] b) accerta di ufficio i fatti, disponendo il compimento degli atti all'uopo necessari, e adotta ogni misura per l'adeguato e sollecito svolgimento dell'istruttoria. In particolare, può chiedere il rilascio di dichiarazioni e la rettifica di dichiarazioni o istanze erranee o incomplete e può esperire accertamenti tecnici ed ispezioni ed ordinare esibizioni documentali”.

13. Così Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza 21 ottobre 2022 n. 5055; Consiglio di Stato, Ad. Plen., sentenza 25 febbraio 2014 n. 9; Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza 3 settembre 2014 n. 4494; Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 16 luglio 2007 n. 4027; Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 6 marzo 2006 n. 1068; T.A.R. Lazio, sez. II, sentenza 24 dicembre 2022 n. 17536; T.A.R. Lombardia, sez. I, sentenza 8 febbraio 2022 n. 289; T.A.R. Lazio, sez. I, sentenza 21

dell'obiettivo perseguito dalla stazione appaltante e la qualità delle proposte negoziali in competizione¹⁴) e di una concreta manifestazione dei principi di leale collaborazione tra cittadino e pubblica amministrazione, di buona fede e di buon andamento dell'azione amministrativa¹⁵.

Il soccorso istruttorio è stato inizialmente previsto dalla direttiva europea 71/305/CEE e successivamente introdotto nel nostro ordinamento dal decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, al cui interno la disciplina era rintracciabile nel combinato disposto degli articoli 38, comma 2-bis, e 46, comma 1-ter¹⁶.

Una precisa sistemazione all'istituto in questione verrà trovata soltanto con l'entrata in vigore del decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50, precisamente all'art. 83, comma 9¹⁷.

gennaio 2016 n. 715; T.A.R. Toscana, sez. III, sentenza 10 marzo 2015 n. 375. In dottrina, si vedano F. LACAVALA, *La richiesta di integrazioni e chiarimenti documentali da parte della stazione appaltante*, in *Il nuovo codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture. Commentario sistematico*, (a cura di) F. SAITTA, Padova, 2008; B. DE ROSA, *Regolarizzazione della carenza documentale nelle gare per l'affidamento di lavori pubblici: facoltà o obbligo per la stazione appaltante*, in *Riv. giur. edilizia*, 2011, p. 1193 ss.; F. APEIRO BELLA, *Le novità in tema di soccorso istruttorio* in M. A. SANDULLI, M. LIPARI, F. CARDARELLI, *Il correttivo al Codice dei contratti pubblici*, Milano, 2017, p. 234: "Il tenore della legge delega (che, come anticipato, prevedeva l'attribuzione ai partecipanti della "piena possibilità di integrazione documentale non onerosa") e dell'art. 83, comma 9 (che, al secondo periodo, utilizza il tempo indicativo presente tipico delle prescrizioni obbligatorie) consentono di affermare la doverosità dell'attivazione del soccorso istruttorio alla ricorrenza delle fattispecie previste dalla legge".

14. Ratio dell'istituto è, infatti, quella di ampliare la partecipazione alle procedure a evidenza pubblica, in ossequio al principio del *favor participationis*, limitando i casi di esclusione degli operatori economici dalla gara solo in presenza di carenze sostanziali e gravi (vedasi in proposito Consiglio di Stato, sentenza n. 1308/2022: "l'esclusione da una procedura amministrativa per motivi di carattere squisitamente formale è giustificata soltanto se necessario per la tutela di contrapposti valori giuridici. Se tale necessità non ricorre, è lo stesso principio di proporzionalità a rendere irragionevole l'adozione di un provvedimento negativo basato sulla mera incompletezza o erroneità dell'istanza"). Invero, la disciplina delle procedure di gara non deve essere concepita "come una sorta di corsa ad ostacoli fra adempimenti formali imposti agli operatori economici e all'amministrazione aggiudicatrice, ma deve mirare ad appurare, in modo efficiente, quale sia l'offerta migliore, nel rispetto delle regole di concorrenza, verificando la sussistenza dei requisiti tecnici, economici, morali e professionali dell'aggiudicatario. In questo senso, dunque, l'istituto del soccorso istruttorio tende ad evitare che irregolarità e inadempimenti meramente estrinseci possano pregiudicare gli operatori economici più meritevoli, anche nell'interesse del seggio di gara, che potrebbe perdere l'opportunità di selezionare il concorrente migliore, per vizi procedurali facilmente emendabili" (Consiglio di Stato, sez. III, sentenza 2 marzo 2017 n. 975).

15. Tale impostazione risulta confermata anche a livello normativo, con l'inserimento all'art. 1, comma 2-bis, della legge 241/1990 (operato dall'art. 12, comma 1, della legge 11 settembre 2020 n. 120) della previsione secondo la quale "i rapporti tra cittadini e la pubblica amministrazione sono improntati i principi della collaborazione e della buona fede".

16. Commi introdotti dall'art. 39 del decreto legge 24 giugno 2014 n. 90, convertito nella legge 11 agosto 2014 n. 114 (*Semplificazione degli oneri formali nella partecipazione a procedure di affidamento di contratti pubblici*), quali risultato del recepimento dell'art. 56, par. 3, della direttiva 24/2014/UE (*Direttiva Appalti*) all'interno dell'ordinamento italiano.

17. Ai sensi del quale: "Le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate attraverso la

Nel nuovo Codice dei contratti pubblici (D.lgs. 36/2023) il legislatore ha inteso ampliare la portata normativa dell'istituto in commento, introducendo una serie di novità volte a semplificare e a chiarire profili che hanno dato luogo a difficoltà applicative nel corso del tempo, definendone compiutamente ambito di applicazione e caratteristiche.

A dire il vero, ad aver influito sull'acquisita centralità del soccorso istruttorio è stata anzitutto la riforma del 2014 degli articoli 38 e 46 del D.lgs. n. 163/2006, mediante la quale è stata ampliata l'operatività dello stesso, al preciso scopo di ridurre il contenzioso in materia di appalti.

Difatti il soccorso istruttorio rappresenta un efficace strumento di deflazione del contenzioso, atteso che la possibilità per i soggetti privati di regolarizzare la carente documentazione originariamente prodotta evita la formulazione di censure formalistiche avverso la stessa¹⁸.

Mediante tale novella, dunque, è stata superata l'originaria e restrittiva interpretazione in base alla quale il soccorso istruttorio non poteva in alcun caso consentire la produzione tardiva di documenti che avrebbero dovuto essere allegati entro il termine per la presentazione delle offerte, giungendo al punto di riconoscere la facoltà dei concorrenti di integrare la documentazione carente – rimediando così alla sua irregolarità – e di affermare che l'incompletezza e la mancanza delle autocertificazioni (con cui i partecipanti alla gara attestano il possesso dei requisiti di ordine generale) non possono essere sanzionate automaticamente con esclusione degli stessi dalla gara¹⁹. La suddetta impostazione è stata poi recepita anche dal Codice dei contratti pubblici del 2016 – il quale all'art. 83, comma 9 prevedeva espressamente che il soccorso istruttorio consente di sanare *“le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda”* – e confermata altresì dal Codice del 2023.

L'art. 83, comma 9, del D.lgs. 50/2016 stabiliva essenzialmente la sanabilità di qualunque elemento formale della domanda di partecipazione alla gara pubblica, nonché di ogni altra irregolarità essenziale della documentazione allegata alla predetta domanda (ad eccezione di quella riguardante

procedura di soccorso istruttorio di cui al presente comma. In particolare, in caso di mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all'articolo 85, con esclusione di quelle afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere. In caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione, il concorrente è escluso dalla gara. Costituiscono irregolarità essenziali non sanabili le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa”.

18. ANAC, *Determinazione n. 1*, 8 gennaio 2015, *Criteri interpretativi in ordine alle disposizioni dell'art. 38, comma 2-bis e dell'art. 46, comma 1-ter del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163*; F. SAIITA, *Brevi considerazioni sul prospettato rafforzamento del ruolo dell'A.N.A.C. (a margine dell'art. 1, comma 1, lett. t), del disegno di legge delega per l'attuazione delle direttive europee in materia di appalti pubblici e concessioni*, in www.dirittoamministrativo.org, p. 3 ss.; M.A. SANDULLI, *Il D.L. 25 giugno 2014, n. 90 e i suoi effetti sulla giustizia amministrativa. Osservazioni a primissima lettura*, in *Federalismi*, 2014; R. DE NICTOLIS, *Il rito degli appalti pubblici dopo il D.L. 90/2014*, in *Urbanistica e Appalti*, n. 11, 2014, p. 1157 ss.; M. LIPARI, *L'efficienza della P.A. e le nuove norme sul processo amministrativo*, in www.giustamm.it, n. 9, 2014.

19. P. PROVENZANO, *Brevi riflessioni a margine della disciplina sugli oneri dichiarativi ex art. 38 D.Lgs. 163/2006 contenuta nell'art. 39 del Decreto Legge n. 90/2014*, in *Riv. di dir. pubbl.*, n. 7, 2014.

l'offerta economica e tecnica) e, infine, la non sanabilità di carenze tali da non consentire l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa²⁰.

In proposito, la giurisprudenza ha presto aperto a una interpretazione più estensiva della norma in questione, consentendo il ricorso al soccorso istruttorio in caso di mancanze o incompletezze dell'offerta tecnica ed economica rimediabili fornendo meri chiarimenti oppure correggendo errori materiali palesi, purché il contenuto dell'offerta restasse inalterato.

Tale orientamento ha, così, condotto alla creazione del “soccorso procedimentale”, mediante il quale – come detto – potevano essere sanati errori e carenze afferenti alla parte tecnica ed economica dell'offerta²¹.

Il progressivo consolidamento della suindicata tipologia di soccorso ha indotto il legislatore a fornire una specifica disciplina nel comma terzo dell'art. 101 del nuovo Codice dei contratti pubblici. A ben vedere, però, la disposizione appena citata, pur disciplinando espressamente il soccorso procedimentale, fa residuare alcune perplessità sul medesimo.

Nello specifico, la norma prevede che l'Amministrazione può richiedere chiarimenti sui contenuti dell'offerta tecnica ed economica e su ogni loro allegato e che il privato può sanare qualunque omissione o irregolarità della domanda di partecipazione e di ogni altro documento richiesto dalla stazione appaltante per la partecipazione alla gara, ad esclusione della documentazione che compone l'offerta tecnica ed economica, senza tuttavia specificare meglio quale sia la differenza tra l'ammessa richiesta di chiarimenti e la vietata sanatoria di “*omissioni, inesattezze e irregolarità*”.

Dal confronto fra l'art. 101 del D.lgs. 36/2023²² e l'art. 83, comma 9, del D.lgs. 50/2016 emergono chiaramente delle differenze: in primo luogo, il legislatore non opera più la distinzione fra irregolarità essenziali e non essenziali che connotava la previgente normativa, siccome foriera di incertezze applicative e operative.

Invero, il legislatore operava la summenzionata distinzione, senza però dare una compiuta definizione delle due tipologie di irregolarità e favorendo così un'applicazione disomogenea della disciplina in materia.

20. L'art. 33 dello schema di decreto correttivo ha modificato il testo dell'art. 83, comma 9, del D.lgs. 50/2016 nell'ottica di consentire “*la massima estensione applicativa dell'istituto del soccorso istruttorio, con l'unico limite di escludere la regolarizzabilità delle carenze dell'offerta tecnica ed economica*”. In particolare, ha introdotto la precisazione che costituiscono irregolarità essenziali non sanabili le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa. F. APEIRO BELLA, *Le novità in tema di soccorso istruttorio*, in M. A. SANDULLI, M. LIPARI, F. CARDARELLI, *Il correttivo al Codice dei contratti pubblici*, Milano, 2017.

21. Senza che ciò consentisse all'operatore economico di esprimere una volontà negoziale diversa e ulteriore rispetto a quella cristallizzata nell'offerta già precedentemente presentata. In proposito, Consiglio di Stato, sez. III, sentenza 13 dicembre 2018 n. 7039; Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 4 aprile 2019 n. 2219; Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 4 ottobre 2022 n. 8481.

22. “*1. Salvo che al momento della scadenza del termine per la presentazione dell'offerta il documento sia presente nel fascicolo virtuale dell'operatore economico, la stazione appaltante assegna un termine non inferiore a cinque*

In proposito, è intervenuta l'Autorità Anticorruzione²³, che ha fornito delle linee interpretative con le quali ha precisato che le mancanze essenziali sono quelle che comportano l'impossibilità di verificare se gli operatori economici possiedono i requisiti richiesti dalla legge per la partecipazione alle procedure a evidenza pubblica. In questo caso, la stazione appaltante assegnava al concorrente un termine affinché egli rendesse, integrasse o regolarizzasse le dichiarazioni necessarie e, inutilmente decorso il termine, il medesimo concorrente veniva escluso dalla gara. Le irregolarità non essenziali invece riguardavano la mancanza o incompletezza di dichiarazioni non indispensabili per la partecipazione alla gara e per esse la stazione appaltante non aveva l'onere di richiedere la regolarizzazione.

Dunque, nell'ottica del principio del *favor participationis*²⁴, ciò che rilevava ai fini della partecipazione alla gara pubblica era l'effettiva sussistenza dei requisiti di ordine generale in capo ai concorrenti e non la presenza o il contenuto delle dichiarazioni con cui i medesimi concorrenti attestavano il possesso dei requisiti di partecipazione.

Di fatto, però, tale distinzione non è mai stata oggetto di una puntuale revisione legislativa e, dunque, il Codice del 2023 non ha optato per una sua riproposizione.

In secondo luogo, viene sancito l'obbligo per la stazione appaltante di verificare se la documentazione mancante sia presente all'interno del fascicolo virtuale dell'operatore economico

giorni e non superiore a dieci giorni per: a) integrare di ogni elemento mancante la documentazione trasmessa alla stazione appaltante nel termine per la presentazione delle offerte con la domanda di partecipazione alla procedura di gara o con il documento di gara unico europeo, con esclusione della documentazione che compone l'offerta tecnica e l'offerta economica; la mancata presentazione della garanzia provvisoria, del contratto di avvalimento e dell'impegno a conferire mandato collettivo speciale in caso di raggruppamenti di concorrenti non ancora costituiti è sanabile mediante documenti aventi data certa anteriore al termine fissato per la presentazione delle offerte; b) sanare ogni omissione, inesattezza o irregolarità della domanda di partecipazione, del documento di gara unico europeo e di ogni altro documento richiesto dalla stazione appaltante per la partecipazione alla procedura di gara, con esclusione della documentazione che compone l'offerta tecnica e l'offerta economica. Non sono sanabili le omissioni, inesattezze e irregolarità che rendono assolutamente incerta l'identità del concorrente. 2. L'operatore economico che non adempie alle richieste della stazione appaltante nel termine stabilito è escluso dalla procedura di gara. 3. La stazione appaltante può sempre richiedere chiarimenti sui contenuti dell'offerta tecnica e dell'offerta economica e su ogni loro allegato. L'operatore economico è tenuto a fornire risposta nel termine fissato dalla stazione appaltante, che non può essere inferiore a cinque giorni e superiore a dieci giorni. I chiarimenti resi dall'operatore economico non possono modificare il contenuto dell'offerta tecnica e dell'offerta economica. 4. Fino al giorno fissato per la loro apertura, l'operatore economico, con le stesse modalità di presentazione della domanda di partecipazione, può richiedere la rettifica di un errore materiale contenuto nell'offerta tecnica o nell'offerta economica di cui si sia avveduto dopo la scadenza del termine per la loro presentazione a condizione che la rettifica non comporti la presentazione di una nuova offerta, o comunque la sua modifica sostanziale, e che resti comunque assicurato l'anonimato".

23. ANAC, *Criteri interpretativi in ordine alle disposizioni dell'art. 38, comma 2-bis e dell'art. 46, comma 1-ter del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163*, Determinazione 8 gennaio 2015 n. 1.

24. In tal senso sembra orientata anche l'impostazione europea in tema di concorrenza, in coerenza con i principi di effettività ed efficienza. Infatti a livello eurolunitario vi è una tutela della libera concorrenza basata sull'assenza di formalismi - ispirata ai principi del *favor participationis*, di efficienza, di efficacia - nella quale l'esclusione dalla gara costituisce l'*extrema ratio*.

(F.V.O.E.), ovvero sia il supporto informatico sul quale gli operatori economici possono caricare i documenti dimostranti i propri requisiti di idoneità di carattere generale, tecnico-organizzativo ed economico-finanziario per l'affidamento dei contratti pubblici e mediante il quale le stazioni appaltanti verificano – appunto – il possesso dei requisiti necessari alla partecipazione a una determinata procedura²⁵.

Solo in caso di esito negativo dei predetti controlli, l'Amministrazione potrà ricorrere al soccorso istruttorio²⁶.

In terzo luogo, come rilevato altresì dal Consiglio di Stato nella pronuncia in commento, l'art. 101 delinea quattro tipologie di soccorso istruttorio (integrativo – sanante – procedimentale – correttivo) alcune delle quali aventi una significativa portata innovativa rispetto alla precedente disposizione di legge.

In particolare, mediante il soccorso istruttorio correttivo (*ex art. 101, comma 4, D.lgs. 36/2023*) si dà, per la prima volta, la possibilità direttamente all'operatore economico di correggere un proprio errore materiale, fino al giorno fissato per l'apertura delle buste contenenti l'offerta.

In quarto luogo, l'art. 101 sancisce l'obbligatorietà dell'attivazione – quando ne ricorrono i presupposti – del soccorso integrativo (comma 1, lettera a) e di quello sanante (comma 1, lettera b), con la conseguente facoltatività del ricorso al soccorso procedimentale di cui al comma 3 (“*la stazione appaltante può sempre chiedere chiarimenti [...]*”).

In quinto e ultimo luogo, detto articolo, a differenza della previgente normativa, prevede un termine minimo da assegnare al concorrente per poter integrare o sanare la documentazione amministrativa (nel caso del soccorso integrativo e di quello sanante) oppure chiarire e illustrare il tenore della propria offerta (nell'ipotesi del soccorso procedimentale); nonché un termine minimo di 5 giorni per rispondere alle richieste di integrazione formulate dalla stazione appaltante (resta invece invariata la previsione del termine massimo pari a 10 giorni).

A tal proposito, dalla lettura della disposizione si evince che, nelle ipotesi di soccorso integrativo o sanante²⁷, qualora l'operatore economico non dovesse rispettare i suindicati termini, verrà escluso dalla gara.

25. Il fascicolo virtuale è disciplinato dalla delibera 20 giugno 2023 n. 262, sebbene già la legge 29 luglio 2021 n. 108 (c.d. *Decreto semplificazioni bis*), prevedeva che presso la Banca dati nazionale dei contratti pubblici fosse istituito il fascicolo virtuale dell'operatore economico, nel quale inserire i dati per la verifica dell'assenza di motivi di esclusione dalla gara, nonché tutti i documenti attestanti i requisiti di idoneità, i quali, in sede di partecipazione alle gare, sarebbero stati valutati dalla stazione appaltante.

26. In linea con le esigenze di semplificazione amministrativa e con il divieto di aggravamento del procedimento, in ossequio a quanto sancito dall'art. 1, comma 2 e dall'art. 18, comma 2 della legge 241/1990 (sul punto, TAR Lazio, sez. IV, sentenza 26 settembre 2023 n. 14255; Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 28 dicembre 2011 n. 6947; Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza 16 luglio 2007 n. 4011; Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 27 luglio 2017 n. 3698).

27. La relazione al nuovo Codice degli appalti chiarisce che il mancato o non tempestivo riscontro alle richieste di integrazione della documentazione allegata all'offerta può dar luogo all'immediata espulsione dell'operatore economico, decorso il termine assegnato; e ciò rappresenta non una sanzione dell'inadempimento, ma una conseguenza dell'inidoneità dell'offerta presentata.

Diverso appare, invece, il caso del soccorso procedimentale, cui la norma non sembra ricondurre alcun automatismo espulsivo²⁸.

Tornando, infine, al caso oggetto della sentenza in commento, emerge un ulteriore elemento di cui tener conto nell'applicazione dell'istituto in parola, ossia che lo stesso può operare soltanto con riferimento ai requisiti generali richiesti per la partecipazione alla procedura a evidenza pubblica, ma non in relazione ai requisiti speciali; requisiti questi ultimi che strutturano i termini dell'offerta quanto alle capacità tecniche, economiche e professionali necessarie per l'esecuzione delle prestazioni²⁹.

Infatti, il Consiglio di Stato ha affermato che utilizzare il soccorso istruttorio per emendare carenze relative ai requisiti speciali comporterebbe una violazione del principio di immodificabilità dell'offerta (nel caso di specie dell'offerta tecnica), senza tuttavia spiegare compiutamente – come già detto in precedenza – in che modo i requisiti di ordine speciale possano essere parte integrante dei termini dell'offerta tecnica ed economica ed essere, per questo, non emendabili mediante il soccorso istruttorio.

Tanto detto, dalla disamina della vigente normativa sul soccorso istruttorio è chiara la volontà del legislatore di ampliare l'ambito applicativo dello stesso, con tutte le possibili conseguenze – già ricordate – in tema di autoresponsabilità e parità di trattamento tra operatori economici.

In considerazione di tutto quanto fin qui esposto, si può dunque concludere affermando che il soccorso istruttorio rappresenta un efficace modulo relazionale tra la pubblica amministrazione e i soggetti privati e che la novellata disciplina in materia – pur se con la serie di evidenziate e non ancora risolte incertezze – è senza dubbio funzionale alla realizzazione dei principi generali del risultato e della fiducia introdotti dal nuovo Codice dei contratti pubblici³⁰, nonché di quelli già consolidati della massima partecipazione alle procedure a evidenza pubblica, di tutela della

28. In tal senso si è espresso il Consiglio di Stato proprio nella sentenza in commento.

29. *“Deve anche escludersi – sotto distinto profilo – la possibilità di supplire alla carenza della attestazione di equipollenza con il soccorso istruttorio (ai fini di surrogazione della risorsa) [...] deve tenersi per ferma la non soccorribilità (sia in funzione integrativa, sia in funzione sanante) degli elementi integranti, anche documentalmente, il contenuto dell'offerta (tecnica od economica): ciò che si porrebbe in contrasto con il superiore principio di parità dei concorrenti. Restano, per contro, ampiamente sanabili le carenze (per omissione e/o per irregolarità) della documentazione c.d. amministrativa. In altri termini, si possono emendare le carenze o le irregolarità che attengano alla (allegazione) dei requisiti di ordine generale (in quanto soggettivamente all'operatore economico in quanto tale), non quelle inerenti ai requisiti di ordine speciale (in quanto atte a strutturare i termini dell'offerta, con riguardo alla capacità economica, tecnica e professionale richiesta per l'esecuzione delle prestazioni messe a gara) [...] Ammettendo, perciò, come pretenderebbe l'appellante (non tanto la formale sostituzione del curriculum, quanto) la indicazione di un diverso titolo di studio, riferito a diversa figura professionale, significherebbe legittimare la modifica (sotto il profilo soggettivo, relativamente alla manodopera impegnata) dei termini dell'offerta”.*

30. Previsi, rispettivamente agli articoli 1 e 2 del D.lgs. 36/2023. Art. 1: *“1. Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti perseguono il risultato dell'affidamento del contratto e della sua esecuzione con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo, nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza. 2. La concorrenza tra gli operatori economici è funzionale a conseguire il miglior risultato possibile nell'affidare ed ese-*

buona fede e dell'affidamento dei soggetti coinvolti dall'esercizio del potere pubblico, di buon andamento, di parità di trattamento, di imparzialità, di semplificazione e non aggravamento del procedimento, nell'ottica di deflazione del contenzioso in materia di affidamento di lavori e servizi pubblici.

guire i contratti. La trasparenza è funzionale alla massima semplicità e celerità nella corretta applicazione delle regole del presente decreto, di seguito denominato «codice» e ne assicura la piena verificabilità. 3. Il principio del risultato costituisce attuazione, nel settore dei contratti pubblici, del principio del buon andamento e dei correlati principi di efficienza, efficacia ed economicità. Esso è perseguito nell'interesse della comunità e per il raggiungimento degli obiettivi dell'Unione europea. 4. Il principio del risultato costituisce criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto, nonché per: a) valutare la responsabilità del personale che svolge funzioni amministrative o tecniche nelle fasi di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione dei contratti; b) attribuire gli incentivi secondo le modalità previste dalla contrattazione collettiva»; art. 2: "1. L'attribuzione e l'esercizio del potere nel settore dei contratti pubblici si fonda sul principio della reciproca fiducia nell'azione legittima, trasparente e corretta dell'amministrazione, dei suoi funzionari e degli operatori economici. 2. Il principio della fiducia favorisce e valorizza l'iniziativa e l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici, con particolare riferimento alle valutazioni e alle scelte per l'acquisizione e l'esecuzione delle prestazioni secondo il principio del risultato. 3. Il principio del risultato, ai fini della responsabilità amministrativa costituisce colpa grave la violazione di norme di diritto e degli auto-vincoli amministrativi, nonché la palese violazione di regole di prudenza, perizia e diligenza e l'omissione delle cautele, verifiche ed informazioni preventive normalmente richieste nell'attività amministrativa, in quanto esigibili nei confronti dell'agente pubblico in base alle specifiche competenze e in relazione al caso concreto. Non costituisce colpa grave la violazione o l'omissione determinata dal riferimento a indirizzi giurisprudenziali prevalenti o a pareri delle autorità competenti. 4. Per promuovere la fiducia nell'azione legittima, trasparente e corretta dell'amministrazione, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti adottano azioni per la copertura assicurativa dei rischi per il personale, nonché per riqualificare le stazioni appaltanti e per rafforzare e dare valore alle capacità professionali dei dipendenti, compresi i piani di formazione di cui all'articolo 15, comma 7°.

La responsabilità da inosservanza del termine di conclusione del procedimento finalizzato al rilascio della convenzione di gestione totale aeroportuale ex art. 704 cod. nav.*

Vincenzo Palo

Dottorando di ricerca in scienze giuridiche e politiche – Università degli Studi di Roma “G. Marconi”

Abstract

The responsibility of the Public Administration, caused by the violation of the obligation to provide in the procedure aimed at obtaining the administrative permits for the airport of Lampedusa management, disciplined by art. 704 nav. cod.

The article analyzes the sentence with which the TAR Sicily rejected the appeal proposed by the AST Aeroservizi S.p.A against the Ministry of Economy, the Ministry of Infrastructures and Transports and ENAC, complaining about the cited Public Administrations inertia in the procedure aimed at obtaining the administrative permits for the airport of Lampedusa management ex art. 704 nav. cod. The company also requests a compensation for the damages suffered. The TAR Sicily, in declaring the groundlessness of the appeal, states that the Administrations involved had not a negligent behaviour, and also conducts an interesting general analysis of the “culpa” of the Public Administrations conduct kept during an administrative procedure, that could lead to a negative verdict in a trial.

L'articolo analizza la sentenza del TAR Sicilia con la quale è stato rigettato il ricorso proposto dall'AST Aeroservizi S.p.A contro il Ministero dell'Economia e delle Finanze, il Ministero delle Infrastrutture e dei trasporti e l'ENAC, con il quale la società si doleva della condotta inerte, tenuta dalle suddette amministrazioni, nel procedimento finalizzato al rilascio della convenzione di gestione totale aeroportuale ex art. 704 cod. nav. La società ricorrente richiede, con l'azione giudiziale

* Sottoposto a referaggio.

appena citata, il risarcimento dei danni sofferti. Il TAR Sicilia, dichiarando l'infondatezza del ricorso, afferma che le Amministrazioni coinvolte non hanno tenuto una condotta negligente e, in aggiunta, conduce un'analisi interessante del concetto di colpa relativo al comportamento tenuto dalla Pubblica Amministrazione nello svolgimento del procedimento amministrativo, che potrebbe fondare un eventuale giudizio di colpevolezza della parte pubblica.

Parole chiave: convenzione di gestione totale aeroportuale, aeroporto di Lampedusa, TAR Sicilia, silenzio, responsabilità da lesione dell'interesse legittimo.

Sommario 1. Introduzione. La vicenda processuale *a quo* – 2. La natura giuridica della responsabilità risarcitoria della pubblica amministrazione per lesione di interessi legittimi – 3. Il giudizio sulla sussistenza della colpa della pubblica amministrazione nella sentenza del TAR Sicilia 10 ottobre 2023 n. 3019 e nella giurisprudenza pregressa – 4. Il vaglio, da parte del TAR Sicilia, circa la sussistenza della colpa nell'agere amministrativo del MEF e del MIT nella procedura di affidamento in concessione, ex art. 704 cod. nav., dell'aeroporto di Lampedusa.

1. Introduzione. La vicenda processuale *a quo*

La sentenza annotanda esita dal giudizio instaurato dall'AST Aeroservizi S.p.A., dinanzi alla Sezione Prima del TAR Sicilia, contro le diverse Amministrazioni coinvolte nel procedimento amministrativo finalizzato al rilascio della convenzione di gestione totale aeroportuale, ex art. 704 cod. nav.¹, per l'aeroporto di Lampedusa, infrastruttura dichiarata di interesse nazionale in quanto preposta a garantire il diritto alla mobilità, alla salute ed allo sviluppo degli abitanti dell'isola. In particolare, l'AST Aeroservizi S.p.A. lamentava l'inerzia delle Amministrazioni coinvolte nel procedimento complesso in narrativa, asseritamente protrattasi per diversi anni, che avrebbe impedito all'azienda di sottoscrivere la convenzione di gestione totale aeroportuale ex art. 704 cod. nav. Passando brevemente in rassegna la vicenda storica da cui ha preso le mosse la controversia, la società ricorrente, nel suo ricorso, affermava di aver atteso per oltre tre anni l'approvazione del decreto interministeriale da parte del Ministro dell'Economia e delle Finanze e del Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti, dopo aver preso parte all'apposita procedura ad evidenza pubblica² ed aver ottenuto la certificazione aeroportuale n. I 047/APT, nonché l'aggiudicazione definitiva in forza del provvedimento ENAC prot. n. 26/DG del 18 settembre 2014, e dopo aver sottoscritto in data 11 febbraio 2015 l'atto convenzionale n. 1521, il quale costituisce un elemento essenziale della

1. Per un approfondimento sul tema della gestione aeroportuale, D. DOMINICI, *La gestione aeroportuale nel sistema del trasporto aereo*, Milano, 1982, p. 79 ss.; G. MANGIA, *Un'analisi organizzativa del business system aeroportuale. Il caso dell'aeroporto internazionale di Napoli*, Milano, 2006, p. 151 ss.
2. M. SEBASTIANI, *Liberalizzazione e privatizzazione delle gestioni aeroportuali: Assetti istituzionali e conflitti fra obiettivi* in M.M. COMENALE PINTO, F. MORANDI, L. MASALA (a cura di), *Le gestioni aeroportuali. Privatizzazione del sistema e sicurezza del trasporto aereo*, Milano, 2005, p. 131 ss.

procedura di gara. Il Gabinetto del Ministro delle Infrastrutture dei Trasporti, con nota prot. 11320 del 23 marzo 2015, aveva spedito al Gabinetto del Ministro dell'Economia e delle Finanze lo schema di decreto interministeriale per l'affidamento in concessione della gestione totale dello scalo di Lampedusa alla società AST Aeroservizi S.p.A., in uno con le valutazioni positive del MIT, la documentazione prodotta da ENAC e la già stipulata convenzione n. 1521. L'ENAC, in data 16 novembre 2015, in esecuzione anticipata della concessione-gestione totale dell'aeroporto di Lampedusa, emanava il decreto prot. 49/DG di autorizzazione della società all'occupazione ed all'uso dei beni demaniali rientranti nel sedime dell'aeroporto di Lampedusa. Nonostante l'avanzato stadio dell'iter, AST Aeroservizi S.p.A. affermava che il suddetto non perveniva a conclusione a causa del Ministero dell'Economia e delle Finanze che avrebbe posto in essere un'indebita ingerenza consultiva ed istruttoria ad opera del Dipartimento della Ragioneria e del Dipartimento del Tesoro, in contrasto con le vigenti disposizioni di legge. Pertanto, la società ricorrente lamentava i pregiudizi cagionati dal mancato rilascio della concessione per la gestione totale aeroportuale che, per giunta, sarebbero stati tali da determinare il peggioramento della sua situazione economico-finanziaria.

Tanto premesso, la società agiva in giudizio dinanzi al TAR Sicilia per la declaratoria dell'illegittimità del silenzio serbato dal competente Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti e dal competente Ministro dell'Economia e delle Finanze, in ordine alla conclusione della procedura di affidamento in concessione, ex art. 704 cod. nav., dell'aeroporto di Lampedusa. Contestualmente, proponeva anche azione di risarcimento del danno asseritamente subito a causa della mancata conclusione, in termini positivi o negativi, dell'iter di affidamento della gestione totale ventennale dell'aeroporto di Lampedusa ai sensi dell'art. 704 cod. nav. Con una prima sentenza del 3 luglio 2018 n. 1536, la Sezione accoglieva il ricorso avverso il silenzio inadempimento ex art. 117 c.p.a., disponendo che il Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti e il Ministro dell'Economia e delle Finanze, ciascuno per quanto di propria competenza, addivenissero a una determinazione rispetto al procedimento concessorio, con contestuale nomina del Segretario Generale della Presidenza del Consiglio dei Ministri quale commissario ad acta. La Sezione Prima del TAR Sicilia, quindi, rimetteva la causa sul ruolo ordinario, rinviando a una successiva udienza la decisione sulla domanda risarcitoria, udienza all'esito della quale è stato emanato il provvedimento in commento.

2. La natura giuridica della responsabilità risarcitoria della Pubblica Amministrazione per lesione di interessi legittimi

La sentenza, nella parte motiva, senza perdersi in dissertazioni di sorta, prende una posizione *tranchant* sulla natura giuridica della responsabilità della Pubblica Amministrazione derivante da lesione di interessi legittimi (in questo caso da inosservanza del termine di conclusione del procedimento), qualificandola come responsabilità aquiliana da fatto illecito. Il tema, come è noto, è stato oggetto di un corposo dibattito dottrinale e giurisprudenziale, non ancora del tutto sopito, di rilevante interesse scientifico. Pertanto, anche per inquadrare la tematica in una prospettiva

storico-evolutiva, qui si provvede, seppur sinteticamente, a dar conto della appena citata *querelle*. Nel corso degli anni, diverse ricostruzioni della figura esaminanda si sono affastellate nel panorama giuridico. Ad avviso di alcuni interpreti, sicuramente influenzati dalle parallele riflessioni condotte sull'argomento in ambito civilistico, la responsabilità in parola deve essere identificata come responsabilità contrattuale da contatto sociale qualificato³. Questa ricostruzione poggia, secondo gli studiosi che accedono a tale interpretazione, sulla circostanza che la P.A. danneggiante e il privato danneggiato sono avvinti da un contatto procedimentale. Tale contatto, di per sé, va ad escludere l'elemento dell'estraneità tra le due parti del rapporto, elemento che, come noto, è coesenziale alla responsabilità extracontrattuale. Indi per cui, la P.A., in virtù della sua veste pubblicistica e del conseguente affidamento che il privato solitamente ripone in essa, avrebbe verso quest'ultimo degli obblighi di protezione senza obblighi primari di prestazione, il cui inadempimento darebbe luogo a responsabilità contrattuale *ex art. 1218 c.c.* Alla stregua di un secondo orientamento⁴, la responsabilità da lesione dell'interesse legittimo andrebbe qualificata come responsabilità contrattuale. Secondo gli assertori di questa tesi, il rapporto tra amministrazione e soggetto titolare di un interesse legittimo è del tutto analogo a quello che fonda la responsabilità precontrattuale, poiché anche in tale rapporto corre il dovere di comportarsi secondo buona fede⁵. Secondo un'ulteriore filone di pensiero, invece, la forma di responsabilità qui analizzata andrebbe ricondotta in un *tertium genus*, in ragione della impossibilità di ricondurla compiutamente sia nel paradigma della responsabilità *ex contractu*, sia in quello della responsabilità aquiliana⁶. A sostegno di questo assunto, si afferma come si tratti di una responsabilità dai tratti peculiari, significativamente difforni rispetto al paradigma di cui all'art. 2043 c.c. A tal riguardo, si evidenzia che l'art. 30 c.p.a. prevede un termine di decadenza per l'esercizio dell'azione, nonché una disciplina del tutto peculiare del concorso colposo del soggetto danneggiato nella produzione

3. In giurisprudenza, *ex multis*, Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 4 luglio 2012 n. 3897; Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 30 dicembre 2014 n. 6421; in dottrina, per tutti, F.G. SCOCA, *Per un'amministrazione più responsabile*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, n. 6, 1999, p. 4045 ss.; C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile per la Pubblica Amministrazione*, in *Jus*, 1998, p. 647 ss.; S. GIACCHETTI, *La responsabilità patrimoniale dell'amministrazione nel quadro del superamento della dialettica diritti soggettivi - interessi legittimi*, in *Rass. Consiglio di Stato*, 2000, n. II, p. 2037-2038; R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Bari, 2019, p. 1542.
4. M. S. GIANNINI, *Relazione*, in Atti del Convegno nazionale sulla ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi, tenuto a Napoli il 27-28-29 ottobre 1963, Milano, 1965, p. 511 ss.; in giurisprudenza, Corte di Cassazione, sez. un., sentenza 29 luglio 1987 n. 6545; Corte di Cassazione, sez. un., sentenza 6 ottobre 1993 n. 9892; Corte di Cassazione, sez. un., sentenza 26 marzo 1997 n. 4673.
5. Il principio di buona fede e correttezza, che prima trovava ingresso nei rapporti tra P.A. e privati attraverso un'applicazione analogica degli artt. 1337 e 1338 c.c., in quanto diretta applicazione nei rapporti intersoggettivi del principio solidaristico di cui all'art. 2 Cost, oggi trova testuale cittadinanza nella legge sul procedimento amministrativo n. 241/1990, all'interno dell'art. 1 comma 2-bis.
6. In tal senso, Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 14 marzo 2005 n. 1047; Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 10 dicembre 2015 n. 5611; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. II, sentenza 5 marzo 2018 n. 617; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, sentenza 6 aprile 2016 n. 650.

del danno. Oltre a ciò, chi opina in tal senso sostiene che vi sia l'assenza di un precedente rapporto obbligatorio tra le parti, che impedisce la riconduzione della figura nella categoria della responsabilità contrattuale ex art. 1218 c.c.

La posizione prevalente, in dottrina e in giurisprudenza, e a cui accede anche la sentenza annoverata, è quella che riconduce la responsabilità in esame nel paradigma della responsabilità da illecito aquiliano ex art. 2043 c.c. Tale orientamento trova la sua consacrazione nella storica sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 500 del 1999. Oltre alla epocale e nota presa di posizione sulla nozione di "danno ingiusto", nonché sulla questione attinente al riparto di giurisdizione, rispetto alle quali si rinvia alla sconfinata pletora di lavori scientifici dedicati⁷, il Supremo organo della giustizia ordinaria colloca, *sine ullo dubio*, la responsabilità della P.A. da lesione dell'interesse legittimo entro la categoria dell'illecito aquiliano. I giudici, riconoscendo che la lesione dell'interesse legittimo, da intendersi "come la posizione di vantaggio riservata ad un soggetto in relazione ad un bene della vita oggetto di un provvedimento amministrativo e consistente nell'attribuzione a tale soggetto di poteri idonei ad influire sul corretto esercizio del potere, in modo da rendere possibile la realizzazione dell'interesse al bene"⁸, possa pienamente integrare il requisito del danno ingiusto ex art. 2043 c.c. Ripercorrendo sinteticamente i passaggi della pronuncia, i giudici declinano le categorie aquiliane in considerazione della specifica fattispecie in esame, precisando che "la lesione dell'interesse legittimo è condizione necessaria, ma non sufficiente, per accedere alla tutela risarcitoria ex art. 2043 c.c., poiché occorre altresì che risulti lesa, per effetto dell'attività illegittima (e colpevole) della Pubblica Amministrazione, l'interesse al bene della vita al quale l'interesse legittimo si correla e che il detto interesse risulti meritevole di tutela alla luce dell'ordinamento positivo". Pertanto, la Suprema Corte precisa che, oltre al requisito del fatto illecito, rappresentato dall'agire della P.A. *contra legem*, è necessario ravvisare la presenza di un danno ingiusto, che assume connotati particolari quando si abbatte sull'interesse legittimo. Più nello specifico, il Supremo Consesso afferma che, intanto l'interesse legittimo può ritenersi realmente violato, in quanto, alla stregua di un giudizio prognostico sull'esito del procedimento amministrativo, si possa concludere che, secondo il tradizionale criterio del "più probabile che non", l'iter sarebbe terminato con l'accoglimento dell'istanza⁹. In aggiunta, si precisa che nella

7. Per un approfondimento, segue una selezione non esaustiva dei più preziosi contributi sul tema: F.G. SCOCA, *Per un'amministrazione più responsabile*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, n. 6, 1999; C. M. BIANCA, *Danno ingiusto: a proposito del risarcimento degli interessi legittimi*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, II, p. 689 ss.; G. ALPA, *Il revirement della Corte di Cassazione sulla responsabilità per lesione di interessi legittimi*, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 1999, n. II, p. 373 ss.; A. DE ROBERTO, *Qualche riflessione sulla sentenza n. 500 del 1999 delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione in Il Sistema della giustizia amministrativa*, Atti dell'incontro di studio svoltosi a Roma-Palazzo Spada 18 novembre 1999, Milano, 2000, p. 221 ss.

8. La paternità della teoria in parola è unanimemente attribuita a Mario Nigro. Tra le opere dell'insigne studioso, si ricordano: M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1983; M. NIGRO, *Ma cos'è questo interesse legittimo? Interrogativi e nuovi spunti di riflessione*, in *Foro it.*, 1987, n. V, p. 482 ss., è oggi accolta dalla dottrina dominante e dalla stessa giurisprudenza.

9. Su questo aspetto, c'è notevole difformità di vedute in dottrina e in giurisprudenza. Per un focus, si veda F. CA-

delibazione della domanda risarcitoria “*dovrà inoltre accertare, sotto il profilo causale, facendo applicazione dei noti criteri generali, se l'evento dannoso sia riferibile ad una condotta (positiva o omissiva) della P.A.*”. Infine, i giudici della Cassazione evidenziano anche che, sebbene ci si trovi di fronte a un ente e non a una persona fisica, si deve ugualmente “*stabilire se il detto evento dannoso sia imputabile a dolo o colpa della P.A.¹⁰; la colpa (unitamente al dolo) costituisce infatti componente essenziale della fattispecie della responsabilità aquiliana ex art. 2043 c.c.; e non sarà invocabile, ai fini dell'accertamento della colpa, il principio secondo il quale la colpa della struttura pubblica sarebbe in re ipsa [...] il giudice ordinario dovrà svolgere una più penetrante indagine, estesa anche alla valutazione della colpa, non del funzionario agente ma della P.A. intesa come apparato, che sarà configurabile nel caso in cui l'adozione e l'esecuzione dell'atto illegittimo [...] sia avvenuta in violazione delle regole di imparzialità, di correttezza e di buona amministrazione alle quali l'esercizio della funzione amministrativa deve ispirarsi*”.

A chiudere il cerchio di questo corposo dibattito è intervenuto il legislatore, che ha provveduto a inserire nel codice del processo amministrativo (d.lgs. 2 luglio 2010 n. 104) una norma *ad hoc* sulla tutela risarcitoria, ovverosia l'art. 30 il quale, utilizzando un lessico che richiama inequivocabilmente i concetti e i termini di cui all'art. 2043 c.c., consacra la natura aquiliana della responsabilità della P.A. da lesione dell'interesse legittimo. Basta citare il comma 2 della disposizione in parola, che recita così: “*Può essere chiesta la condanna al risarcimento del danno ingiusto derivante dall'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa o dal mancato esercizio di quella obbligatoria. Nei casi di giurisdizione esclusiva può altresì essere chiesto il risarcimento del danno da lesione di diritti soggettivi. Sussistendo i presupposti previsti dall'articolo 2058 del codice civile, può essere chiesto il risarcimento del danno in forma specifica.*”

3. Il giudizio sulla sussistenza della colpa della Pubblica Amministrazione nella sentenza del TAR Sicilia 10 ottobre 2023 n. 3019 e nella giurisprudenza pregressa

Il TAR Sicilia, con la pronuncia in commento, nel delibare la domanda risarcitoria proposta dall'AST Aeroservizi S.p.A., analizza la condotta tenuta dal Ministero dell'Economia e delle Finanze e dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti. I giudici, pur riconoscendo che “*la mancata adozione delle determinazioni di competenza, in maggior parte ascrivibile al Ministro dell'Economia e delle Finanze, ha determinato un ingiustificato arresto procedimentale – ciò non è tuttavia sufficiente, di per sé, ad accordare la chiesta tutela risarcitoria*”. Infatti, essi hanno modo di precisare, in linea con il consolidato orientamento analizzato *supra*, che “*la responsabilità della Pubblica Amministrazione per lesione di interessi legittimi, sia da illegittimità provvedimentale sia da*

RINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo. Parte generale e parte speciale*, Napoli, 2023, p. 205 ss.; A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2024, p. 77 ss.

10. Tale idea è ormai sedimentata nella giurisprudenza amministrativa. Si veda Consiglio di Stato, Ad. Plen., sentenza 23 aprile 2021 n. 7; Consiglio di Stato, sez. III, sentenza 7 giugno 2022 n. 4646.

inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento, ha natura di responsabilità da fatto illecito aquiliano; e quindi [...] incombe al ricorrente l'onere di dimostrare la sussistenza di tutti gli elementi tipici della fattispecie di responsabilità”, tra cui l’elemento soggettivo. Prima di procedere all’*esegesi* del *locus* della sentenza in cui i giudici spiegano il ragionamento condotto circa la sussistenza, nell’*agere* dei due Ministeri, della colpa necessaria a integrare la responsabilità *ex art.* 2043, è necessario effettuare un sintetico *excursus* degli orientamenti giurisprudenziali formatisi sul tema. Secondo un primo orientamento che, seppur in passato abbia raccolto discreto successo, oggi risulta essere ampiamente minoritario, la colpa dell’Amministrazione sarebbe *in re ipsa*¹¹ nella violazione, grave e manifesta, dei canoni normativi. A sostegno di questa lettura, sostenuta anche in sede comunitaria, si invoca la difficoltà di effettuare un’indagine sull’atteggiamento psicologico della P.A., che è un apparato spersonalizzato, a cui non possono essere ricondotti coefficienti psichici effettivi. In aggiunta, si sostiene che la P.A., in quanto soggetto autorevole tenuto all’osservanza di una diligenza particolarmente qualificata, spinge i cittadini a riporre nel suo agire un solido affidamento. In ragione di ciò, la P.A. non può non versare in colpa quando la sua azione contrasta con i canoni normativi, configurandosi la propria come una responsabilità di natura oggettiva. Alla stregua di un secondo orientamento, invece, che si distacca dal primo ma in maniera non netta, la colpa dell’Amministrazione va concretamente appurata, ma essa si connota di elementi oggettivi¹². Difatti, le opinioni e le pronunce che si inscrivono in questo filone ermeneutico affermano che la colpa consista nella violazione “grave” di norme giuridiche, andando a estendere analogicamente il disposto dell’art. 2236 c.c. A suffragio di tale assunto, si evidenzia che tale limitazione di responsabilità sia necessaria in un ordinamento in cui la P.A. agisce con un ampio margine di discrezionalità; in aggiunta, essa si trova spesso a condurre istruttorie complesse in cui concorre il soggetto istante e, sovente, anche molteplici plessi amministrativi, contribuendo a rendere particolarmente ostica l’opera di non deragliamento dagli angusti binari della legalità procedimentale. Chi opina in tal senso, però, ammette la possibilità per la P.A. di dimostrare il proprio errore scusabile. Un terzo filone interpretativo, ad oggi prevalente, fa degradare l’illegittimità dell’atto da sicuro indice della colpa dell’apparato pubblico a mero indizio grave, preciso e concordante (con altri elementi del caso concreto) del suddetto elemento psicologico¹³. A suffragio di tale idea, gli interpreti sostengono che, in base ad un giudizio di frequenza statistica, la P.A. che ha agito illegittimamente versa anche in colpa, indi per cui il ricorrente può limitarsi ad allegare l’illegittimità dell’azione amministrativa. Spetta, invece, all’Amministrazione, fornire elementi istruttori per dimostrare il proprio errore scusabile e, di conseguenza, l’assenza di colpa. Più nello specifico, ad avviso di chi

11. In questo senso, Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 19 febbraio 2018 n. 1061; Corte di giustizia dell’Unione Europea, sez. III, sentenza 30 settembre 2010, C 314/09, *Stadt Graz contro Strabag AG e altri*.

12. Di questo avviso, Consiglio di Stato, sez. III, sentenza 18 giugno 2020 n. 3903.

13. In questo solco ermeneutico si pone la sentenza del TAR Sicilia che qui si commenta e, *ex multis*, Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 10 gennaio 2005 n. 32; Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 10 maggio 2022 n. 3658; Consiglio di Stato sez. III, sentenza 20 aprile 2023 n. 4027.

accede a questo orientamento, la responsabilità aquiliana dell'Amministrazione deve essere esclusa allorquando il danno sia stato cagionato in presenza di errore scusabile, che ricorre allorquando si ravvisa la sussistenza di contrasti giurisprudenziali, l'incertezza del quadro normativo di riferimento, la complessità della situazione di fatto od anche informazioni erronee fornite dal privato¹⁴.

La annotanda decisione del TAR Sicilia, aderendo a questo terzo filone interpretativo appena descritto, afferma che, al fine di rilevare la sussistenza o meno dell'errore scusabile dell'Amministrazione, *“occorre avere riguardo al carattere della regola di azione violata: se la stessa è chiara, univoca e cogente, si dovrà riconoscere la sussistenza dell'elemento psicologico nella sua violazione; al contrario, se il canone della condotta amministrativa giudicata è ambiguo, equivoco o, comunque, costruito in modo tale da affidare all'Autorità amministrativa un elevato grado di discrezionalità, la colpa potrà essere accertata solo nelle ipotesi in cui il potere sia stato esercitato in palese spregio delle regole di correttezza e di proporzionalità. E, infatti, a fronte di regole di condotta inadeguate a costituire, di per sé, un canone di azione sicuro e vincolante, la responsabilità dell'Amministrazione potrà essere affermata nei soli casi in cui l'azione amministrativa abbia disatteso, in maniera macroscopica ed evidente, i criteri del buon andamento e dell'imparzialità, restando ogni altra violazione assorbita nel perimetro dell'errore scusabile”*¹⁵.

4. Il vaglio, da parte del TAR Sicilia, circa la sussistenza della colpa nell'agere amministrativo del MEF e del MIT nella procedura di affidamento in concessione, ex art. 704 cod. nav., dell'aeroporto di Lampedusa

I giudici del Tribunale amministrativo siciliano, dopo aver enumerato le premesse in punto di diritto del loro giudizio sul caso concreto, procedono ad applicarle al fine di decidere sulla domanda risarcitoria ex artt. 7 e 30 c.p.a. proposta dall'AST Aeroservizi S.p.A. Il Collegio afferma che non è ravvisabile un comportamento colposo dei Ministeri coinvolti nell'iter procedimentale (MEF e MIT), siccome il procedimento di rilascio di una concessione aeroportuale ha una natura complessa, richiedendo accertamenti e valutazioni tecniche da svolgersi ad opera delle competenti strutture dei due Ministeri¹⁶. Precisamente, il provvedimento conclusivo è ascrivibile alla competenza dei due Ministri (il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, con competenza primaria

14. Opinano in tal senso: Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 31 luglio 2012 n. 4337; Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza 7 gennaio 2013 n. 23; Consiglio di Stato, sez. III, 11 settembre 2019 n. 6138.

15. Oltre al provvedimento in commento, vi sono diverse pronunce ormai che aderiscono a questa linea di pensiero. Fra tutte, Consiglio di Stato, sez. III, sentenza 4 marzo 2019 n. 1500; Consiglio di Stato, sez. III, sentenza 11 settembre 2019 n. 6138; Consiglio di Stato, sez. II, 4 luglio 2023 n. 6522.

16. S. BUSTI, *Il riparto tra Stato e Regioni delle competenze normative sugli aeroporti civili*, in *Diritto dell'Economia dei Trasporti e dell'Ambiente* (Giureta), n. VI/2008; E. FOGLIANI, *Presto, prestissimo, praticamente mai (ovvero: gli art. 698 e 704 c. nav. ed i sistemi aeroportuali di interesse nazionale nel limbo dei procedimenti eterni)* in *Diritto dei Trasporti*, 2012, p. 433-435.

in materia, e il Ministro dell'economia e delle finanze, autorità concertata). Le valutazioni dei due suddetti Dicasteri nei procedimenti di affidamento in concessione delle gestioni aeroportuali involgono, per giunta, profili differenti da quelli strettamente tecnici connessi alle competenze dell'ENAC, e sono condotte coerentemente con le loro specifiche attribuzioni e capacità.

La difesa statale ha ampiamente dimostrato la sussistenza di un errore scusabile discendente dalla complessità e dalla specialità della materia. E' stata evidenziata, nel dettaglio, la complessità dell'attività istruttoria condotta dal MEF, sottolineando che: nel ravvisare alcune incongruità dei dati forniti dall'ENAC, il MEF ha richiesto che l'Ente chiarisse gli elementi che rendono la gestione aeroportuale di AST Aeroservizi S.p.A. sostenibile dal punto di vista economico e solida dal punto di vista patrimoniale, anche con riferimento alla sussistenza di eventuali finanziamenti pubblici e alla loro compatibilità con la legislazione europea, in particolare quella in materia di aiuti di Stato. Inoltre, il Dicastero ha ravvisato la necessità che tra ENAC e la AST venisse sottoscritto un Atto aggiuntivo alla Convenzione ex art. 704 cod. nav. dell'11 febbraio 2015 prot. n. 15121, rimarcando che quest'ultima non conteneva alcuni elementi necessari per la definizione del rapporto di concessione, tra i quali l'obbligo di raggiungere l'equilibrio economico finanziario entro un termine certo dal rilascio della concessione. Infine, ha concluso la propria istruttoria richiedendo al MIT la trasmissione dello schema di decreto interministeriale, in uno con il succitato Atto aggiuntivo alla Convenzione dell'11 febbraio 2015, sottoscritto dal gestore AST Aeroservizi S.p.A. (cfr. nota del Gabinetto del Ministro del 16 gennaio 2018 n. 830).

Da parte sua, il Gabinetto del Ministero delle infrastrutture e trasporti, con lettera del 9 marzo 2018 prot. 8397, ha richiesto alla Direzione Generale per gli aeroporti e all'ENAC di dar corso alla sottoscrizione di un Atto aggiuntivo alla Convenzione dell'11 febbraio 2015 prot. n. 15121, sulla scorta delle medesime ragioni sottolineate dal MEF, e anche al fine di accertare la sussistenza dei requisiti di solvibilità patrimoniale dell'affidatario.

Siccome tale Atto aggiuntivo, necessario ai fini dell'adozione del provvedimento di concessione, non è mai stato sottoscritto tra l'ENAC e la società, il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti non ha potuto portare a compimento il segmento procedimentale di sua competenza.

I giudici del TAR, nella motivazione, sostengono che ai fini dell'assunzione della decisione sulla concessione ventennale della gestione totale dell'aeroporto, è necessario condurre un'istruttoria che attinga da elementi attuali e certi. Infatti, occorre assicurare la piena tutela dell'interesse pubblico alla conservazione, da parte dei concessionari, di oggettive condizioni di solidità patrimoniale e finanziaria¹⁷, per garantire l'adempimento degli obblighi derivanti dalla concessione stessa, che devono già sussistere al momento in cui la concessione viene rilasciata. *A fortiori*, tali condizioni devono sussistere per le gestioni aeroportuali caratterizzate dall'erogazione di prestazioni indispensabili a garantire i collegamenti aerei con le regioni periferiche, specialmente qualora non esistano altre forme di trasporto fruibili idonee ad assicurare la continuità territoriale.

17. G. VERMIGLIO, *Amministrazione di beni del demanio aeronautico civile*, in R. TRANQUILLI-LEALI, E. G. ROSAFIO (a cura di), *Il trasporto aereo tra normativa comunitaria ed uniforme*, Milano, 2011, p. 544.

Tanto premesso, la situazione patrimoniale della AST, all'epoca in cui il procedimento concessorio era ancora in itinere, non era florida. Invero, la AST ha approvato in ritardo, nel 2018, il bilancio civilistico 2016, che presentava perdite rilevanti, con copertura delle stesse al 31 dicembre 2016; successivamente, ha effettuato prima una riduzione del capitale sociale, poi un successivo aumento, senza però pubblicare dati contabili ufficiali almeno fino al novembre del 2018.

Oltre a quanto sopra esposto, giova ricordare che la sentenza n. 1536/2018 ha sì ritenuto fondata la pretesa del ricorrente ma ha anche specificato che, in ragione della natura discrezionale del potere, il *dictum* giudiziale doveva considerarsi limitato alla mera declaratoria dell'obbligo di provvedere, in senso positivo o negativo, sulla procedura di affidamento della concessione¹⁸. Indi per cui, la circostanza più volte evidenziata dalla società ricorrente, secondo cui dopo il pronunciamento summenzionato i due dicasteri avrebbero subordinato, con atteggiamento arbitrario e ostruzionistico, il rilascio del proprio assenso alla preliminare stipula di un Atto aggiuntivo alla convenzione, rappresenta invece una legittima richiesta di approfondimento istruttorio nell'ambito del procedimento concessorio, al fine di appurare la reale condizione finanziaria dell'AST Aeroservizi S.p.A. Cionondimeno, tale ulteriore richiesta costituisce, pur sempre, in ottemperanza alla ridetta decisione del 2 agosto 2018 n. 1536, un atto funzionale a far avanzare l'iter procedimentale, che non deve necessariamente concludersi con un provvedimento positivo. In aggiunta a ciò, il rifiuto della società di sottoscrivere il ridetto Atto aggiuntivo nelle forme proposte dall'ENAC può essere qualificato come un comportamento concludente, il quale produce effetti analoghi a quelli che sarebbero stati prodotti da un provvedimento conclusivo di diniego.

Il TAR Sicilia, in aggiunta, con la sentenza in commento respinge anche l'istanza di risarcimento del danno derivante dall'asserita inerzia della stessa ENAC evidenziando, da un lato, che la domanda ex art. 117 c.p.a. collegata era stata presentata avverso il silenzio inadempimento del MEF e del MIT; dall'altro lato, esclude in radice un'inerzia colposa dell'ENAC, mettendo in evidenza che la stessa avesse esperito tutto quanto era di sua competenza nell'istruttoria in esame, come in parte riconosciuto anche dalla stessa AST Aeroservizi S.p.A. nel suo ricorso.

18. Per un approfondimento sull'argomento, R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Molfetta, 2024, p. 597 ss.; F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo. Parte generale e parte speciale*, Napoli, 2023, p. 179 ss.